

Sygn. akt: KIO 1449/20

Wyrok
z dnia 24 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 22 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29.06.2020 r. przez wykonawcę **S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Urząd Komunikacji Elektronicznej w Warszawie**

przy udziale:

- A. wykonawcy/ **ASSECO Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- B. wykonawcy **E-point S.A., ul. Filona 16, 02-658 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **S&T Services Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Urząd Komunikacji Elektronicznej (UKE) w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. Zaprojektowanie, budowa, dostarczenie i wdrożenie Rozbudowy Systemu Informatycznego pn. Punkt Informacyjny ds. Telekomunikacji oraz świadczenie usług wsparcia, asysty przy zbieraniu danych i rozwoju (sprawa BA.WZP.26.15.20204.1. przedmiotem Zamówienia są usługi (CPV 72230000-6, 48000000-8, 72611000-6, 38221000-0), ogłoszenie ukazało się w DzUUE w dniu 15.04.2020 r. nr 176614-2020-PL

Odwołujący: S&T Services Polska Sp. z o.o. ul. Postępu 21 D, 02-676 Warszawa

1. wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej jako „Zamawiający” lub „UKE”), związanych z oceną ofert i polegających na:

1.1. - 1.4 zaniechaniu odtajnienia i udostępnienia wszystkich informacji wskazanych przez wykonawcę „e-point” S.A (dalej jako „e-point”) w wykazie osób (formularz zawarty w załączniku nr 6 do siwz), bezpodstawnie zastrzeżonych jako „tajemnica przedsiębiorstwa”, zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy „e-point”, dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej „e-point” ewentualnie zaniechaniu wezwania tego wykonawcy - do uzupełnienia dokumentów dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu - w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej związanej z doświadczeniem wykonawcy - w związku z brakiem wykazania, że podmiot trzeci używający wykonawcy swoich zdolności (Intergraph Polska Sp. z o.o. - dalej jako „Intergraph”) zrealizuje usługi, do realizacji których te zdolności były wymagane zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, a tym samym z brakiem wykazania realności udostępnienia zasobu,

2. 1-3. zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

art. 8 ust. 1-3 Pzp przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia wykonawcom informacji bezpodstawnie zastrzeżonych przez „e-point” jako tajemnica przedsiębiorstwa;

art. 24 ust. 1 pkt. 12 Pzp w zw. z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy „e-point” ze względu na brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu związanego ze zdolnością techniczną lub zawodową w zakresie doświadczenia Wykonawcy w związku z brakiem wykazania przez wykonawcę, że podmiot trzeci, używający swoich zdolności w zakresie doświadczenia („Intergraph”), zrealizuje usługi, do realizacji których te zdolności były wymagane w niniejszym postępowaniu;

ewentualnie:

art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy „e-point” - na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp - do uzupełnienia dokumentów dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu - w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia Wykonawcy - w związku z brakiem wykazania, że podmiot trzeci, użyczający wykonawcy swoich zdolności („Intergraph”) zrealizuje usługi, do realizacji których te zdolności były wymagane zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp;

3. Wniósł nakazanie Zamawiającemu:

3.1.1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonania ponownej oceny ofert,

3.1.2. odtajnienia wszystkich informacji zawartych przez „e-point” w złożonym Wykazie osób, zastrzeżonych jako „tajemnica przedsiębiorstwa”,

3.1.3. wykluczenia „e-point” na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 w zw. z art. 22a ust. 4 Pzp w związku z brakiem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu związanego ze zdolnością techniczną lub zawodową w zakresie doświadczenia wykonawcy, ewentualnie:

3.1.4. wezwania wykonawcy „e-point” art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów, dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu związanego ze zdolnością techniczną lub zawodową w zakresie doświadczenia wykonawcy, w związku z brakiem wykazania, że podmiot trzeci użyczający wykonawcy swoich zdolności („Intergraph”) zrealizuje usługi, do realizacji których te zdolności były wymagane zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp,

UZASADNIENIE

1-4. [warunki formalne odwołania] O naruszeniu przepisów prawa Odwołujący dowiedział się w dniu 19.06.2020 r., kiedy otrzymał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty.

5-9. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Gdyby nie doszło do nieprawidłowości ze strony Zamawiającego w toku oceny i badania ofert, wykonawca „e-point” zostałby wykluczony z postępowania. Tym samym jako podlegające ocenie pozostałyby oferty: Odwołującego (która otrzymał 81,07 pkt.) oraz Asseco Poland S.A. z siedzibą Rzeszowie (która to oferta uzyskała 87,75 pkt.).W postępowaniu przewidziana została „procedura odwrócona”, nie jest zatem przesądzone, czy oferta Asseco Poland S.A. uzyskałaby pozytywną ocenę w związku z dalszą weryfikacją i badaniem dokumentów, złożonych na wezwanie Zamawiającego z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący nadal ma potrzebę uzyskania zamówienia i szansę na jego udzielenie. Brak zaskarżenia czynności Zamawiającego zniweczyłby szansę pozyskania zamówienia.

[zarzut naruszenia art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp - zaniechanie odtajnienia]

10.-20. Zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp w celu skutecznego zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest zastrzec i wykazać, że informacje te rzeczywiście stanowią tajemnicę definiowaną w art. 11 ust. 2 ustawy z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2018 r., poz. 419 ze zm.; dalej „ZNKU”). Wykonawca „e-point” zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa wszystkie informacje zawarte w przedłożonym Wykazie osób, powołując się m.in. na unikalne kompetencje zespołu osób - zarówno współpracowników, jak i pracowników zatrudnionych na umowę o pracę, ryzyko „podkupowania” wysoko wykwalifikowanego personelu. Ostatecznie dokument został Odwołującemu przekazany jednak z utajnieniem wielu istotnych informacji, umożliwiających nie tylko identyfikację danej osoby, ale również zakresu wymaganego doświadczenia (imię i nazwisko, informacje dotyczące wymaganych kwalifikacji i doświadczenia zawodowego - informacje powierzające spełniania warunku udziału w postępowaniu z pkt. VI.3.2) siwz.

W ocenie Odwołującego decyzja Zamawiającego o zachowaniu objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa newralgicznych informacji zawartych w Wykazie jest wadliwa. Wykonawca nie wykazał bowiem, w jaki sposób ujawnienie zastrzeżonych danych miałyby zagrozić przedsiębiorstwu wykonawcy. Sam posługuje ogólnikową i standardową argumentacją, nie popartą konkretnymi informacjami. Wspomina o obowiązujących w spółce regulacjach wewnętrznych, zobowiązujących do zachowania poufności informacji, a nie precyzuje ani nazwy regulacji w tym zakresie, ani nie opisuje wprowadzonych rozwiązań i nie załącza ww, dokumentu do złożonych wyjaśnień. Co więcej, podkreśla co prawda unikalne kompetencje zespołu i starania o zachowania poufności co do jego składu, z drugiej jednak strony przyznaje, że fakt zatrudnienia osób w „e-point” S.A. może być możliwy do pozyskania w portalach informacyjnych/ społecznościowych. Niezrozumiałe jest również utajnianie informacji, dotyczących podmiotów, na rzecz których realizowane były poszczególne projekty opisane w doświadczeniu osób objętych Wykazem złożonym przez „e-point”, jako że większość tych projektów dotyczy inwestycji publicznych. Także ryzyko „podkupowania” pracowników przez konkurencję, nie zostało wykazane, argument o łatwości podkupienia stoi w opozycji do oświadczenia o dysponowaniu osobą, podmiotem, sprzętem itd., gdyż widocznie więź obligacyjna, na którą powołuje się wykonawca, nie jest wystarczająca. Z drugiej strony w stosunku do wykonawcy usiłującego „podkupić” zasoby konkurenta może okazać się, że swoje zastosowanie znajdzie przepis o zakłócaniu konkurencji między wykonawcami.

W ocenie Odwołującego przytoczenie bardzo ogólnikowego uzasadnienia, nie może świadczyć o tym, że zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje zawarte w Wykazie osób są faktycznie tajemnicą przedsiębiorstwa. Wobec powyższego, zastrzeżenie to należy ocenić jako nieskuteczne, a zatem dokumenty te powinny być zostać odtajnione przez Zamawiającego w całości.

[zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 12 w zw. z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp]

21. W rozdz. VI ust. 3 pkt. 1 ppkt. 1)1) - 1)3) siwz Zamawiający sprecyzował warunek udziału dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, wskazując:

Wykonawca dla spełnienia powyższego warunku zobowiązany jest wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat /.../ należycie wykonał co najmniej:

1)1) dwie usługi, których każdej przedmiotem było zaprojektowanie, budowa lub rozbudowa, dostarczenie i wdrożenie systemu teleinformatycznego, pozyskującego, przechowującego i udostępniającego dane przestrzenne, przy czym wartość każdej z usług nie może być mniejsza niż 300 000,00 zł brutto, gdzie:

a) każdy z wyżej określonych systemów posiada następujące funkcjonalności łącznie :

- i. walidacja i import danych przestrzennych w formacie shp lub json;
- ii. kontrola jakości importowanych danych i mechanizmy ETL (Extraction, Transformation, Loading) oczyszczania i przekształcania danych, do jednego modelu pojęciowego;
- iii. bezpośrednia edycja (operacje dodawania, modyfikacji i usuwania) obiektów przestrzennych (geometria i atrybuty) w bazie danych;

b) co najmniej jeden z wyżej określonych systemów korzysta z usług danych przestrzennych, oraz:

- i. w chwili odbioru umożliwiał obsługę nie mniej niż 500 użytkowników na dobę,
- ii. w chwili odbioru umożliwiał realizację usługi geokodowania dla adresów, działek kastralnych, oraz usługi wyszukiwania obiektów z powyższych baz,
- iii. w chwili odbioru posiadał interfejs programistyczny API służący komunikacji z innymi usługami;

1)2) jedną usługę, której przedmiotem było zaprojektowanie i wdrożenie systemu bazodanowego, który posiada interfejsy do systemów zewnętrznych, przy czym wartość tej usługi wynosiła co najmniej 200 000,00 zł brutto,

1)3) jedną usługę, której przedmiotem było wdrożenie aplikacji klienta usług danych przestrzennych, która to aplikacja:

a) jest aplikacją webową z kontrolowanym dostępem (logowaniem) dostępną za pośrednictwem przeglądarki internetowej,

b) ma możliwość dodawania i nakładania na siebie jednocześnie wielu rozproszonych zbiorów danych przestrzennych udostępnianych w standardach OGC WFS (Open Geospatial Consortium Web Feature Service), przy czym wartość tej usługi wynosiła co najmniej 200 000,00 zł brutto

22. Dla wykazania spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu - w zakresie wskazanym w rozdz. VI ust. 3 pkt. 1 ppkt. 1)1) oraz ppkt. 1)3) - wykonawca „e-point” posłużył się zdolnościami podmiotu trzeciego, załączając do oferty stosowne zobowiązanie spółki Intergraph. Z tego samego zobowiązania wynikało, że Intergraph przekazał również wykonawcy swój zasób kadrowy w osobie Architekta systemów informatycznych dla

wykazania spełnienia warunku udziału, związanego z dysponowaniem odpowiednimi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia - wymóg zawarty w rozdz. VI ust. 3 pkt. 2) ppkt. 2)3) siwz.

23. Istotne pozostaje, że w złożonej ofercie wykonawca „e-point” oświadczył, że nie będzie posługiwał się podwykonawstwem przy realizacji zamówienia. Tymczasem zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp - W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty tę zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

24. W związku z wątpliwościami w zakresie rzeczywistego dysponowania zasobami podmiotu trzeciego i rzeczywistego dostępu wykonawcy do tych zasobów, Zamawiający wystąpił do spółki „e-point” z wezwaniem do wyjaśnienia rozbieżności między treścią oferty, a treścią zobowiązania podmiotu trzeciego oraz wyjaśnienia, w jaki sposób Wykonawca faktycznie będzie korzystał z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego, nie powierzając mu jednocześnie realizacji części zamówienia w formie podwykonawstwa.

25. W wyjaśnieniach z 12.06.2020 r. „e-point” potwierdził, że „(...) skorzystanie z zasobów podmiotów trzecich nie będzie miało charakteru podwykonawstwa”. Dla uzasadnienia realności udostępnienia zasobów wykonawca wskazał: /.../ zakres udostępnienia obejmuje zasoby osobowe, udostępniane na podstawie umowy udostępnienia (wypożyczenia) personelu, która ze swej istoty nie spełnia definicji legalnej umowy o podwykonawstwo (...) Ponadto wspomnieć należy, iż korzystając z wyżej wymienionych zasobów osobowych, tj. Architekta systemów informatycznych, Wykonawca przez cały okres realizacji zamówienia będzie miał dostęp do zdolności technicznych i zawodowych podmiotu udostępniającego zasoby zdobytych przy realizacji usług wymienionych w Zobowiązaniu do udostępnienia zasobów z dn. 13 maja 2020 r. Z uwagi na pełnienie kluczowej roli w realizacji Projektu udział Architekta systemów informatycznych w realizacji przedmiotowego zamówienia gwarantuje praktyczne przekazanie Wykonawcy zdobytej wiedzy i doświadczenia”.

26. Ze stanowiskiem wykonawcy „e-point” nie sposób się zgodzić. W świetle wyjaśnień, Zamawiający winien był stwierdzić brak wykazania przez wykonawcę, że podmiot trzeci, użyczający swoich zdolności w zakresie doświadczenia („Intergraph”), zrealizuje usługi, do realizacji których te zdolności były wymagane w postępowaniu (co jest wymagane w świetle art. 22a ust. 4 Pzp), a tym samym brak realności udostępnienia zasobu. W konsekwencji Zamawiający winien był wykluczyć wykonawcę ze względu na brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp.

27. Z wyjaśnień wykonawcy „e-point” wynika, że tak naprawdę dzięki „wypożyczeniu” od podmiotu trzeciego („Intergraph”) jednej osoby, pełniącej funkcję Architekta systemów informatycznych, na rzecz wykonawcy zostaje przekazany nie tylko zasób kadrowy ale również zasób wiedzy i doświadczenia samego podmiotu trzeciego zdobyty przy realizacji

usług referencyjnych. Tym samym wykonawca zrównał odrębne zdolności podmiotu trzeciego (tj. z zakresu zdolności technicznej i zawodowej związanej z doświadczeniem wykonawcy oraz z zakresu zdolności technicznej i zawodowej związanej z dysponowaniem odpowiednimi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia) i sprowadził je faktycznie do jednego zasobu - tj. przekazanej do dyspozycji wykonawcy Architekta systemów informatycznych, który jednocześnie rzekomo ma być nośnikiem doświadczenia podmiotu trzeciego opisanego na potrzeby spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Według wykonawcy udział tej jednej wskazanej wyżej osoby w realizacji zamówienia (poprzez umowę „wypożyczenia” zawartą z „Intergraph”) ma urzeczywistniać faktyczne przekazanie nie tylko wymaganych zasobów kadrowych ale również zasobów związanych z doświadczeniem podmiotu trzeciego.

28. W ocenie Odwołującego wyżej wskazane rozumowanie jest chybione, aczkolwiek nie do końca dziwi fakt odniesienia się przez wykonawcę „e-point” do tego rodzaju karkołomnej argumentacji, gdyż złożone przez niego oświadczenie w zakresie braku podwykonawstwa przy realizacji zamówienia - jako merytoryczny element oferty - nie mógł ulec zmianie.

29. Nie ulega wątpliwości, że podwykonawstwo jest najbardziej wiarygodną formą faktycznej „realizacji” przez podmiot trzeci przedmiotu zamówienia, a więc wykazania rzeczywistego charakteru przekazania zasobów. Potwierdza to również orzecznictwo KIO, np: KIO 2480/18, KIO 2245/17: Użyte w art. 22a ust. 4 pzp sformułowanie "podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi" jest pojęciem węższym od udziału tych podmiotów w realizacji zamówienia. Udział w realizacji zamówienia może przybrać rozmaite formy zaangażowania podmiotu trzeciego, może realizować się w postaci doradztwa, konsultacji, nadzoru, uczestniczenia przy wykonywaniu określonych czynności, etc. Natomiast wymóg zrealizowania części zamówienia, z którymi wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą.

30. Istotne pozostaje, że przepis art. 22a ust. 4 Pzp nakazuje wprost, aby to sam podmiot trzeci (nie wypożyczone osoby, nie oddelegowani pracownicy) realizował usługi, do realizacji których przekazane przez niego zdolności są wymagane. Gdyby ustawodawca w tym zakresie dopuszczał możliwość realizacji przedmiotu zamówienia przez udostępniany przez ten sam podmiot „zasób” kadrowy, niewątpliwie zostałyby to odzwierciedlone w treści przepisu. Tymczasem ustawodawca pozostaje precyzyjny i wymaga zaangażowania w realizację przedmiotu zamówienia bezpośrednio podmiotu trzeciego.

31. Konkretnie wskazanie na podmiot trzeci, który ma realizować usługi, do realizacji których przekazane przez niego zdolności są wymagane, nie jest również przypadkowe w kontekście definiowania „doświadczenia” jako niepodzielnej atrybutu know-how przypisanego podmiotowi, nie zaś poszczególnym osobom, które realizowały dany fragment przedmiotu zamówienia, nawet pełniąc kluczowe funkcje w jego wykonaniu. Dlatego zarówno

ustawodawca, jak i Zamawiający, rozgranicza doświadczenie wykonawcy od doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia. Dla przykładu ustawodawca rozgraniczył doświadczenie podmiotu trzeciego od doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia poprzez wprowadzenie możliwości zastosowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia kryterium oceny ofert, związanego z doświadczeniem osób skierowanych do wykonania zamówienia, przy jednoczesnym zakazie zastosowania takiego kryterium w powiązaniu z doświadczeniem samego wykonawcy. Z kolei na gruncie niniejszego postępowania Zamawiający względem poszczególnych osób skierowanych do realizacji zamówienia precyzował odrębny od doświadczenia wykonawcy wymóg związany z doświadczeniem osobistym. I nawet jeśli dana osoba nabyła określone doświadczenie przy realizacji danego zamówienia, to nie znaczy że staje się „nośnikiem” doświadczenia samego wykonawcy odpowiedzialnego za całość realizacji przedmiotu zamówienia. Dlatego też nie sposób uznać, że Architekt systemów informatycznych miałby być de facto nośnikiem całego doświadczenia podmiotu trzeciego nabytego przy realizacji usług wskazanych dla spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu.

32. Ponadto za niewiarygodne należy uznać, że Architekt systemów informatycznych jako osoba przekazywana przez „Integraph” do dyspozycji wykonawcy w ramach zasobu kadrowego - daje gwarancję rękojmi należytego wykonania zamówienia w całej jego rozciągłości. Zakres wymaganego w postępowaniu doświadczenia Architekta systemów informatycznych nie jest zbieżny z wymaganiami wynikającymi z opisu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia wykonawcy. Po drugie funkcja ta jest tylko jedną z dziesięciu istotnych funkcji wymaganych postanowieniami siwz przez Zamawiającego - VI 3. 2 ppkt 2)1) - 2)10) siwz. Tym bardziej należałoby uznać, że wykonawca swoimi wyjaśnieniami z dnia 12.06.2020 r., odnoszącymi się do doświadczenia jednej osoby, nie uwiarygodnił rzeczywistego charakteru dostępu do zasobów podmiotu trzeciego w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

[zarzut naruszenia art. 26 ust 3 ustawy Pzp]

33. Zdaniem Odwołującego fakt złożenia przez wykonawcę „e-point” oświadczenia w treści oferty co do braku posłużenia się podwykonawstwem przy realizacji zamówienia, niweczy możliwość wystąpienia przez Zamawiającego z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp, bądź też czyni to wezwanie bezprzedmiotowym.

34. Skoro bowiem wykonawca dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego z r. VI 3.1.. 1)1) oraz 1)3) siwz posłużył się zasobami podmiotu trzeciego, uznać należy, że samodzielnie nie spełniał i nie spełnia nadal ww. warunku. Z kolei przedłożenie jakichkolwiek nowych dokumentów pochodzących od innych podmiotów trzecich jest zupełnie bezprzedmiotowe, gdyż przedmiotem sporu jest brak wykazania realnego charakteru przekazania zasobów podmiotu trzeciego właśnie na skutek oświadczenia wykonawcy w treści

oferty o nie korzystaniu z podwykonawstwa w toku realizacji zamówienia. To oświadczenie z założenia czyni nierealnym korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego niezależnie od tego, jaki podmiot te zasoby by używał.

35. Wbrew stanowisku wykonawcy „e-point” zakres oferty, dotyczący udziału podwykonawcy w wykonaniu przedmiotu zamówienia, stanowi merytoryczną treść oferty. Nie jest to więc oświadczenie o walorze jedynie informacyjnym, jak wywodził Zamawiający.

36. Biorąc pod uwagę istotę zarzutów podniesionych w treści odwołania oraz niezmienny charakter oświadczenia dot. braku udziału podwykonawcy w realizacji zamówienia - bezprzedmiotowe wydaje się występowanie do wykonawcy z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, skoro uzupełnione dokumenty nie są w stanie zmienić oceny co do niespełnienia przez wykonawcę „e-point” warunków udziału w postępowaniu.

37. Jednak z daleko posuniętej ostrożności procesowej - Odwołujący jako ewentualny postawił zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wystąpienia do Wykonawcy z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, odwołanie należy uznać za uzasadnione.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił wykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający: Skarb Państwa- Urząd Komunikacji Elektronicznej w odpowiedzi na odwołanie i przedstawione w nim zarzuty

- uwzględnił zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 -3 Pzp i wniósł o
- oddalenie pozostałych zarzutów.

Uzasadniając stanowisko wskazał, co następuje.

1. Zamawiający uznał argumentację w zakresie, w jakim dotyczyła zastrzeżenia tajemnicy co do wykazu osób e-point s.a. (zał. VI do SIWZ — wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia), w związku z czym odtajni informacje w nim zawarte, a wobec możliwości wniesienia przez przystępującego: e-point s.a., sprzeciwu, stwierdził, że odtajni wykaz osób po zakończeniu niniejszego postępowania odwoławczego.

Zamawiający wskazał, że z godnie z art. 22a ust. 4 Pzp „W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.”

Zauważył, że Odwołujący powołał możliwości zastosowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia kryterium oceny ofert, związanego z doświadczeniem osób skierowanych do wykonania zamówienia, przy jednoczesnym zakazie zastosowania takiego kryterium w powiązaniu z doświadczeniem wykonawcy. Uznał, że przytaczany przez Odwołującego przykład dotyczy sytuacji odmiennej, od tej, z którą mamy do czynienia w okolicznościach niniejszej sprawy (przykład obrazuje bowiem relacje dot. posługiwania się przez osoby skierowane do realizacji zamówienia, doświadczeniem Wykonawcy) orzecznictwo jasno wyznacza tok postępowania, uzależniając możliwość polegania na doświadczeniu innych osób, od faktycznego i konkretnego uczestniczenia w realizacji projektów składających się na to doświadczenie.

I tak: „warunkiem uznania możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest jego czynny udział, np. w zarządzaniu sprawami konsorcjum (KIO 2534/18 z dnia 21 grudnia 2018 doświadczenie nabyte w ramach konsorcjum wymaga indywidualnej analizy konkretnego stanu faktycznego i badania realnego udziału w realizacji danego zadania każdego z członków konsorcjum. Wykonawca nabywa doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem konsorcjum, lecz przez bezpośredni udział w realizacji części zamówienia (wyrok z dnia 21 grudnia 2018 r.), Wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie może polegać na doświadczeniu konsorcjum, którego był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji (KIO 2570/19).

Zamawiający zgadza się z Odwołującym, że ustawodawca rozróżnia doświadczenie Wykonawcy od doświadczenia poszczególnych osób powołanych do realizacji zamówienia w celu oceny ofert, nie czyni jednak tego w sytuacji polegania na zdolnościach innych podmiotów w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu. W okolicznościach niniejszej sprawy mamy do czynienia z przypadkiem szczególnym, w którym zasoby ludzkie - architekt systemów informatycznych udostępniany przez Intergraph - uczestniczył w realizacji usług udostępnianych przez ten podmiot dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu e-point s.a. — tj. zdolności technicznej i zawodowej, pkt VI.3.1)1) SIWZ i nabył dla Intergraph doświadczenie w części realizowanego przez niego projektu.

Nabycie doświadczenia w ramach zdolności technicznej i zawodowej przez Wykonawcę, zawsze odbywa się za pośrednictwem osób, którymi posługuje się przy realizacji danego zamówienia. Nie sposób bowiem uznać, że kto inny niż zespół realizujący dany projekt jest realnym nośnikiem budującym doświadczenie Wykonawcy. Powszechnym jest także, że podwykonawcy, udostępniający swoje doświadczenie oraz zasoby ludzkie, wobec których Wykonawca zadeklarował ich udział jako podwykonawców, de facto wykonują później tę część zamówienia innym składem osobowym, niż ten który faktycznie nabył doświadczenie na rzecz podwykonawcy. E-point s.a. z kolei, w ocenie zamawiającego zapewnił, że taka sytuacja nie

wystąpi w niniejszym postępowaniu w zakresie jakim dotyczy architekta systemów informatycznych.

Niezależnie od powyższego realizacja przez podmioty trzecie zamówienia w części w jakiej wykorzystywane jest ich doświadczenie nie musi odbywać się na podstawie umowy podwykonawstwa. Gdyby takie było założenie ustawodawcy, dałby temu wyraz w art. 22a ust. 4 Pzp. Tymczasem w przepisie mowa jest ogólnie o realizacji usług, do których te zdolności są wymagane. Z kolei art. 63 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE, stanowi, że w odniesieniu do kryteriów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonych zgodnie z art. 58 ust. 3, oraz kryteriów dotyczących zdolności technicznej i zawodowej, określonych zgodnie z art. 58 ust. 4, wykonawca może, w stosownych przypadkach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, polegać na zdolności innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań.

Podwykonawstwo jest najczęstszą formą współpracy niemniej jednak nie jedyną dozwoloną. W okolicznościach niniejszej sprawy mamy do czynienia z sytuacją, w której relacja Wykonawcy oraz podmiotu trzeciego opierać się będzie na umowie udostępnienia zasobu ludzkiego. Udział podmiotu trzeciego będzie zapewniony właśnie w formie tej umowy. Innymi słowy w miejsce umowy podwykonawstwa Wykonawca zawrze z podmiotem trzecim umowę, która równie skutecznie zapewni udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Inaczej niż przy umowie o podwykonawstwo, umowa z podmiotem trzecim nie będzie polegać na realizacji określonej części zamówienia tylko będzie obejmować cały okres realizacji umowy przez Wykonawcę, w zakresie obowiązków architekta systemów informatycznych. A zatem udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia będzie zapewniony w całym okresie realizacji umowy. Co więcej realizacja odbywać się będzie przy użyciu osoby, która brała udział w projektach wykazanych przez podmiot trzeci. Powyższe rozwiązanie jest zgodne z ww. przepisami.

Z informatora UZP nr 3/19, wynika, że: „Wykonawca polegający na zasobach innych podmiotów musi udowodnić zamawiającemu, że podczas realizacji zamówienia będzie realnie dysponował tymi zasobami. W tym celu wykonawca musi przedłożyć zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania mu do dyspozycji swoich zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Wykonawca musi także wykazać, że wobec podmiotu, na zasobach którego polega, nie zachodzą przestanki wykluczenia z postępowania. Zobowiązanie, z którego wynika podstawa prawna umożliwiająca wykonawcy poleganie na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów musi precyzyjnie określić jakie zasoby, na jaki okres, w jaki sposób, w jakiej formie, w jakim celu, jakiemu wykonawcy i przez kogo są udostępniane”.

Z zobowiązania Intergraph z dnia 13 maja 2020 r. wynikało bowiem:

- jakie zasoby udostępni: zrealizowane usługi (wymienione W zobowiązaniu), zasoby osobowe.

- na jaki okres: przez cały okres realizacji zamówienia, w jaki sposób: dysponowania/korzystania, w jakiej formie: upoważnienia do korzystania,
- w jakim celu: na potrzeby korzystania z zasobów przy wykonaniu zamówienia,
- jakiemu wykonawcy i przez kogo są udostępniane: na rzecz e-point s.a. udostępniane przez Intergaph.

Powyższe potwierdzają wyjaśnienia Wykonawcy, z których wynika, iż podmiot udzielający swoich zdolności w zakresie doświadczenia, zrealizuje usługi do realizacji, których zdolności te byłyby wymagane w niniejszym postępowaniu na podstawie umowy pomiędzy podmiotem trzecim a Wykonawcą, która sprowadzać się będzie do udostępnienia (dysponowanie pośrednio) zasobu ludzkiego i realizacji umowy przez ten udostępniany zasób Wykonawcy.

11. Z uwagi zatem na fakt, iż Wykonawca przedłożył zobowiązanie podmiotu trzeciego spełniającego kryteria stawiane w wytycznych UZP, brak było podstaw do jego wykluczenia z uwagi na niewykazanie przez e-point s.a., że Intergaph zrealizuje usługi, do realizacji których te zdolności byłyby wymagane zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp. Należy podkreślić, że zgodnie z przyjętą linią orzecznictwa KIO, ocena realności udostępnienia zasobów odbywa się w oparciu o zobowiązanie podmiotu trzeciego. Z uwagi na fakt, iż zawierało ono elementy wypisane w pkt 10 powyżej, nie wzbudziło wątpliwości Zamawiającego.

12. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, na pewną niekonsekwencję w stanowisku Odwołującego, a mianowicie zarzut dotyczący niewykazania, że podmiot trzeci udzielający swoich zdolności w zakresie doświadczenia dotyczy jedynie Intergaph, podczas gdy analogiczna sytuacja występuje w przypadku e-point sp. z o.o (inny podmiot trzeci). E-point sp. z o.o. również przekazuje w celu wykazania warunków dotyczących wykształcenia i kwalifikacji zawodowych, zasoby ludzkie na rzecz Zamawiającego w postaci zastępcy kierownika projektu oraz analityka biznesowego na podstawie analogicznej umowy udostępnienia, co do której Odwołujący nie zgłaszał jednak zarzutów.

Wspomniany wyżej art. 22a ust. 4 ustawy Pzp stanowi, iż wykonawcy mogą, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji lub doświadczenia, polegać na zdolnościach innych podmiotach, o ile podmioty te zrealizują usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane, a taka okoliczność zachodzi w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wobec powyższego odwołanie w zakresie jakim dotyczy zarzutów opisanych jest niezasadne i Zamawiający wniósł o jego oddalenie.

Przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca e-point Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie.

„Przystępujący” - „e-point”, wniósł o oddalenie odwołania w całości z uwagi na przytoczoną argumentację.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp - zaniechanie odtajnienia
Zaznaczył, iż zgodnie z przepisami dokonał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający zweryfikował zasadności zastrzeżeń rzetelnie i wnikliwie. Wskazał na zasadę jawności postępowania i wyjątek z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Przystępujący zastrzegł częściowo składaną dokumentację — w tym wykaz osób stanowiący dla niego wartość gospodarczą. Złożył wyjaśnienia zawierające uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które spełniały wymagane ustawą przesłanki do utajnienia pewnych informacji. W przedmiotowej sprawie działanie Zamawiającego — polegające na częściowym odtajnieniu - potwierdza dokonanie efektywnej analizy. Również sam Odwołujący zastrzegł w dokumencie składanym wraz z ofertą analogiczne informacje.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 12 w zw. z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp
Przystępujący podtrzymał stanowisko, zgodnie z którym skorzystanie z zasobów podmiotów trzecich nie będzie miało charakteru podwykonawstwa. Kształt współpracy z podmiotem trzecim nie będzie objęty zakresem pojęcia podwykonawstwa wg. art. 2 pkt 9b ustawy Pzp. Zakres udostępnienia przez podmiot trzeci w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, który kwestionuje Przystępujący, obejmuje jedynie zasoby osobowe, z jakich może korzystać Przystępujący na podstawie umowy udostępniania (wypożyczenia) personelu, która ze swej istoty nie może spełniać definicji legalnej umowy o podwykonawstwo. Umowa we wskazanym kształcie zapewnia realny transfer wymaganych zasobów osobowych, a jednocześnie nie będzie mogła być zakwalifikowaną jako bezpośrednia realizacja zamówienia, lecz jako pośrednie dysponowanie.

Odwołujący nie wprost próbuje także kwestionować doświadczenie Architekta systemów informatycznych jako rozbieżne z wymaganiami SIWZ. Zamawiający w rozdz. VI SIWZ rozróżnił warunki udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej zarówno w kontekście doświadczenia samego wykonawcy, jak również w zakresie dysponowania zespołem o określonym doświadczeniu. W przypadku doświadczenia w zakresie realizacji usług określono warunki w ust. 1 pkt. 1 ppkt. 1)1) — 1)3) SIWZ, zaś w przypadku zasobu osób - w ust 2 pkt. 2)1) — 2)10) SIWZ. Dodatkowo Zamawiający określił w pkt 2 SIWZ.: „Wykonawca dla spełnienia powyższego warunku zobowiązany jest wykazać, że dysponuje niżej wymienionymi osobami, które posiadają wymagane wykształcenie, kwalifikacje zawodowe doświadczenie i będą wykonywały podczas realizacji zamówienia niżej określony zakres czynności (role):”

Przystępujący stanowczo oświadcza, że zakres wymaganego doświadczenia Architekta systemów informatycznych jest zbieżny z wymaganiami wynikającymi z opisu warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej (odnośnie zasobów), zaś Odwołujący nie przytoczył żadnych twierdzeń, faktów ani dowodów które miałyby potwierdzać stanowisko przeciwne. Na obecnym etapie uzupełnianie zarzutu jest niemożliwe.

O możliwości realizacji zamówienia w różnych kształtach przesądził ustawodawca, nie korelując wprost instytucji udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci z instytucją podwykonawstwa, rozróżniając w przepisach te dwa różne pojęcia.

„Nieuprawnionym jest twierdzenie, że dla spełnienia normy art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, koniecznym jest, ażeby podmiot udostępniający zasoby występował w charakterze podwykonawcy. Po pierwsze, taki wymóg byłby niezgodny z ogólną zasadą wynikającą z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp - że dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu można powołać się na zasoby podmiotu trzeciego, niezależnie od charakteru stosunków prawnych łączących wykonawcę z tym podmiotem. Po drugie, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza w swym orzecznictwie również takiego wymogu nie formułuje. Orzecznictwo Izby akcentuje konieczność zapewnienia realnej realizacji zamówienia przez podmiot trzeci. Jednakże realizacja ta nie musi oznaczać podwykonawstwa.” - wyrok z dnia 20 lipca 2018 r. KIO 1336/18.

W treści odwołania Odwołujący buduje także teorię, że doświadczenie konkretnej osoby nie tworzy doświadczenia wykonawcy — co z oczywistych względów nie może polegać prawdziwie w tym sensie, że jeśli wykonawca jest osobą prawną, to w jego imieniu „działania” podejmują zawsze określone osoby fizyczne i na tej samej zasadzie przebiega realizacja każdego zamówienia publicznego. Nie bez powodu ustawa — jak i Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu — rozróżniają doświadczenie wykonawcy od dysponowania określonym zasobem osobowym. Powyższe zostało potwierdzone w postanowieniu Sądu Najwyższego: „Należy zwrócić uwagę, że przepis art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy nie może być rozumiany dosłownie, bowiem gdy zamawiającym jest osoba prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, nie można stwierdzić, czy posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie. Przez "posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia" trzeba zatem rozumieć stan, w którym wykonawca dysponuje osobami zapewniającymi prawidłowe wykonanie zamówienia. Pojęcie to obejmuje jednak także takie składniki przedsiębiorstwa, jak know-how, tajemnice przedsiębiorstwa, dokumentacja, goodwill, renoma itp. Reasumując, pojęcie "niezbędna wiedza i doświadczenie" w rozumieniu powołanego przepisu obejmuje zarówno składniki niematerialne przedsiębiorstwa, jak i dobra osobiste związane z przedsiębiorcą lub pracownikami przedsiębiorstwa.” - postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 października 2008 r. III CZP 87/08.

Doniosłym na gruncie przedmiotowego postępowania jest okoliczność, że w świetle przepisów ustawy Pzp możliwe jest zidentyfikowanie dalszych — oprócz w warstwie definicji — różnic pomiędzy obiema instytucjami. Pierwszym przykładem jest zakres, w jakim Zamawiający dokonuje badania podmiotowego podmiotu trzeciego: „Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków

udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5.”.

Doniosłą różnicą jest także zakres odpowiedzialności wykonawcy, który korzysta z zasobów podmiotu trzeciego, jak również samego podwykonawcy:

art. 22a ust. 5 ustawy Pzp „Wykonawca, który polega na sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, odpowiada solidarnie z podmiotem, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, za szkodę poniesioną przez zamawiającego powstałą wskutek niedostępności tych zasobów, chyba że za niedostępność zasobów nie ponosi winy.”

art. 36a ust. 4 ustawy Pzp „Powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcom nie zwalnia wykonawcy z odpowiedzialności za należyte wykonanie tego zamówienia.”

W przypadku polegania na zasobach podmiotu trzeciego, krąg osób odpowiedzialnych za realizację zamówienia — oprócz samego wykonawcy — zostaje poszerzony o podmiot trzeci. Samo podwykonawstwo pozostaje zaś bez wpływu na zakres odpowiedzialności wykonawcy — zatem przekładając powyższe na grunt niniejszej sprawy, z punktu widzenia Zamawiającego, to sam fakt korzystania z zasobów wyznacza zakres odpowiedzialności tych podmiotów, indyferentnym czyniąc tym samym kwestię podwykonawstwa.

Podsumowując przedmiotowe rozważania, w zakończeniu wskazać dodatkowo należy, że skonstruowany przez Odwołującego zarzut dotyczący braku podwykonawstwa pozostaje całkowicie bez wpływu na wynik postępowania — wszak kwestia polegania na zasobach podmiotu trzeciego ma doniosły charakter z punktu widzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i w tym zakresie Zamawiający w sposób zgodny z przepisami dokonał oceny podmiotowej wykonawcy, jak również podmiotu trzeciego na zasoby którego się on powołuje. Nawet jeśli by uznać — czemu Przystępujący stanowczo zaprzecza — że podmiot ten powinien być zgłoszony jako podwykonawca, jedynym działaniem wymaganym na tym etapie byłaby zmiana oświadczenia woli w tym zakresie, tj. uzupełnienie JEDZ. Wszelkie pozostałe czynności, tj. badanie podmiotowe podwykonawcy w zakresie przesłanek do wykluczenia zostały już przeprowadzone, jak również nie zostały zakwestionowane przez Odwołującego. Ważnym jest, że kwestia zmian w zakresie podwykonawstwa — tj. realizacja własnymi siłami, wprowadzenie podwykonawcy, jego zmiany - jest i będzie dopuszczalne na każdym etapie realizacji zamówienia, zaś samo oświadczenie o podwykonawstwie nie stanowi treści oferty. Tym samym nie sposób zidentyfikować wpływu na wynik postępowania — skoro pomyślnie przebiegła kwalifikacja podmiotowa wszystkich podmiotów zaangażowanych w realizację w sposób zgodnie z przepisami.

Odwołujący podkreśla także merytoryczny charakter informacji o podwykonawstwie, który ma stanowić treść oferty, przytaczając wyrok KIO 1453/16). Przytoczony wyrok dotyczył sytuacji, w której Zamawiający zastrzegł do osobistego wykonania część zamówienia — wówczas prawdziwe jest twierdzenie, że oświadczenie o podwykonawstwie staje się częścią oferty. W

niniejszej sprawie natomiast zastrzeżenie takie nie miało miejsca, a tym samym nie sposób zakwalifikować oświadczenia o podwykonawstwie jako treści oferty, podlegającej ocenie co do zgodności z SIWZ. Biorąc powyższe pod uwagę, wniósł jak na wstępie.

Przystępujący złożył sprzeciw co do uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów odwołania.

Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego przedstawili stanowiska.

Odwołujący odnośnie zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa, stwierdził, że Przystępujący użył argumentacji o charakterze ogólnym i treści stosowanej we wszystkich podobnych postępowaniach. Zauważył przy tym, że tezy o ryzyku podkupienia pracowników nie zostały niczym dowiedzione, a kwestia ta często podnoszona ma charakter mityczny. Zauważył, że istnieją prawne instrumenty służące zapewnieniu lojalności pracownika, w tym, na przykład umowy o zakazie konkurencji. Podniósł brak przedstawienia dowodów o działaniach wykonawcy zapewniających zachowanie tajemnicy przedsiębiorstwa. Zauważył, że nawet uwzględnienie jedynie tego zarzutu w postępowaniu powinno prowadzić do uwzględnienia odwołania wobec potrzeby ponownego rozpatrzenia ofert zawierających odtajnione informacje.

Wskazał, że w warunkach udziału w postępowaniu zostało rozróżnione wymagane doświadczenie własne wykonawcy oraz wymagane doświadczenie osób, którymi musi dysponować. Przypomniał, że podmiot trzeci Intergraf udostępnia wykonawcy jedną osobę, tj. architekta systemu. Zauważył, że wskazane warunki wbrew stanowisku Zamawiającego i Przystępującego nie są tożsame.

Przypomniał treść art. 22a ust 4 i stwierdzając, że w przypadku usług, tj. jak w sprawie niniejszej, udział osób trzecich musi przyjąć formę podwykonawstwa. Zauważył, że podmiot trzeci nie udostępnia realnie zasobów, lecz pożycza jedną osobę do realizacji pod kierunkiem wykonawcy.

Podkreślił, iż w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie przedstawiono rzeczywistych argumentów, co do zasadności.

Zauważył że udostępnienie w jego ofercie zostało wykonane poprawnie, nie budziło to wątpliwości, nie jest też przedmiotem rozpatrzenia. Przypomniał, co jest przedmiotem zamówienia oraz treść warunku udziału dla wykonawcy oraz osób, w szczególności architekta systemu. Zauważył, że złożone na rozprawie pismo zawiera potwierdzenia faktu udostępnienia przez InterGraf tylko osoby architekta, a nie zasobów podmiotu. Podkreślił, iż w wymogach określono warunki stawiane wykonawcy i osobom. Natomiast według Zamawiającego i Przystępującego warunek w stosunku do podmiotu potwierdza

doświadczenie przedstawionego architekta systemu wypożyczonego do wykonywania czynności.

Przypomniał brak odpowiedzialności Przystępującego za wszystkie czynności wymagane do wykonania realizowane przez udostępnioną osobę. Zauważył, że w tym stanie rzeczy odpowiedzialność ponosić ma wykonawca, który nie posiada wymaganego doświadczenia. Zauważył, że we wzorze umowy wyraźnie opisano wymogi w stosunku do ewentualnego podwykonawcy wskazując na więź prawną oraz obowiązki wykonawcy korzystającego z podwykonawstwa, w stosunku do Zamawiającego. Stwierdził, że architekt przewidziany do udziału ma tylko kompetencje do projektowania systemów informatycznych.

Przystępujący (ASSECO Poland S.A.) podtrzymał stanowisko własne oraz Odwołującego. Przypomniał, że najistotniejszy jest zarzut w odwołaniu wskazujący, że podmiot trzeci nie będzie uczestniczył w realizacji zamówienia, co oznacza naruszenie art. 22a ust 4 Pzp.

Poparł stanowisko Odwołującego w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa i zauważył, iż brak jest uzasadnienia zastrzeżenia tej tajemnicy, a nawet wskazania wartości gospodarczej.

Stwierdził, że art. 22a ust. 4 jest przepisem szczególnym do ustępu 1 i wynika z niego konieczność realizacji pracy w formule podwykonawstwa lub podobnej. Zauważa, że taki podmiot jako podmiot trzeci wykonujący pracę ponosi odpowiedzialność za te prace, a przekazanie pracownika nie gwarantuje zapewnienia realnego wykonania wymaganej części zamówienia. Na poparcie stanowiska powołuje orzeczenia KIO o sygnaturze akt: KIO1399/19; KIO248/18; KIO908/18; KIO964/18. Zauważył, że sam Zamawiający przyznał, że do realizacji przedmiotu zamówienia niezbędny jest cały zespół, a nie jeden architekt przekazany w formie udostępnienia zasobów.

Zamawiający zanegował pogląd Odwołującego, iż jedyną formą udziału podmiotu trzeciego jest podwykonawstwo. Przypomniał treść złożonego oświadczenia o udostępnieniu, z czego wywodzi realność udostępnienia, zapewnienia realizacji usługi z udziałem tego podmiotu i te okoliczności podnosi na podstawie treści dokumentu z dnia 13.05.2020 r.

Wskazał, iż nie ma podstaw do twierdzenia o nieprawidłowości oświadczenia i nieskuteczności udostępnienia. Uznał, że z art. 22a ust 1 należy wywieść, iż podwykonawstwo nie jest jedyną formą wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego. Przy odmiennej ocenie należałoby wnioskować, iż podwykonawca musiałby wykonać całe zamówienie. Biorąc także pod uwagę wyjaśnienia wykonawcy w tej kwestii całość informacji potwierdza, iż udostępnienie jest realne, a wyjaśnienia są spójne z jego treścią. W ofercie Odwołującego, wprawdzie wskazano na udział podwykonawcy, ale nie wskazano zakresu prac tego podmiotu.

Zauważył, że przedmiot zamówienia jako całość będzie realizowany przez zespół.

Przypomniał, że zamawiany system ma być realizowany jako całość i nie może być konstruowany z modułów. Wskazał że art. 22a ust 4 pozwala na udostępnienie zasobów w różnych formach. Osoba architekta będzie uczestniczyć w realizacji całej umowy jako członek kluczowego personelu wykonawcy. Wskazał na art. 14.7 umowy oraz zał. 7 pkt 1 i 2 do umowy dot. udziału w pracach personelu podmiotu trzeciego (podwykonawców). Podsumowując podkreślił, że wykonawca wykazał prawidłowo realne udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego.

Przystępujący (e-point S.A.) podtrzymał stanowisko przedstawione w piśmie. Stwierdził, że samo określenie składu zespołu przewidzianego do wykonania usługi stanowi wartość gospodarcza ustanawiająca zastrzeżenie wiedzy o nim, tajemnicę przedsiębiorstwa. Zauważył, że także za ten skład ponosi odpowiedzialność. Przypomniał, że w umowie przewidziano w pkt 22.1.17 i 22.1.18 odpowiedzialność za braki w deklarowanym personelu w trakcie realizacji umowy. Stwierdził, że wykazał przesłanki zgodnie z art. 8 Pzp i przedstawił metody stosowane w obrocie, które są także jego udziałem. Zauważył, że stosuje środki ochrony informacji zgodnie z własnymi, uzasadnionymi potrzebami i uwzględnieniem okoliczności kogo dotyczą te informacje. Przypomniał definicję podwykonawstwa z ustawy. Zauważa różnicę z treści art. 22 ust 4 i brak określenia podwykonawstwa jako wymaganej metody realizacji. Zauważa, że ponosić będzie odpowiedzialność za realizację zamówienia jako wykonawca odpowiedzialny za prace zespołu wykonawczego przedstawionego w ofercie i dokumentach ofertowych.

Złożył kopię pisma Intergraf na okoliczność potwierdzenia udostępnienia zasobów Przystępującemu. Wskazał na treść specyfikacji w pkt VI 3.1 jako odpowiadające treści przepisu art. 22a ust. 1 Pzp oraz w pkt VI 3.2, który jest odpowiednikiem przepisu art. 2a ust 4 w ramach tego postępowania zauważając, że w zakresie tego punktu mieści się wymóg dysponowania m.in. osobą architekta systemów informatycznych, który został udostępniony przez podmiot trzeci.

Stwierdził, że nie ma sporu co do warunków udziału w postępowaniu. Zauważył, że Zamawiający dopuszcza różne formy udostępnieniach zasobów. Wskazał na sposób wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu na podstawie doświadczenia własnego oraz udostępnionego. Zespół realizujący przedmiot zamówienia pochodzi z usług referencyjnych – własnych i udostępnionych.

Krajowa Izba Odwoławcza Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym

dokumentację postępowania, jak również stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Zarzut, w sytuacji potwierdzenia, wskazałby na możliwość ubiegania się o uzyskanie zamówienia oraz jego realizacji przez odwołującego, a tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody w sytuacji udzielenia przez zamawiającego zamówienia innemu niż On wykonawcy.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych w nim zarzutów w ustalonym w postępowaniu stanie faktycznym, Izba uznała, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

Skład orzekający potwierdza, w ślad za stanowiskami stron i uczestników, że kluczowy zarzut odwołania dotyczy oceny spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu związanego ze zdolnością techniczną lub zawodową opisanego w cytowanych w pismach postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niesporne jest, iż przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego na potwierdzenie spełniania warunku posłużył się instytucją udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego uregulowaną w art. 22a ustawy pzp. Podmiotem tym jest Intergraph Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, który zobowiązał się pisemnie do udostępnienia wszelkich zasobów, w tym osobowych, niezbędnych do realizacji zamówienia stwierdzając nadto, że będzie to możliwe za pośrednictwem architekta systemów, któremu, jak i wykonawcy oferuje niezbędne wsparcie. (zobowiązanie złożone zamawiającemu – w aktach postępowania o udzielenie zamówienia oraz pismo złożone na rozprawie).

Izba uznaje, że doświadczenie wskazanego podmiotu zostało wykazane, jak również realność udostępnienia, w istocie zasobu w postaci osoby mającej uczestniczyć w realizacji zamówienia. Przypomnieć należy, że stosownie do treści przepisu art. 22a poleganie na zasobach innych podmiotów jest możliwe na podstawie stosunku prawnego łączącego podmiot udostępniający z wykonawcą niezależnie od jego charakteru prawnego. Warunkiem realności udostępnienia i polegania na zdolnościach innych podmiotów jest ustalenie, że podmioty te zrealizują usługi, do realizacji których przedstawione zdolności są wymagane. (por. art. 22a ust. 1 oraz ust. 4 ustawy pzp). Wobec prowadzonego sporu, czy wskazany udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia ma przybrać jako niezbędną postać podwykonawstwa w relacji do wykonawcy, Izba uznaje, że taki wymóg nie znajduje oparcia we wskazanych przepisach. W szczególności wskazuje na to powołane wyżej stwierdzenie ustawodawcy o stosunku prawnym niezależnie od jego charakteru, a nadto brak odesłania lub użycia definicji umowy o podwykonawstwo sformułowanej w art. 2 pkt 9b ustawy pzp.

Przyjąć zatem należy, że istotą oceny jest realność, choć nie pewność (jako że dotyczy zdarzenia przyszłego), udostępnienia zasobu.

W okolicznościach sprawy rozpatrywanej skład orzekający uznał za dowiedzione, iż udostępnienie zasobów, w istocie skumulowanych w wiedzy i doświadczeniu osoby o określonych kwalifikacjach, nastąpiło zgodnie z wymogami przepisów prawa.

W takim stanie rzeczy zarzuty odwołania wskazujące na podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania nie potwierdziły się, a w konsekwencji nie zachodzą także przesłanki do nakazywania zamawiającemu ewentualnego zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w celu uzupełniania dokumentów dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Skład orzekający uznaje jako uzasadniony zarzut naruszenia art. 8 ust. 1-3 Pzp, przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia wykonawcom informacji zastrzeżonych przez przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa w treści wykazu osób. W tym zakresie skład orzekający przyznaje rację zamawiającemu i odwołującemu, że nie nastąpiło wykazanie, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów znku.

W okolicznościach sprawy rozpatrywanej wskazane zaniechanie zamawiającego nie miało jednak wpływu na wynik postępowania, zatem rozstrzygnięcie zostało wydane z uwzględnieniem art. 192 ust. 2 ustawy pzp.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 i art. 186 ust. 6 pkt 3a ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 2 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 ze zm.).

.....