

Wyrok

z dnia 3 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Piotr Kur

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 1 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 listopada 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Eco-Team Sp. z o.o. Sp. k.; DOMBUD MINTEX Sp. z o.o. ul. Wł. Jagiełły 60, 42-202 Częstochowa** w postępowaniu prowadzonym przez **Związek Gmin Dorzecza Wisłoki ul. M. Konopnickiej 82, 38-200 Jasło** przy udziale wykonawcy **Sanito Sp. z o.o. ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Konsorcjum: Eco-Team Sp. z o.o. Sp. k.; DOMBUD MINTEX Sp. z o.o. ul. Wł. Jagiełły 60, 42-202 Częstochowa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania i:
 - 2.1 zasądza od **Konsorcjum: Eco-Team Sp. z o.o. Sp. k.; DOMBUD MINTEX Sp. z o.o. ul. Wł. Jagiełły 60, 42-202 Częstochowa** na rzecz zamawiającego - **Związek Gmin Dorzecza Wisłoki ul. M. Konopnickiej 82, 38-200 Jasło** kwotę

3 567 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) tytułem zwrotu poniesionych uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Krośnie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Związek Gmin Dorzecza Wisłoki z siedzibą w Jaśle prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę instalacji wytwarzających energię ciepłą w ramach Projektu pn. „Poprawa jakości powietrza poprzez wymianę źródeł ciepła w domach prywatnych na terenie gmin należących do Związku Gmin Dorzecza Wisłoki - Projekt 3.3.1"- Instalacje kotłów gazowych oraz węzłów cieplnych (sygn. ZG.BO.271.8.2020). Ogłoszenie w DUUE z dnia 5 sierpnia 2020 roku, nr Dz. U/S S150,367283-2020-PL

Odwołujący: Konsorcjum firm: Lider Konsorcjum: Eco-eam Sp. z o.o. Sp. k. w Częstochowie i DOMBUD MINTEX Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu polegających na:

1) zaniechaniu przez Zamawiającego ujawnienia i udostępnienia informacji nie stanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa w tym w szczególności odmówienia w sposób nieuprawniony ujawnienia uzasadnienia o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, złożonego w postępowaniu przez Wykonawcę Sanito Sp. z o.o., mimo, iż treść samego uzasadnienia i informacje znajdujące się w tym wniosku nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i jako takie powinny być udostępnione Wykonawcom,

2) w konsekwencji, również zaniechanie ujawnienia i udostępnienia samych informacji i dokumentów (wykazu oraz referencji) zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, przez Wykonawcę Sanito Sp. z o.o., mimo iż brak jest uzasadnienia dla utajnienia tych informacji.

Odwołujący wskazuje z ostrożności procesowej, że zastrzeżone informacje nie spełniają wymagań dla tajemnicy przedsiębiorstwa, w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 roku, poz. 1913 ze zm.),

3) zaniechaniu wykluczenia Wykonawcy Sanito Sp. z o.o. z postępowania, mimo że Wykonawca ten nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do zdolności technicznej Wykonawcy do realizacji zamówienia, a to poprzez:

- niewskazanie podmiotu trzeciego, jako tego, który będzie realizował czynności faktyczne w postępowaniu,

- posłużenie się najprawdopodobniej w niniejszym postępowaniu referencjami wystawionym w związku z realizacją projektu Programu Ograniczania Niskiej Emisji dla Miasta Krakowa (PONE), przez firmę Levada sp. z o.o. na rzecz podmiotu P. B. F.H.U. HYDRO-MET, ze wskazaniem na realizację jednej umowy, w sytuacji gdy istnieje prawdopodobieństwo, że realizacje nie były wykonywane w ramach jednej umowy, ale wielu

umów z podmiotami prywatnymi, a także iż niemożliwe było podpisanie jednej umowy na całość projektu, bo jego przebieg był nieprzewidywalny,

i w konsekwencji zaniechanie uznania tej oferty za odrzuconą,

4) w konsekwencji naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Sanito Sp. z o.o. niezgodnie z przepisami ustawy i zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego Konsorcjum, mimo że jest to oferta spełniająca wszystkie wymagania i najkorzystniejsza w zakresie kryteriów oceny ofert określonych w postępowaniu;

2. czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

1) art. 8 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy pzp przez zaniechanie ujawnienia informacji i dokumentów złożonych w postępowaniu przez Wykonawcę Sanito Sp. z o.o. zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa - wraz z samym uzasadnieniem wniosku o utajnienie informacji, co jest wyjściową do zachowania zasady jawności postępowania,

2) art. 8 ust. 1, 2, 3 ustawy pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy znku przez uznanie, że informacje utajnione stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (w szczególności w zakresie uzasadnienia samego wniosku o utajnienie), podczas gdy informacje te nie spełniają przesłanek do objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa,

3) art. 24 ust. 1 pkt. 12 w zw. z art. 22a ust. 1 i ust. 4 ustawy pzp w związku z uznaniem przez Zamawiającego, że doszło do realnego udostępnienia potencjału technicznego, pomimo, że podmiot udostępniający zasoby jak wynika z treści oferty nie będzie realizował przedmiotu zamówienia, a w zakresie, w jakim udostępniany jest potencjał w tym postępowaniu, niezbędny jest udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia dla spełnienia przesłanki realności udostępnienia, a także w związku uznaniem złożonych referencji za prawidłowe, w sytuacji gdy nie potwierdzają one spełniania warunków udziału w postępowaniu postawionych przez Zamawiającego,

4) w konsekwencji naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy poprzez wybór oferty Wykonawcy, który podlega wykluczeniu z postępowania i jako taki nie powinien być uwzględniony w dokonywanej na podstawie kryteriów ocenie ofert i tym samym zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego mimo, iż oferta tego Wykonawcy jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w postępowaniu,

5) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 pzp w związku z prowadzeniem postępowania sprzecznie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, przez pozostawienie w postępowaniu Wykonawcy, którego oferta nie spełniała wymagań postawionych w SIWZ;

Wobec powyższego odwołujący wniósł o:

a) nakazanie zamawiającemu odtajnienia:

- uzasadnienia zastrzeżenia przez Wykonawcę Sanito sp. z o.o. informacji stanowiących w jego ocenie tajemnicę przedsiębiorstwa, a także

- w konsekwencji powyższego, jak również niespełniania przez zastrzeżone informacje definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, odtajnienia dokumentów złożonych na wezwanie Zamawiającego przez Wykonawcę Sanito Sp. z o.o. (w postaci wykazu oraz referencji),

b) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty, dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert i wykluczenia Wykonawcy Sanito Sp. z o.o.,

c) wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Wykonawców Eco-Team Sp. z o.o. Sp. k. - Dombud Mintex sp. z o.o.

Wykonawca Eco-Team Sp. z o.o. złożył ofertę i to ofertę najkorzystniejszą pod kątem kryteriów oceny ofert i spełniającą wszystkie wymagania Zamawiającego, oferta znajduje się obecnie na drugiej pozycji za ofertą Wykonawcy Sanito Sp. z o.o.; w przypadku uwzględnienia odwołania to oferta odwołującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Po zapoznaniu się z treścią oferty złożonej przez przystępującego odwołujący stwierdził, że wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy pzp bowiem nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności technicznej.

Na str. 7 SIWZ w zakresie warunków udziału w zakresie zdolności technicznej wskazano:

„Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert; w jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w wykonaniu zamówień polegających na dostawie i montażu instalacji źródeł ciepła w budynkach o łącznej mocy źródeł ciepła 4,0 MW w tym m.in. 200 kotłów gazowych, przy czym Zamawiający dopuszcza wykazanie się wykonaniem tych dostaw w ramach wielu umów, z tego co najmniej 100 instalacji źródeł ciepła (kotły i/lub kolektory słoneczne i/lub pompy ciepła) Wykonawca wykonał w ramach jednej umowy. Wykonawca może również wykazać się wykonaniem zamówienia w formule robót budowlanych”.

W złożonej przez Sanito Sp. z o.o. ofercie znajduje się zobowiązanie podmiotu trzeciego, z którego treści wynika, że P. B. F.H.U. HYDRO-MET (Harta 276, 36-067 Harta) zobowiązuje się do oddania na potrzeby niniejszego zamówienia zasobów w postaci zdolności technicznej, w następującym zakresie:

„w wykonaniu zamówień polegających na dostawie i montażu instalacji źródeł ciepła w budynkach o łącznej mocy źródeł ciepła 4,0 MW w tym m.in. 200 kotłów gazowych, z tego co najmniej 100 instalacji źródeł ciepła (kotły i/lub kolektory słoneczne i/lub pompy ciepła) Wykonawca wykonał w ramach jednej umowy, tj. Dostawa i montaż instalacji źródeł ciepła w postaci 163 szt. kotłów kondensacyjnych gazowych o łącznej mocy 4,2654 MW w budynkach prywatnych w ramach jednej umowy z dnia 21.01.2017, oraz Dostawa i montaż instalacji źródeł ciepła w postaci 82 szt. kotłów kondensacyjnych gazowych o łącznej mocy 2,0742 MW w budynkach prywatnych w ramach jednej umowy z dnia 11.02.2016r”.

W treści złożonej oferty Wykonawca Sanito Sp. z o.o. wskazał wprost:

„Oświadczamy, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, powołujemy się na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp na zasoby podmiotów wskazanych poniżej:

i deklarujemy, że wskazane powyżej podmioty udostępniające nam zdolności w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia zrealizują przedmiot zamówienia, do którego wymagane są te zdolności."

Jednocześnie Sanito Sp. z o.o. w ofercie wskazał również, że:

„Zamierzamy powierzyć podwykonawcom wykonanie następujących części zamówienia:

- 1) Zakres powierzonej części zamówienia Prace budowlano-montażowe
Wartość/procentowy udział 50% Firma podwykonawcy HYDRO-MET Sp. z o.o., Futoma 750D, 36-030 Błazowa
- 2) Zakres powierzonej części zamówienia Prace budowlano-montażowe
Wartość/procentowy udział 40%

Firma podwykonawcy Na dzień składania ofert nazwy firm nie są znane."

Zgodnie z treścią art. 22a ust. 4 ustawy pzp - „W odniesieniu do warunków dotyczących /.../ doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane".

Z oświadczeń Wykonawcy w ofercie wynika jednakże, że pomimo powołania się na doświadczenie firmy P. B. F.H.U. HYDRO-MET, Sanito nie zamierza zrealizować zamówienia przy udziale tego Wykonawcy, gdyż jako podwykonawcę w 50% wskazał firmę HYDRO-MET Sp. z o.o., Futoma 750D, 36-030 Błazowa, tj. całkowicie inny podmiot.

Niemożliwe jest również, aby to firma P. B. miała wykonać pozostałe 40% zamówienia, w sytuacji w której Sanito wskazał w ofercie, że firma podwykonawcy nie jest znana na dzień składania oferty - tym samym to nie P. B. jest podwykonawcą, którego Sanito Sp. z o.o. chciała wybrać do realizacji pozostałej części zamówienia, gdyż Wykonawca możliwości i nazwę tej firmy na dzień składania oferty doskonale znał, szczególnie, że w treści zobowiązania podmiot trzeci P. B. wprost wskazał, że udostępnione zasoby pozostają w dyspozycji Wykonawcy w celu realizacji zamówienia.

Dlatego, jak wynika ze złożonych dokumentów w postaci zobowiązania podmiotu trzeciego, oraz oświadczenia Wykonawcy w ofercie, Sanito nie posiada doświadczenia i w całości posługuje się potencjałem podmiotu trzeciego, jakim jest P. B. . Jednocześnie w treści formularza ofertowego wskazuje, że 90% przedmiotu zamówienia zamierza zrealizować z udziałem podwykonawców innych niż P. B. .

Powyższe pozostaje w sprzeczności z dyspozycją art. 22a ust. 4 pzp, gdyż „ustawodawca, w art. 22a ust 4 pzp ustanowił obowiązek realizacji zamówienia przez podmiot udostępniający zasoby w postaci m.in. doświadczenia, w zakresie w którym wykonawca ten, powołał się na zasoby podmiotu trzeciego. Nie można zatem uznać, iż podmiot wykazujący spełnienie

warunku udziału w postępowaniu w całym wymaganym zakresie, będzie uczestniczył w realizacji tego zamówienia jedynie w pewnym, wybranym przez siebie zakresie, stanowiącym element, a nie całość wykazywanego doświadczenia. W sytuacji, kiedy podmiot trzeci udostępnia swoje zasoby, polegające na wykazaniu doświadczenia stanowiącego warunek udziału w postępowaniu, podmiot ten zobowiązany jest do osobistego wykonania tej części zamówienia, która była objęta warunkiem udziału w postępowaniu. Taka okoliczność stanowi wykazanie przez Wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu" (KIO 711/19).

„Określony w art. 22a ust. 4 pzp wymóg zrealizowania zamówienia w takiej części, z jaką wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania tej części zamówienia (co do zasady w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą składającym ofertę)” (KIO 1506/20). Z orzecznictwa wynika więc, że nie można mówić o spełnieniu warunku udziału w kryterium zdolność techniczna, jeżeli podmiot, na który powołuje się Wykonawca nie będzie realizował tej części zamówienia, do której części udostępnia swoje zasoby.

Przedmiot niniejszego zamówienia wymaga specjalistycznej wiedzy i doświadczenia. W stanie faktycznym, gdzie podmiot trzeci jest podmiotem użyczającym zasoby celem spełniania warunków udziału w postępowaniu, a tym samym podmiotem, który dla realności udostępnienia musi realizować przedmiot zamówienia, brak informacji w formularzu ofertowym co do udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia skutkuje brakiem możliwości uznania spełniania warunku udziału przez Wykonawcę Sanito. Tak więc udostępnienie zasobów polegające jedynie na „pożyczeniu „dokumentów” a nie realnym udostępnieniu zasobów nie potwierdza, że przedmiot zamówienia będzie realizowany przez podmiot gwarantujący należytego jego wykonanie.

W wyroku KIO 201/20 czytamy, „W przypadku, m.in., zasobu wiedzy i doświadczenia prawodawca wprowadził pewne daleko idące ograniczenia. Mianowicie dopuszczalność polegania na, m.in., takim zasobie została uzależniona od tego czy podmiot trzeci zrealizuje roboty budowlane i usługi do realizacji, których zasób jest potrzebny. Powyższe oznacza obowiązek zapewnienia podwykonawstwa podmiotu trzeciego, które powinno być nie tylko zadeklarowane, ale i egzekwowane w trakcie wykonywania roboty czy usługi

Tak więc podmiot trzeci który winien realizować faktycznie całość przedmiotu zamówienia może je wykonać zgodnie z treścią formularza ofertowego maksymalnie w 10% - tak więc przedmiot zamówienia będzie realizowany przez podmioty, jakie nie posiadają doświadczenia. Pozostaje również pytanie jaki jest charakter udziału w tym postępowaniu samego Wykonawcy, który być może jedynie podpisze umowę, nie posiadając kompetencji do jej realizacji. Dlatego Zamawiający nie dokonał należytego badania i oceny ofert w zakresie spełniania przez Sanito warunków udziału w postępowaniu.

Również nie jest dowodem realizacji części przedmiotu zamówienia deklaracja Wykonawcy udostępniającego zasoby. Wiążąca dla Zamawiającego jest treść oferty i oświadczenia samego Wykonawcy tę ofertę składającą. Być może podmiot trzeci P. B. F.H.U. HYDRO-MET deklarował chęć współpracy, co wpisał w treść zobowiązania, jednakże Sanito nie musi i jak wynika z treści oferty z doświadczenia tego Wykonawcy na etapie realizacji nie zamierza korzystać. Tym samym udostępnienie jest działaniem pozornym, a Zamawiający źle ocenił spełnianie warunków udziału przez Sanito.

Dotyczy to również uznania, że na podstawie samych złożonych referencji i wykazu doszło do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zakładać można, że referencje potwierdzają, iż Wykonawca P. B., realizował zamówienie na rzecz podmiotu LEVADA, który to miał realizować zadania w ramach projektu PONE dla Miasta Krakowa. W ramach tego projektu nie była realizowana jedna umowa, ale osobne umowy z podmiotami prywatnymi, które w miarę chęci zgłaszały się do Wykonawcy Levada sp. z o.o. Nie można było zatem z góry określić zakresu zlecenia i podpisać globalnej jednej umowy z podwykonawcą P. B. F.H.U. HYDRO-MET, a całość w okresie realizacji mogła sprowadzać się do realizacji poszczególnych zleceń indywidualnych. Z Miastem nigdy nie została podpisana umowa na realizację całego zamówienia na określoną kwotę w ramach projektu. Zasadnym jest weryfikacja działań Sanito sp. z o.o. przez pryzmat konieczności wykluczenia go z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy pzp, wobec bądź to przedstawienia świadomie referencji, które nie oddają stanu faktycznego realizacji, bądź niezwyfikowania referencji, w świetle późniejszego posłużenia się nimi w postępowaniu.

Istotne jest też wezwaniem z 19 października 2020 r. Zamawiającego, który wezwał Wykonawcę Sanito Sp. z o.o. do przedłożenia:

„wykazu dostaw (wg załącznika nr 6 do SIWZ) /.../ w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, wraz z podaniem ich przedmiotu, wartości, dat wykonania /.../

Należy na błąd Zamawiającego, który wezwał Wykonawcę do przedstawienia wykazu dostaw wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, podczas gdy w SIWZ Zamawiający postawił warunek, że „Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (...)”.

Wezwanie jest sprzeczne z treścią specyfikacji, co powoduje, że jeśli Wykonawca przedstawił dowody z okresu dalszego niż 3 lata, a mieszczącego się w przedziale 5 lat - to złożył te dokumenty bez wezwania Zamawiającego i niezgodnie z nim.

Jeśli zaś przedstawił wykaz wyłącznie z 3 ostatnich lat to są uzasadnione wątpliwości co do spełnienia przez Wykonawcę warunku zdolności technicznej, w sytuacji, gdy w zobowiązaniu podmiotu trzeciego znajduje się powołanie na następujące umowy:

- Dostawa i montaż instalacji źródeł ciepła w postaci 163 szt. Kotłów kondensacyjnych gazowych o łącznej mocy 4,2654 MW w budynkach prywatnych w ramach jednej umowy z dnia 21.01.2017,
- Dostawa i montaż instalacji źródeł ciepła w postaci 82 szt. Kotłów kondensacyjnych gazowych o łącznej mocy 2,0742 MW w budynkach prywatnych w ramach jednej umowy z dnia 11.02.2016 r.

Jedna z umów jest zawarta 4 lata temu i nie mieści się w przedziale z wezwania. Odwołujący z ostrożności wskazuje, że Sanito nie mógł spełnić warunku powołując się wyłącznie na umowę z 2017 roku, a co za tym idzie podmiot ten podlega wykluczeniu, lub co najmniej wezwaniu do złożenia nowych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (zaniechanie wezwania na podstawie 26 ust. 3 ustawy pzp).

Odwołujący nie mógł w pełni zweryfikować wątpliwości z uwagi na utajnienie wykazu i referencji, co stanowi zarzut Odwołującego, gdyż uzasadnienie utajnienia prawdopodobnie nie znalazło się w ofercie Sanito, bo nie zostało przedstawione z uzupełnianymi, utajnionymi dokumentami.

Na Wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że zastrzeżone dane stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa - a ponadto, Wykonawca winien już w momencie składania oferty wykazać, że oferta chroniona jest tajemnicą przedsiębiorcy, czego Wykonawca Sanito Sp. z o.o. nie zrobił. Zasadą w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego jest jawność postępowania i złożonych w nim dokumentów - zatem to czy dokument będzie podlegał utajnieniu, jako tajemnica przedsiębiorstwa każdorazowo zależy od okoliczności faktycznych danej sprawy i treści uzasadnienia złożonego przez Wykonawcę chcącego dokonać zastrzeżenia. Odwołujący nie uzyskał od Zamawiającego uzasadnienia utajnienia dokumentów Wykonawcy Sanito, a utajnienie samego uzasadnienia jest co do zasady niedopuszczalne, gdyż konkurencyjni Wykonawcy nie mogą poznać motywów, uzasadniających utajnienie informacji dotyczących oferty.

Odwołujący podnosi okoliczność, że samo utajnienie wykazu i referencji wynika z faktu uniemożliwienia zapoznania się z tymi dokumentami z uwagi na ich nieprawidłowość, nieprawdziwość, lub brak potwierdzenia spełniania warunków. Jeśli bowiem Sanito w ramach spełniania warunków wykazał się realizacją wykonywaną przez podmiot P. B. F.H.U. HYDRO-MET, realizowanego na rzecz Levada Sp z o.o. w ramach realizowanych przez Gminę Miejską Kraków zadań w ramach PONE dla Miasta Krakowa, to w związku z tym, że fundusze na realizację tego zadania w znacznej części były dofinansowywane przez Gminę Miejską Kraków nie mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie mogą stanowić również tajemnicy dane podmiotów z którymi zawierano umowy, bowiem umowy były zawierane odrębnie z osobami fizycznymi, nie było żadnej łącznej umowy na wykonanie kilku, kilkudziesięciu lub kilkuset instalacji. Dane tych osób wskazane w protokołach odbioru i

poświadczeniach przekazywanych Gminie do akceptacji celem wypłaty środków, a zatem nie stanowią tajemnicy. O ile realizacja wskazana w wykazie i referencje dotyczy tych realizacji to brak jest podstaw do utajnienia tych informacji. Jediną okolicznością, która temu służy to uniemożliwienie zapoznania się z referencyjną realizacją konkurencji. Mając na uwadze powyższe, bez wątpienia czynność oceny i badania ofert została dokonana nienależycie, co w konsekwencji powoduje wadliwość czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Sanito Sp. z o.o. w Warszawie. Zdaniem Przystępującego Zamawiający dokonał prawidłowego badania i oceny ofert, w związku z czym Przystępujący, ma interes w utrzymaniu w mocy prawidłowo podjętych przez Zamawiającego czynności. W ocenie Przystępującego Zamawiający, podejmując czynności w postępowaniu, nie naruszył wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy, a tym samym uzasadnione jest utrzymanie dotychczasowego rozstrzygnięcia Zamawiającego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, z uwagi na niezasadność argumentacji i zarzutów. W ocenie Przystępującego zarzuty są bezzasadne, a żądania nieuprawnione stąd odwołanie winno być oddalone.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, w tym w szczególności treści złożonych ofert i dokumentacji postępowania, z uwzględnieniem stanowisk przedstawionych na piśmie oraz do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

Mając na uwadze, że po wniesieniu odwołania, a przed otwarciem posiedzenia Izby, zamawiający udostępnił odwołującemu się wykonawcy dokumenty zastrzeżone przez przystępującego jako zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, zarzuty w tym zakresie, jakkolwiek nie uwzględnione przez zamawiającego, ani nie cofnięte przez odwołującego, Izba uznaje za bezprzedmiotowe i jako takie, nie wymagające oceny tudzież rozstrzygnięcia wyrokiem.

Powyższe nie dotyczy zastrzeżonych i nadal nieudostępnionych treści dwóch umów zawartych pomiędzy firmą Levada a udostępniającym wykonawcy Sanito sp. z o.o. zasoby, podmiotem P. B., które to umowy trafnie zidentyfikował odwołujący.

Przyznać należy przy tym rację odwołującemu, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest w toku, a czynność wyboru oferty najkorzystniejszej tego postępowania nie kończy. W związku z tym stwierdzeniem prowadzenie przez zamawiającego dodatkowych czynności, w tym korespondencja z miastem Krakowem i Przystępującym w sprawie

potwierdzenia rzeczywistego udziału firmy P. B. Hydro-met w realizacji zamówienia objętego wykazem stanowią czynności postępowania.

W ocenie składu orzekającego wykonawca nie wykazał, po myśli art. 8 ustawy pzp w związku z art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa, treści zasygnalizowanych powyżej umów. Z faktu, iż dwa prywatne podmioty umówiły się na realizację określonych i w istocie typowych na rynku usług dostawy i montażu urządzeń grzewczych, trudno wywodzić o szczególnej wartości gospodarczej informacji tych umów dotyczących, jako zasługujących na utajnienie ich treści. Ocena ta pozostaje jednak bez wpływu na wynik postępowania wskazany w sentencji orzeczenia i w zgodzie z art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp, jako że Izba uznała za niezasadne zarzuty pozostałe.

Zarzut, iż przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jest w ocenie Izby niezasadny.

Wbrew twierdzeniom odwołującego, wybór oferty najkorzystniejszej był możliwy i skuteczny dnia 29 października 2020 r., a zamawiający miał podstawy faktyczne i prawne dla dokonania tej czynności. Zakres otrzymanych od wykonawcy informacji pozwalał na pozytywną ich ocenę, jakkolwiek informacje te nie były jeszcze dostępne na tamtym etapie postępowania, konkurentowi.

Następujące po tej dacie czynności zamawiającego nie musiały oznaczać niepewności zamawiającego o trafności jego decyzji, lecz mogły służyć potwierdzeniu poprawności decyzji o wyborze i ewentualnemu pozyskaniu dodatkowych dowodów mogących być użytymi w trwającym postępowaniu odwoławczym. Z takich czynności nie sposób czynić zamawiającemu zarzut, skoro stanowią one potwierdzenie staranności w prowadzonym postępowaniu. Wykazały nowych okoliczności mających spowodować jej zmianę.

Można też zauważyć, że również przystępujący w złożonym piśmie do akt sprawy piśmie w pkt od 3.3. do 3.5 wskazał cel i zasadność czynności zamawiającego.

W konkluzji rozważań Izba za niesporne uznaje, że firma Levadą zawarła z panem B. dwie umowy o wykonanie na rzecz osób fizycznych prac modernizacyjnych dotyczących wymiany urządzeń grzewczych w ramach programu PONE realizowanego w mieście Krakowie. Dokumenty tego dotyczące, złożone przez odwołującego, które sporządzono począwszy od marca 2016 r. nie oznaczały, że datą początkową prac był marzec 2016 r. lub połowa kwietnia tego roku, lecz oznaczają, że w takich datach szereg prac zostało wykonanych i przedstawionych do rozliczenia Miastu. Rzeczą poboczną jest fakt, że w kwietniu 2016 r. firma Levada ostatecznie uzyskała status firmy rekomendowanej, gdyż taka okoliczność nie przesądzała o skuteczności realizacji prac w ramach programu PONE, jako że prace nie musiały być wykonywane wyłącznie przez przedsiębiorców rekomendowanych. Ustalenie powyższe wynika niesporne z informacji złożonych przez Urząd Miasta Krakowa

zamawiającemu na jego pytanie do Miasta skierowane (w dokumentacji postępowania i aktach postępowania odwoławczego).

Kolejno należy zauważyć, że zasadne jest stwierdzenie odwołującego, iż to nie Miasto Kraków było stroną umów z poszczególnymi mieszkańcami, lecz wykonawca prac polegających głównie na dostawie i montażu urządzeń grzewczych, a była nim firma Lewada, która zawarła dwie, w kolejnych latach, umowy z p. B., który jest w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, podmiotem udostępniającym swoje zasoby na rzecz przystępującego. Izba uznaje, że udostępnienie jest skuteczne i zgodne z art. 22a ustawy pzp, jakkolwiek ustęp 4 tego przepisu nie stanowi o dostawach, a formalnie dostawy są przedmiotem zamówienia i postępowania prowadzonego przez zamawiającego. Następstwa tego ustalenia mogą wskazywać ewentualnie na brak obowiązku przestrzegania wprost przepisu art. 22a ust. 4, w takim rozumieniu, iż podmiot udostępniający nie musi uczestniczyć wprost w realizacji zamówienia w zakresie udostępnienia. Izba nie podziela jednak takiego poglądu wskazując, że prowadziłoby to do możliwości obejścia przepisu i uchycenia jego istocie. W takim stanie rzeczy znaczące staje się rozważenie czy podmiot udostępniający będzie realnie uczestniczył w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy, lub innym, jednak realnym. Z dokumentów postępowania, w tym oferty nie wynika, czy p. B. będzie podwykonawcą, natomiast ustalenie tej okoliczności jest możliwe także w terminie późniejszym, co oznacza, że brak wprost informacji nie prowadzi do wniosku o zasadności odrzucenia oferty lub wykluczenia wykonawcy.

Skład orzekający uznaje informacje zawarte w ofercie i złożone na wezwanie, w szczególności o realizacji przez podmiot udostępniający zasoby wymaganych prac do liczby kotłów, wartości i wykonania ich w ramach jednej umowy, co stanowi o potwierdzeniu spełniania wymaganych warunków udziału w postępowaniu. Można jedynie przypomnieć, że wartość umów referencyjnych, która została zastrzeżona, nie miała znaczenia przy ocenie spełnienia warunków udziału.

W świetle dokonanych ustaleń orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 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. 2018 r. poz. 972) z uwzględnieniem udokumentowanych rachunkiem poniesionych uzasadnionych kosztów zamawiającego.

Przewodniczący: