

Sygn. akt: KIO 581/23

WYROK

z dnia 17 marca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 marca 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 marca 2023 roku przez odwołującego: **Nokia Solutions and Networks Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Rodziny Hiszpańskich 8, 02-685 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PGE Dystrybucja Spółka Akcyjna z siedzibą w Lublinie ul. Garbarska 21a, 20-340 Lublin** oraz **PGE Systemy Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie ul. Sienna 39, 00-121 Warszawa – Organizator postępowania**

przy udziale wykonawców:

- A) **Atende Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Plac Konesera 10A, 03-736 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 581/23 po stronie zamawiającego
- B) **Comp Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 581/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 związku z naruszeniem art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez

zaniechanie wezwania wykonawcy COMP Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie do złożenia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 4.1.7 i 4.1.8 Załącznika nr 10 do Opisu Potrzeb i Wymagań,

2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w związku z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w związku z naruszeniem art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez utrzymanie w tajemnicy uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz utrzymanie zastrzeżenia w całości dokumentów złożonych przez Atende: - wykaz dostaw zgodnie z załącznikiem 4a do Opisu Potrzeb i Wymagań wraz z dokumentami potwierdzającymi dostawy (załącznik nr 14_6_7_2_1b wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu); - wykaz osób zgodnie z Załącznikiem nr 5a do Opisu Potrzeb i Wymagań wraz z dokumentami potwierdzającymi uprawnienia (załącznik nr 14_6_7_2_1c wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu); - Atende_self cleaning (załącznik nr 17.13.2 tiret 1 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) i nakazuje Zamawiającemu odtajnienie i niezwłoczne udostępnienie Odwołującemu zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa: wykazu dostaw zgodnie z załącznikiem 4a do Opisu Potrzeb i Wymagań wraz z dokumentami potwierdzającymi dostawy, wykazu osób zgodnie z Załącznikiem nr 5a do Opisu Potrzeb i Wymagań wraz z dokumentami potwierdzającymi uprawnienia, z wyłączeniem danych identyfikujących kontrahentów wykonawcy Atende Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (tj. nazw i danych kontaktowych oraz danych osobowych osób kontaktowych), danych osobowych (imion i nazwisk) osób wskazanych w wykazach osób oraz nazw klientów wskazanych w wykazach osób, Atende_self cleaning wraz z uzasadnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa,
3. oddala odwołanie w pozostałym zakresie
4. kosztami postępowania obciąża w częściach równych odwołującego wykonawcę: **Nokia Solutions and Networks Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, oraz wykonawcę wnoszącego sprzeciw: **Atende Spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie** i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 22 200 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia dwa tysiące złotych dwieście złotych zero groszy) stanowiącą

koszty poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, oraz koszty wynagrodzenia pełnomocników odwołującego i zamawiającego,

4.2. zasądza od odwołującego Nokia Solutions and Networks Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego kwotę 1 800 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy) tytułem ½ wartości wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego,

4.3. zasądza od wykonawcy wnoszącego sprzeczne Atende Spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego kwotę 1 800 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy) tytułem ½ wartości wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, oraz na rzecz odwołującego kwotę 9 300 zł 00 (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) tytułem ½ wartości wpisu od odwołania i ½ wartości wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący

Uzasadnienie

Zamawiający - PGE Dystrybucja S.A. ul. Garbarska 21A, 20-340 Lublin oraz PGE Systemy S.A. ul. Sienna 39, 00-121 Warszawa – Organizator Postępowania, prowadzi postępowanie

o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn. „Zakup i wdrożenie komponentów sieci teletransmisyjnej typu mobile backhaul (MBH) oraz systemu monitorowania jakości usług, na potrzeby budowy sieci LTE450”, numer postępowania: POST/PGE/W/DZ/00315/2022, Część I – Sieć Teletransmisyjna LTE450 (typu mobile backhaul - MBH) (dalej „Postępowanie”). Postępowanie prowadzone jest w trybie sektorowych negocjacji z ogłoszeniem, zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2021.1129 t.j. z dnia 2021.06.24), zwanej dalej „ustawą Pzp”, lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 30 listopada 2022, Dz.U./S S231, numer ogłoszenia: 2022/S 231-666148.

W dniu 2 marca 2023 roku zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Nokia Solutions and Networks Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej „Odwołującym”) od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. od:

- badania i oceny złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
- uznania, że wykonawca Comp S.A., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa (dalej „COMP”) spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz złożył w przewidzianym terminie podmiotowe środki dowodowe, potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
- zaniechania wezwania wykonawcy Comp do złożenia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- zaniechania odtajnienia (ujawnienia) dokumentów i informacji złożonych przez wykonawcę ATENDE S.A., Plac Konesera 10A, 03-736 Warszawa (dalej „Atende”) i zastrzeżonych jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa,
- zaniechania odtajnienia uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawionego przez wykonawcę Atende.

Odwołujący postawił Zamawiającemu następujące zarzuty:

- a) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 381 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp w związku z art. 158 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 381 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, że wykonawca Comp spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz złożył w przewidzianym terminie podmiotowe środki dowodowe, potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- b) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Comp do złożenia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- c) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „ustawa ZNK”) w zw. z naruszeniem art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny wniosków, a co za tym idzie uprawniony jest do utrzymania w tajemnicy uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (załącznik nr 17.13.2 oraz 17.13.2 tiret 2 wniosku Atende o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), podczas gdy jednolite stanowisko doktryny i orzecznictwa wskazuje wprost, że samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy nie może być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, a zatem jest jawne i powinno zostać uznane przez Zamawiającego za podlegające udostępnieniu;
- d) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy ZNK w zw. z naruszeniem art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny wniosków, a co za tym idzie uprawniony jest do utrzymania zastrzeżenia w całości dokumentów złożonych przez Atende:
 - wykaz dostaw zgodnie z załącznikiem 4a do OPW wraz z dokumentami potwierdzającymi dostawę (załącznik nr 14_6_7_2_1b wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu);

- wykaz osób zgodnie z Załącznikiem nr 5a do OPW wraz z dokumentami potwierdzającymi uprawnienia (załącznik nr 14_6_7_2_1c wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu);
- Atende_self cleaning (załącznik nr 17.13.2 tiret 1 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu)

niezbędnych do oceny tego czy wykonawca spełnienia warunki udziału w postępowaniu oraz czy nie podlega wykluczeniu, zastrzeżonych przez wykonawcę Atende jako tajemnica przedsiębiorstwa, choć zasadnicza większość informacji zawartych w ww. dokumentach nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz wykonawca Atende nie wykazał, iż wszystkie informacje zawarte w ww. dokumentach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;

e) ewentualnie – zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy ZNK w zw. z naruszeniem art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny wniosków, a co za tym idzie uprawniony jest do utrzymania zastrzeżenia dokumentów złożonych przez Atende:

- wykaz dostaw zgodnie z załącznikiem 4a do OPW wraz z dokumentami potwierdzającymi dostawy (załącznik nr 14_6_7_2_1b wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu);
- wykaz osób zgodnie z Załącznikiem nr 5a do OPW wraz z dokumentami potwierdzającymi uprawnienia (załącznik nr 14_6_7_2_1c wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu);
- Atende_self cleaning (załącznik nr 17.13.2 tiret 1 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu)

niezbędnych do oceny tego czy wykonawca spełnienia warunki udziału w postępowaniu oraz czy nie podlega wykluczeniu, zastrzeżonych przez wykonawcę Atende jako tajemnica przedsiębiorstwa, w całości i bez żadnych wyłączeń, choć zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej „TSUE” lub „Trybunał”)

z dnia 17 listopada 2022 r. w sprawie C-54/21 instytucja zamawiająca musi, w przypadku odmowy pełnego dostępu do informacji, udzielić konkurencyjnemu oferentowi dostępu do zasadniczej treści zastrzeżonych informacji, tak aby zapewnić poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu, aby:

- 1) unieważnił przekazaną wykonawcom informację o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w zakresie Części I,
- 2) dokonał ponownego badania i oceny złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w zakresie Części I,
- 3) wezwał wykonawcę Comp do złożenia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania,
- 4) odtajnił (ujawnił) i niezwłocznie udostępnił Odwołującemu wszystkie dokumenty i informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę Atende, tj.:
 - uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa,
 - wykaz dostaw zgodnie z załącznikiem 4a do OPW wraz z dokumentami potwierdzającymi dostawy,
 - wykaz osób zgodnie z Załącznikiem nr 5a do OPW wraz z dokumentami potwierdzającymi uprawnienia, w części, tj. z wyłączeniem danych identyfikujących kontrahentów wykonawcy Atende (tj. nazw i danych kontaktowych oraz danych osobowych osób kontaktowych), danych osobowych (imion i nazwisk) osób wskazanych w wykazach osób oraz nazw klientów wskazanych w wykazach osób,
 - Atende_self cleaning wraz z uzasadnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa;
- 5) ewentualnie udzielił Odwołującemu dostępu do zasadniczej treści zastrzeżonych informacji, tak aby zapewnić poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego, zgodnie z wyrokiem TSUE z dnia 17 listopada 2022 r. w sprawie C-54/21, tj. przynajmniej w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania;
- 6) przekazał wykonawcom ponownie informację o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w zakresie Części I.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w zakresie Części I. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia w zakresie Części I i w tym celu złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może ponieść szkodę, bowiem gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp,

to wezwałby wykonawcę Comp do złożenia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, natomiast nie uznałby, że wykonawca Comp spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz że złożył w przewidzianym terminie podmiotowe środki dowodowe, potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W rezultacie mogłoby się okazać, że wniosek złożony przez wykonawcę Comp podlega odrzuceniu na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp w związku

z art. 158 ust. 2 ustawy Pzp i tym samym, zgodnie z art. 381 ust. 4 ustawy Pzp, wykonawca nie zostanie zaproszony do negocjacji i nie będzie mógł złożyć konkurencyjnej oferty. Nie sposób bowiem wykluczyć, że wykonawca Comp nie uzupełni w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Ponadto, gdyby Zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to należycie zbadałby i ocenił wniosek złożony przez wykonawcę Atende. W konsekwencji Zamawiający nie uznałby, iż wskazane przez wykonawcę Atende uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa faktycznie dowodzą, że informacje zastrzeżone mają taki walor oraz że Atende podjął działania niezbędne do zachowania tych informacji w poufności. W rezultacie Zamawiający uznałby, że wykaz dostaw zgodnie z załącznikiem 4a do OPW wraz z dokumentami potwierdzającymi dostawę jak i wykaz osób zgodnie z Załącznikiem nr 5a do OPW wraz z dokumentami potwierdzającymi uprawnienia, w części, tj. z wyłączeniem danych osobowych (imion i nazwisk) osób wskazanych w wykazie osób – jako jawne – podlegają udostępnieniu i nie odmówiłby ich udostępnienia, z uwagi na rzekomą tajemnicę przedsiębiorstwa. Analogicznie Zamawiający uznałby, że uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wyjaśnienie Atende dotyczące podstawy wykluczenia o charakterze wyłącznie krajowym, zamieszczone w oddzielnym pliku o nazwie Atende Self Cleaning wraz z załącznikami – jako jawne – również podlegają udostępnieniu i nie odmówiłby ich udostępnienia, z uwagi na rzekomą tajemnicę przedsiębiorstwa. W rezultacie Odwołujący byłby w stanie sprawdzić, czy wykonawca Atende faktycznie złożył w wyznaczonym terminie podmiotowe środki dowodowe na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i czy faktycznie wykazał w nich, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Analogicznie Odwołujący byłby w stanie sprawdzić, czy wykonawca Atende w złożonych wyjaśnieniach dotyczących podstawy wykluczenia o charakterze wyłącznie krajowym, zamieszczonych w oddzielnym pliku o nazwie Atende Self Cleaning

wraz z załącznikami, faktycznie wykazał, że przeprowadził skuteczne samooczyszczenie zgodnie z art. 110 ustawy Pzp.

Odwołujący nadmienia, że zgodnie z informacją o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jego wnioski nie podlega odrzuceniu i Odwołujący zostanie zaproszony do kolejnego etapu postępowania. Tym samym oferta, którą Odwołujący zamierza złożyć Zamawiającemu, będzie miała realne szanse na wybór jako oferta najkorzystniejsza. Zaś zakładając, że wnioski złożone przez wykonawców Comp i Atende będą podlegać odrzuceniu jako złożone przez wykonawców niespełniających warunków udziału w postępowaniu lub którzy nie złożą w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, względnie którzy podlegają wykluczeniu z postępowania, to oferta Odwołującego będzie mogła uzyskać najwyższą liczbę punktów w ramach kryteriów oceny ofert i zostać sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu ofert.

Poprzez dokonanie i zaniechanie powyższych czynności Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący może utracić szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (lucrum cessans). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego może być bowiem uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, co w istotny sposób wpłynęłoby na wynik postępowania. Nie sposób bowiem wykluczyć, że wykonawca Comp albo wykonawca Atende, w razie zaproszenia ich do kolejnego etapu postępowania, złożą oferty korzystniejsze od oferty Odwołującego.

I.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 381 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp w związku z art. 158 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 381 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uznanie,

że wykonawca Comp spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz złożył w przewidzianym terminie podmiotowe środki dowodowe, potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz odnośnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Comp do złożenia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, Odwołujący stwierdził, co następuje.

W Załączniku nr 10 do Opisu Potrzeb i Wymagań Zamawiający odnośnie Części I sformułował ostatecznie następujące warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej:

„3. zdolności technicznej lub zawodowej – doświadczenie:

3.1. w zakresie wdrożenia:

Zamawiający wymaga, by Wykonawca/Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazał/wykazali, że w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał/wykonalili należycie:

3.1.1. co najmniej trzy Produkcyjne Wdrożenia lub rozbudowy systemów teletransmisyjnych, z których każdy składał się z co najmniej 5 urządzeń sieciowych o budowie modularnej z mechanizmem wysokiej dostępności (klasy Węzłów Szkieletowych), które zostały zainstalowane w różnych lokalizacjach geograficznych, tworzących sieć rozległą w technologii IP/MPLS - zgodnych z rekomendacjami i standardami m.in.: RFC1771, RFC2205, RFC3031, RFC4026, RFC 4110, RFC4271, RFC4364, RFC4664,

3.1.2. co najmniej trzy Produkcyjne Wdrożenia lub rozbudowy systemów teletransmisyjnych, z których każdy składał się z co najmniej 30 urządzeń sieciowych, które zostały zainstalowane w różnych lokalizacjach geograficznych, tworzących sieć rozległą w technologii IP/MPLS (klasy Węzłów Dostępowo-Agregacyjnych) – zgodnych z rekomendacjami i standardami m.in.: RFC1771, RFC2205, RFC3031, RFC4026, RFC 4110, RFC4271, RFC4364, RFC4664,

(...)

3.1.4. Zamawiający uznaje warunek za spełniony również w przypadku, gdy trzy Produkcyjne Wdrożenia lub rozbudowy systemów teletransmisyjnych obejmowały jednocześnie urządzenia sieciowe klasy Węzłów Szkieletowych jak i urządzenia sieciowe klasy Węzłów Dostępowo-Agregacyjnych w wyżej podanej liczbie.

(...)

4. w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej – zespół:

Zamawiający wymaga, aby Wykonawca/Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazał/wykazali, że dysponuje/dysponują doświadczeniem we wdrażaniu, wsparciu, utrzymaniu i rozwoju Zespołem/Personelem zdolnym do wykonania Przedmiotu Zamówienia

z oferowanych produktów, składającym się z:

4.1. na etapie wdrożenia:

(...)

4.1.7. co najmniej dwie osoby, posiadające świadectwo kwalifikacyjne uprawniające do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci na stanowisku eksploatacji w zakresie:

a) obsługi, konserwacji, remontów, montażu oraz kontrolno-pomiarowym dla urządzeń, instalacji i sieci w zakresie Grupy 1 (Urządzenia, instalacje i sieci elektroenergetyczne wytwarzające, przetwarzające, przesyłające i zużywające energię elektryczną), co najmniej w zakresie:

- pkt 2) urządzenia, instalacje i sieci elektroenergetyczne o napięciu znamionowym nie wyższym niż 1 kV,
- pkt 3) urządzenia, instalacje i sieci elektroenergetyczne o napięciu znamionowym wyższym niż 1 kV,
- pkt 10) aparatura kontrolno-pomiarowa oraz urządzenia i instalacje automatycznej regulacji, sterowania i zabezpieczeń urządzeń i instalacji wymienionych w pkt 2, 3,

lub

b) obsługi, konserwacji, remontów lub napraw, montażu lub demontażu oraz kontrolno-pomiarowym dla urządzeń, instalacji i sieci w zakresie Grupy 1 (Urządzenia, instalacje i sieci elektroenergetyczne wytwarzające, magazynujące, przetwarzające, przesyłające i zużywające energię elektryczną), co najmniej w zakresie:

- pkt 2) urządzenia, instalacje i sieci elektroenergetyczne o napięciu znamionowym nie wyższym niż 1 kV,
- pkt 3) urządzenia, instalacje i sieci elektroenergetyczne o napięciu znamionowym wyższym niż 1 kV i napięciu znamionowym nie wyższym niż 30 kV,
- pkt 4) urządzenia, instalacje i sieci elektroenergetyczne o napięciu znamionowym wyższym niż 30 kV i napięciu znamionowym nie wyższym niż 110 kV,
- pkt 5) urządzenia, instalacje i sieci elektroenergetyczne o napięciu znamionowym wyższym niż 110 kV,

• pkt 13) aparatura kontrolno-pomiarowa oraz urządzenia i instalacje automatycznej regulacji, sterowania i zabezpieczeń urządzeń i instalacji wymienionych w pkt 2, 3, 4, 5.;

4.1.8. co najmniej jedna osoba, posiadająca świadectwo kwalifikacyjne uprawniające do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci na stanowisku dozoru w zakresie określonym w pkt. 4.1.7. – a) lub b);”

Zamawiający wskazał także na końcu Załącznika nr 10 do Opisu Potrzeb i Wymagań, że: „Słownik pojęć i skrótów znajduje się w Opisie Potrzeb i Wymagań (OPW).”

Na potwierdzenie spełniania ww. warunków Zamawiający zażądał, aby wykonawcy złożyli wraz z wnioskiem dla Części I (pkt 14.6.7.2. Opisu Potrzeb i Wymagań, dalej „OPW”):

„b. wykaz dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy – wzór wykazu stanowi Załącznik nr 4A do Opisu potrzeb i wymagań; Jeżeli Wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji dostaw lub usług, wykonanych wspólnie z innymi Wykonawcami, powyższy wykaz dotyczy dostaw

lub usług, w których wykonaniu Wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych, w których wykonywaniu bezpośrednio uczestniczył lub uczestniczy. Jeżeli Wykonawcy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia dokumenty te mogą złożyć łącznie.

c. wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji Zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania Zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami – wzór wykazu stanowi Załącznik nr 5A do Opisu potrzeb i wymagań;”

Warunek z pkt 3.1.1. Załącznika nr 10 do OPW

Wykonawca Comp na potwierdzenie spełniania ww. warunku złożył wykaz zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wdrożenia według wzoru stanowiącego Załącznik nr 4A do OPW. W ww. wykazie na potwierdzenie spełniania warunku z pkt 3.1.1. Załącznika nr 10 do OPW wykonawca Comp wskazał wdrożenia w pkt 1, 2, 3, 4 i 8 wykazu – czyli łącznie 5 wdrożeń.

Wdrożenie wskazane w poz. 3 wykazu, wykonane dla Poznańskiego Centrum Superkomputerowo – Sieciowego, zostało opisane w wykazie w następujący sposób:

„Dostarczenie, wdrożenie

i wsparcie techniczne dla urządzeń telekomunikacyjnych IP/MPLS klasy Carrier Ethernet jako elementy wyposażenia laboratoriów badawczych oraz infrastruktury operacyjnej w ramach projektów PL-LAB2020 oraz Future ICT”. Jak wynika z powyższego, opis wdrożenia podany przez wykonawcę Comp jest zdawkowy i w żaden sposób nie potwierdza spełniania wymagań warunku, tj. w żaden sposób nie potwierdza, że ww. wdrożenie dotyczyło „urządzeń sieciowych

o budowie modularnej z mechanizmem wysokiej dostępności (klasy Węzłów Szkieletowych), które zostały zainstalowane w różnych lokalizacjach geograficznych, tworzących sieć rozległą w technologii IP/MPLS - zgodnych z rekomendacjami i standardami m.in.: RFC1771, RFC2205, RFC3031, RFC4026, RFC 4110, RFC4271, RFC4364, RFC4664”. Również załączone do wykazu referencje z 4 stycznia 2019 r. nie zawierają żadnych informacji, które pozwalałyby stwierdzić, że powyższe wymagania warunku są tutaj spełnione. Co jednak najbardziej istotne, w świetle informacji zawartych w ww. referencjach nie jest po prostu możliwe, aby ww. wdrożenie spełniało przytoczone powyżej wymagania warunku udziału. W załączonych referencjach wskazano bowiem, że ww. wdrożenie polegało na dostarczeniu i wdrożeniu urządzeń telekomunikacyjnych IP/MPLS klasy Carrier Ethernet, czyli routerów. Dalej w referencjach

doprecyzowano, że: „dostarczono wysokowydajne routery do 6 lokalizacji na kwotę ponad 1,5 mln zł brutto.”

Odwołujący wskazuje zatem, że dostarczone urządzenia sieciowe (wysokowydajne routery) nie są urządzeniami klasy Węzłów Szkieletowych i nie tworzą sieci rozległej w technologii IP/MPLS.

Wysokowydajny router nie jest synonimem routera szkieletowego (czyli urządzenia klasy Węzłów Szkieletowych), który jest niezbędnym składnikiem sieci rozległej. Z tego też zapewne wynika,

że zarówno w wykazie jak i w referencjach brak jest informacji, że dostarczone urządzenia sieciowe to urządzenia klasy Węzłów Szkieletowych, tworzące sieć rozległą. Zatem wdrożenie

z poz. 3 wykazu nie potwierdza ani nie może potwierdzać spełniania warunku z pkt 3.1.1. Załącznika nr 10 do OPW.

Wdrożenie wskazane w poz. 4 wykazu, dotyczące Łódzkiej Regionalnej Sieci Teleinformatycznej, wykonane dla Województwa Łódzkiego, zostało opisane w wykazie w następujący sposób: *„Utworzenie i uruchomienie wojewódzkiej sieci szkieletowo-dystrybucyjnej w ramach projektu Łódzka Regionalna Sieć teleinformatyczna”*. Jak wynika z powyższego opis wdrożenia podany przez wykonawcę Comp jest zdawkowy i w żaden sposób nie potwierdza spełniania wymagań warunku, tj. w żaden sposób nie potwierdza, że ww. wdrożenie dotyczyło „urządzeń sieciowych o budowie modularnej z mechanizmem wysokiej dostępności (klasy Węzłów Szkieletowych), które zostały zainstalowane w różnych lokalizacjach geograficznych, tworzących sieć rozległą w technologii IP/MPLS - zgodnych z rekomendacjami i standardami m.in.: RFC1771, RFC2205, RFC3031, RFC4026, RFC 4110, RFC4271, RFC4364, RFC4664”.

Ponadto wykonawca Comp, zamiast referencji, załączył do wykazu oświadczenie własne, w którym potwierdził, że zrealizował ww. wdrożenie oraz opisał je, praktycznie powtarzając warunek udziału w postępowaniu. Odwołujący zwraca uwagę, że zarówno zgodnie z postanowieniami OPW jak i zgodnie z przepisami Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy, wymaganymi wraz z wykazem dostaw lub usług dowodami określającymi, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane. Jedynie w przypadku, gdy Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów, dopuszczalne jest złożenie oświadczenia Wykonawcy zamiast referencji bądź innych dokumentów sporządzonych przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane. Z powyższego wynika zatem jasno, że oświadczenie wykonawcy nie jest prostym zamiennikiem referencji, tylko rozwiązaniem dopuszczalnym wyjątkowo i w szczególnych okolicznościach. Wykonawca Comp przedstawił natomiast oświadczenie własne bez żadnego, choćby szcążkowego uzasadnienia dlaczego tak postąpił. Wykonawca Comp nie wykazał ani nawet nie wyjaśnił, dlaczego i z jakich konkretnie przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać ani referencji, ani innych dokumentów sporządzonych przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane.

Tym samym uznać należy, że do wykazu nie zostały załączone wymagane dowody określające czy dostawy lub usługi zostały wykonane należycie.

Niezależnie od powyższego wskazać trzeba, że załączone do oferty oświadczenie własne wykonawcy Comp nie zawiera informacji o należywym wykonaniu wdrożenia przedstawionego

w poz. 4 wykazu. Tymczasem Zamawiający w OPW wskazał, że należyte wykonanie referencyjnych dostaw lub usług musi zostać potwierdzone stosownymi dowodami, tj. dowodami określającymi, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należyście. Natomiast załączone do oferty oświadczenie własne Odwołującego stanowi *de facto* powielenie treści warunku z pkt 3.1.1. Załącznika nr 10 do OPW. W ww. oświadczeniu próżno szukać jakiegokolwiek informacji o należywym wykonaniu referencyjnego wdrożenia. Innymi słowy na podstawie oświadczenia własnego wykonawcy Comp nie sposób stwierdzić, czy referencyjne wdrożenie zostało wykonane należyście. W rezultacie uznać należy, że wdrożenie z poz. 4 wykazu nie potwierdza spełniania warunku z pkt 3.1.1. Załącznika nr 10 do OPW.

Wdrożenie wskazane w poz. 8 wykazu, wykonane dla Auto Partner S.A., zostało opisane w wykazie w następujący sposób: „*Dostawa, wdrożenie i serwis urządzeń sieciowych węzłów Szkieletowych klasy IP/MPLS*”. Jak wynika z powyższego, opis wdrożenia podany przez wykonawcę Comp jest zdawkowy i w żaden sposób nie potwierdza spełniania wymagań warunku, tj. w żaden sposób nie potwierdza, że ww. wdrożenie dotyczyło „*urządzeń sieciowych o budowie modularnej z mechanizmem wysokiej dostępności (klasy Węzłów Szkieletowych), które zostały zainstalowane w różnych lokalizacjach geograficznych, tworzących sieć rozległą w technologii IP/MPLS - zgodnych z rekomendacjami i standardami m.in.: RFC1771, RFC2205, RFC3031, RFC4026, RFC 4110, RFC4271, RFC4364, RFC4664*”. Również załączone do wykazu referencje z 9 stycznia 2023 r. nie zawierają żadnych informacji, które pozwalałyby stwierdzić,

że powyższe wymagania warunku są tutaj spełnione. Co jednak najbardziej istotne, nie jest po prostu możliwe, aby ww. wdrożenie spełniało przytoczone powyżej wymagania warunku udziału. Nie jest bowiem możliwe, aby system teletransmisyjny wdrożony dla firmy Auto Partner S.A. był zgodny z rekomendacjami i standardami wskazanymi w warunku udziału, tj. z RFC 4026 oraz RFC 4110, które dotyczą Provider Provisioned Virtual Private Network (PPVPN).

Odwołujący wyjaśnia, że wskazane standardy RFC 4026 oraz RFC 4110 odnoszą się do rozwiązań wykorzystywanych komercyjnie przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych (dostawców usług telekomunikacyjnych) umożliwiających tworzenie na wspólnej infrastrukturze niezależnych i odseparowanych logicznie wirtualnych sieci prywatnych VPN (Virtual Private Network). Firma AutoPartner S.A. nie jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym (dostawcą usług

telekomunikacyjnych), nie można zatem uznać sieci zbudowanej dla tego podmiotu przez wykonawcęComp za sieć zgodną z RFC 4026 oraz RFC 4110. Rodzaj działalności prowadzonej przez AutoPartner S.A., niebędącej działalnością telekomunikacyjną, oraz rozproszenie lokalizacji AutoPartner S.A. po Polsce sprawiają, że lokalizacje te są połączone wirtualnymi sieciami prywatnymi VPN dzierżawionymi od operatorów telekomunikacyjnych

i to właśnie sieci operatorów telekomunikacyjnych, a nie sieć firmy Auto Partner S.A., są zgodne ze standardami RFC 4026 oraz RFC 4110. W przypadku sieci firmy Auto Partner S.A. występuje typowy podział sieci na dwie części, tj.:

- część dostępową, którą jest sieć będąca własnością firmy Auto Partner S.A.,
- część agregacyjno-szkieletową, która jest własnością operatora telekomunikacyjnego.

Odwołujący podkreśla, że zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (tj. z dnia 23 czerwca 2022 r., Dz.U. z 2022 r. poz. 1648 ze zm.) działalność telekomunikacyjna będąca działalnością gospodarczą jest działalnością regulowaną i podlega wpisowi do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych, zwanego dalej „*rejestrem*”. Organem prowadzącym rejestr jest Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Na stronie internetowej Urzędu Komunikacji Elektronicznej pod adresem: <https://bip.uke.gov.pl/rpt/rejestr-przedsiębiorcow-telekomunikacyjnych> dostępna jest wyszukiwarka przedsiębiorców telekomunikacyjnych, którzy posiadają uprawnienia do prowadzenia działalności telekomunikacyjnej, wpisanych do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Jak ustalił Odwołujący firma AutoPartner S.A. nie figuruje w ww. rejestrze, nie jest zatem przedsiębiorcą telekomunikacyjnym i nie posiada uprawnień do prowadzenia działalności telekomunikacyjnej. Odwołujący zwraca ponadto uwagę, że wszyscy pozostali odbiory wdrożeń przedstawionych przez wykonawcęComp na potwierdzenie spełniania warunku z pkt 3.1.1. Załącznika nr 10 do OPW w pkt 1, 2, 3 i 4 wykazu to przedsiębiorcy telekomunikacyjni wpisani do rejestru, zgodnie z przepisami Prawa telekomunikacyjnego.

Podsumowując, sieć zbudowana dla Auto Partner S.A. przez wykonawcę Comp nie jest i nie może być zgodna z RFC 4026 oraz RFC 4110, czego Zamawiający bezwzględnie wymagał w warunku udziału. Odwołujący podkreśla, że sieci zgodne z RFC 4026 oraz RFC 4110 to sieci budowane przez albo dla przedsiębiorców telekomunikacyjnych, prowadzących działalność telekomunikacyjną polegającą m.in. na udostępnianiu swoim klientom wirtualnych sieci prywatnych VPN. Jest poza sporem, że firma AutoPartner S.A. nie jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym i nie prowadzi działalności telekomunikacyjnej. Z tego też zapewne wynika, że zarówno w wykazie jak i w referencjach brak jest informacji, że wdrożona sieć jest zgodna

z RFC 4026 oraz RFC 4110. Zatem wdrożenie z poz. 8 wykazu nie potwierdza ani nie może potwierdzać spełniania warunku z pkt 3.1.1. Załącznika nr 10 do OPW.

Jak wynika z powyższego, z pięciu wdrożeń przedstawionych w wykazie na potwierdzenie spełniania warunku z pkt 3.1.1. Załącznika nr 10 do OPW jedynie wdrożenia w pkt 1 i 2 wykazu (czyli dwa) można uznać za potwierdzające spełnianie ww. warunku. Ponieważ Zamawiający

w ww. warunku wymagał co najmniej trzech Produkcyjnych Wdrożeń lub rozbudów systemów teletransmisyjnych, to jest oczywiste, że wykonawca Comp nie wykazał spełniania ww. warunku ani nie przedstawił podmiotowych środków dowodowych potwierdzających jego spełnianie. Ponieważ wykonawca Comp nie był dotychczas wzywany do uzupełnienia w tym zakresie, konieczne jest wezwanie go do złożenia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunku udziału z pkt 3.1.1. Załącznika nr 10 do OPW.

Warunek z pkt 3.1.2. Załącznika nr 10 do OPW

Wykonawca Comp w złożonym wykazie (według wzoru stanowiącego Załącznik nr 4A do OPW) na potwierdzenie spełniania warunku z pkt 3.1.2. Załącznika nr 10 do OPW wskazał wdrożenia w pkt 5, 6, 7 oraz 11 wykazu – czyli łącznie cztery wdrożenia.

Wdrożenie wskazane w poz. 6 wykazu, wykonane dla Naukowej i Akademickiej Sieci Komputerowej – Państwowego Instytutu Badawczego (NASK – PIB), zostało opisane w wykazie w następujący sposób: *„Dostawa i wdrożenie sieci szkieletowej IP/MPLS OSE w ramach projektu Budowa Ogólnopolskiej Sieci Edukacyjnej”*. Jak wynika z powyższego, opis wdrożenia podany przez wykonawcę Comp jest zdawkowy i w żaden sposób nie potwierdza spełniania wymagań warunku, tj. w żaden sposób nie potwierdza, że ww. wdrożenie dotyczyło: *„urządzeń sieciowych, które zostały zainstalowane w różnych lokalizacjach geograficznych, tworzących sieć rozległą w technologii IP/MPLS (klasy Węzłów Dostępowo-Agregacyjnych) – zgodnych z rekomendacjami i standardami m.in.: RFC1771, RFC2205, RFC3031, RFC4026, RFC 4110, RFC4271, RFC4364, RFC4664”*. Również załączone do wykazu referencje z 12 stycznia 2022 r. nie zawierają żadnych informacji, które pozwalałyby stwierdzić, że powyższe wymagania warunku są tutaj spełnione. Co jednak najbardziej istotne, w świetle informacji zawartych w ww. referencjach nie jest po prostu możliwe, aby ww. wdrożenie spełniało przytoczone powyżej wymagania warunku udziału. W załączonych referencjach wskazano bowiem, że ww.

wdrożenie polegało na dostawie i wdrożeniu sieci szkieletowej IP MPLS, czyli sieci rozległej w technologii IP/MPLS zbudowanej z urządzeń sieciowych klasy Węzłów Szkieletowych, której dotyczy inny warunek udziału, tj. warunek z pkt 3.1.1. Załącznika nr 10 do OPW. Z tego też zapewne wynika, że zarówno w wykazie jak i w referencjach brak jest informacji, że dostarczone urządzenia sieciowe to urządzenia klasy Węzłów Dostępowo-Agregacyjnych.

Odwołujący wyjaśnia, że sieć szkieletowa IP MPLS, zbudowana z urządzeń sieciowych klasy Węzłów Szkieletowych, to zupełnie inny rodzaj sieci niż sieć rozległa zbudowana z urządzeń sieciowych klasy Węzłów Dostępowo-Agregacyjnych. Właśnie dlatego Zamawiający sformułował w tym zakresie dwa odrębne warunki udziału, w których jasno i wyraźnie rozdzielił i rozróżnił sieci tworzone przez urządzenia sieciowe klasy Węzłów Szkieletowych od sieci tworzonych przez urządzenia sieciowe klasy Węzłów Dostępowo-Agregacyjnych. Ww. sieci i urządzenia sieciowe nie są tożsame i nie mogą być traktowane zamiennie. Zamawiający zaakcentował to wyraźnie

w pkt 3.1.4. Załącznika nr 10 do OPW wskazując, że uznaje warunek za spełniony również w przypadku, gdy trzy Produkcyjne Wdrożenia lub rozbudowy systemów teletransmisyjnych obejmowały jednocześnie urządzenia sieciowe klasy Węzłów Szkieletowych jak i urządzenia sieciowe klasy Węzłów Dostępowo-Agregacyjnych w wymaganej liczbie. W przypadku wdrożenia wykonanego przez wykonawcę Comp dla NASK – PIB zostały wykorzystane wyłącznie urządzenia sieciowe klasy Węzłów Szkieletowych.

W świetle powyższego jest oczywiste, że wdrożenie z poz. 6 wykazu nie potwierdza ani nie może potwierdzać spełniania warunku z pkt 3.1.2. Załącznika nr 10 do OPW.

Wdrożenie wskazane w poz. 7 wykazu, wykonane dla Naukowej i Akademickiej Sieci Komputerowej – Państwowego Instytutu Badawczego (NASK – PIB), zostało opisane w wykazie w następujący sposób: *„Dostawa i wdrożenie Systemu CG-NAT wraz z przełącznikami Ethernet w ramach projektu Budowa Ogólnopolskiej Sieci Edukacyjnej”*. Jak wynika z powyższego, opis wdrożenia podany przez wykonawcę Comp jest zdawkowy i w żaden sposób nie potwierdza spełniania wymagań warunku, tj. w żaden sposób nie potwierdza, że ww. wdrożenie dotyczyło: *„urządzeń sieciowych, które zostały zainstalowane w różnych lokalizacjach geograficznych, tworzących sieć rozległą w technologii IP/MPLS (klasy Węzłów Dostępowo-Agregacyjnych) – zgodnych z rekomendacjami i standardami m.in.: RFC1771, RFC2205, RFC3031, RFC4026, RFC 4110, RFC4271, RFC4364, RFC4664”*. Również załączone do wykazu referencje z 12 stycznia 2022 r. nie zawierają żadnych informacji, które pozwalałyby stwierdzić, że powyższe wymagania warunku są tutaj spełnione. Co jednak najbardziej istotne,

w świetle informacji zawartych w ww. referencjach nie jest po prostu możliwe, aby ww. wdrożenie spełniało przytoczone powyżej wymagania warunku udziału. W załączonych referencjach wskazano bowiem, że ww. wdrożenie polegało na dostawie i wdrożeniu Systemu CG-NAT zgodnie z przedstawionymi w Umowie i SOPZ wymaganiami oraz na dostawie urządzeń sieciowych, czyli przełączników Ethernet. Ww. System CG-NAT to funkcjonalność urządzeń sieciowych lub realizowana poprzez serwery, która nie ma związku z wymaganiami warunku dotyczącymi sieci IP/MPLS. Natomiast dostarczone przełączniki Ethernet nie są urządzeniami sieciowymi klasy Węzłów Dostępowo-Agregacyjnych w technologii IP/MPLS. Innymi słowy przełączniki Ethernet nie mogą być uznane za przełączniki (urządzenia sieciowe) IP/MPLS.

O ile każdy przełącznik IP/MPLS jest przełącznikiem Ethernet, o tyle przełącznik Ethernet nie jest przełącznikiem IP/MPLS. Z tego też zapewne wynika, że zarówno w wykazie jak i w referencjach brak jest informacji, że dostarczone urządzenia sieciowe to urządzenia klasy Węzłów Dostępowo-Agregacyjnych w technologii IP/MPLS.

W świetle powyższego jest oczywiste, że wdrożenie z poz. 7 wykazu nie potwierdza ani nie może potwierdzać spełniania warunku z pkt 3.1.2. Załącznika nr 10 do OPW.

Wdrożenie wskazane w poz. 11 wykazu, wykonane dla Auto Partner S.A., zostało opisane w wykazie w następujący sposób: *„Dostawa, wdrożenie i serwis urządzeń sieciowych węzłów Szkieletowych klasy IP/MPLS”*. Jest to to same wdrożenie, co wdrożenie przedstawione w poz. 8 wykazu na potwierdzenie spełniania warunku z pkt 3.1.1. Załącznika nr 10 do OPW. W związku z tym Odwołujący podnosi wobec niego te same zastrzeżenia i zarzuty, co wcześniej. Przede wszystkim opis wdrożenia podany przez wykonawcę Comp jest zdawkowy i w żaden sposób nie potwierdza spełniania wymagań warunku, tj. w żaden sposób nie potwierdza, że ww. wdrożenie dotyczyło: *„urządzeń sieciowych, które zostały zainstalowane w różnych lokalizacjach geograficznych, tworzących sieć rozległą w technologii IP/MPLS (klasy Węzłów Dostępowo-Agregacyjnych) – zgodnych z rekomendacjami i standardami m.in.: RFC1771, RFC2205, RFC3031, RFC4026, RFC 4110, RFC4271, RFC4364, RFC4664”*. Również załączone do wykazu referencje z 9 stycznia 2023 r. nie zawierają żadnych informacji, które pozwalałyby stwierdzić, że powyższe wymagania warunku są tutaj spełnione. Co jednak najbardziej istotne, nie jest po prostu możliwe, aby ww. wdrożenie spełniało przytoczone powyżej wymagania warunku udziału. Nie jest bowiem możliwe, aby system teletransmisyjny wdrożony dla firmy Auto Partner S.A. był zgodny z rekomendacjami i standardami wskazanymi w warunku udziału, tj. z RFC 4026 oraz RFC 4110, które dotyczą Provider Provisioned Virtual Private Network

(PPVPN). Odwołujący przedstawił powyżej wyczerpujące uzasadnienie w tym zakresie i podtrzymuje swoje stanowisko, nie chcąc go niepotrzebnie powtarzać.

Podsumowując, raz jeszcze wskazać trzeba, że sieć zbudowana dla Auto Partner S.A. przez wykonawcę Comp nie jest i nie może być zgodna z RFC 4026 oraz RFC 4110, czego Zamawiający bezwzględnie wymagał w warunku udziału. Odwołujący podkreśla, że sieci zgodne z RFC 4026 oraz RFC 4110 to sieci budowane przez albo dla przedsiębiorców telekomunikacyjnych, prowadzących działalność telekomunikacyjną polegającą m.in. na udostępnianiu swoim klientom wirtualnych sieci prywatnych VPN. Jest poza sporem, że firma Auto Partner S.A. nie jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym i nie prowadzi działalności telekomunikacyjnej. Z tego też zapewne wynika, że zarówno w wykazie jak i w referencjach brak jest informacji, że wdrożona sieć jest zgodna z RFC 4026 oraz RFC 4110. Zatem wdrożenie z poz. 11 wykazu nie potwierdza ani nie może potwierdzać spełniania warunku z pkt 3.1.2. Załącznika nr 10 do OPW.

Jak wynika z powyższego, z czterech wdrożeń przedstawionych w wykazie na potwierdzenie spełniania warunku z pkt 3.1.2. Załącznika nr 10 do OPW jedynie wdrożenie w pkt 5 wykazu (czyli jedno) można uznać za potwierdzające spełnianie ww. warunku. Ponieważ Zamawiający w ww. warunku wymagał co najmniej trzech Produkcyjnych Wdrożeń lub rozbudów systemów teletransmisyjnych, to jest oczywiste, że wykonawca Comp nie wykazał spełniania ww. warunku ani nie przedstawił podmiotowych środków dowodowych potwierdzających jego spełnianie. Ponieważ wykonawca Comp nie był dotychczas wzywany do uzupełnienia w tym zakresie, konieczne jest wezwanie go do złożenia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunku udziału z pkt 3.1.2. Załącznika nr 10 do OPW.

Warunki z pkt 4.1.7. i 4.1.8. Załącznika nr 10 do OPW

Wykonawca Comp na potwierdzenie spełniania warunku z pkt 4.1.7. Załącznika nr 10 złożył wykaz zdolności technicznej lub zawodowej - zespół na etapie wdrożenia, według wzoru stanowiącego Załącznik nr 5A do OPW. W ww. wykazie na potwierdzenie spełniania ww. warunku do OPW wykonawca Comp wskazał dwie osoby, tj.:

a) pana K.W. (w poz. 8 wykazu) oraz

b) pana B.S. (w poz. 9 wykazu),

w obu przypadkach wskazując, że jest to osoba ze świadectwem kwalifikacyjnym E oraz załączając skany świadectw kwalifikacyjnych posiadanych przez ww. osoby.

Odwołujący podkreśla, że zgodnie z pkt 4.1.7. Załącznika nr 10 do OPW wymagane były dysponowanie przez wykonawców co najmniej dwiema osobami, posiadającymi świadectwo kwalifikacyjne uprawniające do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci na stanowisku eksploatacji w zakresie:

a) obsługi, konserwacji, remontów, montażu oraz kontrolno-pomiarowym dla urządzeń, instalacji i sieci w zakresie Grupy 1 (Urządzenia, instalacje i sieci elektroenergetyczne wytwarzające, przetwarzające, przesyłające i zużywające energię elektryczną), co najmniej w zakresie m.in.:

- pkt 3) urządzenia, instalacje i sieci elektroenergetyczne o napięciu znamionowym wyższym niż 1 kV (czyli bez żadnych ograniczeń powyżej 1 kV),
 - pkt 10) aparatura kontrolno-pomiarowa oraz urządzenia i instalacje automatycznej regulacji, sterowania i zabezpieczeń urządzeń i instalacji wymienionych w pkt 2, 3,
- lub

b) obsługi, konserwacji, remontów lub napraw, montażu lub demontażu oraz kontrolno-pomiarowym dla urządzeń, instalacji i sieci w zakresie Grupy 1 (Urządzenia, instalacje i sieci elektroenergetyczne wytwarzające, magazynujące, przetwarzające, przesyłające i zużywające energię elektryczną), co najmniej w zakresie m.in.:

- pkt 3) urządzenia, instalacje i sieci elektroenergetyczne o napięciu znamionowym wyższym niż 1 kV i napięciu znamionowym nie wyższym niż 30 kV,
- pkt 4) urządzenia, instalacje i sieci elektroenergetyczne o napięciu znamionowym wyższym niż 30 kV i napięciu znamionowym nie wyższym niż 110 kV,
- pkt 5) urządzenia, instalacje i sieci elektroenergetyczne o napięciu znamionowym wyższym niż 110 kV, (czyli łącznie w pełnym zakresie powyżej 1 kV)
- pkt 13) aparatura kontrolno-pomiarowa oraz urządzenia i instalacje automatycznej regulacji, sterowania i zabezpieczeń urządzeń i instalacji wymienionych w pkt 2, 3, 4, 5.

Jak wynika z przedstawionych przez wykonawcę Comp skanów świadectw kwalifikacyjnych E posiadanych przez pana K.W. oraz pana B.S., świadectwa te nie mają wymaganego przez Zamawiającego zakresu, czyli w zakresie Grupy 1 dla urządzeń, instalacji i sieci elektroenergetycznych bez żadnych ograniczeń powyżej 1 kV. W obu świadectwach wskazano bowiem, że uprawniają do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci na stanowisku eksploatacji w zakresie obsługi, konserwacji,

remontów, montażu oraz kontrolno-pomiarowym dla urządzeń, instalacji i sieci w zakresie Grupy 1 (Urządzenia, instalacje i sieci elektroenergetyczne wytwarzające, przetwarzające, przesyłające i zużywające energię elektryczną), ale w zakresie:

pkt 3) urządzenia, instalacje i sieci o napięciu znamionowym powyżej 1 kV; do 20 kV.

Jest oczywiste, że ograniczenie dopuszczalnego napięcia znamionowanego do przedziału od powyżej 1 kV do 20 kV jest niezgodne z przytoczonym powyżej wymaganiem warunku, niezależnie od tego czy brać pod uwagę wymóg warunku z pkt 4.1.7. lit. a) czy lit. b). Ponadto, ze względu na ograniczenie przedstawionych świadectw kwalifikacyjnych w zakresie Grupy 1 w zakresie pkt 3 do 20 kV, w rezultacie niespełnione jest też wymaganie warunku dotyczące pkt 10), czyli aparatury kontrolno-pomiarowej oraz urządzeń i instalacji automatycznej regulacji, sterowania i zabezpieczeń urządzeń i instalacji wymienionych w pkt 3. Również bowiem w tym wypadku Zamawiający, poprzez odesłanie do pkt 3, wymagał braku ograniczeń powyżej 1 kV.

Ponieważ wykonawca Comp nie był dotychczas wzywany do uzupełnienia w tym zakresie, konieczne jest wezwanie go do złożenia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunku udziału z pkt 4.1.7. Załącznika nr 10 do OPW.

Wykonawca Comp na potwierdzenie spełniania warunku z pkt 4.1.8. Załącznika nr 10 złożył wykaz zdolności technicznej lub zawodowej - zespół na etapie wdrożenia, według wzoru stanowiącego Załącznik nr 5A do OPW. W ww. wykazie na potwierdzenie spełniania ww. warunku do OPW wykonawca Comp wskazał jedną osobę, tj. pana K.W. (w poz. 10 wykazu), wskazując, że jest to osoba ze świadectwem kwalifikacyjnym D oraz załączając skan świadectwa kwalifikacyjnego posiadanego przez ww. osobę.

Odwołujący podkreśla, że zgodnie z pkt 4.1.8. Załącznika nr 10 do OPW wymagane były dysponowanie przez wykonawców co najmniej jedną osobą, posiadającą świadectwo kwalifikacyjne uprawniające do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci na stanowisku dozoru w zakresie określonym w pkt 4.1.7 – a) lub b), czyli:

a) obsługi, konserwacji, remontów, montażu oraz kontrolno-pomiarowym dla urządzeń, instalacji i sieci w zakresie Grupy 1 (Urządzenia, instalacje i sieci elektroenergetyczne wytwarzające, przetwarzające, przesyłające i zużywające energię elektryczną), co najmniej w zakresie m.in.:

- pkt 3) urządzenia, instalacje i sieci elektroenergetyczne o napięciu znamionowym wyższym niż 1 kV (czyli bez żadnych ograniczeń powyżej 1 kV),
 - pkt 10) aparatura kontrolno-pomiarowa oraz urządzenia i instalacje automatycznej regulacji, sterowania i zabezpieczeń urządzeń i instalacji wymienionych w pkt 2, 3,
- lub

b) obsługi, konserwacji, remontów lub napraw, montażu lub demontażu oraz kontrolno-pomiarowym dla urządzeń, instalacji i sieci w zakresie Grupy 1 (Urządzenia, instalacje i sieci elektroenergetyczne wytwarzające, magazynujące, przetwarzające, przesyłające i zużywające energię elektryczną), co najmniej w zakresie m.in.:

- pkt 3) urządzenia, instalacje i sieci elektroenergetyczne o napięciu znamionowym wyższym niż 1 kV i napięciu znamionowym nie wyższym niż 30 kV,
- pkt 4) urządzenia, instalacje i sieci elektroenergetyczne o napięciu znamionowym wyższym niż 30 kV i napięciu znamionowym nie wyższym niż 110 kV,
- pkt 5) urządzenia, instalacje i sieci elektroenergetyczne o napięciu znamionowym wyższym niż 110 kV, (czyli łącznie w pełnym zakresie powyżej 1 kV)
- pkt 13) aparatura kontrolno-pomiarowa oraz urządzenia i instalacje automatycznej regulacji, sterowania i zabezpieczeń urządzeń i instalacji wymienionych w pkt 2, 3, 4, 5.

Jak wynika z przedstawionego przez wykonawcę Comp skanu świadectwa kwalifikacyjnego D posiadanego przez pana K.W., świadectwo to nie ma wymaganego przez Zamawiającego zakresu, czyli w zakresie Grupy 1 dla urządzeń, instalacji i sieci elektroenergetycznych bez żadnych ograniczeń powyżej 1 kV. W ww. świadectwie wskazano bowiem, że uprawnia do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci na stanowisku dozoru w zakresie obsługi, konserwacji, remontów, montażu oraz kontrolno-pomiarowym dla urządzeń, instalacji i sieci w zakresie Grupy 1 (Urządzenia, instalacje i sieci elektroenergetyczne wytwarzające, przetwarzające, przesyłające i zużywające energię elektryczną), ale w zakresie:

pkt 3) urządzenia, instalacje i sieci o napięciu znamionowym powyżej 1 kV; do 20 kV.

Jest oczywiste, że ograniczenie dopuszczalnego napięcia znamionowanego do przedziału od powyżej 1 kV do 20 kV jest niezgodne z przytoczonym powyżej wymaganiem warunku, niezależnie od tego czy brać pod uwagę wymóg warunku z pkt 4.1.7. lit. a) czy lit. b). Ponadto, ze względu na ograniczenie przedstawionego świadectwa kwalifikacyjnego w zakresie Grupy 1 w zakresie pkt 3 do 20 kV, w rezultacie niespełnione jest też wymaganie warunku dotyczące pkt 10), czyli aparatury kontrolno-pomiarowej oraz urządzeń i instalacji automatycznej regulacji, sterowania i zabezpieczeń urządzeń i instalacji wymienionych w pkt 3. Również bowiem w tym wypadku Zamawiający, poprzez odesłanie do pkt 3, wymagał braku ograniczeń powyżej 1 kV.

Ponieważ wykonawca Comp przedstawił również skan świadectwa kwalifikacyjnego D posiadanego przez pana B.S., Odwołujący z ostrożności wskazuje, że ww. świadectwo kwalifikacyjne również nie ma wymaganego przez Zamawiającego zakresu, czyli w zakresie Grupy 1 dla urządzeń, instalacji i sieci elektroenergetycznych bez żadnych

ograniczeń powyżej 1 kV. W ww. świadectwie kwalifikacyjnym również wskazano, że uprawnia do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci na stanowisku dozoru w zakresie obsługi, konserwacji, remontów, montażu oraz kontrolno-pomiarowym dla urządzeń, instalacji i sieci w zakresie Grupy 1 (Urządzenia, instalacje i sieci elektroenergetyczne wytwarzające, przetwarzające, przesyłające i zużywające energię elektryczną), ale w zakresie:

pkt 3) urządzenia, instalacje i sieci o napięciu znamionowym powyżej 1 kV; do 20 kV.

Ponieważ wykonawca Comp nie był dotychczas wzywany do uzupełnienia w tym zakresie, konieczne jest wezwanie go do złożenia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunku udziału z pkt 4.1.8. Załącznika nr 10 do OPW.

II.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „ustawa ZNK”) w zw. z naruszeniem art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny wniosków, a co za tym idzie uprawniony jest do utrzymania w tajemnicy uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (załącznik nr 17.13.2 oraz 17.13.2 tیره 2 wniosku Atende o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), podczas gdy jednolite stanowisko doktryny i orzecznictwa wskazuje wprost, że samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy nie może być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, a zatem jest jawne i powinno zostać uznane przez Zamawiającego za podlegające udostępnieniu, stwierdzić należy, co następuje.

Wykonawca Atende zastrzegł tajemnicą przedsiębiorstwa następujące załączniki do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu:

14_6_7_2_1b_wykaz dostaw zgodnie z Załącznikiem 4a do OPW wraz z dokumentami potwierdzającymi dostawy-TAJEMNICA PRZEDSIĘBIOSTWA

14_6_7_2_1c_wykaz osób zgodnie z Załącznikiem nr 5a do OPW wraz z dokumentami potwierdzającymi uprawnienia- TAJEMNICA PRZEDSIĘBIOSTWA

17.4.1_Pełnomocnictwo do podpisania i złożenia wniosku

17.4.2_dokument JEDZ

17.13.2. UZASADNIENIE TAJEMNICA PRZEDSIĘBIOSTWA

17.13.2. TAJEMNICA PRZEDSIĘBIOSTWA_ZALACZNIKI

[] Atende_Self Cleaning -ZALACZNIKI TAJEMNICA PRZEDSIĘBIOSTWA

[] Atende_Self Cleaning -UZASADNIENIE TAJEMNICA PRZEDSIĘBIOSTWA

Wśród zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów znajduje się także uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, stanowiące załącznik nr 17.13.2 oraz uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczące self-cleaning stanowiące załącznik nr 17.13.2 tiret 2. wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – załącznik nr 2 do opisu potrzeb i wymagań.

Zamawiający nie udostępnił ww. dokumentów Odwołującemu, czym naruszył wymienione w treści zarzutu przepisy ustawy Pzp oraz ustawy ZNK.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 ustawy Pzp. Od zasady tej istnieją wyjątki określone w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, które należy interpretować ściśle. Zgodnie z ww. regulacją nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jeżeli zatem wykonawca wykaże zamawiającemu, że zaszły wszystkie przesłanki dla dokonania skutecznego zastrzeżenia - zamawiający musi takie informacje zachować w tajemnicy, zgodnie z wolą wykonawcy.

Podkreślenia wymaga jednak, że samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy nie może być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, jak uczynił to wykonawca Atende. Tego typu zastrzeżenie jest w świetle orzecznictwa niedopuszczalne. Uzasadnienie jest elementem jawnym, ma ono służyć weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składnych dokumentów (wyrok KIO 2498/18 z 17 grudnia 2018 r.). W innym wyroku, KIO 2314/18 z 23 listopada 2018 r., Izba orzekła jeszcze bardziej dosadnie: *„Uznaje się zastrzeżenie wyjaśnień podstaw dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za szczególnie naganne. Jest to działanie ograniczające jawność postępowania o udzielenie zamówienia oraz możliwość kontroli czynności zamawiającego w postępowaniu odwoławczym”*. Z tych względów objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa samego uzasadnienia nie znajduje oparcia w przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a zatem jako takie należy je uznać za bezskuteczne. Nadto zauważyć należy, że we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonym przez Atende brak jakichkolwiek informacji, iż samo uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa zostało zastrzeżone. Wobec braku podjęcia przez wykonawcę działań

w tym zakresie należy uznać, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter jawny i winno być udostępnione innym wykonawcom (tak KIO 1874/15).

Odwołujący wskazuje, że brak udostępnienia mu treści uzasadnienia, z jakich powodów owo zastrzeżenie wymienionych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa zostało przez Atende poczynione, jest takim naruszeniem, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o zamówienie publiczne. Przypomnieć należy w tym miejscu, że zgodnie z treścią art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, Izba w takich przypadkach uwzględnia odwołanie. Odwołujący podkreśla, że zaniechanie odtajnienia tak istotnych dla weryfikacji prawidłowości wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy Atende informacji jak wykaz dostaw, wykaz osób czy self cleaning uniemożliwia Odwołującemu ustalenie czy ww. wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz czy nie podlega on wykluczeniu.

III.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy ZNK w zw. z naruszeniem art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny wniosków, a co za tym idzie uprawniony jest do utrzymania zastrzeżenia w całości dokumentów złożonych przez Atende:

- wykaz dostaw zgodnie z załącznikiem 4a do OPW wraz z dokumentami potwierdzającymi dostawy (załącznik nr 14_6_7_2_1b wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu);
- wykaz osób zgodnie z Załącznikiem nr 5a do OPW wraz z dokumentami potwierdzającymi uprawnienia (załącznik nr 14_6_7_2_1c wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu);
- Atende_self cleaning (załącznik nr 17.13.2 tiret 1 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu)

niezbędnych do oceny tego czy wykonawca spełnienia warunki udziału w postępowaniu oraz czy nie podlega wykluczeniu, zastrzeżonych przez wykonawcę Atende jako tajemnica przedsiębiorstwa, choć zasadnicza większość informacji zawartych w ww. dokumentach nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz wykonawca Atende nie wykazał, iż wszystkie informacje zawarte w ww. dokumentach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, stwierdzić należy, co następuje.

Zamawiający w pkt 12 opisu potrzeb i wymagań wskazał, że o udzielenia zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu zgodnie z pkt 12.2. i 12.7 Opisu potrzeb i wymagań oraz spełniają warunki udziału w Postępowaniu zgodnie z pkt 12.8. Opisu potrzeb i wymagań (*o udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy*

spełniają warunki udziału w Postępowaniu, określone w art. 112 ust. 2 pkt 1)-4) Ustawy Pzp, określone w Załączniku nr 10 do OPW).

W celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia wykonawca winien był złożyć dokumenty, o których mowa w pkt 14.6.1 opisu potrzeb i wymagań.

W celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawca winien był przedłożyć dokumenty, o których mowa w pkt 14.6.7 opisu potrzeb i wymagań, w tym dla części I:

- wykaz dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane,

a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy – wzór wykazu stanowi Załącznik nr 4A do Opisu potrzeb i wymagań;

- wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji Zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania Zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami – wzór wykazu stanowi Załącznik nr 5A do Opisu potrzeb i wymagań.

Jak już wskazano w uzasadnieniu poprzedniego zarzutu, wykonawca Atende zastrzegł tajemnicą przedsiębiorstwa wykaz dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi dostawy, wykaz osób wraz z dokumentami potwierdzającymi uprawnienia, self-cleaning, a także uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa self-

cleaning,

a Zamawiający, w sposób nieuprawniony zdecydował się nie udostępniać ww. dokumentów Odwołującemu, przez co należy uznać, że przyjął skuteczność zastrzeżenia ww. dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa, z czym nie sposób się zgodzić. Wprawdzie Odwołującemu uniemożliwiono zapoznanie się z uzasadnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy Atende, niemniej już na podstawie dotychczasowego orzecznictwa uznać należy, że z dużym prawdopodobieństwem zastrzeżenie ww. dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa nie mogło być skuteczne.

Podkreślić należy, że zasadą postępowania o zamówienie publiczne jest jego jawność. Wykonawca, który składa ofertę musi się liczyć z tym, że będzie zmuszony ujawnić pewne informacje dotyczące jego działalności. Wyjątek od zasady jawności nie może być interpretowany rozszerzająco. Dlatego też do kwestii utajnienia treści oferty jako tajemnicy przedsiębiorcy należy podejść z wyjątkową ostrożnością. Z całą pewnością ciężar dowiedzenia, że treść jest objęta tajemnicą przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który zastrzega treść oferty jako tajemnicę. Biorąc pod uwagę, że zasadą postępowania o zamówienie publiczne jest jego jawność, dla jej ograniczenia należy wymagać przekonujących argumentów i dowodów. Odnosząc się do zastrzeżonych przez Atende tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów:

Zastrzeżenie wykazu dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi dostawy

Wykonawcy Atende zastrzegł tajemnicą przedsiębiorstwa wykaz dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi dostawy. Odwołujący domyśla się, że ww. wykonawca mógł argumentować to powołując się na poufność ww. informacji. Krajowa Izba Odwoławcza stoi w tego typu sytuacjach na stanowisku, że samo powoływanie się na klauzule poufności, bez jakiegokolwiek podania ku temu realnych i obiektywnych powodów, nie może uzasadniać uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne, a jedynie stwarza wrażenie, że hasłowe podanie ogólnikowych stwierdzeń ma za zadanie uniemożliwienie konkurencji weryfikację oferty wykonawcy (wyroki: KIO 1933/19 z 15 października 2019 r. czy KIO 1878/19 z 10 października 2019 r.). Wykonawca powinien zatem każdorazowo, w odniesieniu do każdej wykazanej umowy, którą chce zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa, przedstawić zobowiązanie do zachowania poufności. Jak stwierdziła Izba w wyroku KIO 2368/18 z 3 grudnia 2018 r. *„Skoro nałożenie na pracowników obowiązków zachowania informacji w poufności oraz niewykorzystywania ich nastąpiło w formie pisemnej, to obowiązkiem wykonawcy było załączenie do uzasadnienia*

zastrzeżenia takich przykładowych pisemnych zobowiązań. Jest to tego rodzaju okoliczność, która w prosty sposób może (i w związku z tym powinna) być wykazana za pomocą dowodu. Nieprzedstawienie takiego dowodu, w sytuacji gdy jego załączenie do uzasadnienia zastrzeżenia wymaga jedynie dokonania tzw. anonimizacji obciąża wykonawcę i czyni wyjaśnienia w tym zakresie mało wiarygodnymi”.

Jednolite jest także w orzecznictwie stanowisko, że informacje dotyczące realizacji usług i zamówień wykonywanych na rzecz podmiotów publicznych jako dotyczące działalności tych podmiotów oraz wydatkowania środków publicznych, podlegają co do zasady ujawnieniu wnioskującemu o ich uzyskanie na podstawie przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej. Podobnie referencje potwierdzające wykonanie umów na rzecz publicznych podmiotów nie mogą stanowić informacji „nie podanej do wiadomości publicznej”, skoro w myśl ustawy o finansach publicznych wydatkowanie środków publicznych jest co do zasady jawne. Ponadto z samej istoty referencji wynika, iż są to dokumenty, które potwierdzają wyłącznie należyte wykonanie zamówienia i są przeznaczone do przedstawiania różnym podmiotom i w konsekwencji nie są też zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa przez ich wystawcę (tak wyrok KIO 148/19 z 11 lutego 2019 r.).

Nawet jeżeli w niedostępionym Odwołującemu uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca Atende powoływałby się na okoliczność, iż dana dostawa lub usługa została wykonana na rzecz podmiotu prywatnego, nie uzasadnia to jeszcze w żaden sposób zastrzeżenia informacji na jej temat jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzegając wykazy wraz z referencjami wykonawca Atende musiałby odnośnie każdej zastrzeżonej informacji wykazać, że wszystkie przesłanki zastrzeżenia jej jako tajemnicy przedsiębiorstwa zostały spełnione. Samo stwierdzenie, że określone dostawy i usługi zostały zrealizowane na rzecz nieujawnionego do wiadomości publicznej podmiotu prywatnego, bez wątplenia nie stanowi wykazania przesłanek dopuszczalności zastrzeżenia. Na powyższe zwraca się zresztą uwagę

w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo, w wyroku z dnia 4 marca 2011 r., sygn. akt: KIO 322/11, Izba stwierdziła: *„objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów potwierdzających wykonanie umów na rzecz podmiotów prywatnych nie może być uznane per se za tajemnicę przedsiębiorstwa i podlegać ochronie. Izba uznała, że ogólność danych wynikających z dokumentów potwierdzających wykonanie umów na rzecz PKN Orlen oraz P4 Sp. z o.o. nie wskazuje na zawarcie w nich indywidualizującego wykonawcę, charakterystycznego*

dla niego oraz godnego ochrony know-how, których uzyskanie przez innych wykonawców

narażałoby interesy przystępującego na szwank. Rezultaty postępowania przed Izba nie prowadzą do takich wniosków. Brak jest zatem podstaw do uznania, że zastrzeżone dane mają wartość gospodarczą na tyle istotną, że zasadne jest wyłączenia ich kontroli przez konkurujących wykonawców. Przystępujący nie wskazał w tej mierze indywidualnych uwarunkowań godnych ochrony. Głoszony na rozprawie pogląd ma walor twierdzenia ogólnego. Twierdzenie o wartości gospodarczej informacji zastrzeganych stanowi jedynie subiektywne oświadczenie wykonawcy pozbawione obiektywnej argumentacji.” Analogiczne stanowisko Izba wyraziła m.in. w wyroku z dnia 22 lipca 2014 r., sygn. akt: KIO 1384/14, oraz w wyroku z 24 sierpnia 2016 r., sygn. akt KIO 1435/16. W ocenie Odwołującego powyższe stanowisko Izby w całej rozciągłości stosuje się w niniejszej sprawie.

Odwołujący wskazuje, że nie jest zainteresowany danymi identyfikującymi kontrahentów wykonawcy Atende (tj. ich nazwami i danymi kontaktowymi oraz danymi osobowymi osób kontaktowych) i nie domaga się ich ujawnienia. Odwołujący chce natomiast sprawdzić, czy zastrzeżone informacje na temat nazwy projektu, miejsca wdrożenia (kraju), zakresu wdrożenia, wielkości wdrożenia i okresu realizacji powołanych przez wykonawcę Atende wdrożeń faktycznie potwierdzają spełnianie wymagań Zamawiającego co do warunków udziału w postępowaniu. Ujawnienie tych informacji w żaden sposób nie narazi wykonawcy Atende na próbę przejęcia jego kontrahentów przez Odwołującego czy inne podmioty konkurencyjne, w żaden sposób nie ułatwi też dostępu konkurentom do poszczególnych osób odpowiedzialnych u kontrahentów wykonawcy Atende za realizację analogicznych zleceń. Nie sposób przy tym nie zauważyć, że wdrożenia powołane przez Atende są wdrożeniami już zrealizowanymi, zatem informacje na ich temat mają charakter wyłącznie danych historycznych – nie są to informacje o potencjalnych, nowych wdrożeniach u kontrahentów wykonawcy Atende, o które Odwołujący mógłby się ubiegać, rywalizując z wykonawcą Atende. Ze względu na zakres informacji, których ujawnienia domaga się Odwołujący, nie będą też w żaden sposób zagrożone dane osobowe poszczególnych osób kontaktowych.

Odwołujący podkreśla, że informacje, których ujawnienia się domaga, nie pozwolą mu na uzyskanie informacji na temat polityki cenowej wykonawcy Atende wobec jego klientów, gdyby taka okoliczność była podnoszona w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy. Powyższe jest oczywiste, gdyż ani w wymaganych wykazach, sporządzonych na formularzach stanowiących Załącznik 4a do SWZ, ani w wymaganych oświadczeniach / referencjach Zamawiający nie wymagał żadnych informacji odnośnie cen, za które wykonane zostały wskazane wdrożenia.

Odwołujący zwraca uwagę na okoliczność, czy aby uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy w ww. zakresie rzeczywiście zawiera konkretne argumenty oraz dowody na potwierdzenie tego,

że wszystkie informacje zastrzeżone przez wykonawcę Atende to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą oraz utrzymywane w poufności. Tylko w wypadku rzeczywistego wykazania (a więc udowodnienia) ziszczenia się wszystkich ww. przesłanek, możemy mówić o skutecznym zastrzeżeniu informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. *Wskazać należy w ślad za Krajową Izbą Odwoławczą (wyrok z dnia 8 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1780/13): „informacje zawarte na stronach od 86 do 127 oferty wykonawcy Q. nie spełniają także następnej z przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. posiadania kwalifikowanego charakteru. Wykazu wykonanych głównych dostaw, referencji i innych poświadczeń należytego wykonania zamówień,*

w szczególności tych pochodzących od podmiotu trzeciego oraz oświadczeń i dokumentów związanych z udostępnianiem zasobów przez podmiot trzeci nie można uznać za informacje technologiczne (np. metody produkcji, kontrola jakości), techniczne (projekty rozwiązań technicznych niepodlegające ochronie patentowej, modele rozwiązań technicznych, wykaz narzędzi i urządzeń), handlowe (elementy ceny i sposób jej budowania, strategie cenowe, tj. strategie biznesowe), a także za informacje organizacyjne (system dystrybucji, procedury wewnętrzne, zasady organizacji i zarządzania, kwalifikacje specjalistów, wysokość wynagrodzeń).” Powyższe stanowisko Izby w całej rozciągłości stosuje się w niniejszej sprawie.

Odwołujący podkreśla, że Zamawiający nie żądał żadnych szczegółowych informacji technicznych czy technologicznych, lecz wyłącznie niezbędnych informacji potwierdzających, że wykonawca posiada określone w załączniku nr 10 do opisu potrzeb i wymagań doświadczenia. Nie sposób przyjąć zatem, że informacje na temat wdrożeń, zawarte w zastrzeżonych przez wykonawcę Atende dokumentach, mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy ZNK, skoro jedynie potwierdzają spełnianie jawnych i precyzyjnych wymagań określonych w załączniku nr 10 do opisu potrzeb i wymagań.

Mając na uwadze powyższe, uznać należy z dużym prawdopodobieństwem, że wykaz dostaw oraz dokumenty potwierdzające dostawy, nie zostały skutecznie zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa, a zatem powinny zostać ujawnione. Jednocześnie nieujawnienie ww. dokumentów ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania.

Zastrzeżenie wykazu osób wraz z dokumentami potwierdzającymi uprawnienia

Wykonawca Atende zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wykaz osób, które zostaną oddelegowane do realizacji zamówienia wraz z dokumentami potwierdzającymi uprawnienia. Odwołujący domyśla się, że ww. wykonawca mógł argumentować to ryzykiem wrogiego przejścia pracowników. Jak orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 24 maja 2019 r. KIO 860/19,

aby skorzystać z takiej przesłanki zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w tym zakresie, wykonawca musiałby szczegółowo wykazać *„czy w ogóle zetknął się z taką praktyką, jakiej liczby osób w jego firmie to dotyczyło, a także czy wskazany w dokumentach składanych wraz z ofertą*

i na wezwanie Zamawiającego personel oraz jego doświadczenie miało charakter unikalny, wyjątkowo specjalistyczny, usprawiedliwiający przypuszczenie, że na rynku może istnieć praktyka pozyskiwania takich osób, czy istotnie ograniczona na rynku jest liczba osób z doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego”.

Odnosząc powyższe do stanu faktycznego przedmiotowej sprawy, jeżeli wykonawca Atende nie udowodnił, że ryzyko podkupienia jego personelu jest rzeczywiste, realne – to zastrzeżenie wykazu osób oraz dokumentów potwierdzających uprawnienia tych osób jest nieskuteczne.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że nie jest zainteresowany danymi osobowymi (imionami i nazwiskami) personelu wykonawcy Atende i nie domaga się ich ujawnienia. Odwołujący chce natomiast sprawdzić, czy zastrzeżone informacje na temat doświadczenia oraz kwalifikacji personelu wykonawcy Atende faktycznie potwierdzają spełnianie wymagań SWZ w ramach kryteriów oceny ofert. Ujawnienie tych informacji w żaden sposób nie narazi personelu wykonawcy Atende na „*przejęcie*” czy próbę rekrutacji przez Odwołującego, pomijając to, że Odwołujący nie jest w ogóle zainteresowany pozyskaniem personelu wykonawcy Atende i nie będzie czynił żadnych kroków w tym kierunku.

Podstawa dysponowania pracownikami również nie może zostać uznana za dane skutecznie chronione przed wyjawieniem ze względu na fakt, że osoby zatrudnione na podstawie umów o pracę ujawnione są np. w rejestrach ZUS, do których dostęp mają m.in. organy kontrolne, na których działanie nie ma się wpływu (tak KIO w wyroku 55/18 z 18 stycznia 2018 r.).

Należy zwrócić uwagę także i na to czy wykonawca Atende rzeczywiście udowodnił jakoby wykaz osób zawierał wartość gospodarczą oraz że rzeczywiście podjął działania mające na celu zapobieżenie ujawnienia wiadomości szerszemu gronu osób.

Zwrócić należy uwagę także i na tą okoliczność, że Zamawiający wymagał podania wyłącznie informacji potwierdzających spełnianie wymagań określonych w opisie warunków udziału w postępowaniu, czyli informacji o charakterze absolutnie podstawowym, bez jakichkolwiek szczegółów, które mogłyby choćby potencjalnie narazić wykonawcę na straty w przypadku ujawnienia tych informacji.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że nie jest zainteresowany nazwami klientów wskazanych w wykazach osób i nie domaga się ich ujawnienia. Odwołujący chce natomiast sprawdzić, czy zastrzeżone informacje na temat doświadczenia oraz kwalifikacji personelu wykonawcy Atende faktycznie potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu zawartych w opisie potrzeb i wymagań

Mając na uwadze powyższe, uznać należy z dużym prawdopodobieństwem, że wykaz osób oraz dokumenty potwierdzające ich uprawnienia, nie zostały skutecznie zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa, a zatem powinny zostać ujawnione. Naruszenie przepisów w zakresie zaniechania odtajnienia wykazu osób oraz dokumentów dot. ich uprawnień ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania.

Self-cleaning

Zamawiający w pkt 12.2 opisu potrzeb i wymagań wskazał: *„W Postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, wobec których brak jest podstaw wykluczenia z Postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 1) – 6) Ustawy PZP, z zastrzeżeniem art. 108 ust. 1 pkt 1) lit. h) oraz ust. 2 Ustawy PZP oraz nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 1) i 4) Ustawy PZP. Wykluczenie następuje w przypadkach wskazanych w art. 111 Ustawy PZP.”*

Wykonawca Atende przedłożył wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dokumenty pod nazwą:

Atende_Self Cleaning – załączniki tajemnica przedsiębiorstwa,

Atende_Self Cleaning – uzasadnienie tajemnica przedsiębiorstwa

Odwołujący w pełnej rozciągłości podtrzymuje przywołaną już w niniejszym piśmie argumentację dotyczącą niemożliwości zastrzegania tajemnicą przedsiębiorstwa uzasadnienia tajemnicy, obowiązku wykazania (a więc udowodnienia) przez wykonawcę, że zastrzegane informacje wpisują się w definicję tajemnicy przedsiębiorstwa z ustawy ZNK oraz fundamentalnej zasady zamówień publicznych – jaką jest zasada jawności przedkładanych wraz z ofertą dokumentów.

Z uwagi na nieujawnienie przez Zamawiającego nawet takich dokumentów jak uzasadnienie tajemnicy, uzasadnione jest twierdzenie, że Zamawiający nie dokonał rzetelnej analizy skuteczności zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów złożonych przez wykonawcę Atende, także w zakresie dotyczącym self-cleaning. Takie działanie uniemożliwia Odwołującemu zbadanie ww. dokumentu oraz ocenę, czy aby przedstawione w nim okoliczności nie powinny skutkować wykluczeniem wykonawcy Atende z udziału w postępowaniu. Ma to zatem doniosłe znaczenie dla oceny oferty wykonawcy Atende.

Za Krajową Izbą Odwoławczą (KIO 2048/21) wskazać należy: *„Zamawiający jest zobowiązany zbadać otrzymane dokumenty w pełnym zakresie, tj. nie tylko co do skuteczności samooczyszczenia się wykonawcy, ale także co do wypełnienia przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa. Ustaw Pzp nie czyni bowiem wyjątków w tym zakresie. Jawność postępowania, która pozostaje w związku z pozostałymi ww. zasadami obowiązującymi na gruncie zamówień publicznych, odnosi się do całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem dotyczy także dokumentów składanych przez wykonawcę w ramach samooczyszczenia dla wykazania, że wykonawca ten nie podlega wykluczeniu”.*

Odwołujący wskazuje, że skoro wykonawca Atende zdecydował się przedłożyć Zamawiającemu self-cleaning, to oznacza, że z jakichś powodów uznał to za uzasadnione w tym konkretnym postępowaniu. Jeżeli w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa (w sposób nieuprawniony nieudostępnionym Odwołującemu) self-cleaningu wykonawca Atende nie wykazał (udowodnił) aby te informacje miały charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub aby były to inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, ani też aby podmiot uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności, to Zamawiający nie miał prawa pozostawić tych informacji w poufności. Powyższe może mieć wpływ na wynik postępowania.

IV.

Odnosnie zarzutu ewentualnego, tj. zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy ZNK w zw. z naruszeniem art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający

nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny wniosków, a co za tym idzie uprawniony jest do utrzymania zastrzeżenia dokumentów złożonych przez Atende:

- wykaz dostaw zgodnie z załącznikiem 4a do OPW wraz z dokumentami potwierdzającymi dostawy (załącznik nr 14_6_7_2_1b wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu);
- wykaz osób zgodnie z Załącznikiem nr 5a do OPW wraz z dokumentami potwierdzającymi uprawnienia (załącznik nr 14_6_7_2_1c wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu);
- Atende_self cleaning (załącznik nr 17.13.2 tiret 1 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu)

niezbędnych do oceny tego czy wykonawca spełnienia warunki udziału w postępowaniu oraz czy nie podlega wykluczeniu, zastrzeżonych przez wykonawcę Atende jako tajemnica przedsiębiorstwa, w całości i bez żadnych wyłączeń, choć zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej „TSUE” lub „Trybunał”) z dnia 17 listopada 2022 r. w sprawie C-54/21 instytucja zamawiająca musi, w przypadku odmowy pełnego dostępu do informacji, udzielić konkurencyjnemu oferentowi dostępu do zasadniczej treści zastrzeżonych informacji, tak aby zapewnić poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego, stwierdzić należy, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, że powyższy zarzut jest zarzutem ewentualnym, postawionym na wypadek gdyby Izba uznała, że nie zasługują na uwzględnienie wcześniej sformułowane zarzuty dotyczące nieuzasadnionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie wykonawcy Atende.

W wyroku z dnia 17 listopada 2022 r. w sprawie C-54/21, mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Krajową Izbę Odwoławczą, TSUE stwierdził m.in., że artykuł 18 ust. 1, art. 21 ust. 1 i art. 55 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w ten sposób, że instytucja zamawiająca:

- musi – na potrzeby ustalenia, czy odmówi oferentowi, którego dopuszczalna oferta została odrzucona, dostępu do przedstawionych przez pozostałych oferentów informacji odnoszących się do ich stosownego doświadczenia i związanych z nim referencji, do tożsamości i kwalifikacji zawodowych osób proponowanych do wykonania zamówienia lub podwykonawców oraz do koncepcji projektów, które mają zostać zrealizowane w ramach zamówienia, i sposobu jego realizacji – ocenić, czy informacje te mają wartość handlową, która nie ogranicza

- się do danego zamówienia publicznego, gdyż ich ujawnienie mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom handlowym lub uczciwej konkurencji;
- może ponadto odmówić udzielenia dostępu do tych informacji, jeżeli – nawet, gdy nie mają one takiej wartości handlowej – ich ujawnienie mogłoby utrudnić egzekwowanie prawa lub byłoby sprzeczne z interesem publicznym; oraz
 - musi, w przypadku odmowy pełnego dostępu do informacji, udzielić owemu oferentowi dostępu do zasadniczej treści tych informacji, tak aby zapewnić poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego.

TSUE w ww. wyroku uznał, że nawet w przypadku uzasadnionego i dopuszczalnego zastrzeżenia przez wykonawcę określonych elementów jako poufnych, zamawiający i tak ma obowiązek udzielić konkurencyjnemu wykonawcy dostępu do zasadniczej treści zastrzeżonych informacji (np. w formie streszczenia), tak aby zapewnić poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego. Jest poza sporem, że w niniejszej sprawie Zamawiający nie wywiązał się z powyższego obowiązku – Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu żadnych treści z zakresu zastrzeżonego przez wykonawcę Atende jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W związku z powyższym Odwołujący domaga się nakazania Zamawiającemu, aby udzielił Odwołującemu dostępu do zasadniczej treści zastrzeżonych informacji (tj. Wykazów dostaw wraz z potwierdzeniem dostaw, wykazu osób wraz z potwierdzeniem ich uprawnień, self-cleaning), tak aby zapewnić poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego, zgodnie z przytoczonym wyrokiem TSUE.

Odwołujący wskazuje, że w jego ocenie udzielony przez Zamawiającego dostęp do zasadniczej treści zastrzeżonych informacji, tak aby zapewnić poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego, powinien obejmować przynajmniej:

- informacje wskazane w załączniku nr 4a oraz dokumenty na potwierdzenie należytego wykonania, bez nazw kontrahentów,
- informacje wskazane w załączniku nr 5a oraz dokumenty potwierdzające uprawnienia tych osób, bez danych personalnych,
- informacje dotyczące powodów dokonania self-cleaning przez wykonawcę Atende oraz informacje umożliwiające ocenę czy samooczyszczenie jest skuteczne.

W dniu 6 marca 2023 roku do postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawcy: Atende S.A z siedzibą w Warszawa oraz Comp S.A. z siedzibą w Warszawa, wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 14 marca 2023 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty podniesione w zakresie części zarzutu dotyczącego spełnienia przez Comp S.A. warunków udziału w Postępowaniu określonych w pkt 4.1.7 i 4.1.8 Załącznika nr 10 do OPW (dot. wykazu i świadectw kwalifikacyjnych), tj. częściowo Zarzut z lit. b), tj. w zakresie warunku o którym mowa w pkt 4.1.7 i 4.1.8 Załącznika nr 10 do OPW oraz w zakresie zarzutu dotyczącego braku udostępnienia dokumentów i informacji zastrzeżonych przez Atende S.A. jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. Zarzutu z lit. c) – e) odwołania Nokia [tj. w całości uwzględniam zarzut z lit. c) – e)], w pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

W dniu 14 marca 2023 roku Odwołujący złożył pismo procesowe, w którym podtrzymał wniosek o uwzględnienie odwołania i dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów:

- 1) mail do Urzędu Marszałkowskiego Województwa Łódzkiego z wnioskiem o udzielenie informacji publicznej
- 2) mail z Urzędu Marszałkowskiego Województwa Łódzkiego z odpowiedzią na wniosek o udostępnienie informacji publicznej z 02 marca 2023 r.
- 3) pismo Pana M.K., Dyrektora Departamentu Administracji i Społeczeństwa Informacyjnego Urzędu Marszałkowskiego Województwa Łódzkiego, z dnia 06 marca 2023 r., zawierające odpowiedź na wniosek o udostępnienie informacji publicznej
- 4) wydruk wyników wyszukiwania w wyszukiwarce przedsiębiorców telekomunikacyjnych, dostępnej na stronie internetowej Urzędu Komunikacji Elektronicznej: <https://bip.uke.gov.pl/rpt/rejestr-przedsiębiorcow-telekomunikacyjnych>, pokazujący listę przedsiębiorców wpisanych do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych, których nazwy zawierają słowo „Auto”
- 5) Informacja o wyniku postępowania w NASK – PIB z 20 lutego 2020 r.

6) ZAPYTANIE OFERTOWE z 17 stycznia 2020 roku „Dostawa i wdrożenie systemu CG-NAT wraz z przełącznikami Ethernet”, znak postępowania: ZZ.2131.6.2020.RST [OSE-S]

7) Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 1 do Zapytania ofertowego)

W dniu 15 marca 2023 roku wykonawca Comp S.A. z siedzibą w Warszawie złożył pismo procesowe, w którym oświadczył, iż nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu z lit b.) w zakresie warunku, o którym mowa w pkt 4.1.7 i 4.1.8 Załącznika nr 10. oraz podtrzymał wniosek o oddalenie odwołania w zakresie pozostałych zarzutów dotyczących jego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W dniu 15 marca 2023 roku na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron i Uczestników Postępowania, wykonawca Atende S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł ustnie do protokołu sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów dotyczących braku udostępnienia dokumentów i informacji zastrzeżonych przez Atende S.A. jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. zarzutów z lit. c) – e).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy,

uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Izba za skuteczne uznała zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawców: Atende S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Comp S.A. z siedzibą w Warszawie w charakterze Uczestników postępowania odwoławczego.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu uwzględnionego przez Zamawiającego, co do którego Przystępujący Comp S.A. nie wniósł sprzeciwu, dotyczącego spełnienia przez Comp S.A. warunków udziału w Postępowaniu określonych w pkt 4.1.7 i 4.1.8 Załącznika nr 10 do OPW (dot. wykazu i świadectw kwalifikacyjnych), tj. częściowo Zarzut z lit. b), tj. w zakresie warunku o którym mowa w pkt 4.1.7 i 4.1.8 Załącznika nr 10 do OPW.

Izba ustaliła i zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie. Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1) Pzp Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów, które miało wpływ, lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, konkursu lub systemu kwalifikacji wykonawców.

Izba za zasadny uznała zarzut uwzględniony przez Zamawiającego, a rozpoznawany w wyniku skargi Przystępującego Atende, dotyczący braku udostępnienia dokumentów i informacji zastrzeżonych przez Atende S.A. jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. Zarzutu z lit. c) – e). W pozostałym zakresie Izba uznała zarzuty odwołania za niezasadne.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w pkt. a i b) w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego, Izba uznała, iż nie zasługują one na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 381 ust. 4 ustawy Pzp w zw. art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp w zw. z art. 158 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 381 ust. 1 ustawy Pzp oraz naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty.

Zgodnie z art. 381 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający zaprasza jednocześnie do negocjacji wykonawców, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu.

Zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli został złożony przez wykonawcę:

- a) podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia,
- b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z 158 ust. 2 ustawy Pzp Do wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu stosuje się przepisy art. 145, art. 146 ust. 1 i art. 147.

Zgodnie z art. 381 ust. 1 ustawy Pzp do sektorowych negocjacji z ogłoszeniem przepisy art. 155 ust. 1, art. 156 ust. 1 pkt 1-5 i 7-16, 18 i 19 oraz ust. 2 i 3, art. 157 ust. 1, art. 158 ust. 2, art. 167 i art. 168 stosuje się odpowiednio.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Zamawiający w treści Załącznika nr 10 do Opisu Potrzeb i Wymagań – Warunki Udziału w Postępowaniu w pkt 3. ustanowił następujący warunek udziału w postępowaniu:

3. *zdolności technicznej lub zawodowej – doświadczenie:*

3.1. *w zakresie wdrożenia:*

Zamawiający wymaga, by Wykonawca/Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazał/wykazali, że w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał/wykonali należycie:

3.1.1. *co najmniej trzy Produkcyjne Wdrożenia lub rozbudowy systemów teletransmisyjnych, z których każdy składał się z co najmniej 5 urządzeń sieciowych o budowie modularnej z mechanizmem wysokiej dostępności (klasy Węzłów Szkieletowych), które zostały zainstalowane w różnych lokalizacjach*

geograficznych, tworzących sieć rozległą w technologii IP/MPLS - zgodnych z rekomendacjami i standardami m.in.: RFC1771, RFC2205, RFC3031, RFC4026, RFC 4110, RFC4271, RFC4364, RFC4664,

3.1.2. co najmniej trzy Produkcyjne Wdrożenia lub rozbudowy systemów teletransmisyjnych, z których każdy składał się z co najmniej 30 urządzeń sieciowych, które zostały zainstalowane w różnych lokalizacjach geograficznych, tworzących sieć rozległą w technologii IP/MPLS (klasy Węzłów Dostępowo-Agregacyjnych) – zgodnych z rekomendacjami i standardami m.in.: RFC1771, RFC2205, RFC3031, RFC4026, RFC 4110, RFC4271, RFC4364, RFC4664,

(...)

3.1.4. Zamawiający uznaje warunek za spełniony również w przypadku, gdy trzy Produkcyjne Wdrożenia lub rozbudowy systemów teletransmisyjnych obejmowały jednocześnie urządzenia sieciowe klasy Węzłów Szkieletowych jak i urządzenia sieciowe klasy Węzłów Dostępowo-Agregacyjnych w wyżej podanej liczbie.

W treści wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Przystępujący Comp S.A. na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 3.1.1. załącznika nr 10 do OPW przedstawił pięć projektów referencyjnych, z których trzy zostały zakwestionowane przez Odwołującego, tj. wdrożenie wskazane w poz. 3 Wykazu zdolności technicznej

lub zawodowej w zakresie wdrożenia (dalej jako „Wykaz”) dla Poznańskiego Centrum Superkomputerowo – Sieciowego, wskazane w poz. 4 Wykazu dotyczące Łódzkiej Regionalnej Sieci Teleinformatycznej oraz wskazane w poz. 8 Wykazu, wykonane dla Auto Partner S.A.

W ocenie Izby, niewątpliwie wdrożenie wykonane dla Auto Partner S.A. potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 3.1.1. załącznika nr 10 do OPW.

Zgodnie z literalną treścią warunku Zamawiający wymagał zgodności z rekomendacjami i standardami RFC dla urządzeń sieciowych, a nie jak twierdzi Odwołujący dla sieci. Ponadto, Zamawiający nie stawiał warunku co do prowadzenia działalności na rzecz podmiotu, dla którego wdrożenie miało zostać wykonane, tj. że musi to być przedsiębiorca telekomunikacyjny, ani również nie stawiał warunku co do własności infrastruktury, za pośrednictwem której sieć miała zostać stworzona.

Zarzuty podnoszone przez Odwołującego nie znajdują oparcia w treści dokumentacji Postępowania, a sposób interpretacji warunku udziału w postępowaniu narusza zasadę proporcjonalności w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia.

Izba uznała zatem za nieprzydatne dla sprawy wszystkie dowody złożone przez Odwołującego, na potwierdzenie, że Auto Partner S.A. nie jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym. Skoro Zamawiający takiego warunku nie ustanowił, to wykazywanie okoliczności, która nie ma związku ze sprawą, jest bez znaczenia.

Ponadto z treści wykazu – poz. 8 wynika zakres i wielkość wdrożenia. Wykonawca Comp wskazał że zakres obejmował: dostawę, wdrożenie i serwis urządzeń sieciowych węzłów Szkieletowych klasy IP/MPLS, co zostało potwierdzone załączonymi referencjami. Zamawiający nie wymagał poziomu szczegółowości opisu wdrożenia, zatem argument Odwołującego o zdawkowości opisu nie może być uwzględniony. W ocenie Izby, za wystarczające dla potwierdzenia warunku udziału jest oświadczenie (potwierdzone referencjami), iż powyższe wdrożenie obejmowało urządzenia klasy Węzłów Szkieletowych klasy IP/MPLS w ilości 20 urządzeń.

Izba w całości podziela stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którym *„W pierwszej kolejności należy podkreślić, że rodzaj medium fizycznego/rodzaj usług telekomunikacyjnych łączących węzły, czy też posiadania przez wykonawcę statusu przedsiębiorcy telekomunikacyjnego nie były elementem warunków udziału określonych przez Zamawiającego.*

4.27. Zamawiający nie określił w warunkach udziału w Postępowaniu rodzaju działalności, jaką powinien zajmować się podmiot na rzecz którego wykonawcy dostarczyli, wdrożyli i serwisują sprzęt teleinformatyczny, spełniający wymagania Zamawiającego. Zamawiający nie miał takiej potrzeby i tym samym postawienie takiego warunku w jego ocenie byłoby nadmierowe i nieuzasadnione. Jednocześnie, na obecnym etapie Postępowania Odwołujący kwestionuje warunek udziału w Postępowaniu interpretując go rozszerzająco, w sposób niezgodny z wykładnią celowościową i literalną.

4.28. Zamawiający nie zgadza się ze stwierdzeniem Odwołującego, że „nie jest bowiem możliwe, aby system teletransmisyjny wdrożony dla firmy AutoPartner S.A. był zgodny z rekomendacjami i standardami wskazanymi w warunku udziału, tj. z RFC 4026 oraz RFC 4110”. W zakresie rekomendacji RFC Zamawiający oczekuje zgodności na poziomie technologii IP/MPLS oraz technicznej możliwości kreowania na urządzeniach usług transmisji danych, a prowadzony typ działalności podmiotu, na rzecz którego zostało wykonane wdrożenie, nie jest w tym przypadku istotny dla Zamawiającego. Tym samym, Zamawiający weryfikował referencje pod kątem wymaganej technologii IP/MPLS dla Węzłów Szkieletowych, zgodnie z treścią warunku udziału w Postępowaniu.

Izba uwzględniła dowód złożony przez Zamawiającego, na potwierdzenie, że sieć Auto Partner S.A. jest siecią rozległą.

W tym stanie rzeczy, za zasadne Izba uznała stanowisko Zamawiającego, że na podstawie przedstawionych mu przez wykonawcę Comp S.A. dokumentów, nie miał on podstaw do uznania, że oświadczenie Auto Partner S.A. o realizacji konkretnego projektu wraz z referencjami

nie potwierdzają wymagań dla wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu.

Zakwalifikowanie, że wdrożenie zrealizowane dla Auto Partner S.A. w zestawieniu z usługami, które nie zostały zakwestionowane przez Odwołującego, jest wystarczające dla uznania, że wykonawca Comp S.A. spełnia warunki udziału w Postępowaniu określone w pkt 3.1.1. Załącznika nr 10 do OPW. Nawet gdyby uznać zasadność wątpliwości Odwołującego co do wdrożeń zrealizowanych dla Centrum Sieciowo Superkomputerowego w Poznaniu oraz Łódzkiej Regionalnej Sieci Teleinformatycznej, to wezwane Przystępującego Comp w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia przedmiotowych środków dowodowych nie jest zasadne, bowiem warunek udziału w postępowaniu, polegający na wykazaniu co najmniej trzech Produkcyjnych Wdrożeń lub rozbudowy systemów teletransmisyjnych, z których każdy składał się z co najmniej 5 urządzeń sieciowych o budowie modularnej z mechanizmem wysokiej dostępności (klasy Węzłów Szkieletowych), które zostały zainstalowane w różnych lokalizacjach geograficznych, tworzących sieć rozległą w technologii IP/MPLS - zgodnych z rekomendacjami i standardami m.in.: RFC1771, RFC2205, RFC3031, RFC4026, RFC 4110, RFC4271, RFC4364, RFC4664- został spełniony.

Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 3.1.2. Załącznika nr 10 do OPE Przystępujący Comp wykazał cztery wdrożenia, z których Odwołujący zakwestionował trzy, tj. realizacje dla NASK (poz. 6 i 7 w Wykazie), oraz dla Auto Partner S.A. (poz. 11 w Wykazie).

W zakresie wdrożenia dla Auto Partner S.A. Odwołujący w ramach zarzutu przywołał te same okoliczności jak dla wdrożenia, wykazanego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 3.1.1. Załącznika nr 10 do OPW, tj. zdawkowy opis wdrożenia, realizacja nastąpiła dla podmiotu, który nie jest przedsiębiorcą telekomunikacyjnym a sieć realizowana dla tego podmiotu nie może być zgodna z rekomendacjami i standardami RFC.

W ocenie Izby powyższa realizacja spełnia wymagania określone przez Zamawiającego. W tym miejscu, Izba przywołuje jako właściwą również na potrzeby spełnienia warunku udziału z pkt 3.1.2, argumentację przedstawioną dla wdrożenia na rzecz Auto Partner S.A. dla warunku

określonego w pkt 3.1.1. Nie można również stracić z pola widzenia, że Zamawiający w pkt 3.1.4. Załącznika nr 10 do OPW dopuścił możliwość uznania warunku za spełniony również w przypadku, gdy trzy Produkcyjne Wdrożenia lub rozbudowy systemów teletransmisyjnych obejmowały jednocześnie urządzenia sieciowe klasy Węzłów Szkieletowych jak i urządzenia sieciowe klasy Węzłów Dostępowo-Agregacyjnych w wyżej podanej liczbie. Wykazane wdrożenie na rzecz Auto Partner S.A. obejmowało zarówno urządzenia klasy Węzłów Szkieletowych

jak i klasy Węzłów Dostępowo-Agregacyjnych w ilości ponad 30 urządzeń, a zatem spełniało przesłanki określone w pkt 3.1.2. Załącznika nr 10 do OPW.

W ocenie Izby, Zamawiający nie miał podstaw aby nie uznać powyższego wdrożenia, za spełniającego wymogi określone w pkt 3.1.2 Załącznik nr 10 do OPW.

Odnosząc się do wdrożenia dla Naukowej i Akademickiej Sieci Komputerowej – Państwowego Instytutu Badawczego (NASK PIB) z siedzibą w Warszawie w zakresie wdrożenia wskazanego w pkt 6 Wykazu, to o ile w treści odwołania Odwołujący twierdzi, że powyższe wdrożenia nie obejmowało urządzeń sieciowych klasy Węzłów Dostępowo-Agregacyjnych, to podczas rozprawy sam wykazał złożonym dowodem (w postaci dokumentacji – Zapytania Ofertowego dla powyższego zamówienia), że zamówienie to obejmowało zarówno urządzenia klasy Węzłów Szkieletowych jak i klasy Węzłów Dostępowo-Agregacyjnych. Okoliczność tą potwierdził również Przystępujący Comp, składając jako dowód, wyciąg z tej samej dokumentacji. Odwołujący nie przedstawił również dowodu przeciwnego, z którego wynikałoby, iż w ramach powyższego wdrożenia nie zostały zastosowane urządzenia klasy Węzłów Dostępowo-Agregacyjnych.

Izba opierając się na złożonych w tym zakresie dowodach uznała, że Odwołujący wykazał, że w ramach wdrożenia dla NASK (poz. 6 Wykazu) stosowane były urządzenia klasy Węzłów Dostępowo-Agregacyjnych. Ponadto, co należy dodać, treść warunku udziału w postępowaniu nie odnosił się do ilości Węzłów Dostępowo-Agregacyjnych, lecz do ilości urządzeń Węzłów Dostępowo-Agregacyjnych, a Przystępujący Comp w Wykazie wskazał ilość urządzeń odpowiednią dla spełnienia powyższego warunku. Dodatkowo, podczas rozprawy Przystępujący Comp, wskazał, że oferowane przez niego urządzenia pozwalają na łącznie funkcjonalności właściwej dla urządzeń klasy Węzłów Dostępowo-Agregacyjnych jak i klasy Węzłów Szkieletowych. Co więcej, z Załącznika nr 1 do OPW wynikają minimalne wymagania w zakresie funkcjonalności i wydajności Węzłów Szkieletowych, które są wyższe niż dla Węzłów Dostępowo-Agregacyjnych. Zatem, jak słusznie wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie:

o ile można urządzenia klasy Węzłów Szkieletowych zastosować (sklasyfikować) także jako klasa Węzłów Dostępowo-Agregacyjne to urządzeń klasy Węzłów Dostępowo-Agregacyjnych nie można uznać i zastosować jako klasy Węzłów Szkieletowych, właśnie ze względu na ich różnice wydajnościowe. Wdrożenie urządzeń o wyższym stopniu komplikacji (Węzły Szkieletowe) jest trudniejsze i wymaga wyższych kompetencji niż w przypadku Węzłów Dostępowo-Agregacyjnych. W związku z powyższym Zamawiający uznał wskazany przez Comp S.A. w wykazie i referencjach projekt za spełniający wymagania opisane w warunku udziału w Postępowaniu (pkt 3.1.2. Załącznika nr 10 do OPW).

Wobec powyższego, w obliczu złożonych dowodów (co dla Izby było decydujące w sprawie), Odwołujący sam wykazał prawidłowość czynności Zamawiającego, który zakwalifikował powyższą realizację w poczet usług potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 3.1.2. Załącznika nr 10 do OPW.

W ocenie Izby wdrożenia wykazane w pozycjach 6 i 11 Wykazu wpisują się w wymagania ustanowione na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego

w pkt 3.1.2 Załącznika nr 10 do OPW, a w zestawieniu z realizacją niezakwestionowaną przez Odwołującego, spełnienie warunku udziału w postępowaniu zostało potwierdzone.

Izba nie odnosiła się do wdrożenia wskazanego w pkt 7 Wykazu, bowiem został on uznany przez Zamawiającego jako nadmiarowy i nieoceniany.

Reasumując powyższe, zarzut Odwołującego należy uznać za niezasadny.

W tych okolicznościach, za niezasadny należy uznać również zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP w zw. z naruszeniem art. 381 ust. 4 ustawy PZP w zw. z naruszeniem art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp w związku z art. 158 ust. 2 ustawy PZP w

związku z art. 381 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący powołał się na przepisy mówiące o tym, kiedy należy odrzucić wniosek o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu (art. 146 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) Pzp, jednocześnie nie wskazał żądania odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Izba podziela w tym zakresie stanowisko Zamawiającego, że po pierwsze zarzut nie zawiera żądania co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania w tym zakresie, przez co nie spełnia wymagania określonego w art. 516 ust. 1 pkt 9) Pzp, a po drugie, zarzut jest przedwczesny

z uwagi na fakt, że zgodnie z art. 128 ust. 1 Pzp, Zamawiający ma obowiązek wezwać

wykonawcę do uzupełnienia lub wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu przed odrzuceniem wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu.

Wobec powyższego powyższy zarzut należało oddalić.

Odnosząc się do zarzutu uwzględnionego przez Izbę, dotyczącego braku udostępnienia dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Przystępującego Atende, Izba w pełni podziela stanowisko Odwołującego oraz Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „ustawa ZNK”) w zw. z naruszeniem art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny wniosków, a co za tym idzie uprawniony jest do utrzymania w tajemnicy uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (załącznik nr 17.13.2 oraz 17.13.2 tiret 2 wniosku Atende o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), podczas gdy jednolite stanowisko doktryny i orzecznictwa wskazuje wprost, że samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy nie może być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, a zatem jest jawne i powinno zostać uznane przez Zamawiającego za podlegające udostępnieniu oraz zarzucił naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy ZNK w zw. z naruszeniem art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny wniosków, a co za tym idzie uprawniony jest

do utrzymania zastrzeżenia w całości dokumentów złożonych przez Atende:

- wykaz dostaw zgodnie z załącznikiem 4a do OPW wraz z dokumentami potwierdzającymi dostawy (załącznik nr 14_6_7_2_1b wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu);
- wykaz osób zgodnie z Załącznikiem nr 5a do OPW wraz z dokumentami potwierdzającymi uprawnienia (załącznik nr 14_6_7_2_1c wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu);
- Atende_self cleaning (załącznik nr 17.13.2 tiret 1 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu)

niezbędnych do oceny tego czy wykonawca spełnienia warunki udziału w postępowaniu oraz czy nie podlega wykluczeniu, zastrzeżonych przez wykonawcę Atende jako tajemnica przedsiębiorstwa, choć zasadnicza większość informacji zawartych w ww. dokumentach nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz wykonawca Atende nie wykazał, iż wszystkie informacje zawarte w ww. dokumentach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z treścią art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,

o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Zgodnie z art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Prawa zamówień publicznych:

1. Protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek.
2. Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że:
 - 1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie,

- 2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków
- przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu..

Izba podkreśla, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjątkiem od zasady jawności jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, w świetle którego: nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jak wynika z powołanego przepisu na wykonawcę nałożony został obowiązek wykazania przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W konsekwencji rolą Zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

W analizowanym stanie faktycznym, przedmiotem oceny Izby było ustalenie, czy Przystępujący Atende w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa skutecznie wykazał, że dokumenty, o których odtajnienie wnosi Odwołujący stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. W tym celu Przystępujący Atende zobowiązany był wykazać łączne spełnienia przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. winien wykazać, że:

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,

- 2) informacja jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

Wskazać należy również, iż w doktrynie podkreśla się, że ochronie na gruncie uznk podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się „wartością gospodarczą” (S. Sołtysiński w: Komentarz do art. 11 ZNKU, w: Komentarz ZNKU pod red. J. Szwejki, Warszawa 2006, str. 447 K. Korus, Komentarz do art. 11 UZNK. W konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa (E. Wojcieszko-Głuszko, Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ, 2005/86, str. 7.

Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w treści art. 39 TRIPS (Porozumienia w sprawie handlowych aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994 r., który stanowi załącznik do porozumienia w sprawie ustanowienia Światowej Organizacji Handlu), przewidującego że ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne. Przepis ten zaś był podstawą do sformułowania przepisu art. 11 ust. 2 uznk. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołostownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada (por. wyrok z dnia 1 kwietnia 2021 r. o sygn. akt: KIO 500/21; wyrok z 19 maja 2022 r. o sygn. akt: KIO 1156/22).

Ponadto, dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie konkretnych informacji, konieczne jest również wykazanie, że wykonawca podjął działania, które zapewniają ochronę tych informacji przed ich ujawnieniem. Dopóki bowiem wykonawca, nie podejmie odpowiednich działań służących zapewnieniu zachowania informacji w poufności, a następnie nie wykaże, że działania takie zostały przez niego podjęte, nie jest spełniony konieczny warunek

dla przyjęcia, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Nawet w sytuacji, gdy dane informacje, co do zasady mogą podlegać utajnieniu, wykonawca decydujący się na udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie _____ jedną z podstawowych zasad jest zasada jawności, nie jest zwolniony od wykazania, że zastrzegane przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Winien zatem wykazać spełnienie wszystkich warunków przewidzianych dla takich informacji, tj. że posiadają one wartość gospodarczą oraz jakie podjął działania w celu ochrony zastrzeganych informacji przed dostępem osób trzecich, przy czym wykonawca powinien wraz z zastrzeżeniem tajemnicy, przedstawić, dostępne dla siebie dowody potwierdzające okoliczności, na jakie się powołuje, np. polityka bezpieczeństwa, klauzula poufności, itp.

Obowiązkowi wykonawcy wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa odpowiada obowiązek Zamawiającego rzetelnego przeanalizowania takiego zastrzeżenia informacji, a w razie stwierdzenia, iż nie spełnia wymogów w tym zakresie, Zamawiający jest obowiązany odtajnić te informacje (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, stwierdzić należy, że w treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dnia 9 stycznia 2023 r. Przystępujący Atende wskazał, że Wykaz zdolności technicznej lub zawodowej - Załącznik nr 5A, 5B” zastrzega jako tajemnica przedsiębiorstwa - „w zakresie w jakim ujawnia dane osób, którymi Wykonawca zamierza się posłużyć w ramach realizacji zamówienia”. W związku z powyższym należy uznać, że informacje zawarte w powyższym Wykazie osób (z wyjątkiem danych _____ osób) nie zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Ujawnienie zastrzeżonych informacji ma nastąpić zgodnie z żądaniem Odwołującego tj. bez podania danych osobowych osób i kontrahentów, co jak wynika z treści uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa nie naruszy tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępującego Atende. Odnosząc się do informacji zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa w pozostałej części (poza Wykaz zdolności technicznej lub zawodowej - Załącznik nr 5A,5B – w zakresie w jakim ujawnia dane osób, którymi Wykonawca zamierza się posłużyć w ramach realizacji zamówienia), w ocenie Izby Przystępujący Atende nie wykazał wszystkich przesłanek koniecznych

do zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, w szczególności nie wykazał wartości gospodarczej poszczególnych zastrzeżonych informacji.

Izba w pełni podziela utrwalony w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pogląd, że informacja o charakterze gospodarczym może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Dlatego wartość tę należy wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołostownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada.

Izba wskazuje, że Przystępujący Atende przedstawił jedynie ogólne, lakoniczne uzasadnienie, możliwe do sporządzenia w zasadzie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia i przez każdego wykonawcę. Co więcej, można odnieść wrażenie, że zostało ono sporządzone na potrzeby innego postępowania, bowiem zawiera odwołanie do okoliczności które nie miały miejsca w postępowaniu oraz dokumentów których Przystępujący nie składał w niniejszym postępowaniu, jak np. powoływanie się na szczegółowy opis sposobu kalkulacji ceny oferty, czy informacje dotyczące podmiotów trzecich udostępniających potencjał.

Poza przytoczeniem ogólnych informacji, z których wynika co do zasady może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, Przystępujący Atende nie wykazał, jakie informacje znajdujące się w treści wniosku o dopuszczenie do udziału w tym postępowaniu stanowią dla niego wartość gospodarczą. Jediną wartość gospodarczą na którą powołał się Przystępujący Atende w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa, jest odniesienie się do wartości kontraktów. Jednakże dokumenty,

o których ujawnienie wnioskuje Odwołujący nie zawierają informacji o wartości kontraktów, a zatem nie ma możliwości naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa w tym zakresie. Niezrozumiałym dla Izby jest również argument, iż wartość gospodarcza sprowadza się do wartości kontraktu, jaką może zawrzeć Wykonawca z Zamawiającym. Na obecnym etapie postępowania, wykonawcy nie podają jeszcze cen ani kosztu, a ponadto, cena podana w ofercie wykonawcy lub koszt nie mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa (art. 222 ust. 5 pkt 2) Pzp.

W uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa dla Wykazu wykonanych dostaw oraz dokumentów potwierdzających należyte ich wykonanie, Przystępujący Atende wskazał, że: *Podkreślić należy, że zastrzeżenie wykazu dostaw może obejmować zarówno zamówienia realizowane na rzecz podmiotów prywatnych jak i publicznych. Przy czym, o zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu dostaw czy referencji wystawionych przez podmioty publiczne może przesądzać zawarta z tymi podmiotami umowa zobowiązująca strony do zachowania*

w poufności informacji, w których posiadanie weszły strony w związku z wykonywaniem

tej umowy. Wartość gospodarcza ww. informacji polega na budowaniu przewagi konkurencyjnej na rynku przez ochronę swojego know-how oraz kontraktów biznesowych, których ujawnienie konkurencji skutkowałoby zachwianiem pozycji rynkowej Wykonawcy. Jeśli informacje takie byłyby w posiadaniu konkurencji, mogłaby ona przejąć klientów Wykonawcy lub podmiotów trzecich, z którymi współpracuje, co w konsekwencji spowodowałoby, że Wykonawca utraciłby źródło zbytu swoich towarów i usług.

Podkreślenia wymaga jednak, iż Odwołujący wnosi o udostępnienie dokumentów z wyjątkiem danych identyfikujących kontraktowych Przystępującego Atende (co kilkakrotnie podkreślał podczas rozprawy). Ponadto wykaz dostaw nie zawiera know-how wykonawcy, zatem ujawnienie informacji, o które wnosi Odwołujący nie będzie dotyczyło powyższych kwestii.

Izba zauważa również, że Przystępujący Alende nie wykazał, że podjął niezbędne działania w celu utrzymania poufności informacji zawartych w utajnionych dokumentach. Przystępujący powołał się na obowiązujące u niego zasady dotyczące zachowania poufności. Wskazał również na zawarte w umowach z pracownikami klauzule o zachowaniu w poufności zastrzeżonych informacji, z partnerami (poprzez kary umowne, możliwość dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych) i podmiotami trzecimi oraz na wdrożona Politykę Bezpieczeństwa Informacji. Jednakże, poza załączeniem dokumentu: Polityka Bezpieczeństwa Informacji, żadne z powyższych działań nie zostało poparte dowodem np. w postaci umów, na które Przystępujący się powołuje. Polityka Bezpieczeństwa Informacji jest zbiorem powiązanych ze sobą dokumentów (wytycznych, procedur i instrukcji) określających sposób, w jaki informacje są zarządzane, zabezpieczane i przetwarzane, nie stanowi jednak potwierdzenia konkretnych działań podjętych przez Przystępującego w celu utrzymania informacji w poufności.

Odnosząc się do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dla dokumentów self-cleaning, Izba w pełni podziela stanowisko zawarte w wyrokach przywołanych przez Odwołującego, zgodnie z którymi uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa nie może zostać utajnione, przyjmując je za własne. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest elementem jawnym, którego celem jest weryfikacja prawidłowości objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa zastrzeżonych dokumentów.

W ocenie Izby uzasadnienie zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa odnoszące się do dokumentów dotyczących self-cleaning, również nie spełnia wszystkich przesłanek koniecznych do zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, w szczególności Przystępujący Atende nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji.

W treści uzasadnienia Przystępujący kilkakrotnie wskazał, że informacje zastrzeżone mają dla niego wartość gospodarczą, jednakże nie wykazał, na czym owa wartość ma polegać. Izba nie uznała, aby wystarczającą okolicznością do wykazania wartości gospodarczej było powołanie się przez Przystępującego Atende na: *zdolności do utrzymania źródła przychodów*

w przyszłości, w okolicznościach, w których Przystępujący wskazuje, że uzyskuje bardzo istotną część swoich przychodów na rynku usług teleinformatycznych w ramach postępowań przetargowych, prowadzonych w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz regulaminów udzielania zamówień.(...) W konsekwencji utrata nawet kilku procent zamówień pozyskiwanych w ramach prowadzonych postępowań przetargowych z powodu ujawnienia danych i zmniejszenia niepewności po stronie konkurentów, a w konsekwencji wykorzystania tych informacji przez konkurencję, spowodowałaby utratę przychodów dla Atende S.A.

W ocenie Izby, powyższe nie stanowi wykazania wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Przystępujący Atende powołuje się na możliwość utraty przychodów w związku z ujawnieniem zastrzeżonych danych, co może przełożyć się na utratę przyszłych zamówień publicznych. Izba wskazuje, że wykonawca, który chce ubiegać się o zamówienie publiczne musi złożyć ofertę, która nie będzie podlegała odrzuceniu na mocy art. 226 ust. 1 Pzp, m. in. spełnić warunki udziału w postępowaniu oraz złożyć ofertę zgodną z warunkami zamówienia. To te okoliczności będą badane przez przyszłego zamawiającego, na podstawie danych zawartych w ofercie lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Informacje przekazane przez wykonawców konkurencyjnych, jeśli nie będą odpowiadały prawdzie, nie mogą mieć wpływu na czynności zamawiającego.

Izba zauważa że również w zakresie wykazania działań podjętych w celu utrzymania informacji w poufności Przystępujący Atende załączył jedynie dokument Polityka Bezpieczeństwa Informacji, bez wykazania w jaki konkretnie sposób realizuje jej założenia, np. w postaci umów czy oświadczeń, na które powołuje się treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Reasumując, w ocenie Izby Przystępujący Atende nie sprostął ciężącemu na nim obowiązkowi wykazania, że zastrzeżonym informacjom powinien przysługiwać status tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wobec uwzględnienia zarzutów dotyczących nieuzasadnionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Przystępującego Atende, Izba zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego nie rozpoznała zarzutu podniesionego jako zarzut ewentualny.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

W kwestii kosztów postępowania Izba wskazuje, że dokonała podziału kosztów stosownie do wyniku postępowania, obciążając kosztami w częściach równych Odwołującego oraz Przystępującego Atende wnoszącego sprzeciw, na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 7 ust. 2 pkt 3) i ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: