

Sygn. akt: KIO 3255/22

WYROK

z dnia 23 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Aneta Mlącka**

Protokolant: **Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 06 grudnia 2022 r. przez Odwołującego **M2M TEAM Sp. z o.o. (ul. Robotnicza 11/13, 02-261 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Rzeszowie (ul. Wierzbowa 14, 35-310 Rzeszów)**

przy udziale Wykonawcy **Fluodata sp. z o.o. (ul. Młynarska 42, 01-171 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia:
 - art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Fluodata sp. z o.o. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego Rozdziału IV 2.4 SWZ
 - art. 18 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odtajnienia i przekazania Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa

i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym:

 - wezwanie Wykonawcy Fluodata sp. z o.o. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu,
 - odtajnienie i przekazanie Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa,
2. oddala zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo

zamowień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Fluodata sp. z o.o., pomimo że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

3. oddala jako przedwczesny zarzut naruszenia przez Zamawiającego:

- art. 18 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę Fluodata sp. z o.o.,
- art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Fluodata sp. z o.o. zawierającej rażąco niską cenę,

4. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Rzeszowie (ul. Wierzbowa 14, 35-310 Rzeszów)** w wysokości 2/3 oraz Odwołującego **M2M TEAM Sp. z o.o. (ul. Robotnicza 11/13, 02-261 Warszawa)** w wysokości 1/3 i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **M2M TEAM Sp. z o.o. (ul. Robotnicza 11/13, 02-261 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3600 zł 00 gr** (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego,

4.2. zasądza od Zamawiającego **Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Rzeszowie (ul. Wierzbowa 14, 35-310 Rzeszów)** na rzecz Odwołującego **M2M TEAM Sp. z o.o. (ul. Robotnicza 11/13, 02-261 Warszawa)** kwotę **5000 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania w postaci 2/3 wpisu od odwołania oraz kwotę **2400 zł 00 gr** (dwa tysiące czterysta złotych zero groszy) tytułem zwrotu 2/3 kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze 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 Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Rzeszowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „System monitoringu temperatur i wilgotności w pomieszczeniach i urządzeniach chłodniczych o kontrolowanej temperaturze wraz z infrastrukturą techniczno- sprzętową w siedzibie Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Rzeszowie ul. Wierzbowa 14 oraz w Terenowych Oddziałach.”

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych 27 września 2022 roku pod numerem 2022/BZP 00365902 z dnia 27 września 2022 r.

Odwołujący M2M TEAM sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Fluodata sp. z o.o.,

1. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Fluodata sp. z o.o., pomimo że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji,
2. wadliwej oceny podmiotowych środków dowodowych, poprzez błędne uznanie, że Wykonawca Fluodata sp. z o.o. spełnia warunki udziału w postępowaniu,
3. zaniechanie odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej złożonych przez Wykonawcę Fluodata sp. z o.o.,
4. zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Fluodata sp. z o.o. jako zawierającej rażąco niską cenę,
5. dokonania wyboru oferty Wykonawcy Fluodata sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, względnie z ostrożności procesowej:
6. zaniechania wezwania Wykonawcy Fluodata sp. z o.o. do poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie potwierdzenia spełniania warunku udziału w Postępowaniu, a co najmniej do udzielenia wyjaśnień w zakresie podmiotowych środków dowodowych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Fluodata sp. z o.o., który nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie Rozdziału IV 2.4 Specyfikacji Warunków Zamówienia,
2. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Fluodata sp. z o.o. pomimo, że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
3. art. 18 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie

odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę Fluodata sp. z o.o. oraz zaniechanie przekazania uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa,,

4. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Fluodata sp. z o.o. zawierającej rażąco niską cenę, względnie z daleko posuniętej ostrożności procesowej, naruszenie:

5. art. 128 ust. 1 lub 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Fluodata sp. z o.o. do poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie potwierdzenia spełniania warunku udziału w Postępowaniu określonego Rozdziału IV 2.4 SWZ, a co najmniej zaniechanie wezwania Wykonawcy Fluodata sp. z o.o. do wyjaśnienia informacji zawartych w podmiotowych

a w konsekwencji:

6. art. 16 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a także poprzez brak rzetelnej oceny oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, odrzucenia oferty Wykonawcy Fluodata sp. z o.o., unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Wykonawcy Fluodata sp. z o.o., powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z daleko posuniętej ostrożności procesowej: wezwanie Wykonawcy Fluodata sp. z o.o. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych lub ich wyjaśnienia, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał na interes prawny we wniesieniu odwołania. Wskazał, że oferta Odwołującego jest ofertą - pod względem złożonych ofert oraz kryterium oceny ofert - klasyfikującą się na drugiej pozycji. Tańsza, a tym samym wyżej sklasyfikowana w rankingu ofert - jest aktualnie oferta Wykonawcy Fluodata. W ocenie Odwołującego oferta ta powinna zostać odrzucona. Dalej Odwołujący wskazał, że interes prawny we wniesieniu odwołania materializuje się także w konieczności zapewnienia zgodności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przepisami.

Zamawiający dokonał modyfikacji SWZ, w ramach której przewidział warunki udziału w postępowaniu m. in. w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie,

zrealizował należycie co najmniej jedną dostawę wraz z usługą instalacji systemu monitoringu temperatur i wilgotności w pomieszczeniach i urządzeniach chłodniczych o wartości minimum 100 000,00 zł brutto.

W celu potwierdzenia warunku wykonawcy byli zobowiązani do przedstawienia stosownego wykazu, wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie umowy „referencyjnej”.

Wykonawca Fluodata sp. z o.o. przedstawił „Wykaz doświadczenia”, gdzie wskazano realizację zamówienia pn.: Dostawa wraz z instalacją systemu monitoringu temperatur i wilgotności w pomieszczeniach i urządzeniach chłodniczych, za kwotę 109 082,55 zł.

Odwołujący wskazał, że oświadczenie złożone przez Wykonawcę Fluodata sp. z o.o. nie odpowiada prawdzie i nie potwierdza warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał także, że Wykonawca Fluodata sp. z o.o. zataił tę informację w przedłożonym wykazie.

Zgodnie z SWZ postępowania Dostawa systemu monitorowania temperatury do Wojskowego Instytutu Medycznego P/213/2021/SZ/WIM - 126/ZP/21 (Umowa WIM/21/05/10/PROJ), przedmiotem zamówienia była dostawa systemu monitorowania temperatury do Wojskowego Instytutu Medycznego (ul. Szaserów 128, 04 - 141 Warszawa.). Wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił 6 października 2021 r.

Zgodnie z SWZ postępowania Dostawa czujników monitoringu temperatury i wilgotności do szpitala Wojskowego Instytutu Medycznego w Legionowie. P/038/2022/SZ/WIM/MON - 28 /ZP/22 (Umowa WIM/22/0159/SZMed), przedmiotem zamówienia była dostawa czujników monitoringu temperatury i wilgotności do Szpitala Wojskowego Instytutu Medycznego w Legionowie (ul. Zegrzyńska 8, 05-119 Legionowo). Wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił 29 marca 2022 r.

Odwołujący argumentował, że postanowienia SWZ dotyczące warunku udziału w postępowaniu oraz wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną. W konsekwencji powyższego należy uznać, że zapis SWZ: „zrealizował dostawę wraz z usługą instalacji systemu monitoringu temperatur i wilgotności w pomieszczeniach i urządzeniach chłodniczych o wartości minimum 100 000,00 zł” jest precyzyjny i oznacza, że w postępowaniu nie było możliwości sumowania wartości kilku różnych umów, realizowanych w różnych lokalizacjach oraz w różnych okresach na co wskazuje wykładnia literalna. Należy mieć na względzie, że warunek sformułowany przez Zamawiającego, miał na celu weryfikację, czy dany wykonawca w przeszłości realizował jedno duże zamówienia o określonej wartości, a nie kilka zamówień o mniejszej wartości.

W opinii Odwołującego Wykonawca Fluodata sp. z o.o. próbuje wykazać, że posiada doświadczenie wymagane przez Zamawiającego, poprzez wskazanie dwóch umów referencyjnych, z czego tylko jedna polegała na dostawie systemu monitoringu. Druga

umowa referencyjna polegała jedynie na dostawie czujników. Ponadto wskazane zamówienia były realizowane w różnych okresach, tym samym w sprawie nie zachodzi tożsamość czasowa zrealizowanych umów. W efekcie czego Zmawiający nie ma wiedzy czy wykonawca posiada wystarczające doświadczenie, aby jednorazowo i kompleksowo zrealizować inwestycje o wartości przekraczającej 100 000,00 zł.

Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał, że Zamawiający dopuścił się co najmniej zaniechania wezwania Wykonawcy Fluodata sp. z o.o. do poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego Rozdziału IV SWZ, a co najmniej zaniechanie wezwania wykonawcy Fluodata sp. z o.o. do wyjaśnienia informacji zawartych w podmiotowych, gdyż te nie potwierdzają, że wskazany wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Jak wskazał Odwołujący, doświadczenie uzyskane w ramach powyżej wskazanych zamówień nie koresponduje z wymaganiami Zamawiającego z uwagi na fakt, że wykonawca dokonał nieuprawnionego sumowania wartości zrealizowanych umów, które nie były ze sobą powiązane, czego skutkiem powinno być odrzucenie oferty Wykonawcy Fluodata sp. z o.o., jako wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz wykonawcy, który przedstawił Zamawiającemu wiadomości wprowadzające błąd, czego celem było uzyskanie zamówienia, pomimo niespełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący argumentował, że Wykonawca Fluodata sp. z o.o. miał kompleksową wiedzę dotyczącą zakresu inwestycji realizowanej w przeszłości, w tym wartości realizowanych umów, co przemawia za uznaniem, że działanie wykonawcy można uznać za umyślne wprowadzanie w błąd. Celem przedstawienia podmiotowych środków dowodowych było wytworzenie u Zamawiającego mylnego przekonania, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, które zostały sformułowane w SWZ.

Zdaniem Odwołującego powyższa sytuacja wypełnia przesłanki wykluczenia wykonawcy przewidziane w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, które mają jednak charakter fakultatywny i nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Mamy jednak do czynienia działaniem polegającym na składaniu oświadczeń wprowadzających w błąd Zamawiającego

Działanie takie w opinii Odwołującego należy kwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 14 ust. 1 (przedstawienie wprowadzających w błąd informacji o spełnianiu warunku udziału w postępowaniu) i art. 3 ust. 1 (świadome posługiwanie się nieprawdziwymi informacjami w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami i przepisami prawa oraz naruszający interes Odwołującego) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2020.1913 t.j. z dnia 30 października 2020 r.

Jak dalej wskazał Odwołujący, Zamawiający był zobowiązany na podstawie art. 224 ustawy Prawo zamówień publicznych do wezwania Wykonawcy Fluodata sp. o.o. do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez tego wykonawcę. Wykonawca ten złożył wyjaśnienia, jednakże dokonał ich zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący złożył wniosek o udostępnienie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy, jednakże na moment złożenia odwołania nie otrzymano odpowiedzi. Jak wyjaśnił Odwołujący, jego działanie jest podyktowane koniecznością ustalenia, czy Wykonawca Fluodata sp. z o.o. podołał obowiązkowi wykazania, że informacje oraz dowody zawarte w wyjaśnieniach stanowią w rzeczywistości tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odtajnienie przez Zamawiającego wyjaśnień, a także udostępnienie samego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest w ocenie Odwołującego uzasadnione ze względu na konieczność zapewnienia przejrzystości postępowania. Samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy nie może być również tajemnicą przedsiębiorstwa. Tego typu zastrzeżenie jest niedopuszczalne. Uzasadnienie jest elementem jawnym i powinno służyć weryfikacji prawidłowości wykazania przez Wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składnych dokumentów

Odwołujący wskazał także, że brak udostępnienia wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę Fluodata sp. z o.o. pozbawia pozostałych uczestników możliwości weryfikacji zdolności wybranego wykonawcy do udziału w procedurze, jak również zdolności do należytego wykonania zamówienia. Powyższe naruszenia doprowadziły do sytuacji, w której Odwołujący nie jest w stanie zbadać prawidłowości złożonej oferty w zakresie rażąco niskiej ceny zaproponowanej przez Odwołującego, która to stanowi około 50 % wartości zamówienia wskazanej przez Zamawiającego.

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania.

Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołujący bez wątplenia jest wykonawcą, który złożył ofertę, a zatem dążył do uzyskania zamówienia. Ma zatem interes w pozyskaniu zamówienia. Jak wskazał, jego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu. Jednocześnie przedstawił zarzuty wobec czynności Zamawiającego, co oznacza, że w jego ocenie działanie Zamawiającego nie było zgodne z przepisami prawa. Odwołujący wyjaśnił, że interes prawny we wniesieniu odwołania materializuje się także w konieczności zapewnienia zgodności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przepisami prawa.

Wbrew zatem stanowisku Przystępującego, Odwołujący jak najbardziej wykazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Argument Przystępującego, że Odwołujący nawet jednym zdaniem nie opisał szkody, jaką może ponieść, jest bezzasadny. Jak wskazano powyżej, Odwołujący przedstawił zarzuty wobec czynności Zamawiającego, co oznacza, że w jego ocenie działanie Zamawiającego nie było zgodne z przepisami prawa. Oczywistym jest, że na skutek błędnej, niezgodnej z przepisami prawa decyzji Zamawiającego, Odwołujący może nie uzyskać zamówienia, co oznacza, że w takiej sytuacji poniesie szkodę. Na te okoliczności właśnie zwrócił uwagę Odwołujący w treści odwołania. Bez znaczenia pozostaje fakt, że zdaniem Przystępującego, Odwołujący inaczej, bardziej szczegółowo powinien opisać fakt posiadania interesu we wniesieniu odwołania. Interes we wniesieniu odwołania podlega również ocenie obiektywnej. W tym zakresie Izba nie miała żadnych wątpliwości.

Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 lub 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Fluodata sp. z o.o. do poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie potwierdzenia spełniania warunku udziału w Postępowaniu określonego Rozdziału IV 2.4 SWZ, należy uznać za uzasadniony.

Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował należycie co najmniej jedną dostawę wraz z usługą instalacji systemu monitoringu temperatur i wilgotności w pomieszczeniach i urządzeniach chłodniczych o wartości minimum 100 000,00 zł brutto.

W celu potwierdzenia warunku, wykonawcy byli zobowiązani do przedstawienia stosownego wykazu, wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie umowy „referencyjnej”.

Wykonawca Fluodata sp. z o.o. przedstawił „Wykaz doświadczenia”, gdzie wskazano realizację zamówienia pn.: Dostawa wraz z instalacją systemu monitoringu temperatur i wilgotności w pomieszczeniach i urządzeniach chłodniczych, za kwotę 109 082,55 zł.

Jednocześnie Wykonawca ten załączył dokument referencji, w których wskazano, że Wykonawca Fluodata sp. z o.o. „należycie zrealizował dla Wojskowego Instytutu Medycznego umowę nr WIM/22/0159/SZMed z dnia 30.03.2022r. na dostawę czujników monitoringu temperatury i wilgotności wraz z ich instalacją, oraz umowę nr WIZ/21/0510/PROJ z dnia 08.10.2021r na dostawę systemu monitorowania temperatury na łączną kwotę 109 082,55 zł.”

Z powyższego dokumentu jednoznacznie wynika, że Wykonawca Fluodata sp. z o.o. zrealizował dwie różne dostawy, na podstawie dwóch różnych umów podpisanych w wyniku udzielenia dwóch różnych zamówień. Postępowania o udzielenie zamówienia prowadzone były wprawdzie przez tego samego Zamawiającego, jednakże zupełnie niezależnie, zatem każde z zamówień mógł uzyskać inny podmiot. Powyższe jednoznacznie dowodzi, że były to dwie całkowicie różne dostawy, w dodatku inny był czas realizacji tych dostaw, a także miejsce dostawy. Sama okoliczność, że dostawy były realizowane na rzecz tego samego Zamawiającego nie oznacza, że mamy do czynienia z jedną dostawą. Jak wskazano powyżej, są to osobne zamówienia, z których każde mógł uzyskać i realizować zupełnie inny podmiot. Ówczesny Zamawiający – Wojskowy Instytut Medyczny - przeprowadził obydwa postępowania w trybie procedury otwartej. Drugie z zamówień nie zostało udzielone w ramach zamówienia uzupełniającego.

Przystępujący podkreślił, że Zamawiający w treści OPZ dla drugiego z zamówień wymagał, aby czujniki były zintegrowane z systemem monitoringu temperatury firmy Fluodata będącym w posiadaniu Zamawiającego w lokalizacji WIM Warszawa. W ocenie Izby, właśnie okoliczność, że Zamawiający, organizując procedurę otwartą, wskazał, że wymaga integracji, wskazuje, że nie była to kontynuacja zamówienia. Gdyby Zamawiający oczekiwał realizacji tej samej dostawy, wówczas wskazałby na kontynuację zadania (a nie integrację), a nadto udzieliłby zamówienia uzupełniającego dla tego samego podmiotu w ramach kontynuacji zamówienia.

Powyższe zadania przedstawione przez Przystępującego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie mogą zostać uznane za spełniające warunek udziału w postępowaniu. Zamawiający wymagał, aby Wykonawca wykazał, że zrealizował co najmniej jedną dostawę wraz z usługą instalacji systemu monitoringu temperatur i wilgotności w pomieszczeniach i urządzeniach chłodniczych o wartości minimum 100 000,00 zł brutto. Treść warunku odczytywana literalnie wskazuje na jedną dostawę, a więc realizację jednej usługi w ramach jednej umowy. Nie mogą to być dwie różne dostawy.

Taka treść warunku wskazuje na fakt, że Zamawiający poszukuje do realizacji zamówienia wykonawcy, który będzie w stanie zrealizować jednorazowo usługę o takiej skali, w ramach jednego zadania. Istotą było zbadanie, czy wykonawca jest zdolny zrealizować jedno zamówienie - czy sytuacja wykonawcy, jego mobilność i zasoby pozwalają na zrealizowanie takiego zadania. Zatem wskazywane przez Przystępującego dwa różne zadania, które w jego ocenie powinny zostać zsumowane, nie stanowią potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Bez znaczenia pozostaje podnoszony przez Przystępującego argument, że Zamawiający w treści SWZ i w treści warunku nie umieścił zastrzeżenia, że wymaga, aby wykonawca legitymował się doświadczeniem zrealizowanym w ramach jednej umowy. Zamawiający nie

miał obowiązku takiego wskazania, gdyż treść warunku jest czytelna. Literalna treść warunku była jednoznaczna - dotyczyła wykazania zrealizowania jednej dostawy, podczas gdy Przystępujący zrealizował dwie różne dostawy – o czym powyżej. Na tym etapie postępowania Przystępujący usiłuje rozszerzyć jednoznaczną treść warunku na taką jego wykładnię, która będzie zgodna z wykazywanym przez niego doświadczeniem.

Przytoczone przez Przystępującego orzecznictwo również jest irrelevantne dla niniejszego postępowania. Jak wskazano powyżej, treść warunku była czytelna, zaś Przystępujący nie spełnia wymagania SWZ.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Fluodata sp. z o.o., który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie Rozdziału IV 2.4 Specyfikacji Warunków Zamówienia. Odrzucenie oferty Wykonawcy Fluodata sp. z o.o. nie jest uzasadnione z uwagi na treść art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (zarzut wobec naruszenia przez Zamawiającego tego artykułu został postawiony przez Odwołującego jako alternatywny).

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli wykonawca nie złożył podmiotowych środków dowodowych, lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Zatem Zamawiający, zanim dokona czynności odrzucenia oferty Wykonawcy Fluodata sp. z o.o. powinien wezwać tego Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego działanie Wykonawcy Fluodata sp. z o.o., polegające na wpisaniu w treści wykazu zrealizowanych umów jako jednego zadania, można uznać za umyślne wprowadzanie Zamawiającego w błąd - celem przedstawienia podmiotowych środków dowodowych było wytworzenie u Zamawiającego mylnego przekonania, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, które zostały sformułowane w SWZ.

W ocenie Izby nie można uznać, aby Wykonawca Fluodata sp. z o.o. wprowadził Zamawiającego w błąd, a tym samym popełnił czyn nieuczciwej konkurencji. Jak wskazano powyżej, Wykonawca Fluodata sp. z o.o. złożył wraz z wykazem zrealizowanych dostaw również referencję z 24 listopada 2022 roku, z której jednoznacznie wynikało, że Wykonawca ten zrealizował dwie umowy, dwie dostawy. Zatem Zamawiający dysponował dokumentem, który pozwalał mu na ocenę stanu faktycznego. Nie jest zatem tak, że Wykonawca Fluodata sp. z o.o. zataił informacje o dwóch różnych umowach przed Zamawiającym. Z powyższych względów zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych (poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Fluodata sp. z o.o., pomimo że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej

konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) jest bezzasadny.

Za zasadny należy uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 18 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odtajnienia i przekazania Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wykonawca Fluodata sp. z o.o. złożył na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Pomimo prośby Odwołującego, nie zostało mu przekazane uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Jak wskazał Zamawiający, dokument ten został przesłany Odwołującemu tuż przed rozprawą, o czym Odwołujący dowiedział się od Zamawiającego w trakcie rozprawy z udziałem stron. Zamawiający wyjaśnił, że wystąpił do Przystępującego z zapytaniem, czy taki dokument może zostać udostępniony Odwołującemu.

Zarzut podniesiony przez Odwołującego jest uzasadniony. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne (art. 18 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych). Zasada ta doznaje ograniczenia tylko w sytuacji, gdy wykonawca wraz z przekazaniem informacji zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Zamawiający bezzasadnie odmówił udostępnienia Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest dokumentem niejawnym, to w nim wykonawca jest zobowiązany wykazać, dlaczego inne przekazywane przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca Fluodata sp. z o.o. nie zastrzegł tajemnicy przedsiębiorstwa dla dokumentu samego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Za zupełnie niezrozumiałe należy uznać działanie Zamawiającego, który zwrócił się do Wykonawcy Fluodarta sp. z o.o. z zapytaniem o możliwość udostępnienia tego dokumentu Odwołującemu. To Zamawiający podejmuje czynności na podstawie procedury przewidzianej w ustawie, nie zaś w konsultacji z wykonawcą. Skoro dokument uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa nie był objęty tajemnicą przedsiębiorstwa oraz był jednym z dokumentów w postępowaniu, to nie było żadnej podstawy do odmowy udostępnienia Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym Zamawiający był zobowiązany do przekazania Odwołującemu dokumentu zawierającego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dla wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Od chwili wyboru oferty najkorzystniejszej, protokół postępowania wraz z załącznikami jest jawny. Powyższe oznacza, że od tej chwili Zamawiający, na wniosek wykonawcy, powinien udostępnić dokumenty, które są jawne. Dlatego od tego dnia Odwołujący mógł zwrócić się do Zamawiającego o udostępnienie dokumentów postępowania. Od tego dnia biegnie termin

na wniesienie odwołania także wobec czynności Zamawiającego, polegającej na zaniechaniu odtajnienia określonych dokumentów. Nie są zatem zasadne wywody Przystępującego, że termin na wniesienie odwołania w odniesieniu do zaniechania odtajnienia dokumentów przez Zamawiającego, czy też zaniechania przekazania uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa upłynął 2 grudnia. Nie jest nawet jasne, w jaki sposób Przystępujący dokonał takich obliczeń. Zupełnie nietrafny jest argument Przystępującego, że wykonawca (Odwołujący) jest zobowiązany (jeszcze przed dokonaniem przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej) pozyskiwać u Zamawiającego informację, czy inny wykonawca składał jakiegokolwiek wyjaśnienia i czy zostały one objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Takie działanie nie wynika z ustawy, ani w ogóle nie jest praktykowane.

Nie jest także trafne stwierdzenie Przystępującego, że skoro Zamawiający przekazał Odwołującemu dokument zawierający uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, to brak jest substratu zaskarżenia. Odwołujący nie potwierdził takiej informacji. O tym fakcie dowiedział się w trakcie rozprawy z udziałem stron. Zamawiający nie wykazał również tej okoliczności.

Stąd Izba w treści sentencji wyroku nakazała Zamawiającemu przekazanie Odwołującemu dokumentu zawierającego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Od daty przekazania Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (przekazania po wydaniu niniejszego wyroku), Odwołujący będzie miał możliwość podjęcia decyzji co do ewentualnego wniesienia środka ochrony prawnej wobec objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Odwołujący w treści odwołania postawił również zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia przez Zamawiającego wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Wykonawcę Fluodata sp. z o.o. oraz zarzut rażąco niskiej ceny, jednakże zarzuty te nie zostały szerzej rozwinięte, gdyż nie mogły zostać uzasadnione. Odwołujący nie dysponował ani uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, ani wyjaśnieniami dotyczącymi rażąco niskiej ceny, zatem nie miał możliwości podniesienia w tym zakresie argumentacji. Jak słusznie zauważył Przystępujący, nie jest możliwe rozszerzenie odwołania po terminie na jego wniesienie, zatem Odwołujący nie miał możliwości uzupełnienia odwołania zarzutów, czy podniesienia argumentacji w ramach postawionych wcześniej zarzutów.

Postępowanie odwoławcze ma charakter kontradyktoryjny. To strony postępowania podnoszą zarzuty, przedstawiają dowody i argumentację. Izba wydaje wyrok mając na uwadze przedstawione dowody oraz argumentację podniesioną przez strony i uczestników postępowania. Dopiero pełne zapoznanie Odwołującego z dokumentem uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, umożliwi Odwołującemu podjęcie decyzji o

ewentualnym wniesieniu (lub nie) odwołania i ewentualnie przedstawienia zarzutów, przedstawienia argumentów co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Wykonawcę Fluodata sp. z o.o. w odniesieniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Z uwagi na powyżej wskazane okoliczności, na tę chwilę zarzut dotyczący niezasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny został uznany za przedwczesny.

Odwołujący nie przedstawił także argumentów co do zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny, przyznając jednocześnie, że taka sytuacja wynika z braku możliwości zapoznania się z wyjaśnieniami złożonymi przez Wykonawcę Fluodata sp. z o.o. Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny w tej sytuacji, wobec braku przekazania wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, należało zatem uznać za przedwczesny.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 lit. a) oraz § 5 pkt 2 lit. b), § 7 ust. 2 pkt 1), § 7 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), zaliczając w poczet kosztów postępowania: uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania, koszty z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika Odwołującego.

Uwzględniając powyższe przepisy, Zamawiającego oraz Odwołującego obciążono kosztami postępowania odwoławczego proporcjonalnie do ilości zarzutów uwzględnionych i oddalonych, rozpoznawanych na rozprawie; nie wliczono zarzutów oddalonych jako przedwczesnych, co do których brak było możliwości rozpoznania na rozprawie. Na rozprawie rozpoznawano trzy zarzuty, z których dwa zarzuty zostały uwzględnione, jeden zarzut podlegał oddaleniu. Stosownie do powyższego wyniku postępowania odwoławczego, Izba kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego w wysokości 2/3 oraz Odwołującego w wysokości 1/3.

W konsekwencji, od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zasądzono kwotę 5000 zł 00 gr, która stanowi 2/3 wysokości wpisu od odwołania oraz kwotę 2400 zł 00 gr, która stanowi 2/3 wartości wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

W przypadku wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, proporcje zostały ustalone w odniesieniu do wynagrodzenia 3600 zł, co wynika z § 5 pkt 2 lit b) wskazanego rozporządzenia.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: