

WYROK
z dnia 16 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 12 sierpnia 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lipca 2021 r. przez wykonawcę

Sprint Spółka Akcyjna z siedzibą w Olsztynie (10-062), ul. Jagiellończyka 10 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Arena Gdańsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku (80-560), ul. Pokoleń Lechii Gdańsk 1**

przy udziale wykonawcy **Dalkia Polska Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach (05-092), ul. Kolejowa 49**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy Dalkia Polska Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach (05-092), ul. Kolejowa 49 pomimo, iż nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt. V ust. C ppkt 1) lit. a) oraz lit. b) Specyfikacji**

Istotnych Warunków Zamówienia i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności badania i oceny ofert, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wykluczenie wykonawcy Dalkia Polska Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach (05-092), ul. Kolejowa 49 z udziału w postępowaniu z tego powodu, iż nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu z pkt. V ust. C ppkt 1 lit. a) i lit. b) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia; oddała odwołanie w pozostałym poddanym rozpoznaniu zakresie,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego – **Arena Gdańsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku (80-560), ul. Pokoleń Lechii Gdańsk 1 i**
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Sprint Spółka Akcyjna z siedzibą w Olsztynie (10-062), ul. Jagiellończyka 10** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od zamawiającego – **Arena Gdańsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku (80-560), ul. Pokoleń Lechii Gdańsk 1** na rzecz wykonawcy **Sprint Spółka Akcyjna z siedzibą w Olsztynie (10-062), ul. Jagiellończyka 10** kwotę **19 012 zł 20 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy dwanaście złotych dwadzieścia groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, dojazdu na posiedzenie i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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

W odniesieniu do postępowania na „Wybór partnera technologicznego dla Stadionu w Gdańsku do eksploatacji systemów teletechnicznych”, prowadzonego przez Arenę Gdańsk Sp. z o.o., ul. Pokoleń Lechii Gdańsk 1, 80-560 Gdańsk (dalej „zamawiający”) wykonawca Sprint S.A., ul. Jagiellończyka 10, 10-062 Olsztyn (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec:

1. zaniechania wykluczenia wykonawcy Dalkia Polska Solutions Sp. z o.o., ul. Kolejowa 49, 05-092 Łomianki (dalej „przystępujący”),
2. zaniechania odrzucenia oferty przystępującego,
3. wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej,
4. wyrażenie zgody na zastrzeżenie załączników do wyjaśnień przystępującego jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12), 16) i 17), poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego pomimo, iż nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej przez zamawiającego wiedzy i doświadczenia, określone w pkt. V ust. C ppkt 1) lit. a), b) oraz ppkt 2) lit. d) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w toku postępowania,
2. art. 89 ust. 1 pkt 3, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo, iż przystępujący – w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego – złożył wykaz zamówień w formie i o treści niezgodnej z załącznikiem nr 3 do SIWZ, tj. bez wskazania wartości referencyjnych zamówień,
3. art. 8 ust. 3, poprzez zaniechanie ujawnienia informacji zastrzeżonych przez przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, pomimo braku wykazania, że przedmiotowe informacje mają taki charakter.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert,
2. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. przeprowadzenia ponownego badania oraz oceny ofert,
4. wykluczenia przystępującego z postępowania,

5. odrzucenie oferty przystępującego,
6. wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Z ostrożności, na wypadek stwierdzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, że w sprawie nie zachodzą przesłanki do uwzględnienia wniosków wskazanych w punktach 4-6 powyżej, alternatywnie w stosunku do nich odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. ujawnienia informacji zastrzeżonych przez przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa,
2. zobowiązania przystępującego do przedstawienia dowodów i wyjaśnień potwierdzających spełnienie przez niego warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej przez zamawiającego wiedzy i doświadczenia, określone w pkt. V ust. C ppkt. 1) lit. a), b) oraz ppkt 2) lit. d) SIWZ,
3. zobowiązania przystępującego do przedłożenia wykazu zamówień w formie zgodnej z załącznikiem nr 3 do SIWZ.

Odwołujący podał, że wyrokiem z dnia 31 maja 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1022/21 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że oferta przystępującego została sporządzona i oceniona w sposób wadliwy – zamówienia referencyjne nie potwierdzały niezbędnych, wymaganych przez zamawiającego wiedzy i doświadczenia; zamawiający został zobowiązany do wezwania przystępującego do uzupełnienia i wyjaśnień treści dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. uzupełnienia wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie w zakresie wynikającym z punktu V ust. C ppkt 1 lit. a-b SIWZ, a nadto do wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy wskazywanymi w poszczególnych dokumentach składanych przez przystępującego osobami – specjalistami ds. monitoringu wizyjnego.

Dowód: wyrok KIO z 31.05.2021 r. (w aktach postępowania).

Odwołujący stwierdził, że złożone przez przystępującego wyjaśnienia i uzupełnienia nie potwierdzają spełnienia przez niego ww. warunków udziału w postępowaniu, przeciwnie, zamawiający został wprowadzony w błąd w zakresie spełnienia przedmiotowych warunków, co rzutowało na podejmowane przez niego decyzje, poprzez przedłożenie – w sposób zamierzony lub w ramach lekkomyślności albo niedbalstwa – dokumentów, które nie potwierdzały spełnienia wymogów z pkt. V ust. C ppkt 1) lit. a)-b) oraz ppkt 2) lit. d) SIWZ.

Oświadczył, że nie ma dostępu do pełnej treści składanych przez przystępującego wyjaśnień i dokumentów wobec czego odwołanie opiera na dostępnych mu informacjach, wynikających z jawnych dokumentów złożonych w postępowaniu, analizy twierdzeń przystępującego i zamawiającego, a nadto ustaleń, jakie udało mu się poczynić na podstawie własnych działań analitycznych i informacji od osób trzecich.

W zakresie pkt. V ust. C ppkt 1) lit. a) SIWZ odwołujący podał, że zamawiający sformułował w tym punkcie wymóg, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mógł ubiegać się wyłącznie wykonawca, który wykaże, że wykonał: *co najmniej dwa zamówienia na łączną kwotę minimum 3.000.000,00 zł (trzy miliony złotych 00/100) netto, polegające na świadczeniu usług utrzymania lub dostawie i świadczeniu usługi wsparcia dla systemów teletechnicznych składających się z infrastruktury teleinformatycznej LAN/WLAN oraz systemu telewizji dozorowej CCTV, w tym przynajmniej jednego systemu CCTV z funkcją analizy obrazu.*

Wskazał, że na potwierdzenie spełnienia ww. wymogu przystępujący przedstawił w wyjaśnieniach do oferty jedno zamówienie, które – wedle odwołującego – przystępujący w sztuczny sposób rozbił na dwie usługi, tj. dostawę i świadczenie usługi wsparcia na rzecz SO SPV 57 Sp. z o.o. (dot. inwestycji przy ul. Pięknej 20 w Warszawie) o nieznaney odwołującemu wartości (dalej „Referencja”).

Wskazał także, iż zgodnie z udostępnionymi mu dokumentami przystępujący – w ramach realizacji inwestycji przebudowy budynku przy ul. Pięknej 20 w Warszawie – wykonał na rzecz SO SPV 57 Sp. z o.o. instalacje niskoprądowe w wymaganym w SIWZ zakresie; zamówienie zostało podzielone na trzy umowy – nr 003/2018, 004/2018 i 33/2018, z których dwie pierwsze zostały zawarte w kwietniu 2018 roku i dotyczyły wykonania instalacji na poziomach 0-7 budynku, a ich realizację zakończono w październiku 2018 roku. Uzupełnił, że równolegle, 4 czerwca 2018 r. przystępujący zawarł umowę nr 33/2018, w ramach której na tej samej inwestycji wykonał te same instalacje na 8 piętrze budynku; prace odebrano 31.01.2019 r.

Dowód: protokół z 31.01.2019 r. (w aktach postępowania).

Odwołujący stanął na stanowisku, że chodzi o jedno zamówienie, podzielone na trzy umowy, o czym przesądza daleko idąca tożsamość czasu i miejsca realizacji prac, fakt ich wykonywania na rzecz tego samego podmiotu, w ramach tej samej inwestycji. Ocenił, że logiczne jest założenie, że wszystkie umowy realizowane były przy wykorzystaniu tych samych zasobów.

Wskazał, że przystępujący powołał się na protokół z 31.01.2019 r. w toku postępowania jako na potwierdzenie realizacji umów nr 003/2018 i 004/2018, co – zdaniem odwołującego – oznacza, że przystępujący nie spełnił wymogu, ponieważ winien wykazać, że zrealizował dwa niezależne od siebie zamówienia i daje dzięki temu rękojmię należytego wykonania umowy.

Oświadczył, że nie ma wiedzy odnośnie do treści składanych przez przystępującego załączników do odpowiedzi na wezwanie z 24.06.2021 r., wskazując, że wysoce wątpliwe jest, aby wolumen przedstawionych przez przystępującego jako referencje prac opiewał na wymaganą kwotę minimalną 3 mln zł netto, ponieważ jak ujawnił zamawiający w

postępowaniu KIO 1022/21 (załącznik nr 3 do odpowiedzi na odwołanie – w aktach ww. postępowania) – wywodził odwołujący – całość prac zrealizowanych przez przystępującego w ramach umów 003/2018 i 004/2018, obejmujących osiem kondygnacji budynku przy ul. Pięknej 20, opiewała – w przytoczonym powyżej zakresie – na sumę 1.701.225,28 zł i nie sposób przyjąć za wiarygodne twierdzenia, że prace na ostatniej kondygnacji, na które opiewała umowa 33/2018 zamknęły się kwotą wynoszącą co najmniej 1.298.774,72 zł; nawet bowiem przy założeniu, że zakres prac na poszczególnych piętrach był równy, oznaczałoby to, że przystępujący zrealizował swoje zadanie w odniesieniu do pięter 0-7 za kwotę 212.653,16 zł/piętro, zaś w odniesieniu do 8 piętra za sumę ponad sześciokrotnie wyższą.

Podsumował, że Referencja nie potwierdza, pod kątem jej finansowego wolumenu, spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wnosząc o analizę zastrzeżonych dokumentów przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Stwierdził, że przedkładanie przez przystępującego dokumentów mających potwierdzić odmienne okoliczności, ciągłe zmiany stanowiska odnośnie do wartości realizowanych przez niego prac, jakie poprzedzały pierwszą czynność wyboru oferty, winny skutkować stwierdzeniem, że działając co najmniej lekkomyślnie wprowadził zamawiającego w błąd co do możliwości jego udziału w postępowaniu.

W zakresie pkt. V ust. C ppkt 1) lit. b) SIWZ odwołujący podał, że zamawiający wymagał, aby każdy z wykonawców wykonał: *co najmniej dwa zamówienie na łączną kwotę minimum 3.000.000,00 zł (trzy miliony złotych 00/100) netto polegające na świadczeniu usług utrzymania lub dostawie i świadczeniu usługi wsparcia teletechnicznego systemu bezpieczeństwa składającego się między innymi z systemów sygnalizacji pożaru SSP, dźwiękowego systemu ostrzegawczego DSO, systemu kontroli dostępu KD, systemu sygnalizacji włamania i napadu SSWiN, systemu zarządzającego systemami bezpieczeństwa SMS oraz systemu zarządzania budynkiem BMS.*

Podał także, że na potwierdzenie wiedzy i doświadczenia przystępujący wskazał Referencję, stwierdzając, że twierdzenia i argumenty podniesione w odniesieniu do niej powyżej pozostają aktualne i zasadne na potrzeby uzasadnienia tego zarzutu.

Stwierdził, że odpowiednio realizacja prac w ww. zakresie na piętrach 0-7 zamknęła się kwotą 2.063.742,89 zł.

Oświadczył, że nieznaną jest mu wartość prac w odniesieniu do ostatniego piętra, ale winna wynosić co najmniej 936.257,11 zł i okoliczność ta winna wzbudzić po stronie zamawiającego wątpliwości co do prawdziwości składanych przez przystępującego oświadczeń.

W zakresie pkt. V ust. C ppkt 2) lit. d) SIWZ odwołujący podał, że wymóg dotyczył: *Specjalisty do Spraw Monitoringu Wizyjnego – tj. osoby posiadającej co najmniej 3 letnie doświadczenie w obsłudze systemów monitoringu wizyjnego oraz aktualne certyfikaty z autoryzowanych szkoleń BVMS, lub równoważnych, które obejmowały: przygotowanie środowiska operatora w oparciu o BVC, konfigurację zapisu, tworzenie skryptów oraz definiowania środowiska multiserwerowego, konfigurację zapisu lokalnego na karcie SD, konfigurację macierzy dyskowych.*

Stwierdził, że ostatecznie wskazany przez przystępującego R. D. nie dysponuje niezbędnymi kwalifikacjami. Podniósł, że przystępujący zastrzegł co prawda jawność certyfikatów wskazanej osoby, jednak na etapie złożenia oferty i pierwszych wyjaśnień jej treści posługiwał się liczbą pojedynczą, mówiąc o *certyfikacie* i dopiero w ostatnich wyjaśnieniach mowa jest o certyfikatach, co oznacza, że R. D. w dacie złożenia oferty nie miał żadnego wymaganego certyfikatu.

Oświadczył, że z informacji uzyskanej przez niego od R. B. Sp. z o.o. – autoryzowanego podmiotu upoważnionego do prowadzenia szkoleń i wystawiania przedmiotowych certyfikatów, wynika, że celem spełnienia opisanego w SIWZ wymogu niezbędne jest: *odbycie szkoleń oraz otrzymanie certyfikatów na poziomie Expert z modułów o następującej tematyce: CCTV kamery IP - dobór i konfiguracja, CCTV BVMS - dobór rozwiązań, projektowanie i uruchomienie systemu, po którym otrzymuje się certyfikat z obsługi systemu BVMS w zakresie zaawansowanej konfiguracji, projektowania oraz konserwacji systemu.*

Uzupełnił, że nawet jeżeli R. D. dysponował w dacie złożenia oferty jednym certyfikatem, a kolejny uzyskał w późniejszym okresie, to nie spełniał opisanego wymogu. Dowód: informacja R. B. Sp. z o.o.

Odwołujący poddał w wątpliwość, wnosząc o zweryfikowanie, czy certyfikaty uzyskane przez R. D. zostały wystawione w dacie złożenia oferty, czy też mają datę późniejszą – w drugim przypadku – w ocenie odwołującego – należy stwierdzić, że przystępujący nie wykazał dysponowania stosownym zasobem w dacie złożenia oferty, w konsekwencji czego stwierdzić należy, że wymóg ten nie jest spełniony, a przystępujący wprowadził w tym zakresie zamawiającego w błąd, działając co najmniej w ramach lekkomyślności.

W odniesieniu do kolejnego zarzutu odwołujący stwierdził, że przystępujący nie mógł, po wyroku z 31.05.2021 r., powoływać się na zamówienia realizowane dla Akademii Piłkarskiej Legii Warszawa i Hotelu Nankiera.

Podniósł, niezależnie od niedopuszczalności sztucznego podziału Referencji, iż przystępujący nie przedstawił wykazu w formie zgodnej z treścią załącznika nr 3 do SIWZ, ponieważ dane nie obejmują kluczowego elementu, tj. wartości poszczególnych zamówień. Zdaniem odwołującego jest to uchybienie tyleż rażące, że brak przedmiotowej danej uniemożliwia weryfikację przedmiotowej referencji, zwłaszcza w kontekście zastrzeżenia dokumentów, z których można by zaczerpnąć tę informację, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Dowód: wezwanie z 14.06.2021 r., wykaz zamówień z 25.06.2021 r. (w aktach postępowania).

Podsumował, że oferta przystępującego winna zostać odrzucona jako niezgodna z SIWZ, alternatywnie zamawiający winien zobowiązać przystępującego do przedłożenia wykazu zamówień w prawidłowej formie.

Odwołujący stanął na stanowisku, że przystępujący nie wykazał, że ma się do czynienia z tajemnicą przedsiębiorstwa. Ocenił, że wyjaśnienia miały charakter ogólnikowy i nie zostały poparte żadnymi dowodami, choćby materiałami źródłowymi o charakterze wewnętrznym, czy od osób trzecich.

Zdaniem odwołującego przystępujący przedłożył materiał o charakterze *gotowca*, który abstrahuje od treści i charakteru zastrzeganych informacji, a jedyną wzmianką odnośnie do projektów, co do których przystępujący skorzystał z uprawnienia do wyłączenia jawności, są lakoniczne stwierdzenia, jakoby o konieczności wyłączenia jawności przesądzał sam fakt wykonania prac w biurowcu, gdzie mieści się obecnie siedziba KNF.

Dowód: pismo z 24.06.2021 r. (w aktach postępowania)

O ogólnikowym charakterze wyjaśnień przesądza – wedle odwołującego – treść pisma zamawiającego z 30.06.2021 r., w którym stwierdził on, że nie ma podstaw do zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień przystępującego, załączników do nich, certyfikatów R. D. i referencji.

Uzupełnił, że zamawiający winien, stojąc na zaprezentowanym stanowisku, ujawnić przedmiotowe materiały, a zamiast tego wszedł w niedopuszczalne negocjacje z przystępującym, wnosząc o szczegółowe odniesienie się do poszczególnych dokumentów, jakie zamawiający zamierzał ujawnić, co już przesądza o wadliwości czynności zamawiającego – jako prowadzący postępowanie zamawiający ma obowiązek rozstrzygnąć, czy dane zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest skuteczne, przepisy ustawy Pzp nie pozwalają na prowadzenie w tym zakresie dodatkowego dialogu z wykonawcami lub składanie przez nich wyjaśnień *na raty* lub *do skutku*.

Dowód: pismo zamawiającego z 30.06.2021 r. (w aktach postępowania).

Odwołujący podał, że przystępujący – w odpowiedzi na wezwanie – zgodził się na ujawnienie części dokumentacji, niemniej jednak nie wykonał treści zobowiązania zamawiającego; w miejsce szczegółowego odniesienia się do poszczególnych dokumentów przytoczył okoliczności powszechnie znane lub znane zamawiającemu z urzędu – za takowe należy uznać twierdzenia, jakiego rodzaju informacje obejmuje umowa, protokół odbioru lub certyfikat.

Dowód: pismo przystępującego z 02.07.2021 r. (w aktach postępowania).

Podał w dalszej kolejności, że zamawiający – w reakcji na pismo przystępującego – zmienił zdanie i nie ujawnił dokumentów (załączników do wyjaśnień, referencji, tłumaczeń certyfikatów), podnosząc że jest to tyleż niedopuszczalne, że przystępujący nie przedstawił żadnych nowych informacji, które mogłyby wpłynąć na zmianę stanowiska zamawiającego.

Nie podzielił stanowiska zamawiającego, że kwestia zastrzeżenia przez przystępującego określonych danych jako tajemnicy przedsiębiorstwa stanowiła materię, co do której KIO ostatecznie odniosła się w wyroku z 31.05.2021 r., ponieważ dotyczył on konkretnych materiałów i nie sposób rozciągać jego dyspozycji na odmienną sytuację, z jaką mamy do czynienia obecnie. Podniósł, że wartość realizowanych zamówień (realizowanego zamówienia) nie stanowiła do tej pory, ani wg zamawiającego, ani przystępującego, tajemnicy przedsiębiorstwa – informacje w tym zakresie, ujawnione w wykazie zamówień (załącznik nr 3 do SIWZ), były jawne, a przystępujący nie podjął w tym zakresie żadnej inicjatywy, nie widział także potrzeby zastrzeżenia przedstawionych wcześniej certyfikatów posiadanych przez Pana R., mimo że osoba ta stanowi zasób podwykonawcy. Uzupełnił, że na wcześniejszym etapie postępowania przystępujący przedkładał wszelkie dostępne mu referencje (Akademia Piłkarska Legii Warszawa i Hotel Nankiera), również nie widząc potrzeby wyłączenia ich jawności.

Odwołujący stanął nadto na stanowisku, że brak również uzasadnienia dla wyłączenia jawności wyjaśnień przystępującego w zakresie, w jakim stanowią one odpowiedź na wezwanie zamawiającego, tj. wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy oświadczeniem o udostępnieniu zasobów a wykazem osób dedykowanych do realizacji zamówienia – również w tym zakresie zarówno zamawiający, jak i przystępujący nie widzieli wcześniej potrzeby i możliwości zastrzegania określonych danych jako niejawnych.

Podniósł, że przystępujący nie wykazał, że Referencja obejmowała zlecenie *zaprojektuj i wybuduj*, ewentualnie obejmowała jego autorskie rozwiązania, zasadne jest domniemanie, że to zamawiający określał w niej specyfikację zadania.

Powołał się na wyroki KIO:

- z 17 grudnia 2018 r. sygn. akt KIO 2498/18: „Samo podanie parametrów technicznych, które są zawarte w specyfikacjach technicznych produktów nie stanowi jeszcze ujawnienia wiedzy na temat działalności firmy, stosowanych technologii, materiałów czy rozwiązań technicznych, w szczególności w sytuacji, gdy parametry te potwierdzają spełnianie wymagań określonych w SIWZ. Karty katalogowe produktów, jak i specyfikacje techniczne to dokumenty powszechnie dostępne, przeznaczone do nieograniczonego kręgu odbiorców”,
- z 12 kwietnia 2019 r. sygn. akt KIO 532/19: „W przedstawionym Zamawiającemu uzasadnieniu wykonawca oprócz zacytowania fragmentów orzeczeń KIO wskazał jedynie w sposób ogólny, że zastrzega ceny jednostkowe oraz oferty handlowe i dowody zakupów, bowiem są to oferty kontrahentów z którymi współpracuje od wielu lat i są to wyceny indywidualne pod konkretnego klienta. Nie podał przy tym, żadnych bliższych konkretnych powodów poczynionego zastrzeżenia czy też ewentualnych negatywnych skutków, jakie mógłby ponieść wykonawca na skutek ujawnienia tych informacji. Brak także wskazania konkretnych działań, jakie podjął wykonawca w celu zachowania tych danych w poufności. Sama informacja o klauzulach zachowania poufności zawarta w umowach z pracownikami jest, zdaniem Izby, niewystarczającym środkiem jaki podjął wykonawca celem zachowania w poufności tych danych. Okoliczności te sprawiają, że uzasadnienie jest ogólne, lakoniczne i nie wykazano, że przesłanki z art. 11 ust. 2 uznk zostały spełnione”.

Za kuriozalne uznał uzasadnienie wyłączenia jawności certyfikatu BVMS R. D., a to wobec podania personaliów tej osoby, jak również rodzaju kwalifikacji, jakimi się legitymuje.

Jako niewiarygodne ocenił twierdzenia, że przystępujący kierował się obawą przed *podkupieniem* jej pracownika, ponieważ R. D. nie jest pracownikiem przystępującego (został wskazany jako zasób Greenlog Sp. z o.o., R. D. nie jest również pracownikiem ani zleceniobiorcą Greenlog Sp. z o.o., o czym przesądza zaświadczenie z ZUS dotyczące tego podmiotu (w aktach postępowania KIO 1022/21); nie sposób zaś mówić o *podkupieniu* osoby, z którą przystępującego nie łączą żadne relacje zobowiązujące.

Stwierdził, że przystępujący nie wykazał, że R. D. posiada kwalifikacje na tyle rzadkie i pożądane na rynku, że istnieje jakiegokolwiek realne ryzyko, że podmioty konkurencyjne mogłyby próbować skłonić go do pracy na ich rzecz; z informacji wskazanych przez przystępującego w wykazie osób dedykowanych do realizacji zamówienia wynika wręcz, że ma on stosowny certyfikat z 2021 roku toteż nie można mówić o bogatym doświadczeniu nabytym po jego uzyskaniu, przystępujący nie wykazał również, że przedmiotowy certyfikat, a właściwie osoby nim dysponujące, są poszukiwani przez konkurencję.

Uzupełnił, że wyłączenie jawności treści certyfikatu w żaden sposób nie zabezpiecza przystępującego przed – teoretycznym i niewykazany – ryzykiem *podkupienia* R. D.. Gdyby bowiem odwołujący lub inne osoby miały taki zamiar, to na podstawie przedłożonych przez przystępującego i niezastrzeżonych przez niego dokumentów mają wszelkie konieczne informacje, by tego dokonać – znają imię i nazwisko, deklarowany zakres kompetencji i doświadczenia i fakt, że ma on certyfikaty BVMS.

Powołał się na wyrok z 24 maja 2019 r. sygn. akt KIO 860/19, w kontekście tego, że aby skorzystać z przesłanki zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, 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”*.

Powołał się także na wyroki:

- z 8 lutego 2019 r. sygn. akt KIO 92/19, zgodnie z którym: *„Zastrzeżenie informacji dotyczących pracowników Przystępujący uzasadniał obawą przed “podbieraniem” pracowników przez konkurencję (ang. employee poaching), z pozyskaniem których poniósł wysokie koszty, a osłabienie tego zespołu pogorszyłoby jego pozycję na rynku. Niewątpliwie, mając na uwadze sytuację na rynku pracowników IT, należy uznać, że takie zagrożenie istnieje. Jednakże, jeżeli nie zostaną ujawnione dane personalne ww. osób, ryzyko takie zostanie wyeliminowane. Jednocześnie pozwoli to na zachowanie równowagi pomiędzy zasadą jawności postępowania a interesem Przystępującego, którego pracowników dane w dalszym ciągu będą chronione. W wyroku tym w konsekwencji Izba uznała za skutecznie zastrzeżoną tylko informację dotyczącą danych personalnych i podstawy dysponowania osobami „albowiem ma ona charakter organizacyjny i pozwala na ustalenie samodzielnych kompetencji wykonawcy, które niewątpliwie wpływają na jego pozycję na rynku”*.
- z 24 maja 2019 r. sygn. akt KIO 860/19 zgodnie z którym *„Co do zasady informacje o posiadanych przez daną osobę uprawnieniach budowlanych są informacjami jawnymi, podobnie jak dokumenty potwierdzające te uprawnienia, trudno tutaj zatem w ogóle mówić o ich poufnym charakterze. Z kolei doświadczenie, jakim legitymują się wskazane osoby, to doświadczenie zdobyte w inwestycjach publicznych, w związku z czym wątpliwa jest poufność danych takich jak okres trwania danej roboty budowlanej czy zajmowane przez daną osobę stanowisko”*.
- z 26 listopada 2018 r. sygn. akt KIO 2319/18, zgodnie z którym *„Wykonawca nie powinien swobodnie, niejako poza pracownikiem i często bez wiedzy i świadomości,*

decydować, że utajni informacje o wykształceniu i doświadczeniu zawodowym, wszak to nie są stricte dobra wykonawcy, a pracownicy często się nimi chwalą, np. na portalach społecznościowych. Wspomniane inne środki to przede wszystkim umowy o zakazie konkurencji, odpowiednie ukształtowanie wynagrodzenia czy przekazywania innych profitów wynikających z zatrudnienia”.

Podsumował, że zamawiający bezkrytycznie podszedł do przedłożonych przez przystępującego wyjaśnień i dokonał utajnienia materiałów, uniemożliwiając odwołującemu kompleksową polemikę z treścią oferty przystępującego i podejmowanych w stosunku do niej działań zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta CD) przy piśmie z dnia z 15 kwietnia 2021 r. (w sprawie o sygn. akt KIO 1022/21) oraz przesłanej do Krajowej Izby Odwoławczej jako link 10 sierpnia 2021 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, „*Odpowiedzi wykonawcy na odwołanie*” – pismo przystępującego z dnia 11 sierpnia 2021 r., „*Odpowiedzi na odwołanie*” – pismo zamawiającego z dnia 12 sierpnia 2021 r., złożonej przez odwołującego na rozprawie „*Informacji odnośnie zapytania z dnia 15.07.2021*” – pismo Robert Bosch Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (02-231), a także oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym odwołujący wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut pierwszy – zaniechania wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu pomimo, iż nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej przez zamawiającego wiedzy i doświadczenia, określonych w pkt. V ust. C ppkt 1) lit. a) i lit. b) oraz ppkt 2) lit. d) SIWZ, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w toku postępowania, czym zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 12), 16) i 17) częściowo się potwierdził.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z pkt. V ust. C ppkt 1) lit. a) SIWZ zamawiający przewidział, że o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał: *co najmniej dwa zamówienia na łączną kwotę minimum 3.000.000,00 zł (trzy miliony złotych 00/100) netto, polegające na świadczeniu usług utrzymania lub dostawie i świadczeniu usługi wsparcia dla systemów teletechnicznych składających się z infrastruktury teleinformatycznej LAN/WLAN oraz systemu telewizji dozorowej CCTV, w tym przynajmniej jednego systemu CCTV z funkcją analizy obrazu.*

Zgodnie z pkt. V ust. C ppkt 1) lit. b) SIWZ zamawiający przewidział, że o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał: *co najmniej dwa zamówienie na łączną kwotę minimum 3.000.000,00 zł (trzy miliony złotych 00/100) netto polegające na świadczeniu usług utrzymania lub dostawie i świadczeniu usługi wsparcia teletechnicznego systemu bezpieczeństwa składającego się między innymi z systemów sygnalizacji pożaru SSP, dźwiękowego systemu ostrzegawczego DSO, systemu kontroli dostępu KD, systemu sygnalizacji włamania i napadu SSWiN, systemu zarządzającego systemami bezpieczeństwa SMS oraz systemu zarządzania budynkiem BMS.*

W pkt. V ust. C ppkt 2) lit. d) SIWZ zamawiający, w odniesieniu do kadry technicznej, która będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w odniesieniu do Specjalisty do Spraw Monitoringu Wizyjnego przewidział, że osoba ta musi posiadać co najmniej 3 letnie doświadczenie w obsłudze systemów monitoringu wizyjnego oraz aktualne certyfikaty z autoryzowanych szkoleń BVMS, lub równoważnych, które obejmowały:

- przygotowanie środowiska operatora w oparciu o BVC,
- konfigurację zapisu, tworzenie skryptów oraz definiowania środowiska multiserwerowego,
- konfigurację zapisu lokalnego na karcie SD,
- konfigurację macierzy dyskowych.

W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający żądał:

- 1) wykazu wykonanych zamówień nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku opisanego w pkt V.C.1, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których zostały wykonane, z załączeniem dowodów że zamówienia te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z umowami i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa są referencje bądź inne dokumenty

wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty,

- 2) wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku opisanego w V.C.2, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Pismem z dnia 14 czerwca 2021 r. zamawiający wezwał przystępującego „w związku z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 maja 2021 roku w sprawie o sygn. akt KIO 1022/21, w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1 843) (...) do uzupełnienia i wyjaśnienia treści dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu tj. uzupełnienia wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usług przez wskazanie wykonanych usług utrzymania lub dostaw wraz z usługą wsparcia w zakresie wynikającym z pkt V lit C pkt 1 lit a i b oraz do wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy zobowiązaniem podmiotu udostępniającego zasoby - Greenlog sp. z o.o., a wykazem osób co do osoby wskazanej do pełnienia funkcji specjalisty ds. monitoringu wizyjnego.”

Odpowiadając na wezwanie zamawiającego, przy piśmie z dnia 24 czerwca 2021 r. przystępujący złożył m.in. Wykaz zamówień (dalej także „Wykaz”), w którym ujął 5 pozycji, których odbiorcą była SO SPV 57 Sp. z o.o., z których pozycje 1-2 dotyczyły umowy 003/2018, pozycja 3 dotyczyła umowy 004/2018, pozycje 4-5 dotyczyły umowy 033/2018.

W Wykazie nie ujęto kolumny „Wartość zamówienia brutto w zł”.

Przystępujący złożył także dwa certyfikaty dla Pana R. D. w języku angielskim, których tłumaczenie przystępujący złożył na wezwanie zamawiającego z dnia 30 czerwca 2021 r.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołujący przyjął, że w odniesieniu do warunków z pkt. V ust. C ppkt 1) lit. a) oraz lit. b) SIWZ zamawiający, oceniając ich spełnianie przez przystępującego, mógł oprzeć się wyłącznie na zamówieniach wskazanych w wykazie złożonym przez przystępującego na wezwanie zamawiającego z 24 czerwca 2021 r.

Założenie to wynikało:

- po pierwsze, z faktu, że wskazane przez przystępującego w pierwotnie złożonym Wykazie zamówienia z pozycji 1 i 3 nie potwierdzały spełniania ww. warunków, o

czym przesądziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 31 maja 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1022/21,

- po wtóre, z faktu, że złożony pierwotnie przez przystępującego Wykaz „zdezaktualizował się” wobec złożenia przez przystępującego wykazu na wezwanie zamawiającego z 24 czerwca 2021 r.

O ile kwestia, czy złożony na wezwanie zamawiającego z 14 czerwca 2021 r. Wykaz zamówień zastąpił Wykaz złożony pierwotnie przez przystępującego może budzić wątpliwości, o tyle nie budzi wątpliwości składu orzekającego Izby fakt, że pozycje 1 i 3 z Wykazu pierwotnego nie potwierdzały spełniania warunków z pkt. V ust. C ppkt 1) lit. a) oraz lit. b) SIWZ, ponieważ taka była ocena składu orzekającego Izby w sprawie o sygn. akt KIO 1022/21.

Skład orzekający Izby odwołuje się w tym miejscu do uzasadnienia ww. wyroku:

- „Izba ustaliła, że zamawiający wymagał doświadczenia w ramach wykonanych inwestycji w ramach świadczonej usługi utrzymania lub dostawy wraz z usługą wsparcia. Świadczą o tym następujące sformułowania:

- wykonali należycie co najmniej dwa zamówienia na łączną kwotę minimum 3.000.000,00 zł (trzy miliony złotych 00/100) netto, polegające na świadczeniu usług utrzymania lub dostawie i świadczeniu usługi wsparcia. Dotyczy to doświadczenia zawodowego wykonawcy.

Izba zwraca szczególną uwagę na to, że mają to być usługi wykonane i odnoszą się w pierwszej kolejności do usługi utrzymania, a więc usługi realizowanej już po wykonaniu dostawy, instalacji czy też wdrożenia, często zlecanej innym podmiotom niż dostawcom czy instalatorom. Dla takiej usługi zamawiający wymagał doświadczenia w wykonanej usłudze, co oznacza, że analogiczny sposób rozumienia należy przyjąć dla wynikającego z warunku alternatywnego doświadczenia tj. dostawy wraz z usługą wsparcia. Również kwantyfikatory „wykonali” musi być odnoszony do całości tego elementu, a więc zarówno do dostawy jak i usługi wsparcia.

Przeciwna wykładnia tego warunku byłaby nielogiczna, gdyż dla usługi utrzymania wymagane byłoby jej zakończenie, natomiast usługa wsparcia mogłaby być wykonywana.

W ocenie Izby taka interpretacja postawionego przez zamawiającego warunku jest wadliwa. Zarówno usługa utrzymania, jak i usługa wsparcia są usługami świadczonymi, przez określony, wynikający z umowy okres, tym samym skoro zamawiający wymóg inwestycji wykonanej postawił przed zarówno usługą utrzymania, jak i dostawą wraz ze wsparciem, to nie można wymogu wykonania odnosić inaczej do obu członów alternatywy łącznej. Z tego też względu Izba opierając się na dowodzie przedstawionym przez przystępującego Dalkia na rozprawie jak i przez odwołującego tj. odpowiednio oświadczenia Akademii Piłkarskiej

Legii sp. z o.o. jak i oświadczenia PORR spółka akcyjna, że usługa wsparcia lub też według PORR usługa rękami i gwarancji nie została zakończona dla poz. 1 zakończone. Izba ustaliła, że z oferty z 21 grudnia wynika, że przystępujący miał udzielić 24 miesięcznej gwarancji, termin wykonania dostawy wskazany w wykazie, to maj 2020 r., tym samym przedłożone dowody wiarygodnie wskazują, że na datę składania ofert świadczenie usług gwarancji i rękami nie było zakończone. Co do pozycji 2 i 3 wykonawca przystępujący nie wskazywał, czy te usługi zostały rzeczywiście zakończone, to jednak biorąc pod uwagę podniesioną argumentację, że należało te usługi odnosić co do terminu wykonania wyłącznie do zakończenia dostawy względnie instalacji, a nie do świadczenia usług gwarancji i rękami, to w ocenie Izby wykonawca przystępujący w tym zakresie nie wykazał spełnienia warunku polegającego na wykazaniu się wykonanymi -dostawą i usługą wsparcia. O ile w przypadku poz. 2 i 4 wykazu można ustalić, że termin realizacji dostawy upływał z dniem 29 czerwca 2018 r., o tyle z wyciągu z umów 003/2018 i 004/2018 nie można ustalić terminu na jaki została udzielona gwarancja, zatem nie można ustalić, czy usługa w tym zakresie została zakończona. Jeśli chodzi o Hotel pl. Nankiera 1, to z oferty z 26 lutego wynika, że gwarancja miała być udzielona na 24 miesiące, a z wykazu usług poz. 3 wynika, że zakończenie dostawy miało miejsce w styczniu 2020 r., co oznacza, że na datę składania ofert termin na jaki udzielono gwarancji jeszcze nie upłynął. W tym zakresie stanowisko Izby znajduje odzwierciedlenie w wyjaśnieniach zamawiającego do treści siwz na pytanie 1 i 2, gdzie na wyraźne oczekiwanie wykonawcy pytającego dopuszczenia usług okresowych i wykonywanych, zamawiający pozostawił pierwotne brzmienie warunku. W ocenie Izby nie zmieniają tego ustalenia argumenty przywołane przez przystępującego dotyczące pkt 3 i 4 rozdziału V. Z tego też względu Izba ustaliła, iż wykonawca przystępujący nie wykazał się spełnieniem warunku w zakresie wykonanej dostawy wraz z usługą wsparcia. (str. 73 i 74),

- „Izba ustaliła, że co najmniej dla poz. 1 i 3 wykonawca przystępujący wykazał się wykonaniem instalacji systemowych wraz z usługami wsparcia polegającymi na świadczeniu gwarancji i rękami i w obu przypadkach te usługi wsparcia na datę składania ofert nie były wykonane.” (str. 80).

Wobec przywołanych powyżej ustaleń i oceny składu orzekającego Izby w sprawie o sygn. akt KIO 1022/21 stwierdzić należy, że zasadnie odwołujący przyjął, że zamawiający nie może, oceniając spełnianie przez przystępującego ww. warunków udziału w postępowaniu opierać się na pierwotnie złożonym Wykazie co najmniej w zakresie pozycji 1 i 3.

W Odpowiedzi na odwołanie zamawiający oświadczył, że „w ramach badania i oceny oferty Przystępującego w zakresie warunku wiedza i doświadczenie Zamawiający zweryfikował również zamówienia wskazane w pierwotnym wykazie zamówień dotyczące nie tylko lokalizacji Piękna 20 w Warszawie, ale także Hotelu na Placu Nankiera 1 we Wrocławiu oraz Akademii Piłkarskiej Legii Warszawa” (str. 8 czwarty akapit), co oznacza, że zamawiający, wbrew rozstrzygnięciu w ww. wyroku, uwzględnił przy ponownej ocenie ofert (po wyroku w sprawie KIO 1022/21) zamówienia wskazane w pozycji 1 (Akademia Piłkarska Legia Warszawa) i 3 (Hotel Plac Nankiera 1) pierwotnego Wykazu.

Co więcej, zamawiający w Odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że „dokonał szczegółowej analizy przedłożonych przez Przystępującego dokumentów na potwierdzenie wymagań opisanych w pkt V ust. C ppkt 1 lit. a) i b) SIWZ”, przytaczając na dowód załącznik nr 3 do Odpowiedzi na odwołanie – „zestawienie tabelaryczne – ocena Zamawiającego odnośnie spełnienia przez Przystępującego warunku wiedza i doświadczenie” (str. 7 akapit piąty), w którym to zestawieniu nie ujęto żadnych wartości odnoszących się do zamówień z pozycji 4 i 5 Wykazu zamówień złożonego na wezwanie z 14 czerwca 2021 r., co oznacza, że pozycje te nie zostały uwzględnione przez zamawiającego przy ocenie spełniania warunków przez przystępującego.

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należy, że z jednej strony zamawiający nie uwzględnił w ocenie pozycji 4 i 5 z Wykazu, z drugiej, że zamawiającemu nie wolno było w ocenie tej uwzględnić pozycji 1 i 3 z Wykazu pierwotnego.

Przechodząc do oceny, czy jedynie pozycje 1-3 Wykazu zamówień złożonego przez przystępującego na wezwanie zamawiającego z 14 czerwca 2021 r. stanowią potwierdzenie spełniania ww. warunków w aspekcie wartościowym (minimum 3 mln zł), stwierdzić należy, choćby na podstawie ww. zestawienia, które posłużyło zamawiającemu do tej oceny, że pozycje te potwierdzenia takiego nie stanowią, ponieważ wskazane w zestawieniu kwoty, w odniesieniu do zamówień z pozycji 1-3 Wykazu (abstrahując nawet od kwestii czy przystępujący dokonał „sztucznego” rozbicia jednego zamówienia) to 1 701 225,28 zł dla zakresu LAN/WLAN oraz CCTV oraz 2 092 760,65 zł dla zakresu SSP, DSO, SKD, SSWiN, SMS i BMS, co przy wymogu co do wartości referencyjnych usług na poziomie minimum 3 mln zł jest niewystarczające.

Skład orzekający Izby uznał zatem, że zamawiający błędnie ocenił, że pod kątem finansowego wolumenu (odwołując się do sformułowania z odwołania str. 8 drugi akapit) przystępujący wykazał, że spełnia warunki z pkt V ust. C ppkt 1) lit. a) oraz lit. b) SIWZ, co oznacza, że zamawiający błędnie ocenił, że przystępujący spełnia te warunki (skoro nie potwierdziło się spełnienia warunku w aspekcie wartości referencyjnych zamówień), a tym

samym, że zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, nie wykluczając przystępującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp.

Odnosząc się do wątpliwości odwołującego co do spełniania przez przystępującego warunku z pkt. V ust. C ppkt 2) lid. d) SIWZ i oczekiwania odwołującego zweryfikowania „czy certyfikaty uzyskane przez Pana D. zostały wystawione w dacie złożenia oferty, czy też mają datę późniejszą” (str. 10 odwołania ostatni akapit), skład orzekający Izby, na podstawie znajdujących się w aktach postępowania złożonych przez przystępującego certyfikatów stwierdza, że przystępujący w odniesieniu do Pana R. D. złożył zamawiającemu dwa certyfikaty – pierwszy wydany w 2008 roku, drugi wydany w 2016 roku, po odbyciu szkoleń odpowiednio w 2008 i 2016 roku, w przypadku których, odmiennie niż w przypadku certyfikatów złożonych przez odwołującego na rozprawie w odniesieniu do Pana M. B., brak jest zastrzeżenia o ich czasowej jedynie ważności.

Skład orzekający Izby złożoną przez odwołującego informację z Robert Bosch Sp. z o.o. uznał za stanowisko własne odwołującego – jego interpretację treści SIWZ, która – wobec braku jakiegokolwiek argumentacji – nie została przez skład orzekający Izby przyjęta. Nie jest nadto wiadomym jaka była treść zapytania wobec czego nie sposób ocenić, czy miało ono wpływ na treść informacji będącej na nie odpowiedzią.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że postawiony zarzut wadliwej oceny przez zamawiającego spełnienia przez przystępującego warunku z pkt. V ust. C ppkt 2) lit. d) SIWZ w tym w kontekście momentu wystawienia certyfikatów nie potwierdził się.

Zarzut w części dotyczącej zaniechania wykluczenia przystępującego pomimo, iż wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej przez zamawiającego wiedzy i doświadczenia, określonych w pkt. V ust. C ppkt 1) lit. a) i b) oraz ppkt 2 lit. d) SIWZ, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w toku postępowania, czym zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp nie potwierdził się.

Odwołujący zdaje się niezasadnie przyjmować, że niewykazanie przez wykonawcę spełnienia warunku (art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp) stanowi jednocześnie o aktualizacji przesłanki wykluczenia wykonawcy z powodu przedstawienia informacji wprowadzających zamawiającego w błąd (art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp).

W ocenie składu orzekającego Izby przystępujący, przedstawiając zamawiającemu dokumenty źródłowe, stanowiące podstawę informacji ujętych w wykazach zamówień nie przedstawił zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd.

Odwołujący nie wskazał, które informacje nie odpowiadają stanowi rzeczywistości (są nieprawdziwe, a przez to wprowadzające w błąd), których materiałów źródłowych (str. 11 pierwszy akapit odwołania), które winien przedstawić, przestępujący nie przedstawił.

Nadto w sposób zdawkowy, a przy tym gołosłowny przypisał przystępującemu „*ciągłe zmiany stanowiska odnośnie do wartości realizowanych przez niego prac*” (str. 8 trzeci akapit odwołania).

W odniesieniu do kwestii rozbicia przez przystępującego w sposób sztuczny jednego zamówienia na dwie usługi (str. 7 drugi akapit odwołania), skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że kwalifikacja odwołującego (w oparciu o „*daleko idącą*” tożsamość czasu i miejsca realizacji prac, ich wykonywania na rzecz tego samego podmiotu, w ramach tej samej inwestycji), abstrahując nawet od oceny, czy rzeczywiście w przypadku umów realizowanych przez przystępującego tożsamość taka miała miejsce, nie znajduje żadnego uzasadnienia w treści SIWZ, a przez to nie może zostać uznana za prawidłową w kontekście możliwości przedstawienia informacji o referencyjnych zamówieniach w Wykazie.

W tym stanie rzeczy, wobec spoczywającego na odwołującym ciężarze dowodu (art. 190 ust. 1 ustawy Pzp), skład orzekający Izby uznał, że zarzut w tej części nie potwierdził się.

Wobec potwierdzenia się zarzutu w części dotyczącej zaniechania wykluczenia przystępującego pomimo, iż nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej przez zamawiającego wiedzy i doświadczenia, określonych w pkt. V ust. C ppkt 1) lit. a), b) SIWZ skład orzekający Izby nakazał zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowienie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wykluczenie przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp ze względu na to, że przystępujący nie spełnia ww. warunków.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty, pomimo iż przystępujący złożył – w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego – Wykaz zamówień w formie i o treści niezgodnej z załącznikiem nr 3 do SIWZ, tj. bez wskazania wartości referencyjnych zamówień, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Przyjmując, że odwołujący omyłkowo wskazał naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp – zamiast pkt 2) tegoż artykułu, skład orzekający Izby podkreśla, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego na gruncie art. 66 kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli

wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia.

Podnoszona przez odwołującego niezgodność nie ma takiego charakteru (dotyczy dokumentów podmiotowych przystępującego) wobec czego nie może prowadzić do odrzucenia oferty przystępującego z powodu jej niezgodności z SIWZ.

Zarzut zaniechania ujawnienia informacji zastrzeżonych przez przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, pomimo braku wykazania, że przedmiotowe informacje mają taki charakter, czym zamawiający naruszył przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp został postawiony przez odwołującego *„z daleko posuniętej ostrożności, na wypadek stwierdzenia przez KIO, że w sprawie nie zachodzą przesłanki do uwzględnienia wniosków w punktach 4-6”* (str. 4 pierwszy akapit odwołania).

Po pierwsze, skład orzekający Izby zauważa – w odniesieniu do wniosku 6, tj. nakazania zamawiającemu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, że odwołujący nie złożył odwołania wobec zaniechania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, a także, że nakazanie zamawiającemu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, bez uprzedniej oceny spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu, należy uznać za niedopuszczalne.

Po wtóre, skład orzekający Izby zauważa – w odniesieniu do wniosku 5, tj. nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty przystępującego, że odrzucenie oferty przystępującego stanowić będzie następstwo nakazania zamawiającemu wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp – *„Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą”*).

Czyniąc powyższe uwagi, skład orzekający Izby stwierdza, że cel odwołującego, sprowadzający się do wyeliminowania z udziału w postępowaniu konkurencyjnego wykonawcy (jak wskazał odwołujący, wykazując swój interes w złożeniu odwołania, jego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu) odwołujący osiągnął, ponieważ częściowe potwierdzenie się zarzutu pierwszego spowodowało nakazanie zamawiającemu wykluczenia przystępującego.

Wobec uznania przez skład orzekający Izby, że zarzut pierwszy zasługuje na uwzględnienie (z konsekwencją nakazania wykluczenia przystępującego) skład orzekający Izby odstąpił od rozpoznania zarzutu dotyczącego naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, z którym związane jest „ostrożnościowe” żądanie nakazania zamawiającemu ujawnienia informacji zastrzeżonych przez przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Uzupełniająco dostrzec należy, że ewentualne uwzględnienie tego zarzutu i nakazanie zamawiającemu udostępnienia odwołującemu kolejnych informacji z oferty (sensu largo) przystępującego nie może mieć wpływu na wynik postępowania – oferta

przystępującego jako wykonawcy wykluczonego z udziału w postępowaniu, która staje się ofertą uznaną za odrzuconą, nie może zostać uwzględniona przy ocenie pod kątem ustanowionych kryteriów oceny ofert, a tym samym nie może zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Ze względu na wagę uwzględnionego w części zarzutu pierwszego, wyrażającą się nakazaniem zamawiającemu wykluczenia przystępującego z udziału w postępowania skład orzekający Izby odstąpił od rozdzielenia kosztów.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), a także w oparciu o § 7 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: