

WYROK

z dnia 16 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 sierpnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lipca 2021 r. przez **odwołującego** wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: A2 Customer Care sp. z o.o. ul. Aleksandra Ostrowskiego 7, 53-328 Wrocław (Lider Konsorcjum), HUBSAPA sp. z o.o, ul. Pańska 96/83, 00-837 Warszawa (Członek Konsorcjum) w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego** Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o., ul. Wojciecha Bandrowskiego 16, 33-100 Tarnów

przy udziale przystępującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Euvic Solutions S.A. Aleje Jerozolimskie 98, 00-807 Warszawa (Lider Konsorcjum), S&T SERVICES POLSKA Sp. z o.o., ul. Postępu 21 D, 02-676 Warszawa (Członek Konsorcjum) **po stronie zamawiającego**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Konsorcjum: A2 Customer Care sp. z o.o. ul. Aleksandra Ostrowskiego 7, 53-328 Wrocław (Lider Konsorcjum), HUBSAPA sp. z o.o, ul. Pańska 96/83, 00-837 Warszawa (Członek Konsorcjum) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Konsorcjum: A2 Customer Care sp. z o.o. ul. Aleksandra Ostrowskiego 7, 53-328 Wrocław (Lider Konsorcjum), HUBSAPA sp. z o. o, ul. Pańska 96/83, 00-837 Warszawa (Członek Konsorcjum) tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2. zasądza od odwołującego Konsorcjum: A2 Customer Care sp. z o.o. ul. Aleksandra Ostrowskiego 7, 53-328 Wrocław (Lider Konsorcjum), HUBSAPA sp.

z o.o, ul. Pańska 96/83, 00-837 Warszawa (Członek Konsorcjum) kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz zamawiającego Polska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o., ul. Wojciecha Bandrowskiego 16, 33-100 Tarnów tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego

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

ODWOŁANIE

Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia sektorowego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, pn. „Usługa modyfikacji i rozwoju eksploatacyjnego aplikacji: środowiska SAP w obszarach SAP ERP, SAP CRM, SAP BCM”, nr zamówienia: 2020/W001/WP-002874, opublikowanego w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 18 grudnia 2020 r. pod numerem: 2020/S 247-615105

Na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 i pkt 2 w zw. z art. 514 ust. 1 w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.; dalej jako „Npzp”) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), wnoszę odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.; dalej jako Pzp) czynności i zaniechań Zamawiającego, podjętych w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej, polegających na wyborze oferty konsorcjum w składzie Euvic Solutions S.A. oraz S&T Services Polska sp. z o.o. (dalej jako: „Konsorcjum Euvic i S&T”), na zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Euvic i S&T oraz na zaniechaniu wykluczenia z postępowania o zawarcie umowy ramowej Konsorcjum Euvic i S&T, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, pn. „Usługa modyfikacji i rozwoju eksploatacyjnego aplikacji środowiska SAP w obszarach SAP ERP, SAP CRM, SAP BCM”, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów Pzp mające istotny wpływ na wynik postępowania o zawarcie umowy ramowej, tj.

I. art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 96 ust. 3 PZP poprzez:

a) nieuzasadnione przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez Konsorcjum Euvic i S&T (np. treść zobowiązań do udostępnienia zasobów przez podmioty trzecie, wykaz wykonanych zamówień sporządzony według załącznika nr 5 do SIWZ, wykaz osób sporządzony zgodnie z załącznikiem 6 do SIWZ) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz zostały skutecznie i w terminie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i w ślad za tym zaniechanie udostępnienia takich informacji Odwołującemu, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia naczelnej zasady prawa zamówień publicznych, tj. zasady jawności postępowania, a także do pozbawienia możliwości kompleksowej weryfikacji oferty Konsorcjum Euvic i S&T pod kątem zgodności z SIWZ i Pzp;

b) nieudostępnienie zastrzeżenia / zastrzeżeń objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, w przypadku kiedy samo zastrzeżenie nie może być w całości objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż wskazuje jedynie na zasadność objęcia pewnych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa oraz pozwala zweryfikować czy doszło do skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa;

II. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 1b pkt 3 Pzp w zw. z par. 2 ust. 4 pkt 10 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1282; dalej jako „Rozporządzenie o dokumentach”) poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Konsorcjum Euvic i S&T z przedmiotowego postępowania, podczas gdy Konsorcjum Euvic i S&T nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności zawodowych, o których mowa w pkt 6.1.2.3.2. SIWZ, ponieważ Konsorcjum Euvic i S&T nie posiada podstawy do dysponowania osobami wskazanymi w wykazie osób, stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ (np. w odniesieniu do Pana K. L.);

III. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Konsorcjum Euvic i S&T z przedmiotowego postępowania, podczas gdy Konsorcjum Euvic i S&T w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło wprowadzające w błąd Zamawiającego informacje w zakresie spełnienia przez Konsorcjum Euvic i S&T warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności zawodowych, o których mowa w pkt 6.1.2.3.2. SIWZ, w zakresie informacji odnoszących się do podstawy dysponowania przez Konsorcjum Euvic i S&T osobami wskazanymi w wykazie osób, stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ, np. w odniesieniu do Pana K. L., a zatem informacje te miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przy czym nie ma znaczenia, jeżeli w trakcie badania i oceny ofert doszło do poprawienia wykazu osób przez Konsorcjum Euvic i S&T poprzez zmianę osób na wymienionych w pkt 6.1.2.3.2. SIWZ stanowiskach;

IV. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 22a ust. 1, ust. 2 i ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Konsorcjum Euvic i S&T z przedmiotowego postępowania, podczas gdy Konsorcjum Euvic i S&T nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ponieważ dopiero po upływie terminu składania ofert Konsorcjum Euvic i S&T powołało się na okoliczność polegania na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów, podczas gdy zobowiązanie podmiotu

trzeciego do udostępnienia zasobów oraz inne dokumenty związane z udostępnieniem zasobów powinny być złożone przez Konsorcjum Euvic i S&T wraz z ofertą i nie mogą zostać uzupełnione na późniejszym etapie prowadzonego postępowania,

V. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 22a ust. 1, ust. 2 i ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum Euvic i S&T, w przypadku kiedy treść oferty Konsorcjum Euvic i S&T nie odpowiada treści SIWZ, ponieważ dopiero po upływie terminu składania ofert Konsorcjum Euvic i S&T powołało się na okoliczność polegania na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów, podczas gdy zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów oraz inne dokumenty związane z udostępnieniem zasobów powinny być złożone przez Konsorcjum Euvic i S&T wraz z ofertą i nie mogą zostać uzupełnione na późniejszym etapie prowadzonego postępowania, a zatem doszło do istotnych zmian w treści oferty, i wobec powyższego wnoszę o:

uwzględnienie odwołania;

II nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru ofert najkorzystniejszych oraz dokonanie ponownego wyboru ofert najkorzystniejszych;

III nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Konsorcjum Euvic i S&T,

IV. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum Euvic i S&T z przedmiotowego postępowania;

V. nakazanie Zamawiającemu udostępnienia wszystkich dokumentów złożonych w przedmiotowym postępowaniu przez Konsorcjum Euvic i S&T, w tym uzasadnienia / uzasadnień zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz dokumentów, które zostały przez Konsorcjum Euvic i S&T nieskutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa (np. treść zobowiązań do udostępnienia zasobów przez podmioty trzecie, wykaz wykonanych zamówień sporządzony według załącznika nr 5 do SIWZ, wykaz osób sporządzony zgodnie z załącznikiem 6 do SIWZ);

VI przeprowadzenie dowodów wskazanych w odwołaniu na poparcie okoliczności faktycznych i prawnych wskazanych w odwołaniu;

VII. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

Interes Odwołującego i możliwość poniesienia szkody:

Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ, będąc podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą w branży informatycznej, złożył ważną ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Oferta Odwołującego została uznana za najkorzystniejszą jako jedna z trzech ofert wykonawców uprawnionych do zawarcia umowy ramowej. W przypadku dokonania czynności przez Zamawiającego zgodnie z Pzp, oferta Konsorcjum Euvic i S&T zostałaby odrzucona, a sam Wykonawca zostałby wykluczony z przedmiotowego postępowania i wówczas uprawnionych do podpisania umowy ramowej pozostałoby tylko dwóch oferentów. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp, a szkoda będzie polegać na tym, iż Odwołujący aktualnie ma statystycznie 33,33% szansy na to, że jego oferta, złożona na podstawie zapytania ofertowego w ramach zawartej umowy ramowej, zostanie wybrana (spośród trzech oferentów dopuszczonych do zawarcia umowy ramowej). W przypadku odrzucenia oferty Konsorcjum Euvic i S&T i wykluczenia Konsorcjum Euvic i S&T z postępowania, statystyczne szanse na uzyskanie zamówienia na podstawie oferty złożonej na podstawie zapytania ofertowego w ramach umowy ramowej wzrastają do 50%, gdyż uprawnieni do zawarcia umowy ramowej będą tylko dwaj oferenci, tj. Odwołujący oraz KBJ S.A. Nie może zatem budzić wątpliwości fakt, że objęte odwołaniem czynności i zaniechania Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego, polegającej na zmniejszeniu szansy Odwołującego na uzyskanie zamówienia, a tym samym Odwołujący posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania. Reasumując w ocenie Odwołującego opisane w odwołaniu naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego wskazują, że oferta Konsorcjum Euvic i S&T powinna zostać odrzucona, a Konsorcjum Euvic i S&T powinno zostać wykluczone z postępowania. Działania i zaniechania Zamawiającego, do których doszło w przedmiotowym postępowaniu powodują, że Odwołujący może ponieść szkodę z uwagi na zmniejszenie prawdopodobieństwa wyboru oferty Odwołującego w zapytaniu ofertowym złożonym na podstawie zawartej umowy ramowej.

Termin wniesienia odwołania:

Informacja o wyborze najkorzystniejszych ofert została przesłana przez Zamawiającego Odwołującemu w dniu 7 lipca 2021 r. przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Mając na względzie brzmienie art. 515 ust. 1 pkt 1 Npzp, stanowiącego, że odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, a także wzięwszy pod uwagę treść art. 509 ust. 2 Npzp, zgodnie z którym jeżeli koniec terminu do

wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy, termin na wniesienie niniejszego odwołania upływa w poniedziałek w dniu 19 lipca 2021 r.

Przekazanie kopii odwołania Zamawiającemu: Kopia niniejszego odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu wniesienia odwołania

UZASADNIENIE

II. Zarzut dotyczący bezzasadnego objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa oraz nieudostępnienia zastrzeżenia objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa (zarzut nr I)

W formularzu ofertowym Konsorcjum Euvic i S&T w pozycji dotyczącej objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa (pkt 1 formularza ofertowego) wskazało, że „Tajemnice przedsiębiorstwa będą stanowiły dokumenty na wezwanie zamawiającego”. Następnie w odpowiedzi z dnia 26 marca 2021 r., na wezwanie Zamawiającego z dnia 15 marca 2021 r. do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia z postępowania, Konsorcjum Euvic i S&T nie zastrzegło informacji zawartych w przekazanych dokumentach jako tajemnicy przedsiębiorstwa, choć odpowiedź zawierała np. wykaz osób. Treść ww. odpowiedzi nie zawierała uzasadnienia objęcia jakichkolwiek informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, ani nawet nie wskazywała, które z informacji są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Następnie w odpowiedzi z dnia 31 maja 2021 r., na wezwanie Zamawiającego z dnia 18 maja 2021 r., Konsorcjum Euvic i S&T wskazywało, że treść zobowiązań do udostępnienia zasobów przez firmy podwykonawcze, wykaz wykonanych dostaw oraz wykaz osób stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Również treść tej odpowiedzi nie zawierała uzasadnienia objęcia przedmiotowych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zasada jawności postępowania jest uznawana za jedną z naczelných zasad w prawie zamówień publicznych, która ma zagwarantować wszystkim uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prawo do kontroli decyzji podejmowanych przez Zamawiającego, tym samym gwarantuje przejrzystość postępowania oraz zmierza do poszanowania reguł zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zgodnie z art. 96 ust.3 Pzp protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. W odniesieniu do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa zasada

jawności doznaje ograniczenia, bowiem w świetle art. 8 ust. 3 PZP nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.

Definicja legalna tajemnicy przedsiębiorstwa została określona w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2020 r, poz. 1913; dalej jako: „znk”), zgodnie z którym 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. Co istotne aby dana informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa musi spełniać łącznie wszystkie przesłanki określone w cytowanym przepisie, tj.:

- a. informacja musi mieć charakter informacji poufnej - zgodnie z brzmieniem ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne, 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;
- b. informacja musi posiadać wartość gospodarczą — zgodnie z brzmieniem ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji — inne informacje posiadające wartość gospodarczą;
- c. w stosunku do informacji muszą zostać podjęte odpowiednie działania mające na celu zachowanie stanu poufności — zgodnie z brzmieniem ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji — uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W tym miejscu należy wyraźnie podkreślić, że „transparentność postępowań o udzielenie zamówienia publicznego powoduje, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności. Tym samym powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych, a mianowicie konieczności ujawnienia części informacji dotyczących

prowadzonej przez nich działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreślić również należy, że nie jest właściwe traktowanie uprawnienia do zastrzeżenia określonych informacji, jako narzędzia służącego uniemożliwieniu wykonawcom konkurencyjnym oceny ofert i dokumentów składanych w postępowaniu. Stąd, tego rodzaju sytuacje winny być przez wykonawców nie nadużywane i ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji, zaś z perspektywy zamawiającego - powinny być badane z wyjątkową starannością (tak też: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 czerwca 2018 r., sygn. akt: KIO 1058/18). Jak wynika z treści art. 8 ust. 3 ustawy pzp to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Oznacza to, że rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał i udowodnił, że zastrzeżone informacje w istocie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy zwrócić uwagę na nałożony przez Ustawodawcę obowiązek wykazania, który oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Z całą pewnością za wykazanie nie może zostać uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z art. 11 ust. 2 UZNK i deklaracja, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki”

Ponadto zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 grudnia 2018 r. o sygnaturze akt: KIO 2498/18: „Samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy nie może być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Uzasadnienie jest elementem jawnym, ma ono służyć weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składnych dokumentów’.

W odniesieniu do przedmiotowej sprawy należy zauważyć, że po pierwsze Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu zastrzeżeń objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, w przypadku kiedy samo zastrzeżenie jest jawne i nie może być w całości objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, ponieważ wskazuje jedynie na zasadność objęcia pewnych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa oraz pozwala zweryfikować czy doszło do skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Po drugie, z uwagi na okoliczność, że Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu ww. zastrzeżeń Odwołujący nie jest w stanie samodzielnie zweryfikować czy informacje zastrzeżone przez Konsorcjum Euvic i S&T (np. treść zobowiązań do udostępnienia zasobów przez podmioty trzecie, wykaz wykonanych zamówień sporządzony według załącznika nr 5 do SIWZ, wykaz osób sporządzony zgodnie z załącznikiem 6 do SIWZ) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz czy zostały skutecznie i w terminie zastrzeżone jako tajemnica

przedsiębiorstwa. Po trzecie, objęcie informacji tajemnicą przedsiębiorstwa mogło nastąpić po terminie, ponieważ dopiero w odpowiedzi z dnia 31 maja 2021 r., na wezwanie Zamawiającego z dnia 18 maja 2021 r., Konsorcjum Euvic

i S&T wskazywało, że treść zobowiązań do udostępnienia zasobów przez firmy podwykonawcze, wykaz wykonanych dostaw oraz wykaz osób stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, natomiast na wcześniejszym etapie postępowania Konsorcjum Euvic i S&T nie wskazywało, że obejmuje przykładowo wykaz zamówień i wykaz osób tajemnicą przedsiębiorstwa.

Z przedmiotowym zarzutem został skorelowany wniosek o nakazanie Zamawiającemu udostępnienia wszystkich dokumentów złożonych w przedmiotowym postępowaniu przez Konsorcjum Euvic i S&T, w tym uzasadnienia / uzasadnień zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz dokumentów, które zostały przez Konsorcjum Euvic i S&T nieskutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa (np. treść zobowiązań do udostępnienia zasobów przez podmioty trzecie, wykaz wykonanych zamówień sporządzony według załącznika nr 5 do SIWZ, wykaz osób sporządzony zgodnie z załącznikiem 6 do SIWZ).

III. Zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia Konsorcjum Euvic i S&T z postępowania, ponieważ Konsorcjum Euvic i S&T nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności zawodowych, o których mowa w pkt 6.1.2.3.2. SIWZ - brak podstawy do dysponowania osobami wskazanymi w wykazie osób, stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ (zarzut nr 2)

Zgodnie z Rozdz. 6 „Warunki udziału w postępowaniu” pkt 6.1.2.3.2. „O udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: spełniają następujące warunki udziału w Postępowaniu: posiadają określone zdolności techniczne lub zawodowe, tj.: wykażą, że dysponują Zespołem zdolnym do wykonania zamówienia składającym się co najmniej z:

- a) Kierownika Projektu ds. Projektów SAP CIS — min. 1 osoba;
- b) Kierownika projektu ds. Projektów EAM - min. 1 osoba;
- c) Architekta SAP CIS- min. 1 osoba
- d) Architekta SAP EAM- min. 1 osoba
- e) Konsultanta wiodącego SAP EDM- min. 1 osoba

- f) Konsultanta wiodącego EDI/ EDIFACT- min. 1 osoba
- g) Konsultanta Wiodącego IS-U / SD- min. 1 osoba
- h) Konsultanta Zadaniowego IS-U- min. 2 osoby
- i) Konsultanta Zadaniowego FI-CA- min. 1 osoba
- j) Konsultanta Wiodącego SAP CRM- min. 1 osoba
- k) Programisty Wiodącego SAP CRM- min. 1 osoba
- l) Konsultanta Wiodącego w zakresie migracji danych SAP for Utilities / CRM- min. 1 osoba
- m) Konsultanta Zadaniowego w zakresie migracji danych SAP for Utilities / CRM- min. 2 osoby
- n) Konsultanta Wiodącego SAP PM- min. 1 osoba
- o) Konsultanta Zadaniowego SAP PM- min. 2 osoby
- p) Konsultanta SAP BCM- min. 1 osoba
- q) Konsultanta Wiodącego SAP MM- min. 1 osoba
- r) Konsultanta Zadaniowego SAP MM- min. 2 osoby
- s) Konsultanta SAP IMPS- min. 1 osoba

Postępowanie odwoławcze zostało umorzone na wniosek Zamawiającego z uwagi na okoliczność unieważnienia czynności wyboru oraz przystąpienia przez Zamawiającego do ponownego badania i oceny ofert.

Pismem z dnia 18 maja 2021 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Euvic i S&T do uzupełnienia wykazu osób m. in. poprzez podanie informacji o podstawie dysponowania osobami wskazanymi w wykazie osób. W odpowiedzi z dnia 31 maja 2021 r. Konsorcjum Euvic i S&T wskazało, że

„wszystkie osoby wskazane w Wykazie osób, stanowią zasób własny Wykonawcy (odpowiednio EUVIC Solutions S.A. bądź S&T Polska sp. z o.o.), poprzez bezpośrednie dysponowanie tymi osobami, na podstawie określonych w wykazie zawartych z nimi umów (umów o pracę, umów cywilnoprawnych oraz umów przedwstępnych o pracę bądź umów cywilnoprawnych). Osoby te nie stanowią zasobu udostępnionego przez osoby trzecie w rozumieniu art. 22a ustawy PZP". Następnie Zamawiający pismem z dnia 25 czerwca 2021 r., w związku z powzięciem informacji, że jedna z osób z wykazu pozostaje pracownikiem spółki SE16N sp. z o.o., wezwał Konsorcjum Euvic i S&T do potwierdzenia podstawy do dysponowania osobami wskazanymi w wykazie osób. W odpowiedzi z dnia 1 lipca 2021 r. Konsorcjum Euvic i S&T potwierdziło, że „wszystkie osoby wskazane w wykazie osób stanowią zasób własny Wykonawcy (odpowiednio Euvic Solutions S.A. bądź S&T Polska sp. z o.o.), poprzez bezpośrednie dysponowanie tymi osobami, na podstawie zawartych z nimi umów, których rodzaj został wskazany w wykazie, tj. umów o pracę, umów cywilnoprawnych oraz umów przedwstępnych o pracę bądź umów cywilnoprawnych. Osoby te nie stanowią zasobu udostępnionego przez osoby w rozumieniu art. 22a ustawy Pzp”

Odwołujący wskazuje, że z posiadanych przez niego informacji wynika, że Konsorcjum Euvic i S&T nie dysponuje podstawą do dysponowania osobami wskazanymi w wykazie osób sporządzonym przez Konsorcjum Euvic i S&T. W wykazie osób przedłożonym przez Odwołującego, jak i w wykazie osób złożonym przez Konsorcjum Euvic i S&T wskazana została ta sama osoba, tj. Pan K. L. . Z oświadczenia złożonego w dniu 9 czerwca 2021 r. przez Pana K. L. wynika, że nie udostępnił on

W przedmiotowej sprawie Konsorcjum Euvic i S&T z pełną świadomością do wykazu osób wpisało Pana K. L., w stosunku do którego Konsorcjum Euvic i S&T nie ma / nie miało podstawy do dysponowania, czy to pośredniej, np. poprzez użyczenie zasobów od podmiotów trzecich, czy to bezpośredniej (zasób własny). Oświadczenia z dnia 9 czerwca 2021 r. złożone przez Pana L. oraz przez spółkę SE16N sp. z o.o. gdzie Pan K. L. pozostaje pracownikiem, potwierdzają, że Konsorcjum Euvic i S&T w tym zakresie złożyło Zamawiającemu nieprawdziwe informacje. Pan K. L. nigdy nie udostępnił Konsorcjum Euvic i S&T swoich zasobów na potrzeby udziału w przedmiotowym postępowaniu, - na jakiegokolwiek podstawie - z którymkolwiek z członków Konsorcjum Euvic i S&T. Ponadto należy mieć na uwadze, że Konsorcjum Euvic i S&T w trakcie prowadzenia postępowania i udzielania wyjaśnień Zamawiającemu nigdy nie przedstawiło żadnego dowodu (np. umowy), która potwierdzałaby, że Konsorcjum Euvic i S&T ma prawo dysponowania ww. osobą.

Szczególną uwagę należy zwrócić na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lutego 2021 r. o sygnaturze akt: KIO 319/21, który został wydany w oparciu o podobny stan faktyczny, gdzie

„podstawową kwestią wymagającą oceny Izby, jest ocena okoliczności faktycznych zaistniałych w tej materii mającej na celu ustalenie, czy przystępujący Gramar miał podstawy do wykazania wskazanej osoby, a także ustalenia, czy ww. przepisy PZP zostały naruszone. Na wstępie wskazać należy, że Pani E. Z. niewątpliwie przekazała swoje CV spółce SGS Polska sp. z o.o., celem wykazywania jej na stanowisko technologa w postępowaniach w których ten podmiot będzie brał udział. Przystępujący podał, że dla celów tego postępowania dysponował tą osobą w sposób bezpośredni, tj. na podstawie umowy cywilno-prawnej, dodając jednocześnie, że była to umowa ustna. Dysponowanie osobą na stanowisko Technologa przystępujący wywodził w szczególności, opierając się na treści oświadczenia B. G. z 17 lutego 2021 r. Powyższe oświadczenie złożone przez przystępującego, niewątpliwie było napisane pod potrzeby przedmiotowego postępowania odwoławczego. Dlatego też Izba uznała, iż większą moc dowodową posiada Wyjaśnienie sporządzone własnoręcznie przez Panią E. Z. niż wskazane Oświadczenie. Z analizy treści tego Oświadczenia zdaniem Izby, wynika przede wszystkim, że udostępniając swoje CV na rzecz firmy SGS Polska sp. z o.o. w dniu 19 listopada 2019 r., Pani Z. warunkowała udział w postępowaniach, wcześniejszym poinformowaniem jej o takim fakcie oraz uzyskaniem jej zgody. Przystępujący nie wykazał w jakikolwiek sposób, że przed wykazaniem w wykazie osób Pani E. Z. poinformował zainteresowaną o tym fakcie oraz, że uzyskał jej zgodę. Z treści przedmiotowego Wyjaśnienia wynika także, że Pani Z. w ogóle nie wiedziała, że podmiot o nazwie Gramar wskazał ją na stanowisko Technologa w tym postępowaniu. Tym samym przystępujący, a także podmiot SGS Polska nie wypełnili elementarnego obowiązku zapytania o zgodę Pani Z. na udział w tym postępowaniu, a dla celów dowodowych na potrzeby postępowania odwoławczego wskazano iż została zawarta z Panią Z. umowa cywilnoprawna, której nie przedłożono ani Izbie, ani zamawiającemu. (...). Natomiast dokonując oceny wypełnienia przesłanek z pkt 17 art. 24 ust. 1 Pzp, Izba oparła swoją ocenę na dokonaniu ustaleń w zakresie: czy przystępujący Gramar w toku przedmiotowego postępowania przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, czy informacje te miały lub mogły mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego podejmowane w tym postępowaniu oraz czy wprowadzenie w błąd nastąpiło na skutek lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy. Odnosząc się do pierwszej i drugiej kwestii Izba uznała, że Gramar nie mając żadnego potwierdzenia, że Pani Z. wyraża zgodę na udział w postępowaniu na stanowisku Technologa, podał zamawiającemu nieprawdziwą w tym zakresie informację. Nie ulega wątpliwości, że Gramar przystępując do przetargu powołał się na osobę Pani Z., którą nie dysponował. Zamawiający w ocenie oferty oparł się na podanych przez wykonawcę informacjach, które miały dowodzić, że dysponuje osobą na stanowisko Technologa, co nie miało potwierdzenia w rzeczywistości. Okoliczność powyższa jednoznacznie wskazuje więc na podanie przez Gramar informacji nieprawdziwych, a to wprowadziło zamawiającego w błąd i miało istotny wpływ na decyzje zamawiającego w zakresie wyboru oferty tego wykonawcy. Podkreślić należy także, iż art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp nakazuje wykluczyć wykonawcę w sytuacji, jeśli ten przez podanie

nieprawdziwych informacji uzyskałby nieuzasadnioną korzyść, to jest taką, której by w przypadku nie wykazania osoby na stanowisko Technologa nie uzyskał. W tym postępowaniu w oparciu o tą nieprawdziwą informację zamawiający wybrał ofertę przystępującego, jako zgodną z wymaganiami SIWZ i tym samym najkorzystniejszą w postępowaniu. Odnosząc się natomiast do trzeciej z wymienionych wyżej przesłanek warunkujących odpowiedzialność określoną w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp tj. tego, czy wprowadzenie zamawiającego w błąd nastąpiło na skutek lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy, zauważyć należy, że trudno mówić w tym przypadku o zachowaniu przez Gramar należytej staranności o której mowa w przepisie art. 355 k.c. Model ten sprowadza się do zasady działania uczciwego. Działanie uczciwe zakłada rzetelne przedstawienie żądanych informacji i dokumentów, wyklucza posługiwanie się danymi nieprawdziwymi i wprowadzania zamawiającego w błąd. Skoro w jednym z kluczowych i podstawowych aspektów oferty, warunkującym udział w postępowaniu przetargowym, zawarto informację merytorycznie nieprawdziwą, to oznacza, że wykonawca, o ile nie działał celowo, to postąpił niedbale. Dlatego też zasadnym jest zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 Pzp przez Gramar, który w wyniku lekkomyślności, a także niedbalstwa wskazał w ofercie Panią Z. na stanowisko Technologa celem spełnienia wymagań o których mowa w pkt 7.2.3 lit, b SIWZ.”

Wyżej przedstawione okoliczności potwierdzają, że Konsorcjum Euvic i S&T w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności zawodowych, o których mowa w pkt 6.1.2.3.2. SIWZ, w zakresie informacji odnoszących się do podstawy dysponowania przez Konsorcjum Euvic i S&T osobami wskazanymi w wykazie osób, stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ, przedstawiło informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego. Przedkładane przez Konsorcjum Euvic i S&T informacje dotyczyły spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a zatem miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W świetle przedstawianych w uzasadnieniu dowodów, przyjąć należy, że Konsorcjum Euvic i S&T z pewnością miało świadomość tego, iż wprowadza w błąd Zamawiającego.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 7 czerwca 2017 r. (sygnatura akt: KIO 1004/17): „ocena, czy w rozpoznawanej sprawie wystąpiły okoliczności obligujące zamawiającego do wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp wymaga ustalenia:

- 1) czy przystępujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego,
- 2) czy informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

3) czy przedstawienie tych informacji było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa.

Wskazana przesłanka uzależnia wykluczenie wykonawcy od tego, czy można mu przypisać winę we wprowadzeniu w błąd zamawiającego. Winę na gruncie prawa cywilnego dzieli się na umyślną, czyli polegającą na działaniu lub zaniechaniu, bądź winę nieumyślną, cechującą się niedołożeniem należytej staranności - niedbalstwem albo lekkomyślnością. Definicja należytej staranności zawarta jest w art. 355 par. 1 k.c. Dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Jak precyzuje rodzima judykatura, przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (wyrok SN z 10 marca 2004 r., IV CK 151/03). W praktyce jego zastosowanie polega na wyznaczeniu stosownego modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu zachowania dłużnika z tak określonym wzorcem. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można danej osobie postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje jednak nie tylko niezgodność jej postępowania z wyznaczonym modelem, lecz także empirycznie uwarunkowana możliwość oraz powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania. Tak ukształtowane zasady zostały w znaczny sposób zaostrome w stosunku do profesjonalistów. Przepis art. 355 par. 2 k.c. precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. W istotę aktywności gospodarczej wliczony jest bowiem niepisany wymóg niezbędnej wiedzy fachowej, obejmującej nie tylko czysto formalne kwalifikacje, ale także doświadczenie wynikające z praktyki zawodowej oraz ustalone zwyczajowo standardy postępowania”

Odwołujący wskazuje także, że nawet gdyby w trakcie badania i oceny ofert doszło do poprawienia wykazu osób przez Konsorcjum Euvic i S&T poprzez zmianę osób na wymienionych w pkt 6.1.2.3.2. SIWZ stanowiskach, przedmiotowy zarzut nie ulega dezaktualizacji, ponieważ i tak na poprzednim etapie postępowania doszło do wprowadzenia w błąd zamawiającego i spełnienia wszystkich trzech przesłanek obligujących Zamawiającego do wykluczenia z postępowania Konsorcjum Euvic i S&T na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, z kolei zgodnie z art. 24 ust. 12 Pzp zamawiający może wykluczyć wykonawcę na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

Reasumując, nie ma wątpliwości, że wystąpiły okoliczności obligujące Zamawiającego do wykluczenia z postępowania Konsorcjum Euvic i S&T na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, bowiem przedstawił on informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego (w zakresie podstawy

do dysponowania osobami wskazanymi w wykazie osób), a informacje te miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (spełnienie warunków udziału w postępowaniu), zaś przedstawienie tych informacji było wynikiem co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa.

Z powyższym zarzutem Odwołujący skorelował wniosek o wykluczenie Konsorcjum Euvic i S&T z postępowania.

V. Zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum Euvic i odrzucenia oferty Konsorcjum Euvic i S&T, z uwagi na fakt, że dopiero po składaniu ofert doszło do powołania się przez Konsorcjum Euvic i S&T na okoliczność polegania na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów (zarzut nr 4 i 5)

Z formularza ofertowego złożonego przez Konsorcjum Euvic i S&T wynika, że Konsorcjum Euvic i S&T nie zamierza powierzyć żadnych części zamówienia / czynności objętych zamówieniem podwykonawcom (pkt 2 formularza ofertowego). Z przedłożonej przez Konsorcjum Euvic i S&T oferty nie wynikało by podmiot ten polegał w jakimkolwiek zakresie na zasobach innych podmiotów. Zgodnie z pkt 8.1.4. SIWZ „Wraz z ofertą sporządzoną według wzoru formularza ofertowego stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ, Wykonawca składa: w przypadku, gdy Wykonawca polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów - zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji Zamówienia”. W formularzach JEDZ każdy z członków Konsorcjum Euvic i S&T oświadczył, że nie polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów - zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji Zamówienia” innych podmiotów oraz nie zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwa (vide część II, sekcja C i sekcja D JEDZ). W przedmiotowej sprawie Konsorcjum Euvic i S&T, na etapie składania ofert, nie dołączyło do oferty zobowiązań podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów. Jednakże z odpowiedzi Konsorcjum Euvic i S&T z dnia 31 maja 2021 r. wynika, że już po otwarciu ofert Konsorcjum Euvic i S&T zmieniło treść oferty i powołało się na okoliczność polegania na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów.

który w momencie składania oferty opiera się jedynie na własnych zdolnościach, nie jest uprawniony do powoływania się na zdolności podmiotów trzecich w ramach wyjaśniania i uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu” warunek doświadczenia odnosił się do całości przedmiotu zamówienia (warunek realizacji zimowego utrzymania dróg publicznych - przedmiot zamówienia: zimowe utrzymanie dróg gminnych i powiatowych) toteż usługi będące przedmiotem zamówienia winny być przez podmiot

ten zrealizowane. Skład orzekający Izby podziela stanowisko, prezentowane w szczególności w przywoływanym przez zamawiającego i przystępującego wyroku z dnia 19 czerwca 2020 r. sygn. akt KIO 835/20, KIO 843/20, zgodnie z którym "W orzecznictwie i doktrynie wskazuje się, iż zwłaszcza w przypadku robót budowlanych, ale też wyspecjalizowanych usług, zasób integralnie związany z określonym podmiotem (w szczególności jego doświadczenie) może być przekazany wyłącznie przez osobisty udział tego podmiotu w realizacji zamówienia. Dopuszczono przy tym różne formy tego udziału, w zależności od specyfiki konkretnego zamówienia. Obecny wymóg zrealizowania części zamówienia, z którym wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania przez podmiot trzeci tej części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą, np. poprzez oddelegowanie przez podmiot trzeci swoich pracowników do bezpośredniej realizacji zamówienia (vide: Marzena Jaworska (w:) Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod redakcją r.pr. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo CH. Beck, Warszawa 2018, str. 186-195)." (str. 34). Przyjmując, że obowiązek faktycznego zrealizowania przez podmiot trzeci choćby części zamówienia może polegać nie tylko na realizacji jako podwykonawca, ale może także polegać na realizacji wspólnie z wykonawcą, podnieść należy, że wykonawca PAULA oświadczył w Ofercie (Formularzu ofertowym), że sam zamierza zrealizować zamówienie, a nadto oświadczył (w JEDZ), że nie zamierza zlecić podwykonawstwa. Oznacza to, że nie tylko nie przewidział realizacji części zamówienia przez podmiot trzeci jako podwykonawcy, ale także jako podmiotu - jak określił to przystępujący w swoim piśmie z 30 grudnia 2020 r. - współwykonującego ("Strony ustaliły, wbrew twierdzeniom Odwołującego, że współpraca nie będzie odbywać się na zasadzie podwykonawstwa, natomiast jako współwykonywanie i pełne korzystanie z zasobów podmiotu udostępniającego." - str. 5). Uzupełniająco dostrzec należy, w kontekście oceny przez zamawiającego dopuszczalności powoływania się przez wykonawcę na zasoby podmiotu trzeciego, że ustalenia wykonawcy z innym podmiotem mają znaczenie o tyle, o ile wykonawca w ogóle ujawni zamawiającemu zamiar korzystania z potencjału podmiotu trzeciego, co w przedmiotowej sprawie, w szczególności w zakresie doświadczenia nie miało miejsca. Dodatkowo zwraca uwagę fakt, że zamawiający we wzorze Formularza ofertowego w pkt 6 przewidział samodzielną realizację zamówienia przez wykonawcę albo realizację w części podwykonawcy, co świadczyć może o tym, że w istocie zamawiający w SIWZ realizację stanowiących przedmiot zamówienia usług przewidział tylko, w przypadku korzystania z zasobu podmiotu trzeciego, na zasadzie podwykonawstwa. Taki tylko dychotomiczny podział wynika z treści pkt 6 Formularza ofertowego, co nie zostało zakwestionowane przez żadnego z wykonawców przed terminem składania ofert. Wykonawca PAULA skorzystał z opracowanego przez zamawiającego wzoru, nie modyfikując pkt 6 tak, aby oddawał ujawniony przez wykonawcę PAULA, po wezwaniu zamawiającego do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, zamiar wspólnej realizacji zamówienia. (...). Skład orzekający Izby podzielił stanowisko odwołującego co do tego, że zaakceptowanie zobowiązania

podmiotu trzeciego po terminie składania ofert (niezależnie od tego, czy jego złożenia nastąpiłoby bez wezwania czy na wezwanie zamawiającego), wobec oświadczenia o samodzielnej realizacji przez wykonawcę PAULA zamówienia, bez polegania na potencjale "obcym", stanowiłoby niedopuszczalną zmianę oferty po terminie składania ofert (art. 84 ust. 1 ustawy Pzp a contrario), ponieważ Formularz ofertowy "tworzył" w przedmiotowym postępowaniu ofertę sensu stricto, w ramach której wykonawca zadeklarował sposób realizacji Urząd Zamówień Publicznych, odpowiadając na pytanie czy zobowiązanie podmiotu trzeciego powinno zostać załączone do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, czy też powinno zostać złożone w trybie procedury wynikającej z art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, wskazywał, że „Zobowiązanie podmiotu trzeciego albo inny dokument, służący wykazaniu udostępnienia wykonawcy potencjału przez podmiot trzeci w zakresie określonym w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, stanowi potwierdzenie, że określony potencjał dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu został wykonawcy faktycznie udostępniony. Zobowiązanie to stanowi punkt wyjścia do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonywanej przez zamawiającego w pierwszej kolejności w oparciu o wstępne oświadczenia wykonawców składane - w zamówieniach powyżej progów UE - na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, zaś w zamówieniach poniżej progów UE - w ramach "zwykłego" oświadczenia wykonawcy. Dla dokonania wstępnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu niezbędne jest ustalenie, w jakim zakresie wykonawca wykazuje spełnianie warunków samodzielnie, a w jakim korzysta z potencjału podmiotu trzeciego i jaki zakres tego potencjału został wykonawcy udzielony, do ustalenia czego niezbędny jest wskazany dokument. Jednocześnie zamawiający, oceniając spełnianie warunków udziału w postępowaniu w oparciu o te wstępne oświadczenia, w szczególności jednolity europejski dokument zamówienia, dokonuje także oceny braku podstaw do wykluczenia z postępowania podmiotów trzecich. W celu dokonania takiej oceny zamawiający musi dysponować pełną informacją o tym, że w ogóle potencjał podmiotu trzeciego powinien podlegać jego wstępnej ocenie. Dla osiągnięcia takiego celu konieczne jest złożenie przez wykonawców wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zobowiązania podmiotu trzeciego”

Również orzeczenia wydawane przez Krajową Izbę Odwoławczą potwierdzają, że „Wstępne potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu nastąpić powinno łącznie, tj. nie tylko przez pryzmat wstępnych oświadczeń wykonawcy o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu, ale i zobowiązania podmiotu trzeciego. Fakt, że wykonawca PAULA nie załączył do oferty zobowiązania podmiotu trzeciego (innego dokumentu), składając jednocześnie oświadczenie w ofercie (Formularzu ofertowym), o zamiarze samodzielnego wykonania zamówienia, a nadto o braku zamiaru zlecenia podwykonawstwa jakiegokolwiek części zamówienia prowadzić musi do wniosku, że - co najmniej w zakresie zdolności zawodowej - w zakresie doświadczenia wykonawca PAULA nie korzysta z potencjału podmiotu trzeciego. Art. 22a ust. 4 ustawy Pzp brzmi: "W

odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których zdolności te są wymagane." Wykonawca PAULA nie wykazał żadnego własnego doświadczenia (wszystkie wskazane w Wykazie usługi zostały wykonane przez inny podmiot), co - wobec treści przepisu art. 22a ust. 4 ustawy Pzp - oznacza, że w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia, publicznego, którego przedmiotem są usługi ów podmiot trzeci, dla możliwości powołania się przez wykonawcę PAULA na jego zdolności w zakresie wykazania spełnienia warunku, musi zrealizować usługi, do realizacji których zdolności te są wymagane. Postawiony przez zamawiającego

Zgodnie z art. 22a ust. 1 Pzp wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Ponadto według ust. 2 cytowanego artykułu wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Ustawodawca w art. 22a ust. 4 Pzp poczynił istotne zastrzeżenie zgodnie, z którym w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Z przedłożonych przez Konsorcjum Euvic i S&T dokumentów wynika, że w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej Konsorcjum Euvic i S&T nie korzystało z zasobów podmiotu trzeciego i w tym zakresie samodzielnie spełniło warunek (vide: polisa OC wystawiona na Euvic Solutions S.A.). Pozostałe warunki udziału w postępowaniu wiązały się posiadaniem zdolności technicznych i zawodowych. W przypadku zdolności zawodowych Konsorcjum Euvic i S&T wskazywało, że dysponuje zasobami własnymi i w tym zakresie nie korzysta z podmiotów trzecich udostępniających zasoby na podstawie art. 22a Pzp. Powyższe oznacza, że wskazane w odpowiedzi Konsorcjum z dnia 31 maja 2021 r. zobowiązanie do udostępnienia zasobów dotyczy zdolności technicznych, co oznacza, że zgodnie z art. 22a ust. 4 Pzp, w tym zakresie podmiot udostępniający zasoby powinien być wskazany jako podwykonawca, a jak wynika ze złożonej oferty Konsorcjum Euvic i S&T nie zamierza korzystać z podwykonawców. Wzór formularza ofertowego przewiduje jedynie wskazanie czy wykonawca będzie korzystał z podwykonawców. Formularz ofertowy nie zawierał punktu dotyczącego polegania na zdolnościach podmiotów

trzecich, a zatem treść formularza ofertowego zakładała, że w przypadku tego zamówienia korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego było równoznaczne z udziałem tego podmiotu w postępowaniu w roli podwykonawcy.

zamówienia, tj. istotny element wykonania przedmiotu zamówienia. Warto w tym miejscu, za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lipca 2018 r. sygn. akt KIO 1286/18, wskazać: Przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.) pozwalają (art. 22a ust. 6) na zmianę podmiotu udostępniającego zasoby, jednak nie przewidują możliwości zmiany oświadczenia wykonawcy w zakresie, w jakim ten stwierdza w ofercie, że jest w stanie spełnić samodzielnie warunki udziału w postępowaniu, a następnie wskazuje na zasoby podmiotu trzeciego. W przepisie tym bowiem stwierdza się, że jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego: (1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub (2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową. Przepis ten jednak winien być rozumiany jedynie jako jeden z wyjątków od zasady niezmienności oferty (sensu largo) i może być stosowany jedynie ściśle zgodnie z jego treścią. Tym samym nie podziela się stanowiska (...) co do możliwości zastąpienia na wezwanie zamawiającego własnego potencjału (np. doświadczenia) innym podmiotem, jeżeli nie wskazał innego podmiotu w ofercie, jako że taki kolejny wyjątek w ustawie nie jest przewidziany”

Konsorcjum Euvic i S&T w momencie składania oferty deklarowało samodzielne zrealizowanie zamówienia, ponieważ do oferty nie zostało dołączone zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów, ani też Konsorcjum Euvic i S&T nie wskazało by w realizacji zamówienia mieli brać udział podwykonawcy. Wobec dokonania na dalszym etapie postępowania diametralnej zmiany w sposobie realizacji zamówienia, poprzez powołanie się na zasoby podmiotów trzecich przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, doszło do istotnej zmiany treści oferty, ponieważ model realizacji zamówienia, wskazanie podmiotu, który spełnia warunki udziału w postępowaniu (samodzielnie albo przy wykorzystaniu zasobów podmiotu trzeciego) są istotnymi elementami treści oferty. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 stycznia 2021 o sygnaturze akt: KIO 3382/20: „Zaakceptowanie zobowiązania podmiotu trzeciego po terminie składania ofert (niezależnie od tego, czy jego złożenia nastąpiłoby bez wezwania czy na wezwanie zamawiającego), wobec oświadczenia o samodzielnej realizacji przez wykonawcę PAULA zamówienia, bez polegania na potencjale "obcym", stanowiłoby niedopuszczalną zmianę oferty po terminie składania ofert (art. 84 ust. 1 ustawy Pzp a contrario), ponieważ Formularz ofertowy

"tworzył" w przedmiotowym postępowaniu ofertę sensu stricte, w ramach której wykonawca zadeklarował sposób realizacji zamówienia, tj. istotny element wykonania przedmiotu zamówienia"

„Artykuł 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jej treść nie odpowiada SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., odnosi się tylko do ostatniej kategorii wskazanej w art. 87 ust. 2 pkt 3, co oznacza, że zamawiający nie odrzuca oferty w sytuacji, gdy możliwe jest poprawienie w ofercie omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, pod warunkiem, że nie powodują one jednak istotnych zmian w treści oferty” . W przedmiotowej sprawie doszło jednak do istotnej zmiany treści oferty, ponieważ zmieniono sposób realizacji umowy i podmiot, który ma wykazywać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, co oznacza, że oferta Konsorcjum Euvic i S&T winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Powołanie się na okoliczność polegania na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów dopiero po upływie terminu składania ofert, podczas gdy zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów oraz inne dokumenty związane z udostępnieniem zasobów powinny być złożone przez Konsorcjum Euvic i S&T wraz z ofertą i nie mogą zostać uzupełnione na późniejszym etapie prowadzonego postępowania, oznacza, że Konsorcjum Euvic i S&T powinno spełniać wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego w Rozdz. 6 SIWZ samodzielnie, a zatem Konsorcjum Euvic i S&T podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

W świetle powyższej argumentacji, zarzuty postawione przez Odwołującego uznać należy za zasadne, wobec czego odwołanie winno być w całości uwzględnione

Do odwołania załączono Oświadczenia

Warszawa, dnia 09 czerwca 2021 r. SE16N sp z o.o. z siedzibą w Warszawie

Aleja Komisji Edukacji Narodowej 55/64, 02-797 Warszawa KRS: 0000493463

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są „usługi modyfikacji i rozwoju eksploatacyjnego aplikacji środowiska SAP w obszarach SAP ER, SAP CRM, SAP BCM” znak: 2020/W001/WP-002874.

OŚWIADCZENIE SE16N

Działając w imieniu i na rzecz spółki SE16N z siedzibą w Warszawie, oświadczamy i potwierdzamy, że użyczyliśmy spółce A2 Customer Care sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, wchodzącej w skład konsorcjum firm A2 Customer Care sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (Lider Konsorcjum) ul. Ostrowskiego 7, 53 — 328 Wrocław oraz HUBSAPA Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum) ul. Pańska 96, 00-837 Warszawa w postępowaniu 2020/W001/WP-002874 (dalej jako „Postępowanie”):

zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, o których mowa w załączniku nr 6 do SIWZ dla Postępowania Wykaz osób, wchodzących w skład zespołu wykonawcy, które będą realizować przedmiot zamówienia, w osobie:

K. L., będącego stałym pracownikiem SE16N, posiadającego następujące kompetencje do pełnienia w realizacji umowy na podstawie ww. Postępowania, ról i certyfikaty:

1. Dla roli Architekt ds bezpieczeństwa rozwiązań SAP - certyfikat SAP Certified Technology Professional - SAP system Security Architect
2. Dla roli Konsultant Wiodący - administracja techniczna SAP - certyfikaty
 - a. SAP Certified Technology Specialist - SAP S4HANA Conversion and SAP System Upgrade
 - b. SAP Certified Technology Associate - SAP HANA 1.0
 - c. SAP Certified Technology Associate - SAP HANA

Oświadczamy jednocześnie, że ww. zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia konsultanta K. L. nie zostały przez nas udostępnione żadnemu innemu podmiotowi na potrzeby Postępowania nr 2020/W001/WP-00287, zarówno poprzez użyczenie zasobów w rozumieniu PZP, jak i na podstawie umowy cywilnoprawnej, umowy o pracę, przedwstępnej umowy o pracę lub innej umowy nienazwanej.

oraz

Warszawa, dnia 09 czerwca 2021 r. K. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „K. L. SAPTEC” ul, gen. Romualda Traugutta 98 lok. 4,50-420 Wrocław

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są „usługi modyfikacji rozwoju eksploatacyjnego aplikacji środowiska SAP w SAP ERP, SAP CRM, SAP BCM, znak: 2020/W001/WP-002874.

OŚWIADCZENIE

Działając w imieniu własnym/ oświadczam na rzecz spółki A2 Customer Care sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, wchodzącej w skład konsorcjum firm A2 Customer Care sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (Lider Konsorcjum) ul. Ostrowskiego 7 t 53 328 Wrocław oraz HUBSAPA Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum) ul. Pańska 96, 00-837 Warszawa,

że nie udostępniłem żadnemu podmiotowi na potrzeby Postępowania nr 2020/W001/WP-00287 poprzez użyczenie zasobów w rozumieniu PZP, jak również nie zawarłem w żadnym podmiocie biorącym udział w Postępowaniu umowy cywilnoprawnej, umowy o pracę, przedwstępnej umowy o pracę lub Innej umowy nienazwanej, w której zobowiązałbym się do realizacji prac w Postępowaniu na rzecz takiego podmiotu, wykorzystując moją wiedzę i doświadczenie, w tym posiadane przeze mnie certyfikaty.

Jedynym rodzajem i przypadkiem udostępnienia zasobów w postaci mojej wiedzy i doświadczenia, było udostępnienie na rzecz spółki A2CC sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu poprzez spółkę SE16N sp. z o.o z siedzibą w Warszawie; o którym to udostępnieniu mam wiedzę bezpośrednio od zarządu spółki SE16N sp. z o.o.

Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie dn.10 sierpnia 2021 roku.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 16 lipca 2021 roku wniesione przez Odwołujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Usługę modyfikacji i rozwoju eksploatacyjnego aplikacji środowiska SAP w obszarach SAP ERP, SAP CRM, SAP BCM”, znak sprawy 2020/W001/WP-002874, Zamawiający wnosi o:

- 1) oddalenie odwołania,
- 2) zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania.

Ponadto na podstawie art. 545 ustawy Prawo zamówień publicznych wnoszę o:

- 1) ograniczenie dostępu do dokumentów zastrzeżonych w postępowaniu, jako tajemnica przedsiębiorstwa, jak również do części uzasadnienia odpowiedzi na odwołanie w zakresie zarzutu II i III, albowiem zawarte są tam informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego. Dostęp do tych dokumentów poza Izbą może mieć tylko Zamawiający i Przystępujący,
- 2) wyłączyć jawność rozprawy w części, w zakresie rozpatrywania zarzutu II i III, albowiem przywołana argumentacja może odnosić się do danych zastrzeżonych przez Przystępującego na etapie postępowania, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Wskazać należy, iż zgodnie ze stanowiskiem doktryny prawniczej przywołany art. 545 PZP:

„ma na celu przede wszystkim ochronę zastrzeżonych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jednego z wykonawców.” M. Kittel Lw., W. Dzierżanowski, Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, M. Kittel, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021. art. 545):

W związku z powyższym, powyższy wniosek należy uznać za uzasadniony.

UZASADNIENIE odpowiedzi na odwołanie.

1. Odnosnie I zarzutu.

Zamawiający w całości kwestionuje zarzut I odnoszący się do nieuzasadnionego przyjęcia, że informacje zastrzeżone przez Przystępującego stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz zostały skutecznie w terminie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Niniejsze postępowanie dotyczy branży informatycznej. Nie budzi żadnych wątpliwości Zamawiającego, iż informacja dotycząca osób wchodzących w skład zespołu Wykonawców jest informacją mającą wartość gospodarczą dla Przystępującego. Biorąc pod uwagę specyfikę tej branży, problemy z pozyskaniem określonych specjalistów oraz szerokie spektrum sposobów współpracy z pracownikami z tej branży, wszelkie informacje związane z dysponowaniem konkretną osobą mają bardzo dużą wartość.

Podkreślić należy, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający wymagał wysokiej klasy specjalistów, których pozyskanie jest utrudnione na rynku pracy. Osoby, które miały wchodzić w skład zespołu realizującego zamówienie musiały posiadać odpowiednie kwalifikacje, doświadczenie, certyfikaty, w tym wykazać się realizacją określonych projektów. Z tych względów, w ocenie Zamawiającego te informacje mają określoną wartość gospodarczą.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, iż również odwołujący zastrzegł między innymi wykaz osób, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, co jest również dowodem na to, iż informacje te faktycznie mają dużą wartość gospodarczą dla przedsiębiorców z tej właśnie branży.

Nie jest również uzasadniony zarzut, iż zastrzeżenie zostało dokonane z naruszeniem terminu. Otóż wraz z ofertą Przystępujący zastrzegł określone informacje, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Do formularza ofertowego załączony został dokument „euvic_solutions_sa tajemnica_przedsiębiorstwa_1275361”. Z treści wyżej wymienionego dokumentu wynika, iż jako tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępujący wskazał: uzasadnienie objęcia części oferty tajemnicą przedsiębiorstwa, treść zobowiązania do udostępnienia

zasobów, wykaz wykonanych dostaw wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie, wykaz osób wraz z kopiami certyfikatów.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy PZP z 2004 roku, która ma zastosowanie do niniejszego postępowania:

„Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.”

Przystępujący w dniu składania ofert zastrzegł informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również przedstawił stosowne uzasadnienie, które w ocenie Zamawiającego jest wystarczające i zawiera wszystkie elementy wymagane przez przepisy prawa.

Dowód:

Formularz oferty wraz z dokumentem tajemnica przedsiębiorstwa w aktach postępowania.

W związku z powyższym takie działanie Przystępującego należy uznać za prawidłowe. Na marginesie należy również zauważyć, iż Odwołujący postąpił w ten sam sposób, iż już na etapie składania ofert zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa między innymi wykaz osób, zobowiązanie podmiotów trzecich.

Takie działanie wykonawców należy uznać za jak najbardziej prawidłowe, choć oczywiście dopuszczalnym jest również zastrzeżenie dokumentów jako tajemnica przedsiębiorstwa w dniu ich złożenia. Niemniej jednak literalne brzmienie powołanego powyżej przepisu wskazuje, iż należy to uczynić najpóźniej w terminie składania ofert.

Wraz z formularzem ofertowym Przystępujący złożył dokument, w którym w sposób wyraźny określił, które informacje będą stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również przedstawił uzasadnienie tego zastrzeżenia. Wobec zastrzeżenia informacji już na etapie formularza ofertowego, Przystępujący nie miał już obowiązku powtarzania tej informacji na etapie odpowiedzi z dnia 26 marca 2021 roku. Również pismo Przystępującego złożone na wezwanie Zamawiającego z dnia 31 maja 2021 roku zawiera informację, iż określone dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również załączone zostało uzasadnienie utajnienia określonych informacji.

Dowód:

Pismo przewodnie z dnia 31 maja 2021 roku wraz z uzasadnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa w aktach postępowania.

Podkreślić również należy, iż Zamawiający dokonał oceny zastrzeżonych przez Przystępującego informacji i nie uwzględnił zastrzeżenia- jako tajemnicy przedsiębiorstwa- dokumentu stanowiącego uzasadnienie objęcia części oferty tajemnicą przedsiębiorstwa, wskazanego w pkt. 1 Tajemnicy Przedsiębiorstwa („Uzasadnienie”).

Dowód:

Zawiadomienie z dnia 15 lipca 2021 roku w aktach postępowania.

W zakresie pozostałych dokumentów zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa, Zamawiający nie miał wątpliwości, iż zastrzeżenie jest skuteczne i zostały spełnione wszystkie przesłanki z art. 8 ustawy PZP z 2004 roku.

W tym miejscu warto przytoczyć wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 29.03.2007r., sygn. akt V Ca 421/07, G. Prawna 2007, nr 220, poz. 10., zgodnie z którym:

„Wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie, wraz z informacjami o ich kwalifikacjach stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Z treści przedłożonego przez Przystępującego uzasadnienia wynika zarówno jakie dokładnie dokumenty uznane są za objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, jaką mają one wartość gospodarczą dla Wykonawcy, jak również jakie działania zostały podjęte przez Przystępującego w celu zachowania tych informacji w poufności. Z powyższych względów, w ocenie Zamawiającego, Przystępujący skutecznie zastrzegł informację, jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Uzupełniająco wskazuję na uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 grudnia 2012 r. KIO 2765/12:

„W ocenie Izby ochronie może podlegać w tym przypadku zbiór tych wszystkich informacji, gdyż przystępujący funkcjonuje na rynku usług, a jakość, renomę przedsiębiorstwa w sektorze usługowym buduje prawidłowy sposób doboru osób tę usługę realizujących. Usługi sektora IT głównie opierają się na wiedzy i doświadczeniu informatyków. To dobór osób wchodzących w skład przedsiębiorstwa przystępującego lub osób, którymi przystępujący dysponuje ma kluczowe znaczenie dla realizacji usługi.(...) Podobnie na rynku usług branży IT nie można odmówić wykonawcy prawa do decydowania w jakim momencie będzie on gotowy do ujawnienia sposobu doboru osób do realizacji zamówienia. Utrzymanie w tym zakresie poufności do czasu co najmniej zawarcia umowy, może mieć wymiar gospodarczy - możliwe jest zaproponowanie tego samego zestawu osobowego w innym podobnym

postępowaniu w przypadku nie uzyskania zamówienia. Nie bez znaczenia jest także podniesiona przez przystępującego okoliczność obawy przed podkupywaniem pracowników. Utrzymanie danych osobowych wskazanych osób może chronić tak przedsiębiorcę jak i wskazane osoby przed próbą ich pozyskania przez konkurencję. W odniesieniu do przedsiębiorcy zachowanie poufności może oszczędzić mu kosztów w przypadku konieczności ponownego kompletowania zespołu w sytuacji podkupienia pracowników”,

W związku z powyższym zarzut zawarty w punkcie I nie zasługuje na uwzględnienie.

II. Odnośnie zarzutu nr II i III

Ze względu na fakt, iż uzasadnienie oddalenia tych zarzutów będzie odnosiło się do informacji zastrzeżonych przez Przystępującego, jako tajemnica przedsiębiorstwa, należy również objąć je tajemnicą przedsiębiorstwa, a co za tym idzie sporządzone jest w odrębnym dokumencie,

III. Odnośnie zarzut nr IV i V

Oba zarzuty dotyczą jednej kwestii, a mianowicie powołania się na zdolności techniczne lub zawodowe innych podmiotów, podczas gdy zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobu nie zostały złożone wraz z ofertą.

W zakresie tych zarzutów odwołanie zasługuje w całości na oddalenie. Przystępujący ani w ofercie, ani również na żadnym innym etapie postępowania nie powoływał się na zdolności techniczne lub zawodowe innych podmiotów. Przystępujący konsekwentnie twierdzi, iż nie będzie polegał na zasobach osób trzecich. Przystępujący potwierdzał, iż w zakresie osób wskazanych w wykazie osób, będzie nimi dysponował w sposób bezpośredni. Osoby te nie stanowią zasobu udostępnionego przez osoby trzecie w rozumieniu art. 22a ustawy PZP z 2004 roku. Z tych też powodów wskazane w odwołaniu zarzuty nie znajdują ani uzasadnienia prawnego, ani faktycznego.

Dowód:

Formularz oferty, pismo Przystępującego z dnia 01 lipca 2021 roku w aktach sprawy.

Również z pisma z dnia 31 maja 2021 roku, wbrew twierdzeniu odwołującego, nie wynika, iż Przystępujący polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów.

Treść pisma z dnia 31 maja 2021 roku nie zawiera również żadnych informacji dotyczących zasobów podmiotów trzecich. W treści tego pisma Przystępujący wskazał w sposób jednoznaczny, iż wszystkimi osobami wskazanymi w wykazie dysponuje wykonawca w sposób bezpośredni.

Wprawdzie na końcu pisma znajduje się odwołanie do dokumentu zawierającego uzasadnienie zachowania informacji w tajemnicy, w którym to dokumencie jest odwołanie do dokumentu dot. udostępnienia zasobów, niemniej jednak taki dokument nie został przez Przystępującego złożony w toku postępowania. Przystępujący nie powoływał się w toku niniejszego postępowania na zasób osób trzecich.

Kluczowym dla Zamawiającego w tej sprawie była informacja z 01 lipca 2021 roku, gdzie w sposób wyraźny Przystępujący potwierdził, iż samodzielnie i w sposób bezpośredni dysponuje osobami wskazanymi w wykazie.

Skoro taki dokument nie został w postępowaniu złożony, to logicznym jest i nie wymagającym w ocenie Zamawiającego żadnego wyjaśnienia, iż nie może być on również zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa. Przystępujący wykazał spełnienie wszystkich warunków udziału w postępowaniu, a tym samym Przystępujący nie miał żadnego powodu do powoływania się na zasoby podmiotów trzecich.

W związku z powyższym, w ocenie Zamawiającego odwołanie zasługuje na oddalenie.

Poniższą część odpowiedzi Izba prezentuje w tym miejscu, pomimo zastrzeżenia jej nie udostępnienia z powodu tajemnicy przedsiębiorstwa, o co wnioskował Zamawiający, którego to zastrzeżenia Izba na posiedzeniu nie uwzględniła i pismo przekazała do zapoznania Odwołującemu. W ocenie Izby niniejsze pismo Zamawiającego nie stanowi materiału dowodowego załączonego do akt sprawy, jak i w piśmie nie znajdują się informacje, stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, o których mowa w art.545 ust.3 PZP2019.

Reasumując zastrzeżenie zawarte bezpośrednio poniżej Izba traktuje jako nieuprawnione zastrzeżenie Zamawiającego.

Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie - część niejawną

INFORMACJE ZASTRZEŻONE JAKO TAJEMNICA PRZEDSIĘBIOSTWA

Odnosnie zarzutu II i III – Izba na rozprawie nie uwzględniła powyższego wniosku . Tym samym poniżej prezentuje tę część uzasadnienia odpowiedzi na odwołanie.

W ocenie Zamawiającego zasadnym jest przedstawienie wspólnej argumentacji do obu zarzutów. Oba zarzuty dotyczą kwestii związanej ze złożonym przez Przystępującego wykazem osób oraz prawem dysponowania wskazanymi osobami w odniesieniu do Pana K. L. . Ponadto w ocenie Odwołującego, Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd.

W ocenie Zamawiającego nie zachodzą przesłanki umożliwiającego wykluczenie Przystępującego z postępowania.

Argumentacja Odwołującego sprowadza się de facto do stwierdzenia, iż Przystępujący wprowadził Odwołującego w błąd, z czym nie zgadza się Zamawiający.

Zwrócić należy uwagę, iż na skutek wezwania wysłanego na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy PZP z 2004 roku, Przystępujący przedłożył wykaz, który nie zawierał informacji o podstawie dysponowania. Takie wykazy złożyli również pozostali wykonawcy.

Powyższe wynikało z błędnie przygotowanego przez Zamawiającego załącznika nr 6 do SIWZ. W treści przygotowanego przez Zamawiającego załącznika nr 6 dotyczącego wykazu osób, nie było kolumny odnoszącej się do sposobu dysponowania daną osobą.

Nie można więc mówić w tym wypadku o wprowadzeniu w błąd, albowiem informacja dotycząca sposobu dysponowania, nie została przez Przystępującego, ani innych Wykonawców, w żaden sposób przekazana- jak to już zostało powyżej wskazane, sytuacja ta wynikała z błędnie przygotowanych dokumentów przez Zamawiającego. Nie można zaś za błędy Zamawiającego obciążać Wykonawców.

Dopiero w wyniku wezwania z dnia 18 maja 2021 roku Wykonawca złożył uzupełniony dokument potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu zawierający informację o sposobie dysponowania przez Wykonawcę osobami wskazanymi w wykazie. Ten dokument zawiera informację o sposobie dysponowania osobami wskazanymi przez Wykonawcę w wykazie. Do pisma z dnia 31 maja 2021 roku Przystępujący załączył wykaz w którym nie ma wskazanego Pana K. L., Odwołujący zaś wskazuje tylko i wyłącznie na osobę Pana K. L., czyli na jeden przypadek braku dysponowania osobą przez Przystępującego.

W dalszej części odwołania przywołane jest orzeczenie KIO 319/21, które w ocenie Zamawiającego nie ma w niniejszej sprawie zastosowania. Przede wszystkim w złożonym pierwotnie wykazie nie ma żadnego oświadczenia Przystępującego dotyczącego dysponowania konkretną osobą. Natomiast w wykazie przedłożonym wraz z pismem z dnia 31 maja 2021 roku, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wskazania sposobu dysponowania konkretnymi osobami, Pan K. L. nie został wymieniony. Co za tym idzie Przystępujący nie wprowadził Zamawiającego w błąd. Pierwotny wykaz był tylko i wyłącznie podstawą do podjęcia decyzji, która została następnie zaskarżona przez Odwołującego. Jednakże ta decyzja o wyborze, oparta o pierwotny wykaz, została przez Zamawiającego

unieważniona. Postępowanie odwoławcze toczące się pod sygn. akt KIO 1326/21 zostało umorzone.

Wskazać w tym miejscu warto na wyrok KIO 1576/19 zgodnie z którym:

„Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest zaś per se jego celem. Taki również nie jest cel art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Służy on bowiem do eliminowania z postępowania wykonawców, którzy przekazali informacje wprowadzające zamawiającego w błąd co do istotnych elementów postępowania przetargowego.

Istotnym elementem postępowania przetargowego jest spełnienie przez wykonawcę warunków określonych w punkcie 6.1.2.3.2. SIWZ. Ten warunek Wykonawca spełnia, a co za tym idzie Zamawiający nie widzi podstawy prawnej do wykluczenia wykonawcy.

Zamawiający żądał dysponowania przez wykonawcę określonym zespołem osób, które posiadają odpowiednie kwalifikacje, doświadczenie, brały udział w realizacji konkretnych projektów. To jest istotne z punktu widzenia Zamawiającego. Ten warunek został spełniony przez wykonawcę, a co za tym idzie nie doszło do wprowadzenia w błąd co do istotnych elementów postępowania. Wykonawca od początku twierdził, iż bezpośrednio dysponuje osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonym w punkcie 6.1.2.3.2. SIWZ i ten warunek Wykonawca spełnił oraz wykazał jego spełnienie.

Zgodnie z wyrokiem KIO 1463/19:

„Nie jest uprawnione utożsamianie niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu z zaistnieniem podstaw do wkluczenia wykonawcy z postępowania określonych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 pzp, Inny sposób rozumienia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w sytuacji gdy był on nieprecyzyjny nie przesądza automatycznie o wprowadzeniu w błąd Zamawiającego”.

W tym miejscu ponownie należy zwrócić uwagę, iż Zamawiający w sposób błędny sporządził wzór wykazu osób. W wykazie tym nie było kolumny odnoszącej się do sposobu dysponowania konkretną osobą. Taka informacja została przekazana dopiero na wezwanie Zamawiającego. W wykazie przedłożonym na wezwanie Zamawiającego nie ma osoby Pana K. L. . Pierwotny wykaz nie może być brany pod uwagę albowiem czynność wyboru dokonana przez Zamawiającego na jego podstawie została unieważniona.

W ślad za argumentacją przedstawioną przez odwołującego wskazać należy, iż aby wypełnić hipotezę art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp z 2004 roku, wszystkie przesłanki zawarte w tych przepisach muszą wystąpić łącznie.

Ustawodawca w art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p wskazał, iż wykluczenie wykonawcy następuje w przypadku, gdy spełnione są następujące przesłanki:

po pierwsze zostanie wykazane, iż wykonawca przekazał w toku postępowania przetargowego informacje wprowadzające zamawiającego w błąd;

po drugie działanie takie było wynikiem co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy;

po trzecie takie działanie winno mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. (wyrok KIO 3276/20)z

Jednym z koniecznych elementów wpisujących się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w przepisie art 24 ust. 1 pkt 17p.z.p jest istotny wpływ nieprawdziwych informacji (informacji wprowadzających w błąd) na decyzje podejmowane przez podmiot zamawiający (KIO 382/17).

Pierwotny wykaz przedłożony przez Przystępującego nie miał żadnego wpływu na decyzję podejmowaną przez Zamawiającego w dniu 07.07.2021 roku, a to właśnie tą czynność zaskarżył Odwołujący.

Na jego podstawie Zamawiający nie dokonał wyboru oferty. Zamawiający unieważnił czynności wyboru ofert oraz powtórzył badanie i ocenę ofert. Powtórne badanie polegało między innymi na wezwaniu wszystkich wykonawców do przedłożenia wykazu osób, w którym znajdują się informacje o sposobie dysponowania tymi osobami.

W wyniku tego wezwania zostały przedłożone poprawione wykazy i to właśnie te wykazy były podstawą do podjęcia decyzji przez Zamawiającego w dniu 07.07.2021 roku.

W wykazie przedłożonym przez Przystępującego nie ma Pana K. L., a w konsekwencji kwestia dysponowania przez Przystępującego Panem K. L. nie miała żadnego wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w dniu 07.07.2021 roku.

Dopiero złożone przez wszystkich wykonawców poprawione wykazy osób stanowiły podstawę do wyboru ofert przez Zamawiającego. To na tych poprawionych wykazach oparł się Zamawiający wydając rozstrzygnięcie w niniejszym postępowaniu. A co za tym idzie nie została spełniona jedna z przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. wskazanych powyżej. Informacja, na którą powołuje się Odwołujący (dot. Pana L.) nie miała żadnego wpływu na zaskarżoną przez Odwołującego decyzję podjętą w dniu 07.07.2021r. Decyzję tą Zamawiający podjął w oparciu o nowe wykazy przedłożone przez wszystkich Wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Postępowanie dotyczy udzielenia zamówienia sektorowego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Usługa modyfikacji i rozwoju eksploatacyjnego aplikacji: środowiska SAP w obszarach SAP ERP, SAP CRM, SAP BCM”, nr zamówienia: 2020/W001/WP-002874, opublikowanego w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 18 grudnia 2020 r. pod numerem: 2020/S 247-615105

Odwołanie wniesiono na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 i pkt 2 w zw. z art. 514 ust. 1 w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.; dalej jako „nPZP”) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), wniesiono odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.; dalej jako Pzp) czynności i zaniechań Zamawiającego, podjętych w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej, polegających na wyborze oferty konsorcjum w składzie Euvic Solutions S.A. oraz S&T Services Polska sp. z o.o. (dalej jako: „Konsorcjum Euvic i S&T” albo „przystępujący po stronie zamawiającego/przystępujący”), na zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Euvic i S&T oraz na zaniechaniu wykluczenia z postępowania o zawarcie umowy ramowej Konsorcjum Euvic i S&T, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów Pzp mające istotny wpływ na wynik postępowania o zawarcie umowy ramowej.

Tak więc odwołujący zaskarżył czynność zamawiającego wyboru Konsorcjum Euvic i S&T/przystępujący do zawarcia umowy ramowej, zarzucając zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, przez co zamawiający miał naruszyć przepisy Pzp, a to naruszenie miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Z kolei zamawiający w dniu 10 sierpnia 2021r. w udzielonej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania, zasądzenie na rzecz zamawiającego kosztów postępowania oraz powołując się na art. 545 nPZP wniósł o ograniczenie dostępu do dokumentów zastrzeżonych w postępowaniu, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Również żądał nieudostępnienia części uzasadnienia odpowiedzi na odwołanie w zakresie zarzutu II i III, z uwagi na zawarte w tej części informacje stanowiące w jego przekonaniu tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego. Zamawiający wniósł także o wyłączenie w tej części jawności rozprawy, ponieważ przywołana argumentacja może

odnosić się do danych zastrzeżonych przez Przystępującego, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba nie uwzględniła powyższych wniosków w zakresie nie udostępnienia odpowiedzi na odwołanie w zakresie zarzutu II i III.

Zastrzeżoną część odpowiedzi Izba zaprezentowała powyżej, pomimo zastrzeżenia jej nie udostępnienia z powodu tajemnicy przedsiębiorstwa, o co wnioskował zamawiający, którego to zastrzeżenia Izba na posiedzeniu nie uwzględniła i pismo przekazała do zapoznania odwołującemu. W ocenie Izby niniejsze pismo zamawiającego nie stanowi materiału dowodowego załączonego do akt sprawy, jak i w piśmie nie znajdują się informacje, stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, o których mowa w art.545 ust.3 nPZP.

Natomiast wnioski o ograniczenie dostępu do dokumentów zastrzeżonych w postępowaniu, jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz o wyłączenie w tej części jawności rozprawy, ponieważ przywołana argumentacja może odnosić się do danych zastrzeżonych przez przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, okazały się bezprzedmiotowe. Bowiem w rozprawie brały udział strony i uczestnik oraz ich pełnomocnicy, bez udziału osób trzecich, jak również Izba nie otrzymała wniosku o udostępnienie wglądu do materiału dowodowego załączonego do akt sprawy przez odwołującego.

Co do sformułowanych zarzutów odwołania Izba odnosi się jak poniżej

I. art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp przez:

- a) nieuzasadnione przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez Konsorcjum Euvic i S&T (np. treść zobowiązań do udostępnienia zasobów przez podmioty trzecie, wykaz wykonanych zamówień sporządzony według załącznika nr 5 do SIWZ, wykaz osób sporządzony zgodnie z załącznikiem 6 do SIWZ) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz zostały skutecznie i w terminie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i w ślad za tym zaniechanie udostępnienia takich informacji odwołującemu, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia naczelnej zasady prawa zamówień publicznych, tj. zasady jawności postępowania, a także do pozbawienia możliwości kompleksowej weryfikacji oferty Konsorcjum Euvic i S&T pod kątem zgodności z SIWZ i Pzp;
- b) nieudostępnienie zastrzeżenia / zastrzeżeń objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, w przypadku kiedy samo zastrzeżenie nie może być w całości objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż wskazuje jedynie na zasadność objęcia pewnych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa oraz

pozwała zweryfikować czy doszło do skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa;

Czyli zarzut sprowadza się do nieuzasadnionego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa zobowiązania do udostępnienia zasobów przez podmioty trzecie, wykazu osób przy pomocy, których ma być wykonywane zamówienie, wykazu wykonanych zamówień. Jak również zaskarżono czynność nieudostępnienia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez przystępującego.

Z przedmiotowym zarzutem został skorelowany wniosek o nakazanie Zamawiającemu udostępnienia wszystkich dokumentów złożonych w przedmiotowym postępowaniu przez Konsorcjum Euvic i S&T, w tym uzasadnienia / uzasadnień zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz dokumentów, które zostały przez Konsorcjum Euvic i S&T nieskutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa (np. treść zobowiązań do udostępnienia zasobów przez podmioty trzecie, wykaz wykonanych zamówień sporządzony według załącznika nr 5 do SIWZ, wykaz osób sporządzony zgodnie z załącznikiem 6 do SIWZ).

Izba rozważając przedmiotowy zarzut i wnioski odwołującego co do nakazania zamawiającemu przez Izbę odtajnienia w całości złożonej oferty w tym przykładowo wymienionych przez odwołującego dokumentów w odwołaniu takich jak uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, wykazu wykonanych zamówień, wykazu osób za pomocą, których przystępujący będzie wykonywał zamówienie jak i zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów technicznych, zawodowych, uznała zarzut za nieusprawiedliwiony i nie wykazany.

Przede wszystkim Izba wskazuje, że wbrew twierdzeniom odwołującego, przeprowadzone postępowanie dowodowe na podstawie akt sprawy to jest dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego i dołączonej do akt sprawy, jak również oświadczeń stron i uczestnika złożonych w trakcie rozprawy, przystępujący w terminie składał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z jego uzasadnieniami to jest wraz z ofertą, jak i w związku ze składaniem dokumentów na wezwania zamawiającego, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Czyli dokument uzasadniający zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa była składany przez przystępującego zarówno na etapie składania oferty, jak i na wezwania zamawiającego do złożenia dokumentów.

Na rozprawie odwołujący potwierdził oświadczenie zamawiającego co do przekazania odwołującemu uzasadnienia przystępującego co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. (Przystępujący jak i Zamawiający oświadczają, że samo uzasadnienie do

zastrzeżenia tajemnicy zostało odtajnione. Odwołujący oświadcza, że zna uzasadnienie zastrzeżenia – protokół posiedzenia/rozprawy).

W związku z potwierdzeniem przez odwołującego - na rozprawie – faktu otrzymania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego, odwołujący odniósł się co do jego skuteczności następująco: Natomiast o tajemnicy wykazu powzięliśmy informacje w opisanej przez nas sytuacji dopiero po drugim wyborze dokonany przez Zamawiającego i dlatego wnieśliśmy odwołanie, ponieważ otrzymaliśmy informację, a później również zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Chciałbym odnieść się od razu do treści tego dokumentu zastrzeżenia tajemnicy. Ja uważam, że jest to dokument w pewnym sensie powielony na różne okoliczności, jest tam mnóstwo orzeczeń, ogólnych sformułowań, które nie odnoszą się do przedmiotu chronionego. Reasumując, takie uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy w zakresie wykazu osób nie powinno być skuteczne. Ponadto jeżeli chodzi o wykaz, to z pewnością powinny być ujawnione nazwiska, które się powtarzają w stosunku do 1 wykazu – protokół z rozprawy.

W tym miejscu Izba odnosząc się do oceny zastrzeżenia tajemnicy przez przystępującego nie podziela jego stanowiska. Izba zapoznając się z treścią tego uzasadnienia (dokumentacja postępowania prowadzona przez zamawiającego) stwierdza, że przystępujący wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wskazując na ich wartość gospodarczą, nieujawnienie do informacji publicznej np. przez stronę internetową przystępującego jak i poinformował o środkach zabezpieczenia zarówno co do osób mających do nich dostęp, jak i sposobu ochrony nośników z tymi informacjami.

W związku z powyższym Izba stwierdza, że odwołujący nie posiada racji co do domagania się udostępnienia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez przystępującego, ponieważ je otrzymał, a co potwierdził w czasie rozprawy. Jak również nie potwierdziły się jego twierdzenia o lakoniczności i ogólnikowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W tym stanie rzeczy Izba nie znajduje podstaw do podzielenia zasadności zarzutu odwołującego zarówno w jego pkt a), jak i w pkt b) I zarzutu odwołania.

Natomiast co do podnoszonej przez odwołującego argumentacji na rozprawie, że ujawnione nawet wbrew zasadom informacje objęte tajemnicą, a co miało miejsce w sprawie przez doręczenie wykazu osób przez omyłkę zamawiającego, mimo ich zastrzeżenia, stają się informacją jawną, Izba podziela co do zasady stanowisko odwołującego. Niemniej w przedmiotowej sprawie wykaz obejmuje niespełna czterdzieści osób to jest zespołu wyznaczonego do wykonania zamówienia, a nie jednej osoby. Natomiast jak bezspornie ustalono przystępujący na wezwanie zamawiającego przedstawił nowy wykaz osób wraz z podaniem sposobu dysponowania osobami w nim wymienionymi. Również ustalono, że w

nowym wykazie nie ma Pana K. L. (odpowiedź zamawiającego na odwołanie – część zastrzeżona przez zamawiającego, a na wniosek odwołującego odtajniona). W tym stanie rzeczy jest to nowy zbiór, który ma prawo być chroniony, jako nowy wykaz osób, a ujawnienie dotyczyło pierwotnego wykazu i w tym zakresie jest to wykaz nie objęty tajemnicą, ponieważ został udostępniony, a nowy wykaz nie jest tożsamy z pierwszym wykazem osób. Natomiast ochronie podlega wykaz osób jako całość a nie poszczególne osoby z wykazu.

W tym miejscu należy wskazać, że motywy uzasadnienia odwołania sprowadzają się do osoby specjalisty informatyka Pan K. L. to jest co do bezprawnego udostępnienia jego osoby w wykazie złożonym przez przystępującego, jak twierdzi odwołujący. Bowiern jak wykazuje odwołujący w złożonym odwołaniu (oświadczenie firmy zatrudniającej K. L. jak i samego K. L. – załączniki do odwołania), przystępujący bezprawnie w wykazie osób ujął jego nazwisko jako osoby, którą dysponuje.

Również na rozprawie, z przekazanej do akt sprawy dokumentacji przez zamawiającego nie wynika, jak twierdzi odwołujący, że pomimo powoływania się przez przystępującego na cudze zasoby nie dołączono na etapie składania oferty zobowiązania podmiotu trzeciego do ich uzasadnienia. Na powyższe okoliczności to jest braku korzystania z cudzych zasobów powoływał się zamawiający na rozprawie jak i w złożonej odpowiedzi na odwołanie.

Podsumowując w tym miejscu, bardzo szeroko został opisany zarzut odwołania co do żądania udostępnienia całej oferty wraz z dokumentami złożonymi przez przystępującego w oparciu o bogato cytowaną doktrynę jak i uzasadnienia wyroków KIO oraz sądów (uzasadnienie prawne). Jednak faktyczne uzasadnienie żądania odtajnienia sprowadza się nie do zobowiązania podmiotu trzeciego, wykazu zamówień czy też wykazu osób a do samej osoby K. L., do której to osoby w zakresie dysponowania, odwołujący także wykazuje uprawnienie, jak twierdzi na zasadzie wyłączności.

W tym miejscu niejako na marginesie Izba wskazuje, że wbrew użytej także przez odwołującego argumentacji na poparcie zarzutu, nie ma zakazu czy to wynikającego z przepisu prawa, czy też z orzecznictwa, czy doktryny, że ta sama osoba może być ujęta w wykazach kilku oferentów startujących w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia, chociażby z racji, że jeden wykonawca, a nie kilku będzie wykonywać zamówienie. Zresztą co podkreślał zamawiający z racji zakresu zamówienia, jak i czasu jego trwania, dokumentacja postępowania przewiduje zmiany osób wykonujących zamówienie. Oczywiście inną kwestią jest brak zgody, konkretnej osoby na umieszczenie jej nazwiska w wykazie osób przez poszczególnego oferenta, na co powołuje się odwołujący w złożonym odwołaniu.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy PZP, który ma zastosowanie w niniejszej sprawie

„Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.”

W ocenie zamawiającego, „Przystępujący w dniu składania ofert zastrzegł informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również przedstawił stosowne uzasadnienie, które w ocenie Zamawiającego jest wystarczające i zawiera wszystkie elementy wymagane przez przepisy prawa. Jako dowód Formularz oferty wraz z dokumentem tajemnica przedsiębiorstwa w aktach postępowania. W związku z powyższym działanie Przystępującego w zakresie ochrony wykazu osób należy uznać za prawidłowe. Na marginesie należy również zauważyć, iż Odwołujący postąpił w ten sam sposób, iż już na etapie składania ofert zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa między innymi wykaz osób, zobowiązanie podmiotów trzecich”.

„Podkreślić również należy, iż Zamawiający dokonał oceny zastrzeżonych przez Przystępującego informacji i nie uwzględnił zastrzeżenia- jako tajemnicy przedsiębiorstwa- dokumentu stanowiącego uzasadnienie objęcia części oferty tajemnicą przedsiębiorstwa, wskazanego w pkt. 1 Tajemnicy Przedsiębiorstwa („Uzasadnienie”).Dowód: Zawiadomienie z dnia 15 lipca 2021 roku w aktach postępowania. W zakresie pozostałych dokumentów zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa, Zamawiający nie miał wątpliwości, iż zastrzeżenie jest skuteczne i zostały spełnione wszystkie przesłanki z art. 8 ustawy PZP z 2004 roku. Z treści przedłożonego przez Przystępującego uzasadnienia wynika zarówno jakie dokładnie dokumenty uznane są za objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, jaką mają one wartość gospodarczą dla Wykonawcy, jak również jakie działania zostały podjęte przez Przystępującego w celu zachowania tych informacji w poufności. Z powyższych względów, w ocenie Zamawiającego, Przystępujący skutecznie zastrzegł informację, jako tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Izba dokonując oceny dokumentów złożonych przez przystępującego na okoliczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stwierdza, że jego poziom formalny i merytoryczny nie odbiega zasadniczo od innych uzasadnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w tym postępowaniu.

Podsumowując przedstawiony zarzut w pkt I odwołania to jest naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w zw. z art. 96 ust. 3 PZP, w ocenie Izby odwołujący w

toku postępowania odwoławczego nie wykazał. Tym samym odwołujący nie wykazał, że zamawiający w sposób nieuzasadniony przyjął, że informacje zastrzeżone przez przystępującego stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz, że zostały skutecznie i w terminie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i w ślad za tym zaniechanie udostępnienia takich informacji odwołującemu było usprawiedliwione. Przeprowadzone postępowanie dowodowe z dokumentów przywołanych w odpowiedzi na odwołanie, wbrew twierdzeniom odwołującego wykazało, że w odpowiednim czasie (składanie oferty, składanie dokumentów na wezwanie zamawiającego) następowało po stronie przystępującego zastrzeżenie tajemnicą przedsiębiorstwa składanych dokumentów. Tym bardziej zarzut nie został udowodniony z racji, że twierdzenie o „nieudostępnieniu zastrzeżenia/zastrzeżeń objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa”, nie potwierdziło się co do faktu, ponieważ jak zamawiający wykazał a odwołujący przyznał zastrzeżenia zostały udostępnione.

II. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 1b pkt 3 Pzp w zw. z par. 2 ust. 4 pkt 10 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1282; dalej jako „Rozporządzenie o dokumentach”) przez zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Konsorcjum Euvic i S&T z przedmiotowego postępowania, podczas gdy Konsorcjum Euvic i S&T nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności zawodowych, o których mowa w pkt 6.1.2.3.2. SIWZ, ponieważ Konsorcjum Euvic i S&T nie posiada podstawy do dysponowania osobami wskazanymi w wykazie osób, stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ (np. w odniesieniu do Pana K. L.).

W toku postępowania odwoławczego, w tym złożonej odpowiedzi na odwołanie oraz zastrzeżonej części odpowiedzi przez zamawiającego, a która to część odpowiedzi na odwołanie Izba udostępniła odwołującemu, K. L. nie został uwzględniony w złożonym na wezwanie zamawiającego wykazie osób. Zarzut co do braku dysponowania osobą K. L., nie potwierdził się, ponieważ w złożonym nowym wykazie osób nazwisko K. L. nie znalazło się. Jak zresztą pełnomocnik przystępującego oświadczył na rozprawie wycofanie tej osoby nastąpiło po ujawnieniu wykazu osób przez Zamawiającego („Natomiast pełnomocnik T. M. podkreśla w tym miejscu, że środowisko informatyczne, a zwłaszcza z wycinka SAPu, jest bardzo określone na zasadzie wzajemnych kontaktów i znajomości wzajemnej osób, które do niego należą, a ja miałem dowód na to, wiele sygnałów, że dochodziło do naszych przedstawicieli, aby wycofali się ze współpracy z nami i część osób się wycofała, w związku z tym zmieniliśmy wykaz. W tym miejscu radca prawny precyzuje, że po ujawnieniu wykazu część osób się wycofała. Chciałbym również dodać, że osoby ujęte w naszych wykazach są osobami, które nie mają najczęściej stałych umów z jednym podmiotem, bowiem są to

osoby, które mogą pracować u kilku podmiotów, świadczyć usługi. I w związku z tym uważam za zwyczajne, że mogły te same nazwiska pojawić się w wykazach różnych wykonawców składających ofertę. Też zwraca uwagę na fakt, że przedmiot dot. będzie umowy ramowej, wykonywanej w dłuższym czasie i na okoliczność, iż Odwołujący będzie mógł być wykonawcą (będzie wykonawcą wybranym). Jeszcze raz podkreślam, że charakter prac i związków z pracodawcami umożliwiają i wskazują na to, że osoby mogły znaleźć się na wykazach u kilku składających ofertę. P. L. wycofał się ze współpracy po ujawnieniu wykazu” – protokół z rozprawy.)

W ocenie Izby zarzut nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności zawodowych, o których mowa w pkt 6.1.2.3.2. SIWZ, ponieważ Konsorcjum Euvic i S&T nie posiada podstawy do dysponowania osobami wskazanymi w wykazie osób, stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ (np. w odniesieniu do Pana K. L.) nie został udowodniony. Nawet gdyby przystępujący nie miał prawa wykazywać osoby K. L. to przy ocenie zarzutu Izba nie ma podstaw rozpatrywać pierwotnego wykazu, który na wezwanie zamawiającego przestał obowiązywać. Zamawiający przyznał a co znajduje odzwierciedlenie w dokumentacji postępowania, pierwotny wykaz nie zawierał kolumny co do charakteru dysponowania osobą ujętą w wykazie. Izba podziela stanowisko zamawiającego, że nie można obarczać negatywnymi skutkami dla wykonawców, jeżeli do błędu przyznaje się zamawiający i wzywa do uzupełnienia wykazu o sposób dysponowania osobą, czy też o poziom wykształcenia. Jak wynika z praktyki zamówień, jak i z orzecznictwa nie tylko na wezwanie zamawiającego, ale również z własnej inicjatywy wykonawców, jest dopuszczalne uzupełnienie dokumentów potwierdzających udział w postępowaniu, a w tym wypadku wykazu osób, jeżeli sami stwierdzają nieprawidłowości w tych wykazach. Jak ustalono bezspornie w toku postępowania odwoławczego, przystępujący złożył nowy wykaz, w którym nie znajduje się nazwisko K. L. . Izba podziela stanowisko zamawiającego, że w zakresie oceny prawidłowości dokumentów przystępującego, jak i jego postępowania, źródłem oceny nie może być wykaz osób, który został zastąpiony nowym wykazem. Natomiast twierdzenie odwołującego co do zakazanych praktyk przez przystępującego, to jest ujęcia K. L. w wykazie osób, wbrew jego zgodzie nie zostało udowodnione bo jak oświadczył pełnomocnik przystępującego na rozprawie, przyczyną wycofania się K. L. ze współpracy było spowodowane ujawnieniem wykazu osób (powyżej cytuję z protokołu rozprawy). Z kolei jak twierdzi odwołujący (oświadczenia firmy zatrudniającej jak i samego K. L. – załączniki do odwołania) wystąpił w praktyce brak udostępnienia jego osoby przystępującemu, jak również brak wiedzy tej osoby na jej ujęcie w wykazie osób przystępującego. Izba zestawiając pisemne oświadczenia załączone do odwołania z oświadczeniami przystępującego bezpośrednio na rozprawie do protokołu, nie ma podstaw do dania wiarygodności

oświadczeniom pisemnym do odwołania, z których odwołujący wywodzi nieuczciwe praktyki przystępującego.

Podsumowując zarzut II odwołujący nie udowodnił, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności zawodowych, o których mowa w pkt 6.1.2.3.2. SIWZ z racji, że Konsorcjum Euvic i S&T nie posiada podstawy do dysponowania osobami wskazanymi w wykazie osób, stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ (np. w odniesieniu do Pana K. L.).

III. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Konsorcjum Euvic i S&T z przedmiotowego postępowania, podczas gdy Konsorcjum Euvic i S&T w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło wprowadzające w błąd Zamawiającego informacje w zakresie spełnienia przez Konsorcjum Euvic i S&T warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności zawodowych, o których mowa w pkt 6.1.2.3.2. SIWZ, w zakresie informacji odnoszących się do podstawy dysponowania przez Konsorcjum Euvic i S&T osobami wskazanymi w wykazie osób, stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ, np. w odniesieniu do Pana K. L., a zatem informacje te miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przy czym nie ma znaczenia, jeżeli w trakcie badania i oceny ofert doszło do poprawienia wykazu osób przez Konsorcjum Euvic i S&T poprzez zmianę osób na wymienionych w pkt 6.1.2.3.2. SIWZ stanowiskach;

Jak powyżej w pkt II Izba stwierdziła, odwołujący nie udowodnił, że przystępujący nie miał prawa wykazać Pana K. L. w wykazie osób. Stąd wywiedziony zarzut nieuczciwej praktyki po stronie przystępującego jest nieuprawniony.

IV. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 22a ust. 1, ust. 2 i ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Konsorcjum Euvic i S&T z przedmiotowego postępowania, podczas gdy Konsorcjum Euvic i S&T nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ponieważ dopiero po upływie terminu składania ofert Konsorcjum Euvic i S&T powołało się na okoliczność polegania na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów, podczas gdy zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów oraz inne dokumenty związane z udostępnieniem zasobów powinny być złożone przez Konsorcjum Euvic i S&T wraz z ofertą i nie mogą zostać uzupełnione na późniejszym etapie prowadzonego postępowania,

Na podstawie dowodu z akt sprawy o Sygn. akt KIO 1326/21 pismo zamawiającego z dnia 11.06.2021r. wynika, że wszystkie osoby stanowią zasób własny przystępującego, a nie zasób udostępniony przez podmiot trzeci, z przywołaniem załącznika do pisma – pismo przystępującego z dnia 31.05.2021r. (Izba w poczet materiału dowodowego oprócz dokumentacji załącza pisma i dokumenty ze sprawy KIO 1326/21 na okoliczności wskazywane przez strony, oraz dowody załączone do pism procesowych – protokół z rozprawy).

W tym stanie rzeczy zarzut nieuprawniony.

V. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 22a ust. 1, ust. 2 i ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum Euvic i S&T, w przypadku kiedy treść oferty Konsorcjum Euvic i S&T nie odpowiada treści SIWZ, ponieważ dopiero po upływie terminu składania ofert Konsorcjum Euvic i S&T powołało się na okoliczność polegania na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów, podczas gdy zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów oraz inne dokumenty związane z udostępnieniem zasobów powinny być złożone przez Konsorcjum Euvic i S&T wraz z ofertą i nie mogą zostać uzupełnione na późniejszym etapie prowadzonego postępowania, a zatem doszło do istotnych zmian w treści oferty,

Jak powyżej w pkt IV. Przystępujący nie korzysta z zasobów podmiotu trzeciego co do wykazu osób.

Zarzut nieuprawniony.

Podsumowując, skoro żaden z zarzutów co do naruszenia przepisów PZP przez zamawiającego nie potwierdził się to odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) stosownie do jego wyniku, zgodnie z § 8 ust. 1 w zw. z § 5 pkt 2 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), zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000,00 złotych i zasądzając na rzecz zamawiającego od odwołującego koszty wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600.00zł. według faktury vat.

Przewodniczący:

.....