

WYROK
z dnia 17 grudnia 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 grudnia 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2020 roku przez wykonawcę **Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (02-326)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Okręgowe Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni (81-213)**

przy udziale wykonawcy **NetLand Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie (10-683)**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie w zakresie zarzutów:

- a. zaniechanie odtajnienia złożonych przez wykonawcę NetLand Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie (10-683): wykazu usług, referencji oraz wykazu osób, a także wyjaśnień sposobu obliczenia ceny,
- b. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy NetLand Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie (10-683), który nie złożył wyjaśnień ceny, z których wynika, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,
2. zaniechania wezwania wykonawcy NetLand Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie (10-683) do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. zobowiązania do udostępnienia zasobów przez Globe Of Things Sp. z o.o.

i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowienie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty wykonawcy NetLand Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie (10-683) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843); w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Okręgowe Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni (81-213)** i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (02-326)** tytułem wpisu od odwołania,
- 3.2. zasądza od zamawiającego **Okręgowego Przedsiębiorstwa Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni (81-213)** na rzecz wykonawcy **Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (02-326)** kwotę **18 600, 00 zł** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gdańsku.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Okręgowe Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. z Gdyni (dalej „zamawiający”) na „Usługę zdalnego odczytu układów pomiarowo - rozliczeniowych” wykonawca Orange Polska S.A. z Warszawy wniósł odwołanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Netland Sp. z o.o. (dalej „Netland”) oraz zaniechanie udostępnienia informacji, które nie zostały prawidłowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a także zaniechanie wykluczenia wykonawcy Netland z postępowania

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

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 8 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia następujących dokumentów i oświadczeń złożonych w postępowaniu przez Netland:
 - a. wykaz usług, referencje oraz wykazu osób, a w konsekwencji cała korespondencja w zakresie powyższych dokumentów pomimo, iż wykonawca ten w terminie określonym w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie wykazał, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a niezależnie od powyższego, złożone w późniejszym terminie wyjaśnienia nie potwierdzają, że wskazane wyżej dokumenty i oświadczenia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,
 - b. wyjaśnienia sposobu obliczenia ceny pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał, że dokument ten stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
2. art. 90 ust. 3, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Netland, który nie złożył wyjaśnień ceny, z których wynika, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,
3. art. 24 ust. 1 pkt 16), poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Netland z uwagi na wprowadzenie zamawiającego w błąd, przez tego wykonawcę, w wyniku rażącego niedbalstwa przy przedstawieniu informacji o spełnianiu warunków zamówienia w zakresie zdolności technicznej i zawodowej,
4. art. 24 ust. 1 pkt 17) poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Netland z uwagi na przedstawienie w wyniku niedbalstwa informacji wprowadzających zamawiającego w błąd, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, co do spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Netland,

5. ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutów nr 3 i 4, art. 26 ust. 3, poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu tj. zobowiązania Globe of Things (dalej „Globe”) oraz wykazu usług, a także dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług, a jeśli wykonawca Netland już był wzywany do uzupełnienia w zakresie usług zrealizowanych przez Globe (wykaz, zobowiązanie) i dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie,
6. w przypadku, gdy wykonawca Netland nie wskazał żadnej innej usługi jako potwierdzającej spełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu i był wzywany do uzupełnienia wykazu usług i dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie w odniesieniu do doświadczenia udostępnionego przez Globe (w przypadku braku możliwości uwzględnienia zarzutu nr 5 przez Krajową Izbę Odwoławczą), art. 24 ust 1 pkt 12), poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Netland z uwagi na to, że nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu,
7. art. 22a ust. 4 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. zobowiązania do udostępnienia zasobów przez Globe pomimo, iż złożone wraz z ofertą zobowiązanie do udostępnienia zasobów nie potwierdza, że zasoby te zostały w sposób skuteczny udostępnione, z uwagi na to, że nie wynika z niego, że Globe zrealizuje wszystkie usługi niezbędne do udostępnienia zdolności, a w konsekwencji, że wykonawca Netland nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. udostępnienia dokumentów i oświadczeń złożonych przez Netland, tj.: wykazu usług, referencji (dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług wskazanych w wykazie), wykazu osób oraz korespondencji dotyczącej tych dokumentów,
3. udostępnienia wyjaśnień sposobu obliczenia ceny złożonych przez Netland wraz z całą dotyczącą ich korespondencją,
4. odrzucenia oferty Netland z uwagi na złożenie wyjaśnień, z których nie wynikało, że zaofferowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia,
5. wykluczenia wykonawcy Netland z uwagi na wprowadzenie zamawiającego w błąd na skutek rażącego niedbalstwa przy podawaniu informacji o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i mogących mieć wpływ na czynności podejmowane przez zamawiającego,

6. wykluczenia wykonawcy Netland z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu,
7. wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. wykazu usług, dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług, w przypadku, jeśli żaden z zarzutów mogących skutkować odrzuceniem oferty nie potwierdzi się,
8. wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. zobowiązania do udostępnienia zasobów przez Globe, w przypadku, jeśli żaden z zarzutów mogących skutkować odrzuceniem oferty nie potwierdzi się.

Odwołujący wskazał, że art. 8 ust. 3 ustawy Pzp znalazł swoje odzwierciedlenie w treści SIWZ Rozdział 12.10, w którym zamawiający zastrzegł, że *„oferty składane w postępowaniu o zamówienie publiczne są jawne i podlegają udostępnieniu od chwili ich otwarcia, z wyjątkiem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeśli Wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert zastrzegł, że nie mogą one być udostępniane oraz wykazał, załączając stosowne wyjaśnienia, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”*.

W ocenie odwołującego zastrzeżenie informacji w wykazie usług dokonane przez Netland nie mogło być skuteczne, ponieważ:

1. zostało dokonane po terminie zawitym określonym w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp,
2. nie zostało wykazane, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zgodnie z wymogiem określonym w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że do oferty nie zostało załączone uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wykazu usług, dowodów potwierdzających ich należyte wykonanie oraz wykazu osób, a skoro tak, to niezależnie od tego, czy informacje te mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, czy i w jaki sposób chronił je wykonawca Netland, nie mogą zostać wyłączone spod zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zwrócił uwagę, że przedstawione po terminie uzasadnienie utajnienia tych dokumentów (w piśmie Netland z 09.10.2020 r.) nie spełnia wymogów „wykazania”, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa.

W odniesieniu do tego, że *„Informacje przedstawione w wykazie usług oraz osób bez wątplenia mają charakter organizacyjny, techniczny oraz technologiczny”* odwołujący wskazał, że uzasadnienie nawet nie rozróżnia rodzajów utajnianych informacji oraz ocenił, że

wykaz osób nie może stanowić informacji technicznej, ani technologicznej, bo nie wiąże się z metodami wytwarzania usług.

W ocenie odwołującego, choć niektóre informacje w wykazie usług mogą mieć taki charakter to na przykład już data wykonania, czy same liczby urzędzeń nie są informacją techniczną, czy technologiczną, stąd można mieć wątpliwość, czy mają one charakter techniczny technologiczny i organizacyjny.

Podniósł (w odniesieniu do: *„Opisują one w precyzyjny sposób szczegóły realizacji kontraktu, który jest z zasady objęty jest tajemnicą przedsiębiorstwa”*), że zamawiający w przedmiotowym postępowaniu, przynajmniej w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu nie wymagał przedstawienia żadnej koncepcji technicznej realizacji zamówienia. Uzupełnił, że jeśli stwierdzenie ma odnosić się do już zrealizowanego kontraktu, to podobnie nie każda z informacji w wykazie usług odnosi się do szczegółów realizacji kontraktu, jak np. data wykonania zamówienia, czy sama ilość urzędzeń.

Zwrócił uwagę (w odniesieniu do: *„Informacje ujawnione w ww. dokumentach są poufne, nigdy nie zostały upublicznione przez Wykonawcę, Nie zostały nigdy opublikowane na stronie internetowej Wykonawcy, w jakichkolwiek broszurach informacyjnych, materiałach reklamowych”*), że przepisy Pzp odwołują się, jeśli chodzi o tajemnicę przedsiębiorstwa do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Stwierdził, że nie wystarczy samo nieujawnienie informacji, nie może ona być łatwo dostępna dla osób zajmujących się danego rodzaju informacjami, do czego uzasadnienie się w ogóle nie odnosi.

W ocenie odwołującego w żaden sposób nie zostały wykazane negatywne skutki ujawnienia informacji, nie wspominając już o zróżnicowaniu skutków z uwagi na to, że zastrzeżone zostały różne informacje (w odniesieniu do: *„Zgodnie z polityką poufności Wykonawcy, informacje handlowe, organizacyjne, techniczne, określające „know-how” Wykonawcy stanowią ścisłą tajemnicę przedsiębiorstwa, a ujawnienie ich może wpłynąć negatywnie na działalność Wykonawcy”*).

Wskazał (w odniesieniu do: *„Wykonawca wyjaśnia również, iż podjął działania niezbędne, do zachowania poufności informacji zawartych w wyżej wymienionych dokumentach. Działania te polegają na stosowaniu się do wcześniej ustalonych wewnętrznych procedur dotyczących obiegu informacji, zgodnie z którymi dostęp do danych podlegających niniejszemu zastrzeżeniu .mają wyłącznie osoby odpowiedzialne za proces ofertowania”*), że nawet w tym ogólnym opisie nie zostały wyczerpane przesłanki wynikające z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podniósł, że działania zmierzające do zachowania informacji w tajemnicy muszą być nie tylko podjęte, ale podjęte z zachowaniem „należytej staranności”. Uzupełnił, że Netland powołuje się na procedury, ale nie wymienia nawet z tytułu regulaminów, polityk, czy innych dokumentów, które by te procedury wprowadzały, nie wspominając o załączeniu przynajmniej wyciągu z ich treści.

Stwierdził, że podobnie przedstawia się kwestia zobowiązania pracowników do zachowania poufności, te twierdzenia również opierają się na oświadczeniu wykonawcy i nie są poparte żadnymi dowodami.

Uznał, że skoro dokumenty nie zostały skutecznie utajnione powinna zostać uzupełniona również cała dotycząca nich korespondencja.

Odwołujący oświadczył, że nie kwestionuje praktyki polegającej na możliwości zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień sposobu obliczenia ceny pod warunkiem wykazania, że wyjaśnienia takie zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie odwołującego wymogowi takiemu nie sprostał Netland, ponieważ w wyjaśnieniach sposobu obliczenia ceny znalazła się jedynie następująca informacja:

„Ja niżej podpisany A. P., działając w imieniu i na rzecz Netland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, działając na podstawie art. 8 ust. 3 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych zastrzegamy dalszą część pisma, w której zawarte są informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. nr 153, poz. 1503 ze zm.) w związku z czym nie mogą one być ujawniane oraz nie mogą być udostępniane podmiotom trzecim.

Ponadto oświadczam, iż:

- 1. Utajnione przez naszą firmę informacje techniczne, technologiczne, handlowe, organizacyjne nie są powszechnie dostępne tzn. nie są publikowane w materiałach drukowanych bądź w Internecie, w związku z tym stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 z późn. zm.)*
- 2. Utajnienie tych danych nie ma na celu utrudnienia uczciwej konkurencji w przedmiotowym zamówieniu publicznym oraz nie dotyczy informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r, Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.]”*

W ocenie odwołującego oświadczenie to jest wadliwe, ponieważ:

- jest to jedynie oświadczenie bez elementu „wykazania”, zawiera jedynie informację o tym, że informacje w wyjaśnieniach ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,
- jedyne szczątkowe elementy wyjaśniające, z jakiego powodu te wyjaśnienia zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa znajdują się w punkcie, z którego wynika, że *„utajnione przez naszą firmę informacje techniczne, technologiczne, handlowe, organizacyjne nie są powszechnie dostępne tzn. nie są publikowane w materiałach drukowanych, bądź w Internecie, w związku z tym stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”* – opis ten wprost wskazuje, że nie zostały

spełnione względem nich wszystkie przesłanki, przede wszystkim nie zostały opisane żadne działania, które podjął wykonawca Netland z należytą starannością, aby ochronić te informacje, ani jakie informacje podlegają konkretnie utajnieniu i z jakiego powodu kwalifikują się one do kategorii informacji, które mogą zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący zwrócił uwagę, że skorzystanie z podwykonawcy samo w sobie nie jest tajemnicą przedsiębiorstwa (zwłaszcza, że taka informacja może znajdować się Formularzu Oferty, czy JEDZ), choć szczegółowe koszty jego udziału mogą już być taką informacją, podobnie jak oferta od dostawcy sprzętu, jeśli do wyjaśnień zostały załączone jakiegokolwiek dowody.

W ocenie odwołującego nie jest też możliwe, aby w wyjaśnieniach cała treść od pierwszego do ostatniego zdania stanowiła tajemnicę przedsiębiorstwa.

Podsumował, że oświadczenia we wstępie wyjaśnień ceny złożonych przez Netland nawet przy przyjęciu maksymalnie szerokiej definicji wykazania, że informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa nie sposób uznać za wystarczające.

Zajął stanowisko, że niedopuszczalne i nieskuteczne jest skierowane przez zamawiającego do Netland wezwanie do tego, aby potwierdził, że informacje w wyjaśnieniach ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zwłaszcza, że Netland w międzyczasie składał wyjaśnienia bez odpowiedniego uzasadnienia tajemnicy wyjaśnienia dwukrotnie.

Uznał, że skoro dokumenty te nie zostały skutecznie utajnione to powinna zostać udostępniona również cała dotycząca ich korespondencja.

Podniósł, że w piśmie z 30 września 2020 r. sam zamawiający stwierdził, że uzasadnienie tajemnicy w pismach dotyczących wyjaśnienia ceny nie spełnia wymogów z art. 8 ust. 3 Pzp, a następnie z 17 listopada 2020 r. wycofał się z tego stanowiska choć brak w międzyczasie korespondencji między zamawiającym a Netland – takie postępowanie narusza zarówno zasadę uczciwej konkurencji, przejrzystości, jak i jawności.

W odniesieniu do naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp odwołujący ocenił, że na podstawie dostępnej mu dokumentacji postępowania możliwe jest ustalenie, że złożone przez Netland wyjaśnienia ceny nie potwierdzały, że cena oferty nie jest rażąco niska, co samo w sobie stanowi przesłankę odrzucenia oferty z uwagi na to, że to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zdaniem odwołującego w oparciu o złożone wyjaśnienia zamawiający nie mógł uznać, że cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, ponieważ:

- nie były potwierdzone dowodami, a bez tych dowodów zamawiający nie mógł ocenić, czy cena oferty jest rażąco niska (brak jakichkolwiek załączników do pierwszej odpowiedzi Netland),
- jeśli dowody byłyby w pierwotnych wyjaśnieniach, to zamawiający nie dokonywałby kolejnego wezwania w piśmie z września 2020 r., w którym zwrócił się z żądaniem:

„W odpowiedzi na pismo Państwa z dnia 19.08.2020 r. Zamawiający wzywa na podstawie przepisu art 90 ust. 1a pkt 1) w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia uzupełniających wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia elementów ceny oferty, w odniesieniu do punktów pisma Państwa”

Odwołujący uznał, że o ile można uznać uzupełniające wyjaśnienia za dopuszczalne, jako doprecyzowanie treści znajdującej się w pierwszym dokumencie, o tyle nie można uznać, że dopuszczalne jest składanie dowodów na kolejne wezwanie – dowody potwierdzające tezy z pierwszych wyjaśnień powinny być znaleźć się przy pierwszych wyjaśnieniach, a to o co mógłby zwrócić się zamawiający to wyjaśnienie treści już złożonych dowodów, jeśli miałby co do nich wątpliwości albo byłyby one dla niego niezrozumiałe.

Podniósł, że składanie nowych dowodów oznaczałoby wyjaśnianie ceny od nowa, a nie udzielanie dodatkowych informacji do już złożonych wyjaśnień, co nie jest dopuszczalne w świetle ustawy Pzp.

Uzupełnił, że dowody dla wyjaśnień w przedmiotowym postępowaniu są o tyle istotne, że wiążą się między innymi z kwestiami zakupu sprzętu, który w przedmiotowym postępowaniu stanowił istotną część kosztów oraz ewentualnego udziału podwykonawców w realizacji zamówienia oraz, że kwestia podwykonawców jest drugim argumentem, który przemawia za tym, że pierwsze wyjaśnienia były niekompletne – zgodnie z treścią wezwania do wyjaśnienia ceny wykonawca Netland miał wyjaśnić między innymi koszty związane z udziałem podwykonawców, jednakże w tym samym piśmie, w którym zamawiający wzywa wykonawcę Netland do złożenia uzupełniających wyjaśnień ceny z 2 września 2020 r. zamawiający zwraca się o wyjaśnienie, czy w zakresie transmisji danych będzie korzystał z operatora jako podwykonawcy, czy też sam jest przedsiębiorcą komunikacyjnym, co prowadzi do wniosku, że jeśliby podwykonawstwo było uwzględnione w pierwotnych wyjaśnieniach i byłyby one kompletne, to pytanie zamawiającego nie byłoby konieczne, lub zostałyby w inny sposób sformułowane, jeśli natomiast w pierwotnych wyjaśnieniach nie była podana kwestia podwykonawstwa w zakresie transmisji danych, to nie mogło to zostać uzupełnione w kolejnych wyjaśnieniach, bo oznaczałoby nie doprecyzowywanie już złożonych wyjaśnień, lecz wyjaśnianie ceny na nowo – wiązałoby się to z koniecznością uwzględnienia podwykonawstwa w zakresie transmisji danych w sposobie kalkulacji ceny, który, na co wskazuje treść wezwania z 2 września 2020 r., pierwotnie nie został uwzględniony.

W odniesieniu do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) ustawy Pzp odwołujący stwierdził, że obydwie przesłanki zachodzą względem wykonawcy Netland, ponieważ:

- jeśli chodzi o zdolność techniczną i zawodową wykonawca Netland powołał się na zasoby podmiotu Globe (w zobowiązaniu podmiot oświadcza, że udostępnia doświadczenie zdobyte w realizacji zadania „*polegającego na wdrożeniu systemu zdalnego odczytu oraz świadczeniu usługi zdalnego odczytu, obejmującej ponad 1000 urządzeń z czego ponad 500 to ciepłomierze, realizowanego na rzecz podmiotu z branży ciepłowniczej, tj. Celsius Sp. z o.o., ul. 11 Listopada 7, 26- 110 Skarżysko - Kamienna*”) – odwołujący nie ma wiedzy na temat tego, jakiego zadania dotyczy wskazana usługa, jednak spółka Celsius na swojej stronie internetowej w zakładce „*Dla Dostawcy*” zamieszcza informacje o zamówieniach już rozstrzygniętych, ogłoszonych i unieważnionych i ze wskazanych tam projektów jedno zamówienie swoim przedmiotem jest zbliżone do zamówienia w przedmiotowym postępowaniu – „*Wykonanie telemetrii układów pomiarowych dla systemu ciepłowniczego w Grójcu*”.

Stwierdził, że zadanie to nie odpowiada opisowi warunku udziału w postępowaniu, a także opisowi wskazanemu w zobowiązaniu, ponieważ:

- system obejmował 139 liczników ciepła już zainstalowanych, 38 nowych liczników ciepła, 87 wodomierzy wody uzupełniającej, 42 wodomierzy wody zimnej, a zatem łącznie 306 urządzeń, w tym jedynie 177 ciepłomierzy,
- zamówienie zostało udzielone wykonawcy Landis+Gyr Sp. z o.o. i jest ono świadczone poprzez chmurę obliczeniową Globe, wobec czego nie jest możliwe twierdzenie, że Globe sam to zamówienie wykonał; Globe jest jedynie podwykonawcą w usłudze zdalnego odczytu (nie świadczy samej transmisji danych), dane są przekazywane do rozwiązania chmurowego Globe, nazwanego GlobeOMS.

Dowód: informacje ze strony spółki Celsius Sp. z o.o., SIWZ oraz informacja o wyborze oferty Landis+Gyr Sp. z o.o. (postępowanie nr 23, SIWZ z 24.03.2016 r.)

Uzupełnił, że na to, że doświadczenie odnosi się do wykorzystania rozwiązania GlobeOMS wskazuje pośrednio treść wezwania zamawiającego do wyjaśnienia wykazu osób z 19 października 2020 r.

Co do Celsius Sp. z o.o. stwierdził, że na przestrzeni kilku ostatnich lat mogło przybyć w Grójcu około 20 do 30 węzłów więc dalej liczba nie przekracza 200 ciepłomierzy.

Podsumował, że wykonawca Netland wykazał się rażącym niedbalstwem, powołując się na doświadczenie Globe, nie weryfikując tego, jaki jest zakres prac w rzeczywistości wykonanych przez Globe, co –wedle odwołującego – ma tym bardziej rażący charakter, że spółki Netland i Globe są ze sobą powiązane (relacja między Netland i Globe ma charakter finansowy – jedynym wspólnikiem spółki Globe jest Netland, a także osobowo, poprzez

osobę Prezesa Zarządu, którym zarówno w Netland, jak i Globe jest A. P., a nawet mają ten sam adres siedziby ul. Władysława Trylińskiego 16 w Olsztynie).

Uznał, że w takich okolicznościach ustalenie zakresu rzeczywistych prac wykonanych przez Globe na rzecz Celsiusum wymagało jedynie zwykłej staranności, a nie szczególnej staranności.

Stwierdził, że nawet gdyby przyjąć, że nie ma możliwości pozyskania informacji od Globe (co należy w okolicznościach sprawy uznać za nieprawdopodobne) to wykonawca Netland powinien był się zwrócić do odbiorcy Celsiusum Sp. z o.o. o uzyskanie przedmiotowych informacji.

Wskazał, że czynności wykonawcy powinny być oceniane przez pryzmat należytej staranności, który to miernik staranności podlega podwyższeniu na podstawie art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego; w przypadku podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą należyta staranność określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności, co należy odnieść także do podmiotu ubiegającego się o zamówienie publiczne (art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp).

Wskazał, że wykonawca składający oświadczenia i dokumenty jest obowiązany co najmniej upewnić się, że nie zawierają one informacji nieprawdziwych, złożenie oświadczeń i dokumentów zawierających informacje nieprawdziwe w odniesieniu do profesjonalisty należy zakwalifikować jako rażące niedbalstwo, zwłaszcza, że w okolicznościach sprawy dla wykonawcy Netland uzyskanie tych informacji było szczególnie ułatwione.

Podsumował, że wykonawca Netland na skutek rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego, przedstawiając informacje, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jednocześnie na skutek niedbalstwa (rażącego) przedstawił informacje mogące wprowadzać w błąd zamawiającego mogące mieć wpływ na czynności podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, ponieważ za takie informacje należy uznać informacje na temat spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Uzupełnił, że zamawiający ma obowiązek wykluczyć wykonawcę na skutek podania informacji wprowadzających w błąd, chociażby spełniał warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący zwrócił uwagę, że doświadczenie udostępnione przez Globe nie jest wystarczające do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, stąd jeśli wykonawca Netland nie przedstawił w wykazie usług żadnej innej usługi, zamawiający winien wezwać do uzupełnienia wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usług wykonanymi przez Netland lub Globe na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp; jeśli wykonawca Netland był już wzywany do uzupełnienia wykazu usług oraz referencji w zakresie doświadczenia wykazanego przez Globe i nie posiada własnego doświadczenia

potwierdzającego spełnianie warunków udziału, to zamawiający powinien był wykluczyć z postępowania wykonawcę Netland, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do doświadczenia.

W odniesieniu do naruszenia art. 22a ust. 4 ustawy Pzp odwołujący wskazał, że aby zasoby zostały w sposób skuteczny udostępnione podmiot udostępniający musi wykonać usługi, które odpowiadają udostępnianym usługom.

Podniósł, że udostępnienie zasobów przez Globe jest nieskuteczne i wymaga wezwania do uzupełnienia, ponieważ Globe udostępnia zasoby w postaci doświadczenia: *„polegającego na wdrożeniu systemu zdalnego odczytu oraz świadczeniu usługi zdalnego odczytu, obejmującej ponad 1000 urządzeń z czego ponad 500 to ciepłomierze, realizowanego na rzecz podmiotu z branży ciepłowniczej, tj. Celsius Sp. z o.o., ul. 11 Listopada 7, 26-110 Skarżysko - Kamienna”*, z czego wynika, że udostępnienie dotyczy usług: wdrożenia systemu zdalnego odczytu i świadczenia usługi zdalnego odczytu, a z treści zobowiązania wynika zakres podwykonawstwa Globe: *„podwykonawstwo w zakresie dostawy licencji systemu zdalnego odczytu, nadzoru w projekcie oraz wspierania procesu wdrożenia systemu zdalnego odczytu”*.

Ocecił, że z zakresu prac wynika, że Globe nie będzie świadczył usługi zdalnego odczytu, nie wdroży systemu zdalnego odczytu, a jedynie dostarczy dla tego systemu licencje, będzie wykonywał ogólnie określony nadzór i wspierał proces wdrożenia systemu zdalnego odczytu.

Podniósł, że taki zakres udziału Globe w realizacji zamówienia należy uznać za niewystarczający do przekazania doświadczenia, o którym mowa w zobowiązaniu stąd zamawiający winien wezwać wykonawcę do uzupełnienia prawidłowego zobowiązania.

Stwierdził, że jest to tym bardziej istotne w kontekście zarzutu nr 2 – zgodnie z wezwaniem do wyjaśnienia ceny wykonawca Netland powinien był przedstawić informacje o podwykonawcach i kosztach związanych z realizacją zamówienia przy ich udziale; jeśli pierwotne wyjaśnienia przewidywały odpowiedni zakres prac Globe, to na skutek treści samych wyjaśnień ceny zamawiający winien był podjąć decyzję o uzupełnieniu zobowiązania Globe, gdyż treść pierwotnych wyjaśnień ceny wskazywałaby na niewłaściwy zakres podwykonawstwa w zobowiązaniu do udostępniania zasobów złożonym przez Globe, jeśli zaś w pierwotnych wyjaśnieniach ceny nie został uwzględniony właściwy zakres podwykonawstwa, to oznacza, że wyjaśnienia nie mogły potwierdzać, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, bo nie odnosiły się do wszystkich kosztów ponoszonych przez Netland z uwagi na udział Globe jako podwykonawcy (wymagany szerszy zakres prac); zmiana

kosztów, czy wskazanego zakresu prac Globe na tym etapie będzie oznaczać kolejną zmianę wyjaśnień ceny niedopuszczalną w świetle art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta CD) przy piśmie z dnia 2 grudnia 2020 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, a także oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, czego zamawiający i przystępujący nie kwestionowali.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania odtajnienia złożonych w postępowaniu przez Netland:

- a) wykazu usług, referencji oraz wykazu osób, a w konsekwencji całej korespondencji w zakresie powyższych dokumentów pomimo, iż wykonawca ten w terminie określonym w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie wykazał, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a niezależnie od powyższego, złożone w późniejszym terminie wyjaśnienia nie potwierdzają, że wskazane wyżej dokumenty i oświadczenia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,
- b) wyjaśnień sposobu obliczenia ceny pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał, że dokument ten stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Wykaz wykonanych usług, Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, List referencyjny

Przystępujący, jako załączniki do pisma z 9 października 2020 r., będącego odpowiedzią na wezwanie zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp z dnia 30 września 2020 r., przekazał zamawiającemu m.in. Wykaz wykonanych usług (zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ), dowody określające czy usługa została wykonana należycie – List referencyjny od Celsius Sp. z o.o. z 30 czerwca 2020 r. oraz Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia (zgodnie z załącznikiem nr 6 d SIWZ).

Przystępujący zastrzegł treść ww. załączników, uzasadniając: *„Informacje (...) bez wątplenia mają charakter organizacyjny, techniczny oraz technologiczny. Opisują one w precyzyjny sposób szczegóły realizacji kontraktu, który jest z zasady objęty jest tajemnicą przedsiębiorstwa. Przedstawione informacje są poufne, nigdy nie zostały upublicznione przez Wykonawcę. Nie zostały nigdy opublikowane na stronie internetowej Wykonawcy, w jakichkolwiek broszurach informacyjnych, materiałach reklamowych. Zgodnie z polityką poufności Wykonawcy, informacje handlowe, organizacyjne, techniczne, określające „know-how” Wykonawcy stanowią ścisłą tajemnicę przedsiębiorstwa, a ujawnienie ich może wpłynąć negatywnie na działalność Wykonawcy. Wykonawca wyjaśnia również, iż podjął działania niezbędne, do zachowania poufności informacji zawartych w wyżej wymienionych dokumentach. Działania te polegają na stosowaniu się do wcześniej ustalonych wewnętrznych procedur dotyczących obiegu informacji, zgodnie z którymi dostęp do danych podlegających niniejszemu zastrzeżeniu mają wyłącznie osoby odpowiedzialne za proces ofertowania. Wykonawca ma wdrożone szczególne procedury związane z przygotowaniem i składaniem ofert oraz wyjaśnień ich dotyczących. Poza procedurami organizacyjnym obejmują one również zasady poufności jakie muszą zostać zachowane w trakcie procesu przygotowania oferty i podczas jej składania, jak również podczas składania wyjaśnień z nią związanych. Wszystkie osoby zaangażowane w przygotowanie oferty zobowiązane są do zachowania w poufności informacji dotyczących, w szczególności, samego faktu jej sporządzania, informacji w niej wskazanych oraz, co istotne, ceny oraz metodyki realizacji umowy.”*

Pismem z dnia 19 października 2020 r. zamawiający wezwał przystępującego, powołując się na art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień co do Wykazu wykonanych usług oraz Wykazu osób.

Przystępujący złożył wyjaśnienia pismem z 21 października 2020 r., zastrzegając ich treść. Treść uzasadnienia zastrzeżenia jest tożsama z treścią uzasadnienia z dnia 9 października 2020 r.

Pismem z dnia 30 października 2020 r. zamawiający wezwał przystępującego, ponownie powołując się na art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień co do Wykazu wykonanych usług oraz Wykazu osób.

Przystępujący złożył wyjaśnienia pismem z 6 listopada 2020 r., zastrzegając ich treść. Treść uzasadnienia zastrzeżenia jest tożsama z treścią uzasadnienia z dnia 9 i 21 października 2020 r.

Wyjaśnienia sposobu obliczenia ceny

Pismem z dnia 13 sierpnia 2020 r. zamawiający, powołując się na art. 90 ust. 1a pkt 1) w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał przystępującego do udzielenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty, zacytował przepis art. 90 ust. 1 pkt 1) – 5) ustawy Pzp.

Przystępujący złożył wyjaśnienia pismem z dnia 19 sierpnia 2020 r., zastrzegając ich treść. W uzasadnieniu napisał: *„Ja niżej podpisany A. P., działając w imieniu i na rzecz NetLand Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, działając na podstawie art. 8 ust. 3 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych zastrzegamy dalszą część pisma, w której zawarte są informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. nr 153, poz. 1503 ze zm.) w związku z czym nie mogą one być ujawniane oraz nie mogą być udostępniane podmiotom trzecim.*

Ponadto oświadczam, iż :

- 1. Utajnione przez naszą firmę informacje techniczne, technologiczne, handlowe, organizacyjne nie są powszechnie dostępne tzn. nie są publikowane w materiałach drukowanych bądź w Internecie, w związku z tym stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 z późn. zm.)*
- 2. Utajnienie tych danych nie ma na celu utrudnienia uczciwej konkurencji w przedmiotowym zamówieniu publicznym oraz nie dotyczy informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.]”*

Pismem z dnia 2 września 2020 r. zamawiający, ponownie powołując się na art. 90 ust. 1a pkt 1) w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał przystępującego do udzielenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia elementów ceny oferty.

Przystępujący złożył wyjaśnienia pismem z 9 września 2020 r., zastrzegając ich treść. Treść uzasadnienia zastrzeżenia jest tożsama z treścią uzasadnienia z dnia 19 sierpnia 2020 r.

Pismem z dnia 15 września 2020 r. zamawiający, powołując się na art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących pism: z 19 sierpnia 2020 r. i 9 września 2020 r. – „*wyjaśnień dotyczących utajnienia treści obu złożonych pism.*”

Przystępujący odpowiedział na wezwanie pismem z 17 września 2020 r.

Pismem z dnia 30 września 2020 r. zamawiający, przedstawiając swoją argumentację oraz powołując orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, poinformował przystępującego, że zastrzeżenia przystępującego nie spełniają wymogów, o których mowa w przepisie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oraz, że przystępujący „*całkowicie zaniechał uzasadnienia, dlaczego zastrzegane informacje posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa*” – „*przypadek dopuszczalności wyjaśnienia niejasności nie ma miejsca w sprawie*”.

Pismem z dnia 17 listopada 2020 r. zamawiający poinformował przystępującego, że „*po ponownej analizie złożonych w postępowaniu wyjaśnień, pomimo sformułowania przez Zamawiającego wątpliwości w piśmie z dnia 30.09.2020 r. nr (...), uznaje, że zastrzeżenie przez Państwa tajemnicy treści dokumentów dotyczących rażąco niskiej ceny, jest skuteczne na gruncie przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.*”

Zamawiający, co nie było sporne, nie udostępnił odwołującemu złożonych przez przystępującego: wykazu usług, referencji, wykazu osób oraz korespondencji w zakresie powyższych dokumentów, a także wyjaśnień sposobu obliczenia ceny.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Wykaz wykonanych usług. Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia. List referencyjny oraz Wyjaśnienia sposobu obliczenia ceny

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp „*Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.*” Zgodnie zaś z art. 8 ust. 3 ustawy 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.*”

Przepis art. 8 ust. 1 ustawy Pzp ustanawia jedną z zasad udzielania zamówień publicznych, jaką jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia, która gwarantuje

transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odstępstwo od tej zasady, zgodnie z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp („*Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.*”) może zostać ograniczone tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2019 r. poz. 1010 ze zm.), do której odwołuje się art. 8 ust. 3 ustawy Pzp 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.

Wobec wskazanego rozumienia tajemnicy przedsiębiorstwa przyjmuje się, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełniają łącznie trzy warunki:

1. mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadają wartość gospodarczą,
2. informacje te 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,
3. podjęto w stosunku do nich działania w celu zachowania poufności.

W świetle brzmienia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie może budzić wątpliwości, że ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który określone informacje zastrzega.

Sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do „wykazania”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć jako obowiązek „dowiedzenia”, że informacje te mają właśnie taki charakter. Na pewno nie może oznaczać prezentacji przez wykonawcę jedynie własnych ocen i głośłownych twierdzeń, ponieważ w takim przypadku ustawodawca poprzestałby na nałożeniu na wykonawcę jedynie obowiązku zastrzeżenia informacji.

Uzupełniająco wskazać należy, że jawność postępowania jest zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli ma pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania, a wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione

i udowodnione. Złożenie gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia.

Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorących udział w postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji zawartych w ofertach w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznałoby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania, stając się zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

To przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia działań, które zapewnią ochronę informacji przed upowszechnieniem, a ściślej – przed ujawnieniem. I to działanie przedsiębiorcy musi doprowadzić do powstania warunków stwarzających duże prawdopodobieństwo, że informacja pozostanie nieujawniona.

Dopóki sam przedsiębiorca, nie podejmie działań bezpośrednio zmierzających do zachowania danych informacji w poufności, nie można mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Rola zamawiającego sprowadza się wyłącznie do oceny zasadności zastrzeżenia, tj. czy wykonawca – już w momencie zastrzegania informacji – wykazał, że stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający nie może ani zastępować wykonawcy (np. poprzez własną kwalifikację, na podstawie treści dokumentów zawierających informacje zastrzegane, że określona informacja ma charakter organizacyjny, techniczny czy inny), ani kierować do zastrzegającego informacje wykonawcy dodatkowe zapytania lub żądania wyjaśnień co do powodów zastrzegania informacji – zamawiający w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma stać na straży zasad w nim obowiązujących w tym zasady jawności postępowania.

Wykaz wykonanych usług, Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, List referencyjny.

Uwzględniając powyższe, uznać należy, że wyłączną podstawą oceny skuteczności dokonywanego przez przystępującego zastrzeżenia informacji w Wykazie usług, Liście referencyjnym i Wykazie osób może być uzasadnienie zawarte w piśmie przystępującego z 9 października 2020 r., do którego przystępujący załączył wskazane dokumenty.

Odnosząc się do stanowiska odwołującego, iż już w ofercie przystępujący miał obowiązek zawrzeć uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wykazu usług, dowodów potwierdzających ich należyte wykonanie oraz wykazu osób (str. 4 odwołania ostatni akapit), pomimo, iż dokumenty te składał na wezwanie zamawiającego (po upływie terminu składania ofert) skład orzekający Izby wskazuje, że choć przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp określa termin, do upływu którego wykonawca ma możliwość zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa (termin składania ofert lub, dla dokumentów stanowiących o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu, termin składania wniosków) to termin ten jest właściwy dla tych dwóch przypadków (składania dokumentów składających się na ofertę oraz dokumentów składających się na wniosek o dopuszczenie udziału w postępowaniu – dokumentów składających się nań w momencie ich składania). Przepis nie reguluje innych przypadków, jednak – zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej – ratio legis tego przepisu przemawia za możliwością zastrzeżenia przez wykonawcę informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa na późniejszym etapie postępowania, gdy informacje te będą przekazywane zamawiającemu; uznać należy, że wykonawcy przysługuje prawo do zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa określonych informacji na każdym etapie postępowania, jeśli tylko wykaze, że określone informacje mogą korzystać z takiej ochrony – w szczególności możliwe jest zastrzeżenie informacji składanych wraz ze składaniem czy uzupełnieniem dokumentów podmiotowych, składaniem wyjaśnień dotyczących treści oferty, rażąco niskiej ceny lub kosztu.

Przystępujący zastrzegł Wykaz wykonanych usług oraz List referencyjny, a także Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, tj. dokumenty, które mają potwierdzać, że wykonawca spełnia postawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Zastrzegając, jawne co do zasady wynikającej z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, informacje zawarte we wskazanych dokumentach, pozbawił innych uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców możliwości weryfikacji czynności zamawiającego, polegającej na uznaniu, że przystępujący warunki udziału w postępowaniu spełnia.

W ocenie składu orzekającego Izby przystępujący nie wykazał, jak wymaga przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, że informacje w ww. dokumentach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Podkreślić w pierwszej kolejności należy, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełniają łącznie trzy ww. warunki. Oznacza to, że jeżeli wykonawca nie wykaze, że informacje nie spełniają choćby jednego z warunków nie mogą zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa.

W piśmie z 9 października 2020 r. przystępujący, uzasadniając dokonywane zastrzeżenie stwierdził, że *„Informacje przedstawione w wykazie usług oraz osób bez wątplenia mają charakter organizacyjny, techniczny oraz technologiczny. Opisują one (...)”* nawet nie objął uzasadnieniem trzeciego z dokumentów, tj. listu referencyjnego składanego jako dowód na potwierdzenie, że usługa została wykonana należycie – porzekał na wskazaniu wykazu usług oraz osób, zawężając tym samym uzasadnienie do dwóch z trzech zastrzeganych dokumentów.

Już z tego względu uznać należy bezskuteczność zastrzeżenia w zakresie informacji zawartych w Liście referencyjnym.

W odniesieniu do Wykazu usług i Wykazu osób dostrzec należy, że choć w dokumentach tych przystępujący nie ujął informacji tożsamy, to tak właśnie je potraktował, nie różnicując uzasadnienia adekwatnie do różnych informacji z tych dokumentów, przerzucając na zamawiającego poszukiwanie, która część uzasadnienia, których informacji, z którego wykazu dotyczy. Nie wypełnia to ciążącego na przystępującym obowiązku wykazania, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odnosząc się dodatkowo do treści uzasadnienia w piśmie z 9 października 2020 r. w części dotyczącej charakteru zastrzeganych informacji skład orzekający Izby zauważyła, przystępujący zawarł tam jedynie ocenę własną (*„Informacje (...) bez wątplenia mają charakter organizacyjny, techniczny oraz technologiczny.”*), nie dając zamawiającemu żadnych podstaw do weryfikacji oceny przystępującego.

Przystępujący zawarł także jedynie własną ocenę, że informacje *„Opisują one w precyzyjny sposób szczegóły realizacji kontraktu, który jest z zasady objęty jest tajemnicą przedsiębiorstwa.”*, nie prezentując w ogóle podstaw przyjęcia, że kontrakt jest objęty tajemnicą przedsiębiorstwa.

Uwzględniając powyższe, nie można uznać, że przystępujący wykazał, że jakiegokolwiek informacje ujęte w Wykazie usług i Wykazie osób mają wymagający ochrony charakter (niezależnie od wystąpienia lub nie pozostałych dwóch warunków).

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że przystępujący nie wykazał przy tym, iż w stosunku do zastrzeżonych informacji podjął działania w celu zachowania ich poufności.

Przystępujący twierdził, że *„(...) Zgodnie z polityką poufności Wykonawcy, informacje handlowe, organizacyjne, techniczne, określające „know-how” Wykonawcy stanowią ścisłą tajemnicę przedsiębiorstwa, a ujawnienie ich może wpłynąć negatywnie na działalność Wykonawcy. Wykonawca wyjaśnia również, iż podjął działania niezbędne, do zachowania poufności informacji zawartych w wyżej wymienionych dokumentach. Działania te polegają na stosowaniu się do wcześniej ustalonych wewnętrznych procedur dotyczących obiegu*

informacji, zgodnie z którymi dostęp do danych podlegających niniejszemu zastrzeżeniu mają wyłącznie osoby odpowiedzialne za proces ofertowania. Wykonawca ma wdrożone szczególne procedury związane z przygotowaniem i składaniem ofert oraz wyjaśnień ich dotyczących. (...)”

Z powyższego wynika, że przystępujący, dokonując zastrzeżenia, powoływał się na konkretne dokumenty (procedury wewnętrzne) wobec czego co najmniej dziwi fakt, że ich nie złożył wraz z Wykazami. I choć wykonawca nie zawsze będzie mógł powołać się na konkretne dowody w postaci dokumentów to w rozpoznawanym przypadku nic nie stało na przeszkodzie, by przystępujący złożył ich kopie. Brak jakichkolwiek dowodów czyni dokonane zastrzeżenie nieskutecznym.

Wyjaśnienia sposobu obliczenia ceny

W odniesieniu do złożonych przez przystępującego przy piśmie z 19 sierpnia 2020 r. wyjaśnień sposobu obliczenia ceny i uzasadnienia zastrzeżenia informacji ujętych w tychże wyjaśnieniach skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że przystępujący nie wykazał, że wyjaśnienia zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Abstrahując od lakoniczności uzasadnienia, skład orzekający Izby wskazuje, że przystępujący nie wskazał nawet, które konkretnie informacje w ramach złożonych wyjaśnień mają charakter techniczny, które technologiczny, które organizacyjny przedsiębiorstwa lub które posiadają wartość gospodarczą, a przez to wymagają ochrony, niezależnie od spełnienia innych warunków zachowania ich w poufności.

Przesądza to, wobec konieczności łącznego spełnienia warunków co do uznania określonych informacji za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, o uznaniu bezskuteczności dokonanego zastrzeżenia.

Na marginesie skład orzekający Izby zauważa labilność stanowiska zamawiającego, który pismem z dnia 30 września 2020 r. ocenił zastrzeżenie przystępującego za bezskuteczne, zaś pismem z 17 listopada 2020 r. za skuteczne, nie prezentując przy tym żadnej argumentacji, która skłoniła zamawiającego do zajęcia stanowiska przeciwnego pierwotnemu.

Biorąc powyższe pod uwagę, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się potwierdził, nie nakazując jednak zamawiającemu udostępnienia odwołującemu dokumentów z tego względu, iż wobec nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty przystępującego, informacje te nie mogą już być przydatne dla odwołującego w celu weryfikacji prawidłowości czynności zamawiającego, polegającej na wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Netland, który nie złożył wyjaśnień ceny, z których wynika, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, czym zamawiający naruszył art. 90 ust. 3 ustawy Pzp potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Pismem z dnia 13 sierpnia 2020 r. zamawiający, powołując się na art. 90 ust. 1a pkt 1) w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał przystępującego do udzielenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty, zacytował przepis art. 90 ust. 1 pkt 1) – 5) ustawy Pzp.

Przystępujący, odpowiadając na wezwanie zamawiającego z 13 sierpnia 2020 r., złożył pięciostronicowe pismo z 19 sierpnia 2020 r., zastrzegając, że zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

W pkt. 6) pisma z 19 sierpnia 2020 r. dotyczącym dostawy urządzeń telemetrycznych przystępujący podał ich wycenę oraz oświadczył, że posiada „*dostęp do kanałów dystrybucji wymaganych modułów prze co mógł przeprowadzić rzetelną wycenę oferowanego sprzętu*”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Podana przez przystępującego w pkt. 6) pisma z 19 sierpnia 2020 r. wycena urządzeń telemetrycznych – modułów oraz adapterów stanowi znaczącą – w kontekście całkowitej ceny ofertowej przystępującego (także wartości netto opcji minimum) – wartość.

Skoro, co trafnie wyartykułował sam przystępujący, niezbędnym dla przeprowadzenia rzetelnej wyceny oferowanego sprzętu jest dostęp do kanałów dystrybucji, a zatem zakup tego sprzętu to niezbędnym dla przeprowadzenia przez zamawiającego weryfikacji ceny pod kątem jej rażąco niskiego charakteru (przy nałożonym przepisem art. 90 ust. 2 ustawy Pzp na wezwanego do złożenia wyjaśnień wykonawcę obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu) jest złożenie dokumentów (np. oferty zakupu, faktur zakupu, umowy na zakup) potwierdzających przyjęte przez wykonawcę w kalkulacji ceny zakupu urządzeń.

O ile skład orzekający Izby nie podziela stanowiska, że w każdym przypadku, niezależnie od treści składanych wyjaśnień, brak załączników do wyjaśnień (dowodów) oznacza, że zamawiający nie może ocenić, czy cena oferty jest czy nie jest rażąco niska, to w rozpoznawanej sprawie dowody takie uznać należy za niezbędne, ponieważ przystępujący musi dokonać zakupu urządzeń telemetrycznych od innego podmiotu, stąd przyjęcie właściwej ich wyceny, tym bardziej wobec faktu, że stanowią one istotną część kosztów realizacji zamówienia, jest kluczowe dla oceny całkowitej ceny oferty.

Zamawiający, nie precyzując w wezwaniu z 13 sierpnia 2020 r. zakresu oczekiwanych wyjaśnień pozostawił wykonawcy swobodę co do ich zawartości. Nie zwalnia to jednak wykonawcy z obowiązku składania wyjaśnień w tym dowodów w każdym przypadku, gdy treść wyjaśnień złożenie takich dowodów uzasadnia.

Powyższe przesądza o konieczności uznania, że przystępujący nie złożył wyjaśnień w tym dowodów, które pozwalają na przyjęcie, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej (nie wykazał rzetelności wyceny zakupu urządzeń telemetrycznych), co uzasadnia odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp bez względu na dalsze składane wyjaśnienia (także nie poparte dowodami w szczególności w zakresie rzetelności wyceny urządzeń telemetrycznych).

Zarzuty:

- zaniechanie wykluczenia wykonawcy Netland z uwagi na wprowadzenie zamawiającego w błąd, przez tego wykonawcę, w wyniku rażącego niedbalstwa przy przedstawieniu informacji o spełnianiu warunków zamówienia w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, czym zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp,
- zaniechania wykluczenia wykonawcy Netland z uwagi na przedstawienie w wyniku niedbalstwa informacji wprowadzających zamawiającego w błąd, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, co do spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Netland, czym zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp,
- zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. zobowiązania Globe of Things oraz wykazu usług, a także dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług, czym zamawiający naruszył przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,
- zaniechania wykluczenia wykonawcy Netland z uwagi na to, że nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, czym zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp

nie potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z SIWZ (pkt 6.2) „Wykonawca winien posiadać doświadczenie w wykonaniu, a w przypadku świadczeń ciągłych również wykonywaniu (dotyczy „usługi zdalnego odczytu”), w okresie ostatnich 6 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednego zadania realizowanego na rzecz tego samego odbiorcy w branży ciepłowniczej polegającego na

„wdrożeniu SYSTEMU” i świadczeniu przez minimum 12 miesięcy „usługi zdalnego odczytu” w ramach „wdrożonego SYSTEMU” obejmującej minimum 1000 urządzeń do odczytu CIEPŁOMIERZY i WODOMIERZY (gdzie przynajmniej 500 urządzeń do odczytu to CIEPŁOMIERZE). (...)

Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że: w okresie ostatnich 6 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał, a w przypadku świadczeń ciągłych również wykonywał (dotyczy „usługi zdalnego odczytu”), co najmniej jedno zadanie na rzecz tego samego odbiorcy w branży ciepłowniczej polegające na „wdrożeniu SYSTEMU” i świadczeniu przez minimum 12 miesięcy „usługi zdalnego odczytu” w ramach „wdrożonego SYSTEMU” obejmującego minimum 1000 urządzeń do odczytu CIEPŁOMIERZY i WODOMIERZY (gdzie przynajmniej 500 urządzeń do odczytu to CIEPŁOMIERZE).

Na wezwanie zamawiającego z dnia 30 września 2020 r. przystępujący, przy piśmie z dnia 9 października 2020 r. złożył Wykaz wykonanych usług oraz List referencyjny, zastrzegając, że zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 19 października 2020 r. zamawiający, powołując się na art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień Wykazu wykonanych usług, uzasadniając, że podane w Wykazie informacje we wskazanych zakresach „*brak jednoznacznych informacji*”.

Przystępujący udzielił wyjaśnień w piśmie z dnia 21 października 2020 r., zastrzegając, że zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

W piśmie z dnia 30 października 2020 r. zamawiający przedstawił swoje dotychczasowe ustalenia i wezwał przystępującego, ponownie powołując się na art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień Wykazu wykonanych usług, prosząc o *„jednoznaczne wskazanie ilości urządzeń pomiarowych (z rozbiem na ciepłomierze i wodomierze) odrębnie dla lokalizacji X oraz Y wraz z informacją o datach wdrożenia i rozpoczęcia świadczenia usługi zdalnego odczytu, także odrębnie dla obu miejscowości”*.

Przystępujący udzielił wyjaśnień w piśmie z dnia 6 listopada 2020 r., zastrzegając, że zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Swój zarzut odwołujący oparł na założeniu, że usługa ujęta przez przystępującego w Wykazie usług to ta sama usługa, która została opisana na stronie internetowej Celsiusm Sp. z o.o. („Wykonanie *telemetrii układów pomiarowych dla systemu ciepłowniczego w Grójcu*”), oceniając, że opis tej usługi na stronie internetowej *„nie odpowiada opisowi warunku udziału w postępowaniu, a także opisowi wskazanemu w zobowiązaniu”* (str. 11 odwołania pierwszy akapit), a to ze względu na zbyt małą liczbę urządzeń, jakie obejmował

system oraz ze względu na fakt, że zamówienie to zostało udzielone innemu wykonawcy, tj. Landis+Gyr Sp. z o.o.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby przypomina, że zamawiający zobowiązany jest do oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu w sposób przewidziany w SIWZ. W tym przypadku ocena ta winna zostać dokonana na podstawie Wykazu wykonanych usług oraz dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie wskazanej w wykazie usługi.

Przystępujący oba niezbędne dla oceny spełnienia warunku dokumenty, tj. Wykaz wykonanych usług oraz List referencyjny, pochodzący od wskazanego w wykazie odbiorcy usługi złożył.

Na podstawie opisu usługi w złożonym przez przystępującego Wykazie wykonanych usług skład orzekający Izby stwierdził, że usługa zdalnego odczytu dotyczyła urządzeń pomiarowych w liczbie przewyższającej liczbę z warunku (w tym w podziale na ciepłomierze i wodomierze) oraz, że nie dotyczy tylko jednej lokalizacji. Kwestia liczby urządzeń, odrębnie dla dwóch lokalizacji, została dodatkowo wyjaśniona przez przystępującego w piśmie z dnia 6 listopada 2020 r. (str. 4 i 5) – na wezwanie zamawiającego z 30 października 2020 r.

Na podstawie treści Listu referencyjnego z dnia 30 czerwca 2020 r. skład orzekający Izby stwierdził, że został on wystawiony dla Globe of Things Sp. z o.o. z Olsztyna, dotyczył systemu obejmującego ponad 1000 urządzeń z czego ponad 500 to ciepłomierze i potwierdzał, że realizowane usługi w pełni spełniają wymagania odbiorcy.

W odwołaniu odwołujący stwierdził: *„Jeśli chodzi o odbiorcę Celsius Sp. z o.o. inne zadania z przetargów na przestrzenie kilku ostatnich lat wynika, że mogło przybyć w Grójcu około 20 do 30 węzłów więc dalej nie przekraczają 200 ciepłomierzy. Brakuje 300 do spełnienia warunków OPEC, nawet gdyby przyjąć, że każde z tych zadań można uznać za jedno zadanie w rozumieniu Roz. 6.2 lit. c) cz. I siwz, co w ocenie Odwołującego nie jest uprawnione”.*

Skład orzekający Izby zauważa, że podnosząc ww. zarzuty odwołujący nie wskazał jako okoliczność stanowiącą podstawę któregośkolwiek z nich niedopuszczalność uznania, że „inne zadania z przetargów” realizowane na rzecz Celsius Sp. z o.o. nie mogą być uznane za jedno zadanie. Odwołujący jedynie „wtrącił” swoją ocenę, nie prezentując jakiegokolwiek argumentacji w tym zakresie. Kwestia ta pozostaje zatem poza zarzutami odwołania.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że przystępujący w sposób przewidziany w SIWZ wykazał, że spełnia kwestionowany przez

odwołującego warunek doświadczenia, składając właściwe dokumenty (Wykaz wykonanych usług i List referencyjny) o treści potwierdzającej liczbę urządzeń dla których realizowana była i nadal jest usługa zdalnego odczytu oraz potwierdzającej należyte wykonywanie usługi. Brak zatem było i brak obecnie podstaw do kierowania do przystępującego jakichkolwiek wezwań do uzupełnienia dokumentów.

W konsekwencji skład orzekający Izby uznał, że nie potwierdził się zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Skoro bowiem przystępujący w sposób prawidłowy wykazał, że spełnia warunek doświadczenia to nie można twierdzić, że wprowadził zamawiającego w błąd, czy też przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd.

Zarzut zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. zobowiązania do udostępnienia zasobów przez Globe pomimo, iż złożone wraz z ofertą zobowiązanie do udostępnienia zasobów nie potwierdza, że zasoby te zostały w sposób skuteczny udostępnione, z uwagi na to, że nie wynika z niego, że Globe zrealizuje wszystkie usługi niezbędne do udostępnienia zdolności, a w konsekwencji, że wykonawca Netland nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, czym zamawiający naruszył przepis art. 22a ust. 4 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z SIWZ (pkt 3.2.) przedmiotem zamówienia jest wdrożenie systemu zdalnego odczytu oraz świadczenie usługi zdalnego odczytu układów pomiarowo-rozliczeniowych.

Zamawiający wskazał także jako wchodzące w zakres zamówienia także inne świadczenia opisane w załączniku nr 1 do SIWZ.

W Wykazie wykonanych usług przystępujący wskazał zamówienie zrealizowane przez Globe of Things Sp. z o.o. z Olsztyna, tj. podmiot udostępniający przystępującemu swoje zasoby – *„Realizację wdrożenia systemu zdalnego odczytu liczników ciepła i wody, telemetrii węzłów cieplnych oraz świadczenie usługi zdalnego odczytu i dostawy danych pomiarowych.”*

W *„Pisemnym zobowiązaniu do udostępnienia zasobów”* Globe of Things z dnia 9 sierpnia 2020 r. ujęto następującą treść: *„Niniejszym w imieniu GLOBE zobowiązuje się do oddania do dyspozycji NETLAND naszych referencji, zasobów ludzkich, wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego oraz do udostępnienia zasobów na potrzeby wyżej*

wspomnianego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jak i w trakcie realizacji zamówienia przez NETLAND.

W celu udowodnienia, że NETLAND będzie dysponował udostępnionymi zasobami w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, że stosunek łączący podmiot, który reprezentuje z NETLAND gwarantuje rzeczywisty dostęp do zasobów mu udostępnionych – oświadczamy, co następuje:

1. *Odnośnie zakresu udostępnionych NETLAND zasobów podmiotu, który reprezentuję w zakresie zdolności technicznej, zawodowej oraz doświadczenia:*
 - *udostępnienie przez GLOBE na cały okres realizacji zamówienia potwierdzonych referencjami wiedzy i doświadczenia, zdobytych przy realizacji zadania polegającego na wdrożeniu systemu zdalnego odczytu oraz świadczeniu usługi zdalnego odczytu, obejmującej ponad 1000 urządzeń z czego ponad 500 to ciepłomierze, realizowanego na rzecz podmiotu z branży ciepłowniczej, tj. Celsius Sp. z o.o., ul. 11 Listopada 7, 26-110 Skarżysko -Kamienna.*
2. *Odnośnie zakresu udostępnionych NETLAND zasobów podmiotu, który reprezentuję w zakresie zdolności technicznej, zawodowej oraz osób zdolnych do wykonywania zamówienia:*
 - *udostępnienie przez GLOBE na cały okres realizacji zamówienia swojego pracownika, posiadającego doświadczenie polegające na pełnieniu roli kierownika projektu nadzorującego zadanie realizowane na rzecz podmiotu z branży ciepłowniczej, polegającego na wdrożeniu systemu zdalnego odczytu oraz świadczeniu usługi zdalnego odczytu, obejmującej ponad 1000 urządzeń z czego ponad 500 to ciepłomierze.*
3. *Odnośnie sposobu wykorzystania zasobów podmiotu, który reprezentuję przez NETLAND przy wykonaniu zamówienia:*
 - *podwykonawstwo w zakresie dostawy licencji systemu zdalnego odczytu, nadzoru w projekcie oraz wspierania procesu wdrożenia systemu zdalnego odczytu.*
4. *Odnośnie charakteru stosunku, jaki będzie łączył NETLAND z podmiotem, który reprezentuję:*
 - *umowa podwykonawcza;*
5. *Odnośnie okresu udziału podmiotu, który reprezentuję przy wykonywaniu zamówienia:*
 - *cały okres realizacji zamówienia.*

W związku z powyższym, po uzyskaniu przez NETLAND przedmiotowego zamówienia, GLOBE podpiszę z NETLAND stosowną umowę, określającą zasady udziału GLOBE w wykonaniu zamówienia w formie podwykonawstwa oraz zapewnienia dostępu NETLAND do zasobów, bazy wiedzy i doradztwa GLOBE podczas jego realizacji.”

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

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 te zdolności są wymagane.”*

Przystępujący, w odniesieniu do doświadczenia, skorzystał z zasobów podmiotu trzeciego, tj. Globe of Things Sp. z o.o. z Olsztyna, wskazując w Wykazie wykonanych usług zamówienie zrealizowane przez tenże podmiot – *„Realizację wdrożenia systemu zdalnego odczytu liczników ciepła i wody, telemetrii węzłów cieplnych oraz świadczenie usługi zdalnego odczytu i dostawy danych pomiarowych.”*

Konfrontując udostępniony przez Globe of Things Sp. z o.o. niezbędny do wykazania spełnienia warunku zasób w postaci doświadczenia – *„wdrożenia systemu zdalnego odczytu liczników ciepła i wody, telemetrii węzłów cieplnych oraz świadczenia usługi zdalnego odczytu i dostawy danych pomiarowych”* ze wskazanym w zobowiązaniu z 9 sierpnia 2020 r. zakresem wykorzystania zasobów Globe of Things Sp. z o.o. – *„podwykonawstwem w zakresie dostawy licencji systemu zdalnego odczytu, nadzoru w projekcie oraz wspierania procesu wdrożenia systemu zdalnego odczytu”* skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że podmiot trzeci – Globe of Things nie zrealizuje – jak wymaga przepis art. 22a ust. 4 ustawy Pzp – usług do realizacji których zdolności tego podmiotu były wymagane, ponieważ wskazany zakres wykorzystania jest węższy niż zakres usługi, do realizacji której zdolności Globe of Things były niezbędne.

Bezspornie dostawa licencji nie wyczerpuje wdrożenia systemu zdalnego odczytu liczników oraz świadczenia zdalnego odczytu i dostawy danych pomiarowych. Deklarowany nadzór i wsparcie nie zostały także w żaden sposób doprecyzowane, przez co nie sposób uznać, że są wystarczające dla realizacji przedmiotu zamówienia, tj. usługi zdalnego odczytu układów pomiarowo-rozliczeniowych.

Bez znaczenia, wobec zbyt wąskiego zakresu udziału w realizacji zamówienia, pozostaje, że deklarowany udział Globe of Things dotyczył całego okresu realizacji zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się potwierdził, nie nakazując jednak zamawiającemu, wobec nakazania odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Skład orzekający Izby nie dopuścił dowodu ze złożonych przez odwołującego na rozprawie wydruków (zrzuty na jednej stronie dwóch lub większej liczby ekranów), ponieważ – ze względu na wielkość czcionki – pozostają nieczytelne.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: