

Sygn. akt: KIO 1799/15

Sygn. akt: KIO 1801/15

WYROK

z dnia 9 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 września 2015 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 20 sierpnia 2015 r. przez wykonawcę **YBAH Sp. z o.o., ul. Mochneckiego 27/5, 51-122 Wrocław**
- B. w dniu 20 sierpnia 2015 r. przez wykonawcę **MAE MULTIMEDIA ART & EDUCATION Sp. z o.o., ul. Stefana Batorego 8/1A, 80-251 Gdańsk**

w postępowaniu prowadzonym przez

Narodowe Muzeum Morskie w Gdańsku, ul. Ołowianka 9-13, 80-751 Gdańsk

przy udziale:

- A. wykonawcy **MAE MULTIMEDIA ART & EDUCATION Sp. z o.o., ul. Stefana Batorego 8/1A, 80-251 Gdańsk** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1799/15 po stronie odwołującego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) New Amsterdam Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) NoLabel Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Fabrycznej 20A, 31-553 Kraków** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1799/15 oraz KIO 1801/15 po stronie zamawiającego,
- C. wykonawcy **YBAH Sp. z o.o., ul. Mochneckiego 27/5, 51-122 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1801/15 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołania i nakazuje Zamawiającemu:**

-unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje

-powtórne dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym weryfikacji oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **New Amsterdam Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), NoLabel Sp. z o.o.**, w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającego na wykazaniu wiedzy i doświadczenia (w zakresie usługi polegającej na zaprojektowaniu, wykonaniu i montażu co najmniej 5 interaktywnych stanowisk wystawowych o łącznej wartości nie mniejszej niż 700 000 zł brutto),

-powtórne dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym weryfikacji oferty wykonawcy **YBAH Sp. z o.o.** w zakresie potwierdzenia niekaralności

-w pozostałym zakresie oddała odwołania

2. kosztami postępowania obciąża **Narodowe Muzeum Morskie w Gdańsku, ul. Ołowianka 9-13, 80-751 Gdańsk**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **YBAH Sp. z o.o., ul. Mochnackiego 27/5, 51-122 Wrocław** i **MAE MULTIMEDIA ART & EDUCATION Sp. z o.o., ul. Stefana Batorego 8/1A, 80-251 Gdańsk** tytułem wpisów od odwołań,
- 2.2. zasądza od **Narodowego Muzeum Morskiego w Gdańsku, ul. Ołowianka 9-13, 80-751 Gdańsk** na rzecz **YBAH Sp. z o.o., ul. Mochnackiego 27/5, 51-122 Wrocław** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 2.3. zasądza od **Narodowego Muzeum Morskiego w Gdańsku, ul. Ołowianka 9-13, 80-751 Gdańsk** na rzecz **MAE MULTIMEDIA ART & EDUCATION Sp. z o.o., ul. Stefana Batorego 8/1A, 80-251 Gdańsk** **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) 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:

Sygn. akt: KIO 1799/15

Sygn. akt: KIO 1801/15

UZASADNIENIE

KIO 1799/15

Zamawiający Narodowe Muzeum Morskie w Gdańsku prowadzi postępowanie, o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego którego przedmiotem jest „Wykonanie Wirtualnej Instytucji Kultury; interaktywnych stanowisk edukacyjnych oraz kiosków multimedialnych wraz z treścią”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dn. 29.05.2015r. pod numerem ID:2015-071679.

Odwołujący YBAH Sp. z o.o. wniósł odwołanie i zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Ustawy: art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców -poprzez dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy, który nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz podlega wykluczeniu z postępowania; art. 24 ust. 2 pkt. 3 Ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum firm No Label Sp. z o.o. oraz New Amsterdam Sp. z o.o. mimo złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania; art. 26 ust. 3, art. 26 ust. 4 poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów/złożenia wyjaśnień w zakresie usług potwierdzających spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania i wdrożenia zintegrowanego systemu informatycznego, mimo braku potwierdzenia spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości; unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; wykluczenie Konsorcjum z postępowania; dokonania powtórnej oceny złożonych ofert; dokonanie powtórnego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 3 Ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum mimo złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Zamawiający w prowadzonym postępowaniu wymagał od wykonawców spełniania warunku wiedzy i doświadczenia. Zgodnie z treścią rozdziału 2 SIWZ, pkt. 1 lit. b) Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym

okresie, wykonał: co najmniej jedną usługę polegającą na wykonaniu i pełnym wdrożeniu zintegrowanego systemu informatycznego o wartości nie mniejszej niż 200 000,00 zł brutto; co najmniej jedną usługę polegającą na zaprojektowaniu, wykonaniu i montażu w miejscu przeznaczenia, co najmniej 5 interaktywnych stanowisk wystawowych, o łącznej wartości nie mniejszej niż 700 000,00 zł brutto. Przez ww. „interaktywne stanowiska wystawowe” rozumie się stanowisko wystawowe wyposażone w elektroniczne i/lub mechaniczne i/lub manualne urządzenia służące do interakcji”.

Wykonawca – Konsorcjum New Amsterdam na potwierdzenie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia złożył „Wykaz wykonanych głównych usług, o których mowa w Rozdziale 2 ust 1 pkt. 2) lit. b) IDW” W poz. 3 Wykazu wskazał usługę realizowaną przez przedsiębiorstwo NoLabel Sp. z o.o. na rzecz Centrum Nowoczesności Młyn Wiedzy, pn. „Zaprojektowanie i wykonanie wystawy „O obrotach” wraz z zaaranżowaniem przestrzeni wystawienniczej”. W ramach zamówienia wykonano usługę polegającą na zaprojektowaniu, wykonaniu i montażu w miejscu przeznaczenia co najmniej 5 interaktywnych stanowisk wystawowych o łącznej wartości nie mniejszej niż 700 000,00 zł brutto”. Data realizacji usługi wpisana przez wykonawcę to okres od 29.10.2012r. do 30.12.2013r.

Wykonawca na potwierdzenie należytego wykonania usługi dostarczył „Protokół odbioru końcowego. Dotyczy realizacji umowy nr ZP/3420/3/2012 zawartej w Toruniu w dn. 29 października 2012r.” Protokół został podpisany przez Strony w dn. 30.12.2013r. Zgodnie z jego treścią: „Na podstawie §8 ust 3 w związku z §8 ust. 1 lit. b) umowy Wykonawca (...) przekazuje, a Zamawiający (...) potwierdza odbiór poprawnie wykonanej usługi polegającej na Zaprojektowaniu i wykonaniu wystawy „O obrotach” wraz z zaaranżowaniem przestrzeni wystawienniczej”. Zgodnie z treścią umowy ZP/3420/3/2012, jej przedmiotem jest usługa polegająca na zaprojektowaniu i wykonaniu Wystawy „O obrotach” wraz z zaaranżowaniem przestrzeni wystawienniczej. Przedmiot zamówienia podzielony został na trzy Etapy: Etap I polegający na sporządzeniu projektów; Etap II na wykonaniu i dostarczeniu Wystawy oraz Etap III polegający na montażu i uruchomieniu wszystkich elementów wystawy, przeszkolenia pracowników Zamawiającego oraz dostarczenia niezbędnej dokumentacji powykonawczej. Treść protokołu wskazuje, iż przedmiot odbioru nie dotyczył całości wykonanego zamówienia, a jedynie poprawnego wykonania Etapu II.

§8 ust. 3 Umowy stanowi, iż podstawą wystawienia faktury za każdy etap będzie protokół odbioru, podpisany przez obie strony, tj. Zamawiającego i Wykonawcę. Odwołujący wskazał, że treść dostarczonego dokumentu pn. „*Protokół odbioru*” dotyczy jedynie wykonania Etapu II Przedmiotu Umowy, na co wskazuje odwołanie do §8 ust. 1 lit. b). Tym samym, w ocenie Odwołującego na podstawie złożonych dokumentów, nie można uznać, iż wykonawca należycie wykonał usługę polegającą na zaprojektowaniu, wykonaniu i montażu w miejscu przeznaczenia, co najmniej 5 interaktywnych stanowisk wystawowych, o łącznej wartości nie

mniejszej niż 700 000,00 zł brutto, ponieważ montaż przewidziany był dopiero w Etapie III realizacji zamówienia (i jego procedura odbiorowa została opisana w §8 ust. 1 lit. c) Umowy). Odwołujący wskazał, że Konsorcjum New Amsterdam wskazując ww. usługę jako potwierdzającą spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Usługa wykonywana przez No Label Sp. z o.o. (jednego z członków Konsorcjum) była bowiem i jest wykonywana w sposób nienależyty. Odwołujący przedstawił pismo otrzymane od Centrum Nowoczesności Młyn Wiedzy w Toruniu. CNMW w Toruniu wskazuje, iż umowa została wykonana przez spółkę No Label Sp. z o.o. z opóźnieniem w zakresie drugiego, jak i trzeciego etapu. Z tego tytułu zostały naliczone spółce No Label Sp. z o.o. kary umowne (które zostały potrącone z wynagrodzenia należnego wykonawcy). Dodatkowo, spółka No Label opóźniła się w stosunku do terminów umownych w usuwaniu wad i usterek niektórych z wykonanych eksponatów. W związku z tym CNMW naliczyło kary umowne, które obecnie dochodzone są w postępowaniu sądowym. Jeden z eksponatów nie został naprawiony mimo kilku prób, co CNMW uprawniało do skorzystania z instytucji wykonania zastępczego prac w ramach gwarancji na koszt No Label Sp. z o.o.. Zapłata kwoty stanowiąca koszty naprawy CNMW dochodzi w drodze odrębnego postępowania sądowego.

W ocenie Odwołującego, fakt naliczenia kary umownej zarówno przy realizacji Etapu II, jak i Etapu III wywołuje skutek w postaci uznania, iż wykonawca składając oświadczenie w postaci wykazu wykonanych usług, które miały być wykonane należycie, oświadczył nieprawdę, czym wywołał błędny obraz rzeczywistości powodujący uznanie, które spowodowało u zamawiającego niewłaściwą ocenę stanu faktycznego, a co za tym idzie niewłaściwą ocenę wykonawcy Konsorcjum. Naliczenie kar umownych przez Zamawiającego oraz potrącenie części należnego wynagrodzenia świadczy o tym, iż zamówienie zostało zrealizowane w sposób nienależyty.

Zdaniem Odwołującego, nie można uznać, iż Wykonawca - Konsorcjum New Amsterdam działało w dobrej wierze w dniu składania ofert - co potwierdza fakt m.in. załączenia protokołu dotyczącego jedynie Etapu II zamówienia oraz samo załączenie w wykazie usługi wykonanej w sposób nienależyty. Informacja o należyтым wykonaniu zamówienia ma charakter informacji nieprawdziwej. Nie można uznać, iż wykonawca działał w dobrej wierze i omyłkowo załączył do oferty zamówienie, zawierające usługę wykonaną w sposób nienależyty. Wskazane w ofercie informacje miały na celu wywołanie błędnego wrażenia, że Konsorcjum spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał jednocześnie, że zgodnie z treścią przepisów ustawy nie ma możliwości sanowania w trybie art. 26 ust. 3 nieprawdziwych informacji złożonych w toku postępowania. Tym samym Odwołujący wniósł o wykluczenie wykonawcy Konsorcjum z niniejszego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 Ustawy.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3. art. 26 ust. 4 poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów/złożenia wyjaśnień w zakresie usług potwierdzających spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania i wdrożenia zintegrowanego systemu informatycznego, mimo braku potwierdzenia spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum New Amsterdam, na potwierdzenie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania „co najmniej 1 usługi polegającej na wykonaniu i pełnym wdrożeniu zintegrowanego systemu informatycznego o wartości nie mniejszej niż 200 000,00 zł brutto” przedstawił dwie usługi: usługę wykonaną na rzecz Muzeum Lotnictwa Polskiego w Krakowie, polegającą na: „Zaprojektowaniu i wykonaniu wystawy pn. Skrzydła Wielkiej Wojny”. Wykonawca w wykazie oświadczył, iż „w ramach zamówienia wykonano usługę polegającą na wykonaniu i pełnym wdrożeniu zintegrowanego systemu informatycznego o wartości nie mniejszej niż 200 000,00 zł brutto, usługę wykonaną na rzecz Urzędu Miejskiego w Olsztynku, polegającą na: „Dostawie wyposażenia do multimedialnego muzeum Obozu Jenieckiego Stalag IB historii Olsztynka”. Wykonawca w wykazie oświadczył, iż „w ramach zamówienia wykonano usługę polegającą na wykonaniu i pełnym wdrożeniu zintegrowanego systemu informatycznego o wartości nie mniejszej niż 200 000,00 zł brutto”.

W ocenie Odwołującego żadna z wymienionych usług nie polegała, mimo twierdzeń Konsorcjum, na wykonaniu i pełnym wdrożeniu zintegrowanego systemu informatycznego. Jak wskazał Odwołujący, zgodnie z definicją „zintegrowanego systemu informatycznego” jest to system informatyczny wspomagający zarządzanie, który jest zorganizowany modułowo lub kompleksowo i obsługuje wszystkie obszary zarządzania (S. Wrycz, „Informatyka ekonomiczna” PWE, Warszawa 2010). Zamawiający, Narodowe Muzeum Morskie poprzez zintegrowany system informatyczny, zgodnie z OPZ-em uznaje Wirtualną Instytucję Kultury - a więc system informatyczny składający się z wielu aplikacji, które razem mają tworzyć zintegrowaną całość. Na aplikacje te składają się: system prezentowania zbiorów, aplikacje mobilne, system zarządzania treścią, itd. Zintegrowany system informatyczny jest więc systemem składającym się z kilku modułów, który wspomaga zarządzanie daną jednostką.

Usługa nr 1 obejmuje swoim zakresem zaprojektowanie i wykonanie wystawy „Skrzydła Wielkiej Wojny” wraz z przeniesieniem majątkowych praw autorskich. Zgodnie z treścią SIWZ i OPZ przedmiot zamówienia szczegółowo obejmuje: wykonanie systemu zarządzania treścią (kontentem multimedialnym) oraz systemu sterowania multimediami i oświetleniem. Odwołujący podniósł, że niewątpliwie przedmiotem umowy było więc wykonanie zintegrowanego systemu informatycznego - systemy te zgodnie z założeniami OPZ miały bowiem zostać zintegrowane. Niemniej jednak, zgodnie z treścią Formularza cenowego do przedmiotowego postępowania (Załącznik nr 6 do Odwołania) prace polegające na

wykonaniu systemu zarządzania treścią oraz systemu sterowania multimediami i oświetleniem zostały zrealizowane za kwotę 4.920,00 zł brutto. Pozostała część zamówienia nie dotyczyła wykonania systemu informatycznego, a dostawę scenariuszy, projektów, elementów scenografii i aranżacji, dostarczenie kontentu (prezentacji multimedialnych, filmów, itp.) Tym samym, w ocenie Odwołującego prace polegające na wykonaniu i pełnym wdrożeniu zintegrowanego systemu informatycznego w przedmiotowym postępowaniu nie potwierdziły spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia pod kątem spełniania kryterium kwotowego.

Odwołujący wskazał, że usługa nr 2 nie obejmowała swoim zakresem budowy zintegrowanego systemu informatycznego, a jedynie: dostawę sprzętu całościowo spełniającego funkcje odtwarzania panoramy historycznej przewidzianej w „Koncepcji ekspozycji - Projekt aranżacji i wyposażenia” opracowanie prezentacji multimedialnych będących głównym punktem dla placówki muzealnej upamiętniającej ofiary niemieckiego obozu jenieckiego z lat 1939 - 1945, zlokalizowanego w miejscowości Królikowo, gm. Olsztynek. Wykonawca zobowiązany jest także opracować i uruchomić stronę internetową muzeum. Do obowiązków wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu nie należało wykonanie systemu informatycznego, a dostawa sprzętu, prezentacji multimedialnych oraz opracowanie i uruchomienie strony internetowej muzeum. Usługi te, w ocenie Odwołującego nie są tożsame z wykonaniem i pełnym wdrożeniem „zintegrowanego systemu informatycznego”, wykonawca nie był zobligowany do wdrożenia „systemu informatycznego”, który integrowałby dostarczone moduły, a jedynie wykonanie strony internetowej. Powyższa usługa, zdaniem Odwołującego nie może być uznana za spełniającą wymagania postawione w przetargu.

KIO 1801/15

Odwołujący Mae Multimedia Art. & Education sp. z o.o. zarzucił Zamawiającemu błędne ustalenie stanu faktycznego oraz naruszenie: art. 7 ustawy Pzp. przez zaniechanie jego zastosowania przy ocenie ofert, co spowodowało nierówne traktowanie wykonawców i utrudnianie uczciwej konkurencji, poprzez m. in. bezkrytyczne przyjęcie przez Zamawiającego zastrzeżeń Ybah Sp. z o.o. w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz bezkrytyczne przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnień Ybah Sp. z o.o. w zakresie rażąco niskiej ceny; zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawców: Konsorcjum New Amsterdam oraz Ybah Sp. z o.o., art. 91 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust 3 Ustawy Pzp poprzez niezgodne z Ustawą Pzp dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej; art. 24 ust 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4) Ustawy Pzp zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez przyjęcie, że wykonawca Konsorcjum New Amsterdam spełnił warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu, pomimo że nie posiada odpowiedniej wiedzy i doświadczenia i nie

wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu- doświadczenie, którym dysponuje Konsorcjum nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego bowiem nie zostało wykonane należycie; art. 24 ust 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3) Ustawy Pzp poprzez nie wykluczenie Konsorcjum New Amsterdam z Postępowania ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik Postępowania, art. 24 ust 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4) Ustawy Pzp poprzez nie wykluczenie z Postępowania Ybah Sp. z o.o. pomimo, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu: doświadczenie, którym dysponuje Konsorcjum nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego; brak jest w ofercie Ybah dokumentów z Krajowego Rejestru Karnego Ybah Sp. z o.o. o niekaralności spółki i jej członków zarządu, które potwierdzały by brak podstaw do wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 24 ust 1 pkt 8 i 9 Ustawy PZP; art. 26 ust 3 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnień brakujących prawidłowych dokumentów podmiotowych z KRK przez Ybah Sp. z o.o. art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust 3 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie względem oferty Ybah Sp. z o.o., która zawiera rażąco niską cenę względem przedmiotu zamówienia; art. 90 ust 2 ustawy Pzp poprzez subiektywną ocenę wyjaśnień Ybah Sp. z o.o. złożonych w zakresie rażąco niskiej ceny oferty, art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia pełnych wyjaśnień Ybah Sp. z o.o. w zakresie rażąco niskiej ceny oraz pełnej oferty w szczególności w zakresie posiadanego przez Ybah Sp. z o.o. doświadczenia jak i wykazu osób oraz poprzez bezkrytyczne przyjęcie przez Zamawiającego lapidarnych wyjaśnień objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa oferty Ybah Sp. z o.o. w sytuacji gdy podmiot ten nie udowodnił przed Zamawiającym, że zastrzeżone przez niego części oferty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że w niniejszej sprawie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz treść oferty w szczególności w zakresie doświadczenia Ybah Sp. z o.o. mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności oceny ofert t wyboru oferty Konsorcjum New Amsterdam jako najkorzystniejszej; nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i, w zależności od ustaleń: dokonanie ponownej oceny ofert i powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej ujawnienie wyjaśnień Ybah Sp. z o.o. w zakresie rażąco niskiej ceny i treści oferty wraz z wykazem doświadczenia i wykazem osób Ybah Sp. z o.o. oraz udostępnienie ich Odwołującemu do wglądu; wezwanie Ybah Sp. z o.o. do uzupełnienia brakujących wymaganych dokumentów; wykluczenie z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4) Ustawy Pzp Konsorcjum New Amsterdam oraz Ybah Sp. z o.o. oraz odrzucenia oferty Ybah Sp. z o.o. jako oferty

zawierającej rażąco niską cenę; dokonanie wyboru oferty MAE jako najkorzystniejszej w ramach niniejszego postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że: Konsorcjum New Amsterdam nie spełnia wymagań podmiotowych warunkujących udział w postępowaniu; oferta Ybah sp. z o.o. jest ofertą, która zawiera rażąco niską cenę, a nadto wykonawca ten nie wykazał spełnienia wymagań podmiotowych warunkujących udział w postępowaniu.

Zarzut naruszenia art. 24 ust 4 w zw. z 24 ust. 2 pkt. 4) Ustawy PZP oraz art 24 ust 2 pkt 3) Ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania wobec wykonawcy Konsorcjum New Amsterdam:

Zgodnie z treścią SIWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 Prawo zamówień publicznych, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia:

„Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał: co najmniej jedną usługę polegającą na zaprojektowaniu, wykonaniu i montażu w miejscu przeznaczenia, co najmniej 5 interaktywnych stanowisk wystawowych, o łącznej wartości nie mniejszej niż 700 000,00 zł brutto. Przez ww. „interaktywne stanowisko wystawowe” rozumie się stanowisko wystawowe wyposażone w elektroniczne i/iub mechaniczne i/iub manualne urządzenia służące do interakcji*

Wykazując spełnienie w/w warunku Konsorcjum New Amsterdam posłużyło się protokołem odbioru końcowego usługi polegającej na Zaprojektowaniu i wykonaniu wystawy „O obrotach” wraz z zaaranżowaniem przestrzeni wystawienniczej. Odwołujący przywołał przepis Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, które stanowi, iż dowodem na należyte wykonanie dostaw i usług jest: poświadczenie, z tym że w odniesieniu do nadal wykonywanych dostaw lub usług okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert”. Zdaniem Odwołującego, Konsorcjum New Amsterdam nie złożyło wymaganego dokumentu na potwierdzenie należytego wykonania wskazywanych dostaw i usług. Przedstawiony do oferty Konsorcjum New Amsterdam protokół odbioru końcowego nie może stanowić dowodu na należyte wykonanie prac przez danego wykonawcę.

Odwołujący wskazał także, że z informacji udzielnych Odwołującemu Mae przez Centrum Nowoczesności Młyn Wiedzy (CNMW) w Toruniu wynika, że: umowa na wykonanie wystawy „O obrotach” została wykonana przez spółkę NoLabel Sp. z o.o. (członek Konsorcjum łącznie

z New Amsterdam) z opóźnieniem w zakresie drugiego jak i trzeciego etapu, z tytułu czego naliczone zostały spółce NoLabel Sp. z o.o. kary umowne, ponadto spółka NoLabel sp. z o.o. opóźniła się w usuwaniu wad i usterek niektórych z wykonanych eksponatów, w związku z czym CNMW naliczyło spółce kary umowne, których dochodzenie jest przedmiotem postępowania sądowego, jednego z eksponatów spółka NoLabel Sp. z o.o. nie naprawiła mimo kilku prób, co uprawniło CNMW do zlecenia naprawy przez podmiot trzeci na koszt spółki NoLabel Sp. z o.o., a zapłaty kwoty stanowiącej koszty naprawy dochodzi na drodze postępowania sądowego.

Powyższe informacje, zdaniem Odwołującego, dowodzą temu, że Konsorcjum New Amsterdam nie spełnia wymagania co do posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia do realizacji Zamówienia, a także świadomie złożyło wobec Zamawiającego nieprawdziwe informacje o należyтым wykonaniu danych prac. Oświadczenie Konsorcjum New Amsterdam dotyczące spełniania przez spółkę wymogów Zamawiającego w zakresie wiedzy i doświadczenia pozostaje w sprzeczności z faktycznymi możliwościami tego wykonawcy.

Zdaniem Odwołującego, w związku ze złożeniem nieprawdziwych informacji, Konsorcjum New Amsterdam nie może zostać wezwane już do uzupełnień w trybie art. 26 ust 3 Ustawy PZP. Okolicznością bezsporną jest, że Konsorcjum New Amsterdam z pełną świadomością wskazało w ramach swojego doświadczenia prace, które przez klienta - Centrum Nowoczesności Młyn Wiedzy (CNMW) w Toruniu- zostały uznane za nienależycie wykonane.

Zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust 4 w zw. z 24 ust. 2 pkt. 4) Ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania wobec wykonawcy Ybah Sp. z o.o.

a) brak wykazania posiadania wymaganego doświadczenia i wiedzy

Wykonawca Ybah Sp. z o.o. zastrzegł jawność swojej oferty w zakresie posiadanego doświadczenia. Odwołujący, bazując na swoim doświadczeniu oraz informacji otrzymanych z rynku podniósł, że wiedza i doświadczenie Wykonawcy Ybah Sp. z o.o. jest niezgodne z oczekiwaniami Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego działanie Zamawiającego polegające na bezkrytycznym przyjęciu zastrzeżenia tak istotnej części oferty Ybah Sp. z o.o., jaką jest wykaz dostaw i usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyłą realizację, nie jest uzasadnione i uniemożliwia pozostałym wykonawcom ocenę, czy postępowanie Zamawiającego w zakresie oceny ofert i oferentów zostało przeprowadzone prawidłowo, rzetelnie i zgodnie z wymogami SIWZ. Zdaniem Odwołującego, utajnienie wykazu usług i dostaw wraz z dokumentacją potwierdzającą ich należyte wykonanie z oferty Ybah powoduje również, że Zamawiający zobowiązany do stosowania zasad przejrzystości, jawności, pozbawia konkurencji możliwości zweryfikowania błędów w ofercie Ybah. Takie działanie budzi wątpliwości w zakresie prawidłowości przeprowadzenia postępowania.

Zdaniem Odwołującego oferta złożona przez Wykonawcę Ybah Sp. z o.o. nie odpowiada

wymaganiom Zamawiającego, a mianowicie Wykonawca ten nie wykonał w okresie ostatnich 3 lat usługi polegającej na zaprojektowaniu, wykonaniu i montażu w miejscu przeznaczenia, co najmniej 5 interaktywnych stanowisk wystawowych, o łącznej wartości nie mniejszej niż 700 000,00 zł brutto.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą dowodu z oferty Ybah Sp. z o.o. na okoliczność, że Ybah Sp. z o.o. nie dysponuje wymaganą przez Zamawiającego wiedzą w wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat usługi polegającej na zaprojektowaniu, wykonaniu i montażu w miejscu przeznaczenia, co najmniej 5 interaktywnych stanowisk wystawowych, o łącznej wartości nie mniejszej niż 700 000 zł brutto; przeprowadzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą dowodu z oferty Ybah Sp. z o.o. na okoliczność, że Ybah Sp. z o.o. do oferty nie załączył wymaganych poświadczeń od klientów wskazanych w wykazie wykonanych dostaw a jedynie inne dokumenty, które nie są zgodne z § 1 ust 2 pkt 1) Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, przeprowadzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą dowodu z oferty Ybah Sp. z o.o. na okoliczność, że Ybah Sp. z o.o. w ramach Postępowania polega w trybie art 26 ust 2b Ustawy PZP na doświadczeniu i wiedzy podmiotu trzeciego a udostępnienie potencjału przez ten podmiot nie ma rzeczywistego charakteru i nie zapewnia faktycznego udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia, co jest niezgodnie z Ustawa Pzp.

Odwołujący podkreślił, że konieczność udziału w realizacji zamówienia podmiotu, który udostępnia wykonawcy zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia wynika także z doktryny i orzecznictwa. Bez zagwarantowania zaangażowania podmiotu udostępniającego swój zasób wiedzy i doświadczenia przy realizacji zamówienia, czyni możliwość dysponowania potencjałem przez innego wykonawcę iluzoryczną. Zatem, samo przekazanie referencji z prawem do posłużenia się nimi w postępowaniu o udzielenie zamówienia, bez udziału podmiotu w wykonywaniu zamówienia, polega w istocie na użyczeniu referencji dla formalnego wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, czemu przeczy cel przepisu art 26 ust. 2b Pzp.

Odwołujący zarzucił, że doszło do naruszenia przepisu art. 24 ust 4 w zw. z 24 ust. 2 pkt. 4 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania wobec Wykonawcy Ybah Sp. z o.o., bowiem wykonawca ten nie ma wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia.

b) brak jest w ofercie Ybah dokumentów z Krajowego Rejestru Karnego Ybah Sp. z o.o. o niekaralności spółki i jej członków zarządu, które potwierdzałyby brak podstaw do wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 24 ust 1 pkt 8 i 9 Ustawy PZP;

Odwołujący podniósł, że Wykonawca Ybah Sp. z o.o. nie ma zaświadczeń z KRK w prawidłowej formie, bowiem załączył do swojej oferty wydruk, który nie jest dokumentem

potwierdzającym brak karalności. Forma wydruku nie pozwala na weryfikację jego prawdziwości. Potwierdza to oficjalne stanowisko Ministerstwa Sprawiedliwości: "Nadto w związku z licznymi pytaniami czy zaświadczenie otrzymane w postaci dokumentu elektronicznego (w postaci plików XML) i posługiwaniu się nim na nośniku danych (np. pendrive, płyta CD, DVD) jest honorowane (ważne) Ministerstwo Sprawiedliwości ponownie uprzejmie informuje, że stosownie do przepisu art. 23 ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym informacja o osobie, sporządzona na podstawie danych zgromadzonym w Rejestrze, bez względu na sposób jej udzielenia, stanowi zaświadczenie w rozumieniu przepisów działu VII Kodeksu postępowania administracyjnego. Można zatem posługiwać się nim identycznie jak zaświadczeniem w formie tradycyjnej. Jednakże wydruk tegoż XML-a nie jest dokumentem. Zatem w przypadku chęci posłużenia się elektronicznym zaświadczeniem wydanym z KRK należy dostarczyć (przedłożyć) je wyłącznie w formie dokumentu XML - czyli dokumentu elektronicznego zapisanego na nośniku danych."

Wobec powyższego Odwołujący wskazał, że obecna forma KRK z oferty Wykonawcy Ybah jest niewłaściwa i nie pozwala na uznanie, że podmiot ten spełnia wymagania Zamawiającego w zakresie niekaralności zgodnie z art. 24 ust 1 pkt 8 i 9 Ustawy Pzp.

Powyższe, zdaniem Odwołującego, dowodzi, że Wykonawca Ybah Sp. z o.o. nie wykazał przed Zamawiającym spełnienia wymagań, warunkujących jego udział w postępowaniu, w związku z tym oferent ten powinien zostać wykluczony, a jego oferta odrzucona zgodnie z art. 24 ust 4 Ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania zastosowania wobec oferty Wykonawcy Ybah Sp. z o.o. przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 4) Ustawy Pzp:

Odwołujący zwrócił uwagę, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty Wykonawcy Ybah Sp. z o.o. są utajnione w zakresie kosztorysów, tak jak tajemnica przedsiębiorstwa tej spółki. W pozostałym zakresie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Ybah Sp. z o.o. z dnia 06 sierpnia 2015 r. nic nie wnoszą do sprawy, są ogólne i lapidarne i w żaden obiektywny sposób nie rozwiewają wątpliwości, czy realnym jest wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę oferowaną przez Ybah Sp. z o.o.

Zdaniem Odwołującego nieudostępnienie oferentom pełnych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny Ybah Sp. z o.o. nie jest uzasadnione i uniemożliwia pozostałym wykonawcom ocenę, czy postępowanie w zakresie oceny ofert zostało przeprowadzone prawidłowo, rzetelnie i zgodnie z wymogami SIWZ.

Odwołujący podniósł, że w jego ocenie oferta Ybah Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę. W ocenie Odwołującego, nie jest możliwe dostarczenie dla Zamawiającego przedmiotu niniejszego zamówienia za cenę zaledwie 999 000,00 zł netto. Cena oferty Ybah jest o ponad 30 % niższa niż planowany budżet przez

Zamawiającego. Stanowi to rażąco niską cenę zgodnie z przesłankami z art. 90 ust 1 Ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, powołując się na swoje doświadczenie oraz kontakty handlowe z podmiotami specjalizującymi się od lat w analogicznym zakresie realizacji dostaw, że nie jest możliwe w realiach rynkowych wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ za cenę 999.000,00 zł netto. Odwołujący wskazał również, że nie jest w stanie wyobrazić sobie, jakie znaczące dowody mógł przedłożyć wykonawca YBAH Sp. z o.o. w utajnionym załączniku, aby przekonać Zamawiającego, że jest w stanie zrealizować zamówienie po tak – zdaniem Odwołującego - zaniżonych kosztach.

Odwołujący podkreślił, że jego oferta jest trzecią co do wysokości, a oferowana przez niego cena za realizację przedmiotu zamówienia jest o około 400.000,00 zł netto wyższa niż cena zawarta w ofercie Ybah Sp. z o.o. Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, oferta Wykonawcy Ybah Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 Ustawy PZP.

Zarzut bezpodstawnego zaniechania odtajnienia wyjaśnień Ybah Sp. z o.o. w zakresie rażąco niskiej ceny oferty oraz pełnej treści oferty Ybah Sp. z o.o. podczas gdy w ofercie brak jest wymaganego uzasadnienia do objęcia danej części oferty tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu odmówił Odwołującemu wglądu do pełnej treści wyjaśnień składanych przez Ybah Sp. z o.o. w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. oraz do oferty w zakresie przedstawianego przez oferenta doświadczenia i wykazu osób. Zamawiający odmówił udostępnienia tych dokumentów powołując się na zastrzeżenie ich jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego Mae było to działanie bezprawne, nie znajdujące swojego uzasadnienia w świetle przepisów Pzp. Zdaniem Odwołującego spółka Ybah Sp. z o.o. nie udowodniła w wystarczający sposób z jakich to powodów dana część ich oferty zawiera tajemnice przedsiębiorstwa, co powodować powinno odtajnienie oferty tego wykonawcy.

Odwołujący argumentował, że Wykonawca nie może zastrzegać określonych danych w sposób dowolny. Zastrzeżenie tajemnicy ma charakter wyjątkowy, jako odstępstwo od zasady jawności postępowania. Z tego też względu zamawiający nie może polegać wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy, tym bardziej, że naturalną skłonnością wykonawców jest próba chronienia się przed ujawnieniem określonych elementów oferty, a często informacji zawartych w specyfikacjach technicznych czy cenach jednostkowych, tak aby utrudnić konkurencji wgląd w weryfikację oferowanego przedmiotu zamówienia. W niniejszym przypadku Zamawiający polegał całkowicie na samym oświadczeniu wykonawcy Ybah, że jego wyjaśnienia i wykaz doświadczenia zawierają tajemnicę przedsiębiorstwo

zaniechał podjęcia jakichkolwiek czynności wyjaśniających w tym zakresie.

W niniejszej sprawie, w ocenie Odwołującego, wyjaśnienia złożone przez Ybah w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa nie spełniają wymogów prawidłowego zastrzeżenia ich poufności bowiem nie dowodzą, dlaczego dane części oferty Ybah zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Odwołującego ani wyjaśnienia rażąco niskiej ceny ani dokumenty w zakresie doświadczenia i wykazu osób nie zawierają takich informacji, które stanowiły określoną wartość handlową dla ww. spółki. Wykonawca Ybah nie miał żadnych podstaw do utajnienia załączników do swoich wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Ponadto zdaniem Odwołującego trudno wyjaśnić dlaczego np. informacje o cenie tego sprzętu i oprogramowania miałyby być poufne skoro elementy te są dostępne na rynku i nie zostały wytworzone przez danego oferenta. Odwołujący domyślał się, że Wykonawca ten w swoich wyjaśnieniach nie podaje szczegółowych danych dotyczących np. udzielanych im rabatów przez dostawców sprzętu czy warunków płatności. Odwołujący wskazał także, że oferowany przez Ybah sprzęt jest de facto powszechnie dostępny na rynku praktycznie dla każdego zainteresowanego ich nabyciem, a jego producenci wręcz powszechnie udostępniają cenniki swoich produktów.

Za poufne zdaniem Odwołującego nie można uznać także innych informacji analizowane przez Zamawiającego zgodnie z art. 90 ust 2 przy ocenie wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, tj. takie jak: oszczędność metody wykonania zamówienia (trudno bowiem w tej sprawie mówić o takiej oszczędności, skoro przedmiotem zamówienia jest przede wszystkim dostawa sprzętu i oprogramowania), wybrane rozwiązania techniczne (skoro te rozwiązania techniczne są jednakowe dla wszystkich ubiegających się o to zamówienie i zostały narzucone w SIWZ, a tym samym nie są poufne skoro znają je wszyscy wykonawcy), wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy (nie wiadomo jakie to sprzyjające warunki w ogóle mogą mieć miejsce w tym przypadku), oryginalność projektu wykonawcy (w tym postępowaniu w ogóle nie można mówić o jakiegokolwiek oryginalności projektu skoro wszystkie wymagania są z góry narzucone przez zamawiającego w SIWZ i znane wszystkim wykonawcom), wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów (zresztą taka pomoc publiczna jest jawna z mocy prawa).

Również w zakresie zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa części oferty Ybah w zakresie posiadanego doświadczenia i wykazu osób Odwołujący podniósł, że zgodnie z treścią art. 8 ust 3 Ustawy PZP Ybah nie udowodnił, że ta część oferty posiada dla niego wartość gospodarczą, jest niedostępna dla podmiotów trzecich i jakie działania podjął Ybah w celu zastrzeżenia jawności tego doświadczenia.

Odwołujący podkreślił, że doświadczenie zdobyte na rynku publicznym zarówno w Polsce jak i na świecie nie może zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący stwierdził, że zastrzeżenie przez Ybah wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp oraz części oferty było nieuprawnione, a dokumenty te jako niezawierające tajemnicy przedsiębiorstwa powinny być udostępnione Mae.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp

Odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp jako konsekwencję dokonania przez Zamawiającego wyżej opisanych naruszeń. Zauważył, że w praktyce dowolne i nie oparte na konkretnych zapisach SIWZ działania Zamawiającego stwarza bardzo istotne ryzyko nierównego traktowania wykonawców. Wobec jednych bowiem Zamawiający w sposób bardzo subiektywny ocenił dokumenty załączane do ich ofert, co powoduje, że doszło do wyboru oferty wykonawcy, który powinien podlegać wykluczeniu z Postępowania.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołań.

Sygn. akt: KIO 1799/15

Sygn. akt: KIO 1801/15

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymują się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawo zamówień publicznych. Są wykonawcami, którzy złożyli ofertę w niniejszym postępowaniu, w przypadku potwierdzenia stawianych w odwołaniu zarzutów, każdy z nich miałby szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Izba za bezzasadny uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 26 ust. 3. art. 26 ust. 4 poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum New Amsterdam do uzupełnienia dokumentów/złożenia wyjaśnień w zakresie usług potwierdzających spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania i wdrożenia zintegrowanego systemu informatycznego, mimo braku potwierdzenia spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający wymagał, aby Wykonawcy wykazali, że zrealizowali „co najmniej 1 usługę polegającą na wykonaniu i pełnym wdrożeniu zintegrowanego systemu informatycznego o wartości nie mniejszej niż 200 000,00 zł brutto. W ocenie Odwołującego żadna z wymienionych usług nie polegała, mimo twierdzeń Konsorcjum, na wykonaniu i pełnym wdrożeniu zintegrowanego systemu informatycznego. Jak wskazał Odwołujący, zgodnie z

definicją „zintegrowanego systemu informatycznego” jest to system informatyczny wspomagający zarządzanie, który jest zorganizowany modułowo lub kompleksowo i obsługuje wszystkie obszary zarządzania (S. Wrycz, „Informatyka ekonomiczna” PWE, Warszawa 2010).

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że powyżej cytowana definicja jest definicją z wybranego przez Odwołującego podręcznika. Nie jest to zatem definicja powszechnie obowiązująca. Co więcej, w treści SIWZ w części 3 OPZ Zamawiający wskazał, co rozumie przez informatyczny system zarządzania (str. 8). Na str. 6 Zamawiający wskazał, że wirtualną instytucję kultury należy розміć w ramach niniejszego dokumentu jako zintegrowany system informatyczny składający się z wielu aplikacji. Oznacza to, że Zamawiający nie zawężał pojęcia, a wręcz dopuścił szerokie rozumienie pojęcia „zintegrowany system informatyczny”. Tym samym, skoro nie istnieje powszechnie dostępna i powszechnie obowiązująca definicja zintegrowanego systemu informatycznego oraz jednocześnie Zamawiający dopuścił szerokie rozumienie tego pojęcia, to nie można uznać, że przedstawione przez Wykonawcę Konsorcjum New Amsterdam usługi nie spełniają wymagania SIWZ.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba ustaliła, że zgodnie z treścią rozdziału 2 SIWZ, pkt. 1 lit. b), Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał: co najmniej jedną usługę polegającą na wykonaniu i pełnym wdrożeniu zintegrowanego systemu informatycznego o wartości nie mniejszej niż 200 000,00 zł brutto; co najmniej jedną usługę polegającą na zaprojektowaniu, wykonaniu i montażu w miejscu przeznaczenia, co najmniej 5 interaktywnych stanowisk wystawowych, o łącznej wartości nie mniejszej niż 700 000,00 zł brutto. Przez ww. „interaktywne stanowiska wystawowe” rozumie się stanowisko wystawowe wyposażone w elektroniczne i/lub mechaniczne i/lub manualne urządzenia służące do interakcji.

Wykonawca – Konsorcjum New Amsterdam, na potwierdzenie spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia złożył wykaz wykonanych usług, o których mowa w Rozdziale 2 ust 1 pkt. 2) lit. b) IDW. W poz. 3 Wykazu wskazał usługę realizowaną przez przedsiębiorstwo No Label Sp. z o.o. na rzecz Centrum Nowoczesności Młyn Wiedzy, pn. „Zaprojektowanie i wykonanie wystawy „O obrotach” wraz z zaaranżowaniem przestrzeni wystawienniczej”. Wykonawca zaznaczył, iż „W ramach zamówienia wykonano usługę polegającą na zaprojektowaniu, wykonaniu i montażu w miejscu przeznaczenia co najmniej 5 interaktywnych stanowisk wystawowych o łącznej wartości nie mniejszej niż 700 000,00 zł brutto”. Wykonawca na potwierdzenie należytego wykonania usługi dostarczył „Protokół

odbioru końcowego. Dotyczy realizacji umowy nr ZP/3420/3/2012 zawartej w Toruniu w dn. 29 października 2012r." Protokół został podpisany przez Strony w dn. 30.12.2013r. Zgodnie z jego treścią: „Na podstawie §8 ust 3 w związku z §8 ust. 1 lit. b) umowy Wykonawca (...) przekazuje, a Zamawiający (...) potwierdza odbiór poprawnie wykonanej usługi polegającej na Zaprojektowaniu i wykonaniu wystawy „O obrotach” wraz z zaaranżowaniem przestrzeni wystawienniczej”. Powyższe oznacza, że Zamawiający Centrum Nowoczesności Młyn Wiedzy potwierdził odbiór usługi. Nadto w protokole Zamawiający Centrum Nowoczesności Młyn Wiedzy wprost stwierdził, że usługa została wykonana poprawnie. W trakcie rozprawy Konsorcjum New Amsterdam przedstawiło protokoły odbioru za każdy z etapów oraz za całość inwestycji. W każdym z tych protokołów Zamawiający Centrum Nowoczesności Młyn Wiedzy stwierdził poprawność realizacji usługi. Tym samym, skoro Zamawiający Centrum Nowoczesności Młyn Wiedzy wystawił tego rodzaju dokumenty, nie można na ich podstawie stwierdzić, aby Wykonawca Konsorcjum New Amsterdam nie zrealizował poprawnie usługi. Z całą pewnością, w ocenie Izby nie można uznać, aby Wykonawca Konsorcjum New Amsterdam złożył nieprawdziwe informacje. Skoro bowiem Zamawiający Centrum Nowoczesności Młyn Wiedzy wystawił ww. dokumenty (protokoły), to Wykonawca Konsorcjum New Amsterdam jest uprawniony do posługiwania się takimi dokumentami. Jego złożenie nie stanowi informacji nieprawdziwych, bowiem to Zamawiający Centrum Nowoczesności Młyn Wiedzy sam potwierdził (w formie pisemnej!), że usługi zostały wykonane prawidłowo.

Wykonawca Konsorcjum New Amsterdam w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia przedstawił informacje, bazując na informacjach przekazanych przez Centrum Nowoczesności Młyn Wiedzy. Posiadanie wskazanego przez tego wykonawcę doświadczenia, znalazło potwierdzenie w treści dokumentów, jakie wystawiło Centrum Nowoczesności Młyn Wiedzy. Z powyższych względów brak jest podstaw do uznania, że Wykonawca Konsorcjum New Amsterdam przedstawił nieprawdziwe informacje, skoro informacje te znalazły potwierdzenie w dokumentach wystawionych przez innego zamawiającego.

Jednakże z uwagi na fakt, że zarówno Odwołujący Ybah sp. z o.o. jak i Odwołujący Mea, przedstawili oświadczenie pochodzące od Centrum Nowoczesności Młyn Wiedzy, z którego wynika, że zamówienie wykonywane przez NoLabel sp. z o.o. (członka Konsorcjum New Amsterdam) zostało wykonane nienależycie i Zamawiający zmuszony był skorzystać z wykonania zastępczego oraz zażądać od wykonawcy zapłaty kar umownych, należy stwierdzić, że obowiązkiem Zamawiającego jest wyjaśnienie sprzecznych oświadczeń, jakie składa Centrum Nowoczesności Młyn Wiedzy. Zgodnie z art. 1.1 ust. 5 Rozporządzenia w sprawie dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te

dokumenty mogą być składane wynika, że Zamawiający jest uprawniony do dokonywania weryfikacji złożonych przez Wykonawców dokumentów, gdy budzą one wątpliwości w szczególności jest uprawniony do zwrócenia się wprost do Zamawiającego, który te dokumenty wystawił, celem udzielenia dodatkowych informacji lub dokumentów.

Wobec faktu, że wykonawcy w niniejszym postępowaniu złożyli dokumenty wystawione przez Centrum Nowoczesności Młyn Wiedzy, których treść jest ze sobą sprzeczna (dokumenty te wskazują zarówno na należyte, jak i na nienależyte wykonanie umowy przez NoLabel sp. z o.o.), Zamawiający winien te sprzeczności wyjaśnić. W szczególności Zamawiający winien wyjaśnić, czy Centrum Nowoczesności Młyn Wiedzy wycofuje, czy podtrzymuje złożone wcześniej oświadczenie o zrealizowaniu i poprawnym zrealizowaniu zamówienia przez NoLabel sp. z o.o. Nadto Zamawiający winien wyjaśnić, czy pochodzące od Centrum Nowoczesności Młyn Wiedzy dokumenty zostały podpisane przez osoby uprawnione do działania w imieniu tego zamawiającego. Należy w tym miejscu podkreślić, że na chwilę oceny ofert Zamawiający nie dysponował wiedzą o istnieniu oświadczenia Centrum Nowoczesności Młyn Wiedzy, wskazującego na nienależyte wykonanie umowy przez NoLabel sp. z o.o., z tego względu Izba nie mogła uznać, że Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający został zatem zobowiązany do wyjaśnienia ww. okoliczności (sprzeczności oświadczeń), z uwagi na fakt, że dopiero po etapie badania i oceny ofert przedstawiono pismo, które zawiera inne informacje niż zawarte w protokole złożonym w treści oferty. Z tego też względu dopiero po uzyskaniu wyjaśnień będzie można stwierdzić, czy Wykonawca Konsorcjum New Amsterdam spełnia warunki udziału w postępowaniu. W sytuacji, gdy Zamawiający uzna, że Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zobowiązany będzie do wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba oddaliła odwołanie Wykonawcy Ybah sp. z o.o. z uwagi na fakt, że wszystkie podniesione zarzuty zostały oddalone. Wykonawca ten nie podniósł w treści odwołania zarzutu dotyczącego niespełnienia warunku udziału w postępowaniu z uwagi na brak wykazania zrealizowania co najmniej jednej usługi polegającej na zaprojektowaniu, wykonaniu i montażu w miejscu przeznaczenia, co najmniej 5 interaktywnych stanowisk wystawowych, o łącznej wartości nie mniejszej niż 700 000,00 zł brutto (podniósł jedynie zarzut złożenia nieprawdziwych informacji), z tego względu odwołanie zostało oddalone. Drugi z Odwołujących podniósł taki zarzut, z tego też względu Izba odniosła się także do tej okoliczności. W zakresie zbadania spełnienia warunku udziału w postępowaniu Izba nakazała ponowne badanie i ocenę ofert..

Izba ustaliła, że Konsorcjum New Amsterdam w celu wykazania spełnienia usługi posłużyło się protokołem odbioru końcowego usługi polegającej na zaprojektowaniu i wykonaniu

wystawy „O obrotach” wraz z zaaranżowaniem przestrzeni wystawienniczej. Odwołujący Mae powołał się na treść Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, które stanowi, iż dowodem na należyte wykonanie dostaw i usług jest: poświadczenie, z tym że w odniesieniu do nadal wykonywanych dostaw lub usług okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert”. Zdaniem Odwołującego, Konsorcjum New Amsterdam nie złożyło wymaganego dokumentu na potwierdzenie należytego wykonania wskazywanych dostaw i usług. Przedstawiony do oferty Konsorcjum New Amsterdam protokół odbioru końcowego nie może stanowić dowodu na należyte wykonanie prac przez danego wykonawcę.

Należy podkreślić, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający wymagał wykazania zrealizowania usługi, która nie należy do usług okresowych ani ciągłych. Odwołujący zdaje się nie rozumieć ww. pojęcia. Dotyczą one usług realizowanych z określoną częstotliwością. W niniejszym postępowaniu Zamawiający oczekiwał wykazania jednej usługi polegającej na jednoazowej realizacji zadania. Tym samym Izba uznała za nieuzasadnione twierdzenie Odwołującego, że protokół odbioru robót, który jest wystawiony wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert jest dokumentem, który może stanowić potwierdzenie należytego wykonania prac przez wykonawcę.

Izba za bezzasadny uznała zarzut dotyczący braku wykazania posiadania wymaganego doświadczenia i wiedzy (pkt IIIa odwołania; 24 ust. 4 w zw. Z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Izba ustaliła, że Wykonawca Ybah sp. z o.o. przedstawił dokumenty, z których wynika, że dysponuje wiedzą i doświadczeniem. Odwołujący nie przedstawił żadnych przekonywujących informacji, jak również dowodów, które przeczyłyby powyższej tezie. W szczególności, w ocenie Izby za niepoparte dowodami, niewykazane należy uznać twierdzenia dotyczące „informacji z rynku”, które w ocenie Odwołującego miałyby świadczyć o braku wiedzy i doświadczenia Wykonawcy Ybah sp. z o.o. Trafnie zauważył Zamawiający, że zgodnie z art. § 4 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, odwołanie powinno zawierać dowody wykazujące twierdzenia Odwołującego. Powołanie się na „informacje z rynku” nie stanowi dowodu.

W ocenie Izby także przedstawione zobowiązanie podmiotu trzeciego nie jest nieprawidłowe. Sam Odwołujący wskazuje na fakt konieczności udziału w realizacji zamówienia podmiotu udostępniającego zasoby i informacja o udziale jest zawarta w treści zobowiązania Izba zwraca uwagę, że w treści zobowiązania mowa jest zarówno o wsparciu jak i uczestnictwie podmiotu udostępniającego. W ocenie Izby, wbrew twierdzeniu Odwołującego, również o udziale podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia świadczą udostępnienie osób będących

pracownikami, doradztwo i konsultacje.

Izba uznała za uzasadniony zarzut dotyczący braku w ofercie Wykonawcy Ybah dokumentów z Krajowego Rejestru Karnego Ybah Sp. z o.o. o niekaralności spółki i jej członków zarządu (pkt IIIb odwołania). Izba zauważa, że z uwagi na brak własnoręcznego podpisu, wydruk komputerowy co do zasady nie ma rangi dokumentu – ani dokumentu urzędowego, ani dokumentu prywatnego. Nadanie wydrukowi komputerowemu rangi dokumentu możliwe jest wyłącznie na podstawie jednoznacznego przepisu ustawy. Dotyczy to także informacji z Krajowego Rejestru Karnego na temat karalności osoby. Wydruk komputerowy zawierający informację na temat karalności danej osoby mógłby zostać uznany za dokument jedynie w przypadku, gdyby przepis ustawy nadawał temu wydrukowi rangę dokumentu lub też zrównywałby jego moc z mocą dokumentów. Tak jednak nie jest. Żaden z przepisów ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym nie nadaje wydrukowi komputerowemu takiej mocy.

Powyższej konstatacji nie zmienia fakt, że zgodnie z art. 23 ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym, informacja o osobie, sporządzona na podstawie danych zgromadzonych w Rejestrze, bez względu na sposób jej udzielenia, stanowi zaświadczenie w rozumieniu przepisów działu VII Kodeksu postępowania administracyjnego. Należy bowiem zauważyć – a potwierdza to również stanowisko Ministerstwa Sprawiedliwości, że w przypadku informacji wydawanej w formie pliku elektronicznego, dokumentem jest ten właśnie plik, który ma formę elektroniczną, a nie wydruk zawartości tego pliku. Stąd też skuteczne posługiwanie się taką informacją wymaga przede wszystkim przedłożenia pliku elektronicznego zapisanego na nośniku danych. Sam wydruk może w takim przypadku pełnić funkcję pomocniczą, ale wydruk nie może zastąpić dokumentu, którym jest plik elektroniczny.

Należy podkreślić, że zrównanie mocy wydruków komputerowych z dokumentami urzędowymi zostało zastosowane w ustawie o Krajowym Rejestrze Sądowym w odniesieniu do informacji odpowiadających odpisowi z tego Rejestru. Na mocy art. 4 ust. 4a ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym, pobrane samodzielnie wydruki komputerowe aktualnych informacji o podmiotach wpisanych do Rejestru mają moc zrównaną z mocą dokumentów wydawanych przez Centralną Informację, jeżeli posiadają cechy umożliwiające ich weryfikację z danymi zawartymi w Rejestrze.

Ustawa o Krajowym Rejestrze Karnym nie zawiera analogicznego przepisu, stąd też brak jest podstaw do uznania, że sam wydruk informacji o osobie jest dokumentem.

W świetle powyższego należało uznać, że Zamawiający jest zobowiązany do wezwania Wykonawcy Ybah do uzupełnienia dokumentów w zakresie potwierdzenia braku karalności.

Izba uznała także za uzasadniony zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp jako konsekwencję dokonania przez Zamawiającego wyżej opisanych naruszeń

Zgodnie z art. 8 ust. 1 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.

Zasadą postępowania, wyrażoną w art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W sytuacjach zupełnie wyjątkowych istnieje możliwość wyłączenia jawności postępowania i to tylko i wyłącznie w uzasadnionych przypadkach, przewidzianych w ustawie. Możliwość wyłączenia jawności postępowania nie może być nadużywana lub traktowana rozszerzająco. Zasada jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem zasadą nadrzędną i wyjątki od niej, zarówno w kontekście faktów, jak i prawa, nie mogą być interpretowane tak, aby prowadziło to do jej ograniczenia. Uprawnienie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być nadużywane i stosowane jedynie do gry konkurencyjnej wykonawców, lecz ma za zadanie zapewnić im ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa ściśle w granicach jej definicji zawartej w art. 11 ust. 4 UZNK.

Ciężar udowodnienia zaistnienia absolutnie wyjątkowych okoliczności, uzasadniających utajnienie jawności postępowania i znajdujących oparcie w przepisach ustawy, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonał oraz na Zamawiającym, gdy nie zdecydował się na odtajnienie dokumentów. Wykonawca Ybah sp. z o.o. jak również Zamawiający nie podotali temu obowiązкови.

Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta została w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), zgodnie z którą przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Wszystkie te przesłanki muszą być spełnione łącznie.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że przedstawione przez Przystępującego wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedmiotowych dokumentów są ogólnikowe. Informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią bardzo istotną kwestię dla każdego przedsiębiorcy, tym samym podejmuje on szereg czynności i szereg zabezpieczeń, celem ochrony poufności takich informacji. Takich działań w wyjaśnieniach złożonych przez Wykonawcy Ybah sp. z o.o. nie wskazano.

Przedstawiono za to wyjaśnienie, czym jest tajemnica przedsiębiorstwa w świetle obowiązujących przepisów. Nadto przedmiotowe wyjaśnienia bogato ozdobiono cytataми z orzecznictwa. Jakkolwiek bogaty jest dorobek orzeczniczy sądów czy również Krajowej Izby

Odwoławczej w tematyce zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to nie może być on uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w konkretnym przypadku. Wraz z wyjaśnieniami nie przedstawiono Zamawiającemu żadnych dodatkowych dokumentów, w tym także jakichkolwiek umów. Nie przedstawiono żadnych dowodów, które mogłyby uzasadniać zastrzeżenie części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa. A jak wspomniano powyżej, w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa zawarte są określone działania i czynności podejmowane w celu jej ochrony, co oznacza, że jeżeli istotnie działania takie zostały podjęte, to powinny istnieć materialne dowody ich podjęcia. Tym samym, za nieprawidłowe uznać należy działanie Zamawiającego, który uznał za uzasadnione utajnienie dokumentów stanowiących część oferty Wykonawcy Ybah sp. z o.o. Uznając prawidłowość działań Wykonawcy Ybah sp. z o.o., Zamawiający oparł się jedynie na ogólnych i niedowiedzionych twierdzeniach tego wykonawcy.

Odnosząc się do uzasadnienia zastrzeżenia informacji znajdujących się w wykazie usług, Izba ponownie podkreśla, że znalazły się w nim ogólne, niedowiedzione twierdzenia.

W przypadku tajemnicy przedsiębiorstwa każdy przedsiębiorca doskonale wie, jaką wartość ma określona informacja i jakie mogą być konsekwencje jej ujawnienia, jakiego rodzaju i gdzie poniesie straty wskutek jej ujawnienia, jaką konkretnie może ponieść stratę i jaka będzie jej wysokość. Stwierdzenia ogólne i gołosłowne oraz brak podania wartości tej informacji oznaczają jedynie, że Wykonawca wcale nie udowodnił, że ujawnienie zastrzeżonych przez niego informacji, rzeczywiście spowodowałoby dla niego jakiegokolwiek negatywne konsekwencje, w szczególności naraziło na straty, a tym samym informacje w wykazie usług nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów potwierdzających wykonanie usług na rzecz podmiotów prywatnych nie może być uznane per se za tajemnicę przedsiębiorstwa i podlegać ochronie. Podstawa zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie została w tym zakresie wykazana. Okoliczność, że dane podmioty zawarły umowę, w ocenie Izby nie stanowi żadnej tajemnicy przedsiębiorstwa. Przystępujący nie przywołał żadnej umowy jak również treści żadnego konkretnego postanowienia umowy, z którego wynikałoby zastrzeżenie jako poufne informacji zawartych w wykazie dostaw w niniejszym postępowaniu.

Należy zauważyć, że adresatami referencji jest nieograniczony krąg podmiotów. Referencje są bowiem ze swej istoty wystawiane z przeznaczeniem dla nieokreślonej liczby podmiotów, które są zainteresowane ich treścią. Referencje są dokumentem, w którym podmiot wystawiający oświadcza wobec nieograniczonej i nieoznaczonej liczby podmiotów, że określony podmiot (wykonawca) należycie wykonał określone zadanie. Tym samym już z definicji referencji wynika, że są one kierowane do wszystkich podmiotów, które mogą być zainteresowane poznaniem ich treści. W treści przedmiotowych referencji Przystępującego

nigdzie nie zostało wskazane, że ich treść ma charakter poufny i nie mogą być one okazywane podmiotom trzecim. Brak jest zastrzeżenia poufności w treści tych referencji lub zastrzeżenia, że ich okazaniem podmiotom trzecim każdorazowo wymaga zgody podmiotów wystawiających referencje. Co więcej, w treści tych dokumentów znajdują się jedynie informacje na temat podmiotu wystawiającego referencje, zadania, jakie zostało wykonane i ogólne nazwy. Dokumenty referencji potwierdzają należyte wykonanie zadania. Zawierają ocenę sposobu wykonania zadania. Nie sposób więc uznać, aby tego rodzaju informacje, jakie znalazły się w referencjach przedstawionych przez Przystępującego, miały charakter poufny lub mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego. Zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący, nie podjęli nawet próby wykazania, że referencje zawierają informacje o charakterze technicznym, technologicznym lub jakimkolwiek innym charakterze, który mógłby podlegać ochronie. W stosunku do żadnego z tych dokumentów nie wykazano, że podjęto jakiekolwiek działania celem ich utajnienia. Tym samym, nie spełniono podstawowych przesłanek, o których mowa w art. 16 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a których spełnienie jest niezbędne, aby dane informacje mogły zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa.

W treści wyjaśnień Przystępujący powołuje się jedynie ogólnie na „klauzule poufności”, nie zaś na konkretną zawartą umowę i na konkretne postanowienia takiej umowy, które obligują do utajnienia określonych informacji. Treści umowy Przystępujący również nie przedstawił Zamawiającemu, składając wyjaśnienia dotyczące przyczyn utajnienia informacji.

W szczególności Przystępujący nie wykazał, że z materiałów wynikają jakiekolwiek szczególne dane, w tym jakakolwiek nadzwyczajne dane dotyczące struktury przedsiębiorstwa. Nie wykazał nic, co stanowi rozwiązanie oryginalne i do czego dostęp mają nieliczni. Z cytowanego przepisu ustawy wynika, że aby można było uznać, że dane mogą zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, musi zostać wykazane, że strona podjęła określone działania w celu zabezpieczenia się przed nieuprawnionym dostępem osób trzecich. Skoro strona podjęła działania, to powinna je wykazać. Strona powinna więc wykazać, w jaki konkretnie sposób chroni swoje informacje, w tym np. dane dotyczące struktury przedsiębiorstwa. W niniejszej sprawie Przystępujący Ybah sp. z o.o. okoliczności tych nie wykazał. Nie przedstawił żadnych dowodów, poza ogólnymi zdaniem. Nie sposób zatem nawet ustalić, w jaki sposób Przystępujący chroni swoje rozwiązania, które uważa za szczególne.

Ponownie należy podkreślić, że jawność postępowania jest jedną z jego naczelných zasad. Strony nie mogą na mocy swoich działań zasady tej wyłączać bez wyraźnej i jednoznacznej podstawy. Tym samym, strony umowy nie mogą wyłączyć jawności ceny zaoferowanej w postępowaniu.

Podobne rozważania odnoszą się do zobowiązania do udostępnienia zasobów. Wykonawca Ybah sp. z o.o. poza powołaniem się na bliżej nieokreślone umowy, nie przedstawił, a tym samym nie wykazał żadnych konkretnych postanowień, które uzasadniałyby objęcie dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa.

Na szczególne podkreślenie zasługuje fakt, że Przystępujący w treści wyjaśnień przedstawionych Zamawiającemu nie udowodnił, że informacje składane w jego ofercie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zawarł jedynie ogólne sformułowania, nie odnoszące się do konkretnych faktów i działań. Nie wskazał konkretnych dowodów, uzasadniających dokonanego przez siebie utajnienia informacji, ani też szkody, jaką poniósłby skutek ich ujawnienia.

Odnosząc się do zastrzeżenia dokumentów dotyczących wyjaśnień rażąco niskiej ceny Izba ponownie zauważa, że nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa cytowane wyroki czy to Izby, czy wyroki sądu. Nadto nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa poszczególne tabele, skoro bowiem stanowią tylko sposób obliczenia ceny. Cena w postępowaniu przetargowym jest jawna, także ceny poszczególnych etapów w niniejszym postępowaniu były jawne, zatem nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Trafnie zauważył Odwołujący, że trudno wyjaśnić dlaczego np. informacje o cenie tego sprzętu i oprogramowania miałyby być poufne skoro elementy te są dostępne na rynku i nie zostały wytworzone przez danego oferenta. Trafnie domyślił się Odwołujący, że Wykonawca ten w swoich wyjaśnieniach nie podaje szczegółowych danych dotyczących np. udzielanych im rabatów przez dostawców sprzętu czy warunków płatności. Odwołujący wskazał także, czemu nie zaprzeczył Przystępujący Ybah sp. z o.o. ani także Zamawiający, że oferowany przez Ybah sp. z o.o. sprzęt jest de facto powszechnie dostępny na rynku praktycznie dla każdego zainteresowanego ich nabyciem, a jego producenci wręcz powszechnie udostępniają cenniki swoich produktów.

Izba podziela także stanowisko Odwołującego, że za poufne nie można uznać także innych informacji takich jak: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne (skoro te rozwiązania techniczne są jednakowe dla wszystkich ubiegających się o to zamówienie i zostały narzucone w SIWZ, a tym samym nie są poufne skoro znają je wszyscy wykonawcy, lub też skoro wszystkie wymagania są z góry narzucone przez zamawiającego w SIWZ i znane wszystkim wykonawcom). Nadto nie można uznać za podlegającą utajnieniu pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów skoro pomoc publiczna jest jawna z mocy prawa.

Dodatkowo należy zauważyć, że w treści wyjaśnień znalazły się adresy stron internetowych czy też zostały wskazane zrealizowane usługi na rzecz podmiotów publicznych, co z całą pewnością nie potwierdza, aby przedstawione w wyjaśnieniach informacje mogły podlegać utajnieniu. Są bowiem powszechnie dostępne.

Izba nie nakazała Zamawiającemu odtajnienia treści dokumentów z uwagi na fakt, że powyższa czynność nie miałaby wpływu na wynik postępowania. Odwołujący podniósł zarzuty względem treści oferty Wykonawcy Ybah sp. z o.o., pomimo zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w niektórych dokumentach. Izba zarzuty rozpoznała.

W ocenie Izby zarzut dotyczący konieczności odrzucenia oferty Wykonawcy Ybah sp. z o.o. z uwagi na rażąco niską cenę nie zasługuje na uwzględnienie. Odnosząc się do treści tego zarzutu przede wszystkim należy podkreślić, że Odwołujący kwestionuje możliwość wykonania zamówienia za cenę, jako zaoferował wykonawca YBAH sp. z o.o. Zdaniem Odwołującego, zaoferowana przez tego wykonawcę cena jest ceną nierealną. Jednakże stawiając taki zarzut, Odwołujący w żaden sposób nie zakwestionował ceny, jaką w niniejszym postępowaniu zaoferowało konsorcjum New Amsterdam sp. z o.o. i No Label sp. z o.o. Tymczasem cena zaoferowana przez to konsorcjum jest niższa od ceny, jaką zaoferował Wykonawca YBAH sp. z o.o. Skoro cena zaoferowana przez Wykonawcę YBAH sp. z o.o. miałaby być – zdaniem Odwołującego – ceną nierealną, to ceną jeszcze bardziej nierealną powinna być cena niższa od ceny zaoferowanej przez Wykonawcę YBAH sp. z o.o. Jednakże Odwołujący w żaden sposób nawet nie próbował zakwestionować najniższej w niniejszym postępowaniu ceny, jaką zaoferowało konsorcjum New Amsterdam sp. z o.o. i No Label sp. z o.o. Powyższa okoliczność stanowi o tym, że mało wiarygodne są wywody Odwołującego dotyczące rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy YBAH sp. z o.o.

Ponadto Odwołujący poza ogólnymi stwierdzeniami w żaden sposób w sposób wiarygodny nie uzasadnił swojego zarzutu w odniesieniu do ceny zawartej w ofercie Wykonawcy YBAH sp. z o.o.

W niniejszej sprawie na podkreślenie zasługuje fakt, że ocenie podlega cena globalna realizacji zamówienia. Sposób kalkulacji, jaki przedstawił Wykonawca YBAH sp. z o.o. wskazuje, że jest on w stanie zrealizować zamówienie za zaoferowaną cenę. Z treści wyjaśnień wynika, że wykonawca ten przewidział właściwą kwotę na realizację poz. 3. Nie jest to wartość odbiegająca od wskazanej w innych ofertach. Złożone przez Odwołującego w trakcie rozprawy dokumenty nie stanowią dowodu na to, że Wykonawca YBAH sp. z o.o. nie będzie stanie zrealizować zamówienia. Treść wyjaśnień wskazuje na fakt, że Wykonawca YBAH sp. z o.o. przewidział właściwą wartość dla poz. 3. W ocenie Izby Wykonawca YBAH sp. z o.o. w treści wyjaśnień wyczerpująco wyjaśnił, jakie okoliczności wpłynęły na zaoferowanie przez niego takiej, a nie innej ceny. Przewidział także zysk w wysokości 9%. Złożone przez Odwołującego wydruki wiadomości e-mail nie stanowią wiążących ofert. Są jedynie prywatną korespondencją i w świetle złożonych przez wykonawcę YABH sp. z o.o. wyjaśnień można stwierdzić, że nie stanowią dowodu na to, że wykonawca ten nie wykona

całości zamówienia za wskazaną przez siebie cenę.

Nadto nie stanowi dowodu na okoliczność, że nie jest możliwe w realiach rynkowych wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ za cenę 999.000,00 zł netto ogólne powołanie się przez Odwołującego na swoje doświadczenie oraz kontakty handlowe z podmiotami specjalizującymi się od lat w analogicznym zakresie realizacji dostaw. Podkreślenia wymaga także fakt, że Zamawiający przewidział także inne kryterium oceny ofert, tj. okres gwarancji, który wpływać może na podwyższenie kosztów ofert innych wykonawców, którzy zaoferowali okres gwarancyjny 60 i 72 miesiące, co zwiększa koszty realizacji zamówienia.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania.

Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....