

Sygn. akt: KIO 1882/17

WYROK
z dnia 26 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Monika Szymanowska
Renata Tubisz

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 września 2017 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **11 września 2017 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum Firm: 1. N. S.A. (Lider); 2. C. Sp. z o.o., (...); z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **P.S.G. Sp. z o.o., (...)**

przy udziale wykonawcy **S. S.A., (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w części dotyczącej:

- a) zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 Prawa Zamówień Publicznych zwanego dalej: „Pzp”, poprzez niewłaściwe jego zastosowanie, polegające na bezpodstawnym wykluczeniu Odwołującego z postępowania w skutek zastosowania kryteriów selekcji, w ramach których Zamawiający nie uznał dwóch z sześciu realizacji wskazanych przez Odwołującego w wykazie zrealizowanych dostaw/usług załączonego do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zwanego dalej: „Wykaz”,
- b) zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 57 ust 1 poprzez niewłaściwe jego zastosowanie, polegające na poinformowaniu o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków bez uwzględnienie punktów, które winny być przyznane Odwołującemu,
- c) zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niezastosowanie zasady przejrzystości przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

i nakazuje unieważnienie przez Zamawiającego czynności z dnia 1 września 2017 r., nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny wniosku, w ramach której nakazuje Zamawiającemu zastosowanie kryteriów selekcji w stosunku do Odwołującego przy uwzględnieniu realizacji z poz. 1 i 2 wykazu, z uwagi na potwierdzenie się zarzutów odwołania we wskazanym wyżej zakresie. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **P.S.G. Sp. z o.o., (...)** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Konsorcjum Firm: 1. N. S.A. (Lider); 2. C. Sp. z o.o., (...)**; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: (...) tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od **P.S.G. Sp. z o.o., (...)** na rzecz **Konsorcjum Firm: 1. N. S.A. (Lider); 2. C. Sp. z o.o., (...)**; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: (...) kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset

złotych zero grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie negocjacji z ogłoszeniem na dostawę, wdrożenie oraz usługę utrzymania systemu S. w P.S.G. sp. z o.o. - numer postępowania (...), zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem (...) z 03.01.2017 r., przez P.S.G. Sp. z o.o., (...) zwaną dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 01.09.2017 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wynikach spełniania warunków udziału w postępowaniu i ilości przyznanych punktów poszczególnym Wykonawcom, którzy złożyli wnioski zgodnie z kryterium selekcji, w tym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum Firm: 1. N.S.A. (Lider); 2. C. Sp. z o.o., (...); z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: (...) zwane dalej: „*Konsorcjum N.S-C.*” albo „*Odwołującym*”. Jednakże, niniejsze konsorcjum nie zakwalifikowało się na krótką listę 10 wykonawców i nie zostało zaproszone do złożenia oferty wstępnej, co skutkowało wykluczeniem Odwołującego na podstawie art. 24 ust.1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) zwanej dalej: „*Pzp*”.

W dniu 11.09.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum N.S-C. wniosła odwołanie na w/w czynności. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 11.09.2016 r. (e-mailem). Zarzucił naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, poprzez niewłaściwe jego zastosowanie, polegające na bezpodstawnym wykluczeniu Odwołującego z postępowania w skutek zastosowania kryteriów selekcji, w ramach których Zamawiający nie uznał dwóch z sześciu realizacji wskazanych przez Odwołującego w wykazie zrealizowanych dostaw/usług załączonego do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (dalej Wykaz),
2. art. 57 ust 1 poprzez niewłaściwe jego zastosowanie, polegające na poinformowaniu o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków bez uwzględnienie punktów, które winny być przyznane Odwołującemu,

3. art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazu zrealizowanych dostaw/usług załączonego do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,

4. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niezastosowanie zasady przejrzystości przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec powyższego, Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,
3. ponowną ocenę złożonego wniosku oraz zastosowanie kryteriów selekcji w stosunku do Odwołującego, przy uwzględnieniu realizacji nr 1 i 2 wskazanych w wykazie, ewentualnie o wezwaniu Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących realizacji wskazanych w przedmiotowym wykazie,
4. ponowne poinformowanie o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zawierające zaproszenie Odwołującego do złożenia oferty wstępnej.

Poniżej przedstawione uzasadnienie (str. 10 - 17 odwołania) wraz z załącznikami nr 1-3 stanowią „tajemnicę przedsiębiorstwa” Odwołującego (oddzielny niejawnny załącznik dołączony do odwołania), gdyż treść uzasadnienia odwołania zawierająca informacja stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Uzasadnienie odwołania dotyczy zadań wskazanych w wykazie zrealizowanych usług dołączonym do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, który to stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego, co zostało wykazane poniżej.

Odwołujący podnosi, że w przypadku zastrzeżenia poufności wykazu świadczonych usług, a co za tym idzie uzasadnienia odwołania, w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa chodzi o fakt wykonywania usług na rzecz konkretnego podmiotu oraz o kwestie wzajemnych rozliczeń, ceny, warunków współpracy, sposobu udostępnienia zasobów, zasad płatności i zakresu realizacji. Odwołujący zatem udostępniłby swoim konkurentom informacje, że świadczył on lub świadczy nadal usługi na rzecz danego podmiotu, obejmujące określone usługi za określoną wartość - co może ułatwić konkurentom złożenie kontroferty, zawierającej korzystniejsze warunki, niż proponował Odwołujący. Okoliczność ta jest tym bardziej istotna, że odbiorcami usług ujawnionych w wykazie nie były podmioty zobowiązane do udostępnienia informacji w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej. Z powyższego wynika niezbicie, że informacje dotyczące danego kontraktu, stanowią tajemnicę handlową przedsiębiorstwa, która mieści się w kryterium „*innych informacji posiadających znaczenie gospodarcze*”. Wskazał również, że Odwołujący podjął działania zmierzające do zachowania poufności informacji utajnionych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W szczególności, warunki na jakich wykonywane są usługi na rzecz zleceniodawcy objęte są stosowną klauzulą poufności. Ponadto Odwołujący

nie udostępnia tych wiadomości podmiotom zewnętrznym, o czym zresztą świadczy fakt zastrzeżenia ich poufności na gruncie niniejszego postępowania (wyrok KIO z 10.07.2013 r., sygn. akt: KIO 1542/13). Jednocześnie Odwołujący podnosił, że „skutkiem objęcia oferty, złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, jest związanie tą klauzulą zamawiającego, który działając w charakterze podmiotu zobowiązanego do udzielenia informacji publicznej, nie ma innej możliwości niż odmówić udostępnienia dokumentów” (wyrok NSA z 17.07.2013 r. I OSK 608/1, M. P.. 2013/16/844).

Co więcej także Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wielokrotnie wskazywał, że „Artykuł 1 ust 1 dyrektywy Rady 89/665 w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, w brzmieniu nadanym przez dyrektywę 92/50 odnoszącą się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi w związku z art. 15 ust. 2 dyrektywy 93/36 koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy w brzmieniu nadanym dyrektywą 97/52, należy interpretować w ten sposób, że organ powołany do rozpoznania odwołań, o których mowa w rzeczonym art. 1 ust. 1, powinien zapewniać poufność i prawo do przestrzegania tajemnicy handlowej w stosunku do informacji zawartych w aktach przedłożonych mu przez strony sporu, w szczególności zaś przez instytucję zamawiającą, przy czym on sam może zapoznawać się z takimi informacjami i brać je pod uwagę. W istocie w ramach odwołania od decyzji instytucji zamawiającej wydanej w ramach postępowania przetargowego zasada kontradiktoryjności nie wymaga tego, by strony miały nieograniczone i absolutne prawo dostępu do całości informacji dotyczących danego postępowania przetargowego, przedłożonych organowi powołanemu do rozpoznania tego odwołania. Wręcz przeciwnie, to prawo wglądu należy wyważyć względem prawa innych podmiotów gospodarczych do ochrony ich poufnych informacji i tajemnic handlowych” (wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14.02.2008 r., sygn. akt: C-450/06 www.eur-lex.europa.eu, Dz.U.U.E.C.2008/79/6). Mając na uwadze powyższe, należy dojść do wniosku, że informacje objęte dokonaniem przez Odwołującego zastrzeżeniem poufności, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 UZNK, ponieważ są to informacje nieujawnione do wiadomości publicznej, będące informacjami organizacyjnymi przedsiębiorstwa i posiadającymi wartość gospodarczą. Dalej Odwołujący podnosił, że jak wynika z piśmiennictwa prawniczego „warunkiem koniecznym uznania informacji za podlegającą ochronie jest podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania ich w poufności. Okoliczność tę podkreślił Sąd Najwyższy w wyroku z 5 września 2001 r. (I CKN 1159/00. LexPolonica nr 353291), (...) wskazując, iż informację poufną można uznać za tajemnicę, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów, wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Ustawodawca nie przesądził

przy tym, jakie to mianowicie mają być działania. B. G. podkreślał, że konstytutywną cechą przesłanki poufności jest wola przedsiębiorcy przejawiona w sposób wyraźny lub dorozumiany, zmierzająca do ochrony informacji (w: *Umowa know-how...*, s. 23). Wydaje się więc, że każdy sposób działania, który wskazuje, że określone informacje są traktowane jako poufne, będzie stanowić realizację omawianego zalecenia ustawowego (Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, Autor komentarza: Du Vall Michał, Nowińska Ewa Wydanie: 2012). Jak podkreśla A. Michalak dla zrealizowania przesłanki „niezbędne działania” należy podjąć fizyczne środki ochrony (nawet najskromniejsze zabezpieczenie techniczne) i instrumenty prawne (np. zawarcie odpowiednich umów; A. Michalak, w: A. Michalak i in., *Ustawa o zwalczaniu...*, s. 314-315).

Przedkładając powyższe rozważania do stanu faktycznego sprawy, jako pozostający w ramach wyłącznego władztwa Odwołującego należy uznać sposób zabezpieczenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa przed jej ujawnieniem osobom niepożądanym. Pozostanie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wymaga, aby przedsiębiorca podjął działania zmierzające do wyeliminowania możliwości ich dotarcia do osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań (np. orzeczn. SN - Izba Cywilna z 6.06.2003, IV CKN 211/01; orzeczn. SN z dnia 3.10.2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz. 59 oraz orzeczn. SN z dnia 5.09.2001 r., I CKN 1159/00, OSNC 2002, nr 5, poz. 67). Wybór informacji mających zostać objętymi poufnością należy oczywiście do przedsiębiorcy. Nie można przy tym nie zwrócić uwagi, że zgodnie z art. 23 ust. 1 powołanej ustawy „*Kto, wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi w stosunku do przedsiębiorcy, ujawnia innej osobie lub wykorzystuje we własnej działalności gospodarczej informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli wyrządza to poważną szkodę przedsiębiorcy; podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2*”. Tym samym nawet powoływanie się na bezprawne i bezskuteczne zastrzeżenia tajemnicy nie zwalnia nikogo z odpowiedzialności karnej przewidzianej wskazanym wyżej przepisem art. 23 ust. 1 powołanej ustawy. „*W warunkach gospodarki wolnorynkowej, w której konkurencja stanowi podstawową siłą napędową, informacja jest dobrem o wymiernej wartości ekonomicznej. Postrzega się ją jako równie cenną jak patenty, wzory użytkowe czy zdobnicze* (P. Kozłowska, *Prawnokarne aspekty naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Prok. i Pr. 2000, nr 5, s. 52*). Fakt, że konkurenci nie znają informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, umożliwia uzyskanie lepszej pozycji na rynku. Sukces podejmowanych przedsięwzięć uzależniony jest częstokroć od zachowania w tym zakresie dyskrecji. Tak duże znaczenie tajemnicy przedsiębiorstwa uzasadnia sięgnięcie do środki reakcji prawnokarnej w celu zagwarantowania jej należytej ochrony (...) Typy czynów przestępnych z art. 23 u.z.n.k. nawiązują do regulacji zawartej w art. 11 u.z.n.k., w której opisano czyn nieuczciwej konkurencji związany z przekazaniem, ujawnieniem lub

wykorzystaniem cudzych informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa albo ich nabyciem od osoby nieuprawnione (Janusz Raglewski (w:) Zdyb M. (red.), Michalak A., Mioduszeński M., Raglewski J., Rasiewicz J., Sieradzka M., Sroczyński J., Szydło M., Wyrwiński M., Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, Lex 2011) Jako rodzajowy przedmiot ochrony art. 23 u.z.n.k. można wskazać zasady prawidłowego obrotu gospodarczego związane z uczciwą konkurencją (R. Zawłocki, Prawnokarna ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa, Analiza przepisu art. 23 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (w:) B. Janiszewski Nauka wobec współczesnych zagadnień prawa karnego w Polsce. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Aleksandrowi Tobisowi, s. 255). Indywidualnym przedmiotem zamachu tego przepisu jest interes przedsiębiorcy wyrażający się w tym, aby "nikt bezprawnie nie korzystał z informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa" (M. Mozgawa, Prawokarne aspekty zwalczania nieuczciwej konkurencji, Prok. i Pr. 1996, nr 4, s. 36-37). Przepis chroni prawo przedsiębiorcy do osiągania korzyści płynących z posiadania przez niego informacji związanych z prowadzoną przez niego działalnością. Jednocześnie podkreślił, że umowy ze Zleceniodawca usług zawierają klauzule zobowiązujące Odwołującego do zachowania ich treści w poufności. W świetle powyższego, o tym czy zastrzeżenie poufności powinno zostać uwzględnione przez Zamawiającego, decyduje fakt, czy informacje objęte zastrzeżeniem poufności stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący podnosi zatem, że dokonanie zastrzeżenia poufności zostało podyktowane obowiązkiem zachowania poufności, który to obowiązek zachowania poufności wynika wprost z treści umowy pomiędzy zleceniodawca usługi referencyjnej a Odwołującym. W przypadku usług świadczonych na rzecz podmiotów nie podlegających przepisom ustawy o dostępie do informacji publicznej, a takich właśnie kontraktów dotyczy poczynione przez Odwołującego zastrzeżenie, obowiązek zachowania tajemnicy handlowej w odniesieniu do zawartych i realizowanych umów jest praktyką powszechną. Informacja o warunkach świadczenia usług na rzecz danego kontrahenta, może być uznana za "inną, posiadającą znaczenie gospodarcze", ("Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz." pod red. M. Zbyd, LEX 2010). O ile w przypadku usług, które są wykonywane w trybie zamówienia publicznego, pewne informacje mogą być jawne, w tym w szczególności cena usług i ogólne warunki ich wykonywania (wynikające z umowy w sprawie zamówienia publicznego), o tyle w przypadku usług świadczonych na rzecz podmiotów prywatnych, stronom przysługuje pełne prawo do zachowania tajemnicy w zakresie wzajemnych zasad współpracy. W tym aspekcie informacje, których poufność została zastrzeżona przez Odwołującego nie są przeznaczone do publicznej wiadomości, co jest zgodne z obowiązującymi przepisami, i nie są znane podmiotom trzecim (wyrok KIO z 10.07.2013 r., sygn. akt: KIO 1542/13, wyrok KIO z 24.07.2013 r., sygn. akt: KIO 1707/13). Wreszcie Odwołujący podnosił, że:

> nie ujawnione do wiadomości publicznej informacje, zawarte w referencjach oraz uzasadnieniu odwołania są elementem organizacyjnym przedsiębiorstwa Odwołującego, w zakresie możliwości wdrożeń rozwiązania informatycznego Odwołującego u dużych klientów. Mają one duże znaczenie dla interesów majątkowych N. SA i C. Sp. z o.o., a ich ujawnienie może mieć na nie negatywny wpływ, w związku z czym nie ujawniono ich do wiadomości publicznej,

> ujawnienie tych wiadomości mogłoby wiązać się z niepożądanymi działaniami konkurencji a co za tym idzie wpłynąć na pogorszenie sytuacji gospodarczej N. S.A. i C. Sp. z o.o.,

> umowy z podmiotami trzecimi objęte są klauzulami poufności, wie o nich tylko ograniczone grono osób zobowiązanych do zachowania poufności. Informacja ta z natury nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

Wreszcie Odwołujący podkreśla, że w najnowszym orzecznictwie Izby ugruntował się pogląd, wedle którego *„z art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wynika jeszcze jeden rodzaj informacji, o których nie wspomina Odwołujący, a mianowicie inne informacje posiadające wartość gospodarczą. Analiza treści złożonych przez Wykonawców wykazów i referencji prowadzi do wniosku, że zawierają one dane dotyczące m.in. ich rynków zbytu, czy portfela klientów. Uznać należy, że dane takie są właśnie owymi innymi informacjami posiadającymi wartość gospodarczą i, przy spełnieniu pozostałych przesłanek z art. 11 ust 4 ustawy, zasługują na ochronę właściwą tajemnicy przedsiębiorstwa”* (wyrok KIO z 15.04.2014 r., sygn. akt: KIO 518/14).

Zamawiający w dniu 12.09.2017 r. (e-mailem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 15.09.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) S. S.A., (...) zwana dalej: „S. S.A.” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 26.09.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) przed otwarciem posiedzenia Odwołujący złożył pisemną opozycję w stosunku do zgłoszonego przystąpienia. Odpis opozycji został przekazany Zamawiającemu na posiedzeniu. W treści przystąpienia zapisano, iż - W związku z kryterium selekcji określonym w ogłoszeniu o zamówieniu Przystępujący uzyskał 3 punkty (nr 5 w rankingu wniosków) a w konsekwencji Wykonawca zostanie zaproszony do składania ofert wstępnych. Wobec tego, że Odwołujący wnosi m.in.

o ponowną ocenę złożonego wniosku oraz zastosowanie kryterium selekcji w stosunku do Odwołującego (ewentualnie o wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień), ewentualne uwzględnienie odwołania zgodnie z jego wnioskami bezpośrednio godziłoby w interes Przystępującego. Wniesione odwołanie w żadnym wypadku nie może godzić nawet pośrednio (tym bardziej bezpośrednio) w interesy Przystępującego, gdyż uwzględnienie odwołania może jedynie spowodować, iż Odwołujący zostanie zakwalifikowany do tzw. „krótkiej listy”, czyli podmiotów zaproszonych do złożenia oferty wstępnej. Takie działanie będzie konsekwencją przyznania Odwołującemu 3 punktów zamiast 2 na podstawie opisanych w ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów selekcji. Pozycja w rankingu, a co za tym idzie udział Przystępującego w postępowaniu nie może ulec zmianie, gdyż Wykonawcy temu Zamawiający przyznał 3 punkty i złożone odwołanie nie wpłynie na możliwość zmiany tej ilości, ponieważ przedmiotem odwołania nie jest kwestionowanie sytuacji Przystępującego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający może jedynie przyznać 3 punkty Odwołującemu, lecz nie będzie uprawniony ani zobowiązany do zmiany ilości punktów, tych z wykonawców, którzy 3 punkty już posiadają. Wnioski złożone przez tę grupę wykonawców nie będą podlegały ponownej ocenie z użyciem kryteriów selekcji. Izba oddaliła opozycje – uzasadnienie przedstawi w dalszej części. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: S. S.A.

W dniu 25.09.2017 r. (e-mailem), w dniu 26.09.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO - na posiedzeniu) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której oddał w całości odwołanie. Odpowiedź na odwołanie zawiera także wniosek o odrzucenie odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu na posiedzeniu. Izba oddalił wniosek o odrzucenie na posiedzeniu. Uzasadnienie oddalenia w dalszej części. Poniżej Izba przytoczyła fragmenty odpowiedzi pomijając te elementy które dotyczyły informacji zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa lub też formułując ich treść w sposób ogólny w stosunku do pierwotnej.

W zakresie odrzucenia Zamawiający stwierdził, że w jego ocenie, z treści odwołania w sposób jednoznaczny wynika, iż Odwołujący winien złożyć odwołanie na treść ogłoszenia o zamówieniu, a termin na wniesienie tego odwołania już minął. Wskazuję na wyrok KIO z 29.01.2014 r., sygn. akt: KIO 61/14. Z treści odwołania jednoznacznie wynika, iż Odwołujący winien wnieść odwołanie na treść pkt III.2.3) oraz pkt VI.3) ppkt 8 - Kryteria selekcji Ogłoszenia o zamówieniu. Ogłoszenie o zamówieniu nie dopuszcza posługiwaniem się doświadczeniem innym, aniżeli wdrożenie systemu S.. Jeżeli wykonawca chciał posłużyć się tym doświadczeniem winien zaskarżyć Ogłoszenie o zamówieniu. Ani z treści

ogłoszenia, ani z treści udzielonych w toku postępowania odpowiedzi na pytania, nie wynika, aby Zamawiający dopuszczał jakiegokolwiek inne systemy, aniżeli S.. Przedmiotem postępowania jest „Dostawa, wdrożenie oraz usługa utrzymania systemu S. w P.S.G. Sp. z o.o.”. Zamawiający nie dopuszczał żadnych rozwiązań równoważnych, co istotne również Odwołujący nie kwestionuje przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym, biorąc pod uwagę przedmiot postępowania, Zamawiający wymagał, aby oferenci: zrealizowali co najmniej jedno zamówienie polegające na wdrożeniu lub utrzymaniu i rozwoju systemu S. w przedsiębiorstwach prowadzących działalność w zakresie przesyłu lub dystrybucji gazu ziemnego, energii elektrycznej, wody, ciepła, pobierającego dane z co najmniej 600 urządzeń automatyki przemysłowej i łącznej liczbie pobieranych z urządzeń parametrów nie mniej niż 10.000 zł. Na potwierdzenie Wykonawca winien przedłożyć wykaz dostaw/ usług. W kryteriach selekcji jednoznacznie wskazano, iż za wykazanie większej liczby dostaw/ usług Wykonawcy otrzymają dodatkowe punkty. Ani w opisie kwalifikacji technicznych, ani w opisie kryteriów selekcji nie dopuszczono żadnych rozwiązań równoważnych, nie posłużono się pojęciem „systemów klasy S.”, nie dopuszczono posłużeniem się doświadczeniem we wdrożeniu systemów równoważnych do S.. Ogłoszenie zostało określone w sposób precyzyjny i z treści ogłoszenia jednoznacznie wynika, iż Wykonawcy muszą mieć doświadczenie we wdrożeniu systemu S.. Na etapie składania pytań, pojawiły się wątpliwości na przykład co do dopuszczenia doświadczenia w postaci wdrożenia systemu S. w przedsiębiorstwa Branży Górniczej. Niemniej jednak żaden z wykonawców nie zapytał się o możliwości zaprezentowania doświadczenia w postaci wdrożenia zupełnie innego systemu. Jeżeli Odwołujący w ramach kryteriów selekcji chciał posłużyć się doświadczeniem w postaci innego systemu, winien złożyć odwołanie na treść ogłoszenia o zamówienia. Na tym etapie postępowania nie jest możliwe dokonanie zmiany treści ogłoszenia. Co istotne Odwołujący nie zapytał się Zamawiającego, czy takie doświadczenie zostanie przez niego uznane. Sam fakt użycie w dokumentach wewnętrznych sformułowania „system klasy S.”, nie przesądza jeszcze o możliwości wykazania się przez oferentów innym doświadczeniem, aniżeli wdrożenie systemu S.. Z przedłożonych przez Wykonawcę/Odwołującego w toku postępowania dokumentów jednoznacznie wynikało w zakresie spornych pozycji, że dotyczą one innego systemu, a nie S.. Inny wykazany system jest zupełnie innym systemem aniżeli S.. Wskazał, iż jeżeli Wykonawca zamierzał w ramach systemu selekcji posłużyć się doświadczeniem związanym z wdrożeniem systemu tego innego systemu, winieni zaskarżyć treść ogłoszenia o zamówieniu, albo przy najmniej zapytać Zamawiającego o taką możliwość. Wskazał na wyrok KIO z 17.04.2012r., sygn. akt: KIO 662/12. Uznanie doświadczenia Odwołujące w zakresie doświadczenia we wdrożeniu tego innego systemu, byłoby właśnie zmianą treści ogłoszenia w zakresie pkt III.2.3) oraz pkt VI.3) ppkt 8 - Kryteria selekcji. Z podobnymi okolicznościami jak w wyżej przywołanym orzeczeniu mamy do

czynienia w niniejszym postępowaniu. Z tą różnicą, iż mamy tu do czynienia z kryteriami selekcji i warunkami udziału w postępowaniu. Odwołujący próbuje udowodnić, iż te inne systemu w obu wypadkach są równoważne z systemem S.. Podkreślił, iż Zamawiający nie dopuścił możliwości posłużenia się innym doświadczeniem, aniżeli z wdrożenia Systemu S.. Art. 30 Pzp nie będzie miał zastosowania, albowiem nie odnosi się on do warunków udziału w postępowaniu. Przywołał także wyrok z 14.02.2011r., sygn. akt: KIO 168/11. W niniejszym postępowaniu Odwołujący winie zaskarżyć treść ogłoszenia, a skoro tego nie uczynił nie ma podstaw do powoływania się na „rozwiązania równoważone”, czy też „klasy systemu”. Zamawiający w sposób jednoznaczny w treści ogłoszenia wskazał, iż wymaga doświadczenia we wdrożeniu systemu S., a nie innego „równoważnego” systemu. Wskazał również na wyrok z 30.11.2010r., sygn. akt: KIO/UZP 2533/10.

W zakresie oddalenia odwołania podtrzymał w/w argumentację. Wskazał również, iż nie było żadnych argumentów do wzywania Wykonawcy/ Odwołującego do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp. Z dokumentów przedłożonych przez Wykonawcę w toku postępowania jednoznacznie wynikało, iż doświadczenie wykazane w wykazie w spornych pozycjach nie dotyczy wdrożenia systemu S., a dotyczy wdrożenia zupełnie innego systemu tam wskazanego z nazwy. Kwestia ta nie budzi wątpliwości. Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu, o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. posiadają określone zdolności techniczne lub zawodowe, tj. wykażą, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizowali co najmniej jedno zamówienie polegające na wdrożeniu lub utrzymaniu i rozwoju systemu S. w przedsiębiorstwach prowadzących działalność w zakresie przesyłu lub dystrybucji gazu ziemnego, energii elektrycznej, wody, ciepła, pobierającego dane z co najmniej 600 urządzeń automatyki przemysłowej (na potrzeby tego postępowania rozumianych jako urządzenia komunikujące się z nadrzędnym systemem S./DCS za pomocą protokołu komunikacyjnego) i łącznej liczbie pobieranych z urządzeń parametrów nie mniejszej niż 10 000. Ogłoszenie o postępowaniu zawiera również załączniki, które jasno opisują zadania i wymagane funkcjonalności, jakie musi spełniać zamawiany system. Zamawiający w trakcie postępowania chciał wytypować wykonawców, którzy posiadają największe doświadczenie we wdrażaniu i serwisie systemu S., gdyż taki właśnie system jest przedmiotem postępowania. W tym celu przygotowano warunki udziału w postępowaniu, które zapewniają większą ilość punktów wykonawcom posiadającym większe doświadczenie. Zamawiający chcąc zabezpieczyć prawidłowe wykonanie zamówienia, dopuszcza do dalszego postępowania tylko wykonawców z największą ilością punktów. Odwołujący w wykazie zrealizowanych prac przedstawiło 6 pozycji. Dwie z sześciu

wskazanych pozycji nie zostały uznane (pismo pierwotnie identyfikuje wprost – jakie oraz na rzecz jakich podmiotów są te realizacje).

Wdrożenie systemów wskazanych z nazwy, nie spełnia wymagań postępowania z uwagi na podstawowe różnice w działaniu, przeznaczeniu i funkcjonalności tych systemów opisanych w spornych pozycjach wykazu prac, w stosunku do wymagań stawianych przed systemem S. opisanych w Załączniku 3a - Opis funkcjonalny systemu. (w tym elemencie Zamawiający oświadczył na rozprawie, że jest to omyłka pisarska, Izba nie stwierdziła takiego załącznika w dokumentacji postępowania). Z przyjętych i stosowanych rozwiązań technologicznych na rynku polskim i światowym oraz doświadczeń Zamawiającego wynika, że system S. oraz inne wykazane przez Odwołującego z nazwy pełnią różną rolę i nie są tożsame, ani wykorzystywane zamiennie. Wynika to głównie z różnego przeznaczenia tych systemów, co również wynika z opisów prac przesłanych przez Wykonawcę. Zarówno w P.S.G. sp. z o.o., jak i innych przedsiębiorstwach prowadzących działalność w zakresie przesyłu lub dystrybucji energii elektrycznej, prądu, wody, gazu (w tym podmiotach na rzecz których były wykazane realizacje) system S. jest wykorzystywany do zdalnego nadzoru, monitorowania i sterowania procesem przesyłu / dystrybucji medium w sieciach ww. przedsiębiorstw. W tym miejscu na stronie 7 odpowiedzi na odwołanie – Zamawiający określił definicje systemu S. – przytoczoną powyżej, jak wskazał różnice między tym systemem a innym systemem (systemami) wykazanymi przez Odwołującego w spornych pozycjach wykazu /w dalszych akapitach pisma, jak i dokonał ich porównania - charakterystyki/). System S. posiada zupełnie inne przeznaczenie. Jego głównymi funkcjonalnościami jest zbieranie danych z urządzeń pomiarowych i aparatury kontrolno-pomiarowej zainstalowanej na infrastrukturze przesyłowej/dystrybucyjnej przedsiębiorstwa energetycznego (tzn. w przypadku Zamawiającego gazociągach, węzłach gazowych, stacjach technologicznych, układach badania jakości przesyłanego gazu, stopnia nawonienia gazu, ochrony katodowej gazociągów). Zbierane i następnie przetwarzane dane mają na celu wspieranie służb dyspozytorskich i pogotowia gazowego odpowiedzialnych za nadzór nad przepływem i bezpieczeństwem przepływu medium w infrastrukturze przesyłowej/dystrybucyjnej przedsiębiorstwa energetycznego. Ważną funkcjonalnością systemu S. jest zdalne sterowanie pracą ww. urządzeniami zamontowanych w ww. infrastrukturze co przekłada się na sterowanie ruchem przepływu medium w infrastrukturze przedsiębiorstwa. Stwierdził, że omówione systemy nie tylko różnią się funkcjonalnością i przeznaczeniem, ale również oczekiwaną skutecznością i niezawodnością działania. Uznał także że wykazany system (systemy) ze spornych pozycji są mniej skuteczne. Na marginesie Zamawiający poinformował, iż w swoim przedsiębiorstwie posiada już wdrożone nowe systemy takiej klasy jak wykazane w spornych pozycjach. Przywołał go z nazwy i opisał w odpowiedzi na

odwołanie (str. 8). W związku z powyższym wbrew twierdzeniom Odwołującego system S. i inny wskazany z nazwy są odrębnymi systemami, nie są stosowane zamiennie, system AMI nie spełnia wymagań określonych w Załączniku 3a Opis funkcjonalny systemu. (w tym elemencie Zamawiający oświadczył na rozprawie, że jest to omyłka pisarska, Izba nie stwierdziła takiego załącznika w dokumentacji postępowania). System S. wspiera prace dystrybucji gazu. Celem wdrożenia systemu S. jest uporządkowanie i usystematyzowanie informacji z obszaru zarządzania ruchem sieci, jak również zwiększenie bezpieczeństwa ciągłości i niezawodności funkcjonowania całego systemu. W tym miejscu odpowiedzi na odwołania opisał dodatkowo wskazany z nazwy w spornych pozycjach system. Natomiast system S. odpowiedzialny jest przede wszystkim za sterowanie układem przesyłowym. Podkreślił, iż odwołanie dotyczy jedynie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 57, art. 26 ust. 4 oraz art. 7 Pzp w zakresie niezastosowania zasady przejrzystości przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Zamawiającego żaden z wyżej wywołanych przepisów nie został naruszony. Postępowanie zostało przeprowadzone w sposób przejrzysty i zgodnie z przepisami Pzp. Zamawiający nie może zgodzić się z twierdzeniem, iż Odwołujący wskazał 6 realizacji, które spełniają warunki określone w pkt III.2.3) ogłoszenia, albowiem wbrew jednoznacznym zapisom pkt III.2.3) poz. 1 i 2 ogłoszenia, w wykazie przedłożonym przez Odwołującego wymienione dostawy związane z wdrożeniem systemu innego aniżeli S.. Brak również podstawy do definiowania „systemu klasy S.”, albowiem takie pojęcie nie pojawia się w ogłoszeniu o zamówieniu. Obowiązkiem Wykonawcy było wykazanie się wdrożeniem systemu S., a nie innym. (W tym miejscu odpowiedzi na odwołanie Zamawiający identyfikuje wykazane systemu Odwołującego ze spornych pozycji wykazu).

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron (Przystępujący nie stawił się) złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Odwołujący, którego wniosek nie został oceniony w zakresie załączonego wykazu

maksymalnie, w wypadku potwierdzenia się zarzutów ma szansę na uzyskanie dodatkowych 3 punktów i zakwalifikowanie się do grupy 10 wykonawców zaproszonych do złożenia oferty wstępnej.

Izba oddaliła wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp, uznając że w przedmiotowym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z odwołaniem na postanowienia ogłoszenia o zamówienia, zaś argumentacja Odwołującego nie sprowadza się do spóźnionego kwestionowania treści ogłoszenia, odpowiedzi na pytania w zakresie opisu kwalifikacji technicznych, czy też kryteriów selekcji. Przedmiotem odwołania jest nie zakwalifikowanie Odwołującego do kolejnego etapu i nie zaproszenie do składania oferty wstępnej, z uwagi na nieprzyznanie odpowiedniej liczby punktów za załączoną liczbę referencji do wykazu.

Izba oddaliła opozycje co do zgłoszonego przystąpienia w zakresie istnienia interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego przez S. S.A. Należy zauważyć, że leży w interesie niniejszego Wykonawcy utrzymanie Odwołującego poza "krótką listą", gdyż ograniczy to krąg podmiotów konkurujących w kolejnym etapie postępowania.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z całej dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym ogłoszenia o zamówieniu oraz odpowiedzi na pytania (pisma z 13, 18, 26, 30.01.2017 r., 01 i 07.02.2017 r. Nadto, Izba zaliczył w poczet materiału dowodowego – dołączone do części niejawnego odwołania – trzy pierwsze załączniki. Dodatkowo, Izba zaliczyła wykaz usług dołączony do złożonego wniosku (zastrzeżony jako „tajemnica przedsiębiorstwa”), wezwanie z 10.04.2017 r. w trybie art. 26 ust. 2 f Pzp oraz do wyjaśnień wykazu („tajemnica przedsiębiorstwa” w zakresie w jakim dotyczy elementów zastrzeżonych), uzupełnienie i wyjaśnienie do wniosku - pismo z 27.04.2017 r. (część jawna oraz część niejawną „tajemnica przedsiębiorstwa” /w zakresie pkt I.1 wezwania/), wezwanie z 14.06.2017 r. w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp („tajemnica przedsiębiorstwa” w zakresie w jakim dotyczy elementów zastrzeżonych), uzupełnienie i wyjaśnienie do wniosku - pismo z 29.06.2017 r. wraz z załącznikami (część jawna oraz część niejawną „tajemnica przedsiębiorstwa”), czy też dokument: „Ocena wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Nr (...)”, jak i informacje o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z 01.09.2017 r., jak i protokół przedmiotowego postępowania /(...)/.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę odwołanie (tak część jawną, jak i zastrzeżoną jako „tajemnica przedsiębiorstwa” /8 stron/), przystąpienie, odpowiedź na odwołanie, stanowiska i oświadczenia stron (Przystępujący nie

stawił się) złożone ustnie do protokołu. Odwołujący na rozprawie oświadczył, iż nie podtrzymuje pisemnego wniosku z 11.09.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) o wyłączenie jawności rozprawy w całości.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, poprzez niewłaściwe jego zastosowanie, polegające na bezpodstawnym wykluczeniu Odwołującego z postępowania w skutek zastosowania kryteriów selekcji, w ramach których Zamawiający nie uznał dwóch z sześciu realizacji wskazanych przez Odwołującego w wykazie zrealizowanych dostaw/usług załączonego do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
2. art. 57 ust 1 poprzez niewłaściwe jego zastosowanie, polegające na poinformowaniu o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków bez uwzględnienie punktów, które winny być przyznane Odwołującemu,
3. art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazu zrealizowanych dostaw/usług załączonego do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
4. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niezastosowanie zasady przejrzystości przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania, jak i odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego (przywołany w odpowiedzi na odwołanie - Załącznik 3a Opis funkcjonalny systemu – został określony przez Zamawiającego - jako omyłka pisarska. Izba nie stwierdziła takiego załącznika w dokumentacji postępowania). Wskazując w pierwszej kolejności na treść pkt III.2.3) oraz pkt VI.3) ppkt 8 - Kryteria selekcji ogłoszenia o zamówieniu, odpowiedzi na pytania – w szczególności odpowiedzi na pytanie 1 i 2 - pismo z 13.01.2017 r., następnie treść wykazu usług załączonego do wniosku Odwołującego. Z kolei, na wystosowane przez Zamawiającego do Odwołującego wezwanie z 10.04.2017 r. i udzieloną odpowiedź z 27.04.2017 r. /w zakresie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa/, jak i wystosowane przez Zamawiającego do Odwołującego wezwanie 14.06.2017 r. i udzieloną odpowiedź z 29.06.2017 r. /w zakresie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa/. Nadto, wskazując na wykaz

usług załączony do wniosku i dokument: „Ocena wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Nr (...)” w kontekście informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z 01.09.2017 r. i braków przywołanych przez Odwołującego w odwołaniu, jak i protokół przedmiotowego postępowania /(...)/. Odnosząc się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywania poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie pierwszego, drugiego oraz czwartego zarzut. Izba uznała w/w zarzuty za zasadne.

W ocenie Izby, zarzuty Odwołującego związane z nie uznaniem dwóch z sześciu wykazanych realizacji przywołanych przez Odwołującego w wykazie, są uzasadnione. Należy zauważyć, że Zamawiający nie określił w ogłoszeniu o zamówieniu ani w późniejszych odpowiedziach na pytania (także w odpowiedzi na pytanie 1 i 2 - pismo z 13.01.2017 r.), czy też w innych dokumentach postępowania definicji systemu S., ani systemu klasy S.. Rozprawa, w ocenie Izby, potwierdziła, że sposób rozumienia takiego systemu może być różny. Nadto, nie określił Zamawiający, iż nie dopuszcza realizacji w ramach której system S., czy też system klasy S. byłby elementem innego systemu. Nie określił też, że taki system musi stanowić oddzielną realizację. Zamawiający nie wyłączył także z zakresu - możliwości wykazywanie się tzw. systemem takim jak przywołany z nazwy przez Odwołującego w spornych pozycjach wykazu. Jednakże, kluczową kwestią jest to, że Zamawiający oceniał wnioski i wykazywane realizacje na podstawie kryterium selekcji – nie precyzując, jak należy rozumieć system S..

Co więcej brak w informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z 01.09.2017 r., jakie pozycje wykazu Odwołującego nie zostały uznane przez Zamawiającego (Odwołujący powziął wiedzę, co jest niedopuszczalne, w tym zakresie, wtórnie, dopiero poprzez uzyskanie wglądu do dokumentacji z dokumentu: „Ocena wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Nr (...)” będącego załącznikiem do protokołu), jak i uzasadnienia takiego nie uznania, stoi niewątpliwie w sprzeczności z zasadą przejrzystości postępowania.

W ocenie Izby, niedopuszczalne jest, aby de facto dopiero na rozprawie z odpowiedzi na odwołanie Odwołujący dowiadywał się jakim zakresem funkcjonalności winien charakteryzować się system S. (a tak miało miejsce – głównie str. 7, ale i 8 odpowiedzi na odwołanie). Nawet, w załączniku do protokołu z postępowania /„Ocena wniosków o dopuszczenie

do udziału w postępowaniu Nr (...)”/ brak jest uzasadnienia nie uznania dwóch spornych pozycji wykazu, czyli faktycznych powodów dlaczego obie sporne pozycje nie zostały uznane za dotyczące systemu S.. Używa się tam także innego nie zdefiniowanego pojęcia” „system klasy S.. Świadczy to o daleko idącej uznaniowości w czynnościach Zamawiającego.

Należy bowiem w tym kontekście wskazać, że: *"Pożądanym jest, aby zawsze Wykonawca składający odwołanie dysponował tak wyczerpującymi informacjami co do powodów jego wykluczenia z udziału w postępowaniu, tudzież odrzucenia jego oferty. Nie jest bowiem zjawiskiem odosobnionym sytuacja, gdy tak wielowątkowe i obszerne uzasadnienie faktyczne, jak zostało przedstawione na etapie zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej przez Zamawiającego, jest przedstawiane dopiero na rozprawie"* (w tym zakresie tego rodzaju negatywne stany faktyczne w szczególności za wyrokiem KIO z 10.05.2013 r., sygn. akt: KIO 945/13 oraz wyrokiem KIO z 07.02.2013 r., sygn. akt: KIO 135/13). /za wyrokiem KIO z 23.05.2014 r., sygn. akt: KIO 634/14, KIO 638/14/).

Podobnie Izba stwierdził w wyroku KIO z 16.01.2015 r., sygn. akt: KIO 2708/14, sygn. akt: KIO 2717/14, sygn. akt: KIO 2720/14, sygn. akt: KIO 2723/14, w zakresie wyników oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełnienia tych warunków (w tym zakresie Izba uznaje, za analogiczne co do zasady obowiązki Zamawiającego): *„Zdaniem Izby, rozumienie tego przepisu nie może ograniczać się wyłącznie do podania całkowitych wyników przyznanej punktacji, ale powinno zawierać uzasadnienie z czego taka punktacja wynika (z przedstawieniem procesu decyzyjnego co oceny poszczególnych projektów i usług referencyjnych), skoro po tym etapie postępowania wykonawcy mają prawo korzystać ze środków ochrony prawnej na podjęte czynności w terminie zawitym 10 dni, stosownie do postanowień art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Tylko wykonawca prawidłowo poinformowany o motywach działań zamawiającego jest zdolny prawidłowo ocenić swoją sytuację i zagrożenie interesu w uzyskaniu zamówienia, wskazać w odwołaniu wadliwe czynności, naruszenie przepisów ustawy Pzp i podjąć rzeczową polemikę ze stanowiskiem zamawiającego w granicach realnie istniejących naruszeń prawa, a nie domyślając się intencji zamawiającego i działając „na oślep” zaskarżać wszystkie potencjalnie możliwe uchybienia, przy założonych hipotetycznych wariantach tej oceny.”*. Niniejsze orzeczenie zostało zweryfikowane i potwierdzone wyrokiem SO w Gdańsku z 27.04.2015 r., sygn. akt: XII Ga 108/15. (za wyrokiem KIO z 24.09.2015 r., sygn. akt: KIO 1957/15, sygn. akt: KIO 1962/15).

Podobnie w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex, który wskazuje, iż: *"W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających*

mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów". Nadto, identycznie w wyroku Sądu (Pierwszej Instancji Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej) z dnia 20.10.2011 r. w sprawie T-57/09 A.B. S.A.

Izba dodatkowo stwierdza, że nawet w zakresie funkcjonalności wskazanych po raz pierwszy w odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego (na str. 7 odpowiedzi na odwołanie) jako przynależnych systemowi S., Odwołujący przywołał określone elementy dotyczące spornych pozycji wykazanych realizacji, powołując się na załączone do odwołania załączniki stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa (na rozprawie podał konkretne punkty w tych załącznikach, które odnosiły się szczegółowo do spornych realizacji, opisujących szczegółowo funkcjonalności składające się na nie – odnośnie pierwszej ze spornych pozycji – przywołał de facto pkt 3.1 oraz pkt 4.7.6 stosownego zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa załącznika, zaś względem drugiej ze spornych pozycji pkt 1.1. oraz pkt 2.5.3 stosownego zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa załącznika). Przywołując albo elementy wskazane w ramach odwołania (część stanowiąca tajemnice przedsiębiorstwa – str. 14 do 16 część niejawną odwołania) albo przywołując inne elementy, niejako w odpowiedzi na definicje i zakres funkcjonalności zawarty w przedłożonej odpowiedzi na odwołanie.

Konieczne jest ponowne podkreślenie, że brak precyzji treści ogłoszenia o zamówieniu, a także generalnie dokumentacji postępowania w zakresie znaczenia (charakterystyki) systemu S. uniemożliwia wyciąganie negatywnych konsekwencji wobec Odwołującego. W tym zakresie, Izba przywołuje na zasadzie analogii, stanowisko wynikające z orzecznictwa Izby, ale także sądów powszechnych (wyrok SO w Gdańsku z 10.07.2015 r., sygn. akt: I C 2/15, wyrok SO z w Toruniu z 10.03.2015 r., sygn. akt: VIII CA 76/16, wyrok SO w Nowym Sączu z 18.03.2015 r., sygn. akt: III Ca 70/15, wyrok SO

w Warszawie z 6.10.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1341/15, czy też wyrok SO w Bydgoszczy z 10.05.2017 r., sygn. akt: VIII Ga 43/17a /w tym ostatnim wypadku stwierdza się, że przy ugruntowanej w orzecznictwie zasadzie, że nieprecyzyjne i wieloznaczne postanowienia w zakresie wiedzy i doświadczenia, nie mogą być interpretowane na niekorzyść Wykonawcy/), że nieprecyzyjne postanowienia SIWZ nie mogą być interpretowane na niekorzyść uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Obecne działania Zamawiającego świadczą o daleko idącej uznaniowości, a brak pełnego uzasadnienia w informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z 01.09.2017 r., to potwierdza i ma wpływ na wynik (w kontekście zasadności tego zarzutu – biorąc pod uwagę, że dopiero na rozprawie z odpowiedzi na odwołanie /str. 7 i 8/ Zamawiający de facto upublicznił te powody Odwołującemu, co samo w sobie, w tym stanie faktycznym, winno skutkować uwzględnieniem odwołania, wobec naruszenia transparentności postępowania przez Zamawiającego).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie trzeciego zarzut. Izba uznała w/w zarzut za niezasadny. W tym wypadku, wobec braku wskazania zakresu funkcjonalności składających się na system S., Zamawiający winien uznać obie realizacje, a wszelkie dodatkowe postępowanie wyjaśniające jest w tym zakresie bezprzedmiotowe.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia wskazanego poniżej).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....