

WYROK

z dnia 29 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie **25 lipca 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **11 lipca 2016 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Dimension Data Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Modernizacja oraz usługa wsparcia technicznego systemu telefonii IP (VoIP)* (nr postępowania DAI/WZP/231/4/2016)

prowadzonym przez zamawiającego: **Urząd Komisji Nadzoru Finansowego w Warszawie**

przy udziale wykonawcy: **Sevenet S.A. z siedzibą w Gdańsku** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Urzędowi Komisji Nadzoru Finansowego w Warszawie – unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach powtórzonych czynności – wykluczenie z postępowania Sevenet S.A. z siedzibą w Gdańsku z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia z pkt 4.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.**
- 2. Oddała odwołanie w pozostałym zakresie.**
- 3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – Urząd Komisji Nadzoru Finansowego w Warszawie i:**
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – odwołującego – Dimension Data Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

tytułem wpisu od odwołania,

- 3.2.** zasądza od **zamawiającego – Urzędu Komisji Nadzoru Finansowego w Warszawie** na rzecz **odwołującego – Dimension Data Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) 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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Urząd Komisji Nadzoru Finansowego w Warszawie – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usług pn. *Modernizacja oraz usługa wsparcia technicznego systemu telefonii IP (VoIP)* (nr postępowania DAI/WZP/231/4/2016).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 16 marca 2016 r. nr 2016/S_053-088959, z tym że 11 marca 2016 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, w tym samym dniu zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {www.knf.gov.pl}, na której od 16 marca 2016 r. udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

1 lipca 2016 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu – Dimension Data Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Dimension”} – zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez „Sevenet” S.A. z siedzibą w Gdańsku sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Sevenet”}.

11 lipca 2016 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od zaniechania wykluczenia Sevenet z postępowania, a także od innych czynności objętych poniższymi zarzutami.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) {dalej również: „uznk”} – przez zaniechanie odtajnienia dokumentów dotyczących spełniania przez Sevenet warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia określonego w pkt 4.1.2 i 5.1.2 SIWZ, w tym: przedłożonych wraz z pismem z 14 czerwca 2016 r. na skutek wezwania z 10 czerwca 2016 r. do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 pzp protokołów odbioru dotyczących zamówień wskazanych w wykazie wykonanych usług w poz. 1 i 2, wezwania do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 pzp z 23

czerwca 2016 r., wyjaśnień Sevenet z 27 czerwca 2016 r., ewentualnie wszelkiej innej korespondencji i dokumentów nieujawnionych Odwołującemu, pomimo że utajnione dokumenty i korespondencja nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

2. Art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. art. 22 ust. 1 pkt 2 – przez zaniechanie wykluczenia Sevenet z postępowania, pomimo że nie wykazał spełnienia warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia określonego w pkt 4.1.2 i 5.1.2 SIWZ, gdyż przedłożone dokumenty (protokoły odbioru dotyczące zamówień wykonanych w poz. 1 i 2 wykazu wykonanych usług) nie potwierdzają w prawidłowy sposób i w niezbędnym zakresie należytego wykonania tych usług.
3. Art. 24 ust. 4 – przez zaniechanie uznania oferty Sevenet za odrzuconą.
4. Art. 91 ust. 1 – przez wadliwą ocenę oferty Sevenet, zaniechanie wykluczenia Sevenet i wybór oferty jego oferty jak najkorzystniejszej.
5. Art. 7 ust. 1 w zw. z powołanymi powyżej przepisami – gdyż powyżej opisane naruszenia prowadzą do niezgodności prowadzonego postępowania z zasadami uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Dokonanie ponownego badania i oceny ofert.
3. Odtajnienia dokumentów dotyczących, o których mowa w zarzucie z pkt 1 {listy zarzutów}.
4. Wykluczenia Sevenet z udziału w postępowaniu z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia określonego w pkt 4.1.2 i 5.1.2 SIWZ.

Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów w szczególności podnosząc dodatkowo następujące okoliczności prawne i faktyczne jako uzasadniające wniesienie odwołania.

{ad pkt 1 i 2 listy zarzutów – okoliczności wspólne}

Wraz z ofertą Sevenet złożył na potwierdzenie spełnienia warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia jako jawne następujące dokumenty.

Po pierwsze – wykaz wykonanych usług obejmujący dwie pozycje:
– poz. 1 „Modernizacja infrastruktury telefonicznej oraz sieci LAN i WAN” na rzecz Banku PKO BP S.A., ul. Puławska 15, 02-515 Warszawa {dalej również: „PKO BP}, o wartości 4.104.575, 42 zł brutto, daty wykonania – od 20 września 2012 r. do 9 maja 2014 r.,

z następującym opisem przedmiotu zamówienia: *Wykonanie modernizacji infrastruktury telefonicznej oraz sieci LAN i WAN w ponad 190 placówkach PKO BP SA na terenie całego kraju. W ramach prac objętych umową dostarczono, skonfigurowano, wdrożono sprzęt Cisco w oparciu o m.in. telefony Cisco IP w ilości ponad 5224 szt; Switche Cisco w ilości 200 szt; Routery Cisco 1921 w ilości 23 szt. oraz Routery Cisco 2901 w ilości 3 szt. Objęcie rozwiązania opieką serwisową.*

– poz. 2 „Rozbudowa infrastruktury telefonicznej dla potrzeb systemu Contact Center” na rzecz Banku BGŻ Paribas S.A., ul. Kasprzaka 10/15, 01-211 Warszawa {dalej również: „BGŻ”), o wartości powyżej 1.200.000 zł brutto, daty wykonania – od lutego 2015 r. do sierpnia 2015 r., z następującym opisem przedmiotu zamówienia: *Wykonanie rozbudowy infrastruktury telefonicznej dla potrzeb systemu Contact Center. W ramach prac zainstalowano i skonfigurowano dostarczony sprzęt - telefony wraz z licencjami, licencje do systemu nagrywania, bramy głosowe, przełączniki i serwery. Objęcie wdrożonego rozwiązania opieką serwisową.*

Po drugie – oświadczenia własne na potwierdzenie należytego wykonania tych zamówień.

Pismem z 10 czerwca 2016 r. Zamawiający wezwał Sevenet do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 pzp dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia z pkt 4.1.2 i 5.1.2 SIWZ, ponieważ uznał złożone oświadczenia za wadliwe z uwagi na niewykazanie przez Sevenet uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze uniemożliwiających przedłożenia poświadczeń.

W odpowiedzi pismem z 14 czerwca 2016 r. Sevenet przedłożył jako dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówień wskazanych w wykazie:

- dla poz. 1 protokół odbioru do umowy nr DZI- 2011-0105 z 1 marca 2011 r.;
- dla poz. nr 2 cztery protokoły odbioru: PPS/217/2015z 7 maja 2015 r., PPS/229/2015 z 11 maja 2015 r., PPS/356/2015 z 2 lipca 2015 r. i PP/137/2015 z 7 sierpnia 2015 r.

Pismem z 23 czerwca 2016 r. Zamawiający zwrócił się do Sevenet w trybie art. 26 ust. 4 pzp o wyjaśnienia treści przedłożonych dokumentów, które prawdopodobnie było spowodowane rozbieżnościami pomiędzy wykazem a uzupełnionymi dokumentami.

27 czerwca 2016 r. Sevenet złożył wyjaśnienia.

7 lipca 2016 r. na skutek wniosku o wgląd do akt postępowania Zamawiający udostępnił Odwołującemu ofertę Sevenet oraz część korespondencji pomiędzy Zamawiającym i Sevenet po terminie składania ofert dotyczącą wykazania przez Sevenet spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia (w tym treść pisma przewodniego z 14 czerwca 2016 r.), z wyłączeniem dokumentów wymienionych powyżej {w pkt 1 listy zarzutów}.

{ad pkt 1 listy zarzutów – pkt 2 uzasadnienia odwołania}

Odwołujący podniósł, że jawność jest jedną z naczelnych zasad zamówień, a zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi jedynie wyjątek od niej. Przy czym zgodnie z art. 8 ust. 3 pzp w celu skutecznego zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest zastrzec i wykazać, nie później niż w terminie składania ofert, że informacje te rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk. Ponadto Zamawiający powinien badać skuteczność zastrzeżenia na podstawie informacji, które posiadał w wyżej wskazanym terminie, a późniejsze zastrzeżenie informacji nie może odnieść skutku.

Odwołujący wskazał, że z art. 11 ust. 4 uznk wynika określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: po pierwsze – ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, po drugie – nie została ujawniona do wiadomości publicznej, po trzecie – podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odwołujący zrelacjonował, że w odniesieniu do charakteru informacji Sevenet stwierdził, że są to informacje o charakterze handlowym posiadające wymierną wartość gospodarczą, gdyż dotyczą przedmiotu zamówienia, szczegółowej specyfikacji i konfiguracji dostarczanych urządzeń, cen, a nadto są realizowane na rzecz podmiotów prywatnych. W zakresie trzeciej przesłanki powołał się na klauzulę poufności.

Odwołujący zarzucił, żadna z przesłanek wynikających z art. 11 uznk nie została wykazana przez Sevenet w odniesieniu do dokumentów uzupełnionych i dalszej korespondencji z Zamawiającym, gdyż uzasadnienie zawarte w piśmie z 14 czerwca 2016 r. jest ogólnikowe, lakoniczne oraz całkowicie abstrahuje od faktu ujawnienia w całości wykazu wykonanych usług.

W ocenie Odwołującego twierdzenia odnośnie charakteru informacji nie znajdują oparcia w zwyczajowej treści protokołów odbioru, które dotyczą potwierdzenia wykonania zamówienia, wskazują na daty realizacji, osoby uprawnione do potwierdzenia wykonania, przedmiot dostaw, które to informacje nie mają żadnej samodzielnej wartości gospodarczej.

Niespełnienia przesłanki nieujawnienia informacji do wiadomości publicznej Odwołujący upatruje w jawności zawartych w ofercie dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, w tym informacji dotyczących wykazanych zamówień odnośnie przedmiotu, wartości, szczegółowego opisu, dat wykonania oraz odbiorcy, które nie mogą ulec ponownemu utajnieniu. Z ujawnionego pisma przewodniego z 14 czerwca 2016 r. wynikają kolejne informacje zawarte w uzupełnionych

protokołach (np. oznaczenie i data umowy z PKO BP, oznaczenie i daty protokołów z BGŻ). Według Odwołującego nieujawnienie samych protokołów odbioru, które zawierały informacje już ujawnione lub odnoszące się do już uprzednio ujawnionych przez Sevenet jest podstawy prawnej, gdyż Sevenet zaniechał najpóźniej na dzień upływu terminu składania ofert dokonania zastrzeżenia oraz wykazania wszystkich przesłanek z art. 11 uznk .

Odwołujący podniósł, że utajnieniu mogą podlegać jedynie konkretne informacje, które spełniają wszystkie przesłanki wymagane dla zastosowania wyjątku ograniczającego zasadę jawności postępowania, a nie całe dokumenty, w których znajdują się takie informacje. Nawet jeżeli w protokołach odbioru znajdowały się jakiegokolwiek informacje, którym można by przypisać walor tajemnicy przedsiębiorstwa, nie zwalniało to Zamawiającego z udostępnienia protokołów w pozostałym zakresie.

Zdaniem Odwołującego Sevenet nie wykazał także trzeciej przesłanki, tj. nie udowodnił, jakie podjął działania w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji, gdyż nie jest wystarczające ogólnikowe i gołosłowne odwołania się do klauzuli poufności, skoro równocześnie informacje na temat tych samych zamówień zostały przedstawione wraz z ofertą jako jawne, a żadne dowody nie zostały przedstawione.

Niezależnie od swoich przypuszczeń co do zawartości utajnionej korespondencji pomiędzy Sevenet a Zamawiającym, Odwołujący stanął na stanowisku, że ani wezwanie do wyjaśnień ani same wyjaśnienia nie odnoszą się do żadnych informacji, którym można by przypisać jakąkolwiek wagę godną ochrony jako tajemnica przedsiębiorstwa i które mogły być zasadnie zastrzeżone przez Sevenet po upływie terminu składania ofert.

{ad pkt 2 listy zarzutów – pkt 3 uzasadnienia odwołania}

Odwołujący zrelacjonował, że treścią warunku określonego w pkt 4.1.2 SIWZ było wykazanie się wykonaniem co najmniej 2 usług polegających na budowie infrastruktury telefonicznej IP i świadczeniu wsparcia technicznego dla tej infrastruktury lub rozbudowie infrastruktury telefonicznej IP i świadczeniu wsparcia technicznego dla tej infrastruktury. Na mocy pkt 5.1.2 SIWZ wraz z wykazem wykonanych usług należało przedstawić dowody, czy usługi zostały należycie wykonane lub są należycie wykonywane.

Odwołujący wywiódł z tego, że poświadczenie należytego wykonania usługi musiało obejmować całość wykonanej usługi, zarówno budowę lub rozbudowę infrastruktury IP, jak i świadczenie wsparcia technicznego dla tej infrastruktury.

Z ostrożności Odwołujący podniósł, że Sevenet nie mógł w miejsce poświadczeń złożyć oświadczeń własnych.

Po pierwsze – jak słusznie zauważył Zamawiający w wezwaniu z 10 czerwca 2016 r.– Sevenet nie przedstawił żadnego uzasadnienia dla przedłożenia oświadczeń w miejsce poświadczeń, tj. nie wykazał, jak wymaga tego § 1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane {dalej również: „rozporządzenie o dokumentach”}, uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze braku możliwości przedłożenia poświadczenia.

Po drugie – Sevenet wezwania i stanowiska Zamawiającego nie zakwestionował, zatem był związany jego treścią.

Po trzecie, także wyjaśnienia przedstawione w piśmie, że banki nie wydają tego typu poświadczeń, a dodatkowo centrala PKO BP odmówiła Sevenet wydania referencji dotyczącej zamówienia z uwagi na odbiory częściowe przez poszczególne oddziały, jest gołosłowne i nie zostało poparte żadnym dowodem, że Sevenet o takie poświadczenie w ogóle się ubiegał. Podane wyjaśnienia uznać należy zatem niewiarygodne i nie mogłyby być przyjęte jako dowód braku możliwości przedstawienia poświadczenia.

Odwołujący sprecyzował w stosunku do obydwu poz. wykazu następujące zarzuty:

- przedłożone protokoły odbioru mogłyby co najwyżej potwierdzać należyte wykonanie rozbudowy infrastruktury telefonicznej IP, jednak nie potwierdzają należytego świadczenia usługi wsparcia technicznego, stąd nie mogą być uznane za prawidłowe dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usługi objętej warunkiem udziału;
- same protokoły odbioru nie mogły być uznane za wystarczające, gdyż Sevenet winien był przedstawić także umowę, do której się odnosiły, aby Zamawiając miał możliwość powiązania protokołów odbioru z treścią wykazu, w tym ustalić kompletność przedkładanych protokołów (tzn. że wyczerpywały one całość umowy).

Ponadto odnośnie poz. 1 wykazu Odwołujący podniósł, co następuje:

Z uzupełnienia wynika, że na potwierdzenie należytego wykonania usługi przedłożony został protokół odbioru do umowy nr DZI-2011-0105 z 1 marca 2011 r., podczas gdy w wykazie wskazano zamówienie realizowane od 20 września 2012 r. do 9 maja 2014 r.

W związku z tym Odwołujący zarzucił, że:

- jest protokół odbioru dotyczący innego zamówienia niż wskazane w wykazie albo podano w nim niewłaściwe daty wykonania zamówienia (co jest jego zdaniem wątpliwe, gdyż daty 2012- 2014 były także podane w oświadczeniu Sevenet o należyтым wykonaniu zamówienia;
- ponieważ pomimo wezwania wykaz nie został uzupełniony, podane tam informacje należy uznać za wiążące (także w zakresie dat wykonania), a Sevenet był zobligowany

do potwierdzenia należytego wykonania usług tam opisanych, gdyż nie może już skorzystać ani z prawa do jego zmiany, ani ponownie uzupełnić dokumentów na potwierdzenie należytego wykonania wskazanego tam zamówienia, z uwagi na jednokrotny charakter wezwania z art. 26 ust. 3 pzp;

Z wyjaśnień Sevenet w piśmie z 14 czerwca 2016 r. wynika, że każdy z oddziałów PKO BP dokonywał samodzielnego odbioru części zamówienia, a centrala odmówiła wydania poświadczenia dla należytego wykonania całości zamówienia. W wykazie wskazano jednak jako odbiorcę zamówienia PKO BP, a jej zakres obejmował 190 oddziałów. Oznacza to, że zawarta była jedna umowa dotycząca wielu oddziałów PKO BP.

W związku z tym Odwołujący zarzucił, że:

– przedłożenie tylko jednego protokołu odbioru jest niewystarczające dla wykazania należytego wykonania umowy o takim zakresie, a dla potwierdzenia jej wykonania należało przedłożyć bądź protokół odbioru końcowy obejmujący całość umowy, bądź protokoły częściowe dotyczące wszystkich oddziałów, gdyż nie jest wykluczone, że umowa w pozostałym zakresie nie była zrealizowana należycie;

Ponadto Odwołujący zarzucił alternatywnie, że protokół jest wadliwy, gdyż został wystawiony:

– w dacie niemieszczącej się w 3 letnim okresie poprzedzającym termin składnia ofert, gdyż wskazuje na umowę z I kwartału 2011 r., a wątpliwe jest, aby modernizacja trwała przez ponad 3 lata;

– w dacie, która poprzedza termin zakończenia umowy wskazanej w wykazie.

Odwołujący zauważył finalnie, że ponieważ przedmiotem zamówienia była objęta także modernizacja LAN i WAN, Zamawiający winien ustalić (czego zaniechał), czy powyższy zakres mieści się w treści wymagania, a jeżeli nie – nie uwzględnić tego zakresu i jego wartości na potrzeby wykazania spełnienia warunku.

Ponadto odnośnie poz. 2 wykazu Odwołujący podniósł zarzut, że w treści wykazu Sevenet wskazał na wykonanie rozbudowy infrastruktury telefonicznej na potrzeby systemu Contact Center, jednak nie zawarł tam informacji, że jest to rozbudowa infrastruktury telefonii IP, której wymaga treść warunku.

Pismem z 15 lipca 2016 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 13 lipca 2016 r. przesłał kopię odwołania wykonawcom uczestniczącemu w postępowaniu.

15 lipca 2016 r. wpłynęło do Prezesa Izby w formie pisemnej zgłoszenie przez r. obejmujące zgłoszenie przez Sevenet przystąpienia do postępowania odwoławczego po

stronie Zamawiającego.

Ponieważ powyższe przystąpienie zostało zgłoszone w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu (od przekazania kopii odwołania przez Zamawiającego) i wymogu przekazania jego kopii Stronom, a także nie zgłoszono co do niego opozycji, Izba nie miała podstaw do stwierdzenia jego nieskuteczności.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania i ustosunkował się do zarzutów odwołania.

25 lipca 2016 r. na posiedzeniu Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie i odniósł się do zarzutów odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Zamawiający nie uznał zarzutów odwołania.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowisko.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę. Jednocześnie Odwołujący może ponieść szkodę

w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, które dotyczą zaniechania wykluczenia z postępowania Przystępującego, co uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

{rozstrzygnięcie zarzutów dotyczących niewykazania
spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia

W pkt 4.1.2 SIWZ Zamawiający podał, że uzna warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał: co najmniej dwie usługi o łącznej wartości nie mniejszej niż 1.200.000,00 zł brutto w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi niniejszego zamówienia, tj. polegające na budowie infrastruktury telefonicznej IP i świadczeniu wsparcia technicznego dla tej infrastruktury lub rozbudowie infrastruktury telefonicznej IP i świadczeniu wsparcia technicznego dla tej infrastruktury.

Zgodnie z pkt 5.1.2 SIWZ na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku należało złożyć wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie – załącznik nr 6 do SIWZ. W składanym według tego wzoru wykazie wykonanych głównych usług należało m.in. zawrzeć opis przedmiotu zamówienia potwierdzający spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 4.1.2 SIWZ.

W odwołaniu adekwatnie zrelacjonowano treść wykazu załączonego do oferty przez Sevenet. Uzupełniająco Izba ustaliła, że w oświadczeniach własnych dotyczących poz. 1 i 2 wykazu Sevenet sprecyzował w stosunku do opisu zamieszczonego w wykazie, że obejmowały one odpowiednio 4-letnią opiekę serwisową (poz. 1) lub roczne wsparcie serwisowe (poz. 2).

Dalszy przebieg badania przez Zamawiającego spełniania przez Sevenet powyższego warunku udziału w postępowaniu również został adekwatnie odzwierciedlony w odwołaniu.

W zakresie, który nie mógł być dostępny Odwołującemu, Izba ustaliła, co następuje.

W załączeniu do pisma przewodniego z 14 czerwca 2016 r. Sevenet w rzeczywistości dla poz. 1 wykazu załączył nie jeden, a co najmniej kilkadziesiąt protokołów {str. od 5 do 181 uzupełnienia dokumentacji z 14 czerwca 2016 r.}, wśród których występują następujące ich rodzaje dokumentów:

- „Protokół przekazania sprzętu” {na str. 5-49, 87-110, 115-127} np. opatrzony oznaczeniem PPS/257/2013 „Protokół odbioru z dnia 23/05/2013 do zlecenia nr DTE-AS/R-254-JKR/366/2013 z dnia 26.03.2013 do Umowy nr DZI-2011-0105 z dnia 01.03.2011, gdzie przedmiotem potwierdzenia jest fakt dostarczenia sprzętu dla obiektu określonego skrótem kodowym wyszczególnionych w tabeli urządzeń;
- „Protokół wykonania prac” {na str. od 51-86, 111-114, 130-181}, dzielące się na dwie grupy: protokoły wskazujące kod obiektu, nazwę placówki, jej adres i region, w którym „Strony stwierdzają, że zgodnie z Umową nr DZI-2012-0179 z dnia 27.03.2012r wszystkie wymienione w Umowie usługi związane z wymaganymi w placówkach pracami zostały wykonane” np. opatrzony oznaczeniem PP/127/2013; podpisany 19.06.2013 r., oraz protokoły uszczegóławiające, w których wyszczególniono zainstalowany w danej lokalizacji sprzęt, potwierdzające fakt jego instalacji w podanym przedziale czasowym, np. opatrzony oznaczeniem PP/121/2013, potwierdzający, że Sevenet „w terminie od 03.06.2013 do 07.06.2013 w regionie mazowieckim, zainstalowała poniższy sprzęt w następujących lokalizacjach”;
- „Protokół przekazania urządzeń” {str. 127} np. opatrzony oznaczeniem PP/046/2013, w który potwierdza fakt zainstalowania wymienionego w nim sprzętu w podanych lokalizacjach.

Dla poz. 2 wykazu załączono 3 „Protokoły przekazania sprzętu” z 7, 11 i 2 lipca 2015 r., wyszczególniające ten sprzęt, z uwagi na dole wynika, że potwierdzają one należyte dostarczenie sprzętu, oraz 1 „Protokół wykonania prac”, na którym widnieje przekreślona data 30 maja 2015 r. i nadpisana data 7 sierpnia 2015 r., potwierdzający wykonanie usługi wdrożenia w ramach projektu Rozbudowa Contact Center – Etap 2.5 zgodnie z zamówieniem o podanym nr.

Pismem z 23 czerwca 2016 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści uzupełnionych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału opisanego w pkt 4.1.2 SIWZ w odniesieniu do poz. 1 wykazu w zakresie wątpliwości wynikłych z:

- rozbieżności pomiędzy wskazaniem w treści pisma przewodniego, że przekazuje protokół odbioru przedmiotu zamówienia bez zastrzeżeń do umowy nr DZI-2011-0105 z 1 marca 2011 r. a podanym w wykazie okresem wykonania od 20 września 2012 r. do 9 maja 2014 r.;
- faktu, że załączone kopie protokołów odbioru dotyczą realizacji umów nr DZI-2011-0105

z 1 marca 2011 r. oraz nr DZI-2012-0179 z 27 marca 2012 r.

W związku z powyższym Zamawiający prosił o wyjaśnienie, czy załączone dokumenty dotyczą potwierdzenia należytego wykonania zamówienia z poz. nr 1 wykazu, potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W piśmie z 27 czerwca 2016 r. Sevenet wyjaśnił, że:

- po pierwsze – zamówienie było realizowane w okresie podanym w wykazie na podstawie obu umów, które występują w uzupełnionych protokołach;
- po drugie – pierwsza chronologicznie z tych umów dotyczyła dużego projektu o wartości w całym okresie obowiązywania umowy, tj. do 9 maja 2014 r. ponad 16 mln zł brutto, przy czym część prac została zrealizowana w latach 2011-2012, na potwierdzenie czego uzyskał referencje, których nie załączył ze względu na zakończenie tych prac dawniej niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert w tym postępowaniu;
- po trzecie – w związku z pierwszą rozbieżnością, o którą pytał Zamawiający – realizacja kolejnego etapu prac rozpoczęła się na podstawie zamówienia z 20 września 2012 r., złożonego zgodnie z umową DZI-2011-0105, a prace obejmujące ten okres zostały zakończone w okresie 3 lat przed terminem składania ofert w tym postępowaniu, więc zamówienie spełniało warunek z pkt 4.1.2 SIWZ;
- po czwarte – w odniesieniu do drugiej wątpliwości szczegółowej Zamawiającego – projekt był realizowany na podstawie obu wspomnianych umów, które obejmowały analogiczny okres, w związku z czym wykazał łączną wartość usług, przy czym na podstawie umowy później zawartej zrealizowane zostały usługi wdrożenia telefonii IP w centrali i placówkach PKO BP w okresie od 10 października do 25 czerwca 2013 r. o wartości 141.978,90 zł;
- w podsumowaniu potwierdził, że protokoły załączone do pisma z 14 czerwca 2016 r. dotyczą potwierdzenia należytego wykonania usługi z poz. 1.

Z protokołu z 30 czerwca 2016 r. wynika, że komisja przetargowa stwierdziła, że Sevenet spełnia warunek określony w pkt 4.1.2 SIWZ, gdyż uzupełnił wykaz wykonanych zamówień o przedstawienie dowodów potwierdzających, że usługi zostały wykonane należycie oraz udzielił wyjaśnień odnośnie tych dokumentów.

Na rozprawie Zamawiający oświadczył jednak, że ocenił spełnienie przez Sevenet tego warunku udziału łącznie na podstawie uzupełnionych dokumentów i złożonych wraz z ofertą oświadczeń własnych Sevenet, jednak nie był w stanie odpowiedzieć na pytanie, w jakim zakresie protokoły w niewystarczająco potwierdzały należyte wykonanie usług objętych wyzem.

Tym niemniej Izba stwierdziła, że Zamawiający odstąpił od szczegółowej weryfikacji, czy protokoły dotyczące poz. 1 obejmują ponad 190 placówek PKO BP, potwierdzają dostarczenie, skonfigurowanie i wdrożenie sprzętu Cisco co najmniej w zakresie ponad 5224

szt. telefonów IP, 200 szt. switchy typu 2960, 23 szt. routerów typu 1921 i 3 szt. routerów typu 2901, gdyż nie ustalił samodzielnie ani nie wzywał do wyjaśnień Sevenet, czy protokoły obejmują co najmniej zakres rzeczowy sprecyzowany w opisie zawartym w wykazie.

Przed wszystkim Izba stwierdziła, że Zamawiający odstąpił na etapie badania spełniania przez Sevenet warunku z pkt 4.1.2 SIWZ od egzekwowania części opisu sposobu oceny jego spełniania, która dotyczyła wykazania należytego świadczenia wsparcia technicznego dla infrastruktury IP, którą wykonawca zbudował lub rozbudował. Opis zawarty w wykazie dla obu pozycji wskazuje na objęcie wdrożonego rozwiązania opieką serwisową, jednak uzupełnione protokoły potwierdzają jedynie fakt dostarczenia, zainstalowania lub wykonania prac bezpośrednio po tych czynnościach np. skonfigurowania sprzętu (poz. 1 wykazu), względnie zakończenie wdrożenia opartego o dostarczony sprzęt (poz. 2), a nie fakt należytego świadczenia usług wsparcia technicznego dla rozbudowanej w ten sposób infrastruktury sprzętowej telefonii IP, w tym świadczenia opieki serwisowej. Obiektywnie protokoły cząstkowe dot. poz. 1, a nawet protokół końcowy wdrożenia dot. poz. 2 nie tylko z racji zakresu objętych nimi czynności, ale również z uwagi na daty sporządzenia bezpośrednio po wykonaniu tych czynności nie mogą potwierdzać należytego świadczenia usług serwisowych przez 4 lata (poz. 1) lub rok (poz. 2). Ponadto z uwagi na wielość protokołów dotyczących różnych obszarów i wystawionych w różnych latach nie mogą one potwierdzać, że w stosunku do całości zmodernizowanej infrastruktury, o której mowa w opisie poz. 1 opieka serwisowa była świadczona przez deklarowany w oświadczeniu okres.

Izba zważyła, że w powyżej ustalonym zakresie potwierdził się zarzut zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania Sevenet na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 pzp, zgodnie z którym zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Z art. 26 ust. 2a pzp wynika, że wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać nie później niż na dzień składania ofert spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pzp. Przy czym art. 22 ust. 3 pzp nakazuje zamieścić opis sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków w ogłoszeniu o zamówieniu, a art. 36 ust. 1 pkt 5 – w specyfikacji. Art. 22 ust. 4 nakazuje, aby opis ten był związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Według art. 22 ust. 1 pkt 2 pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Z opisu zawartego w pkt 4.1.2 s.i.w.z. wynika, że od wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia wymagano należytego wykonania co najmniej dwóch usług

obejmujących zarówno budowę lub rozbudowę infrastruktury telefonicznej IP, jak i świadczenie dla niej wsparcia technicznego.

Za zupełnie nieprzekonujące uznała Izba stanowisko Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, jakoby wsparcie techniczne należy rozumieć jako dostawę, instalację, konfigurację i uruchomienie sprzętu, gdyż dopiero w stosunku do dostarczonego, zainstalowanego, skonfigurowanego i uruchomionego po raz pierwszy sprzętu może rozpocząć się świadczenie usług wsparcia, czyli tzw. objęcie wdrożonego rozwiązania opieką serwisową, skoro według treści warunku ma dotyczyć zbudowanej lub rozbudowanej infrastruktury sprzętowej. Twierdzenie przez Zamawiającego, że nie zawężał rozumienia „wsparcia technicznego” do jakiejś wąskiej definicji jest argumentem oderwanym od treści s.i.w.z. Wynika z niej jednoznacznie, że element warunku dotyczący świadczenia wsparcia technicznego jest związany i proporcjonalny do przedmiotu tego zamówienia, w którym wręcz na pierwszym miejscu wskazuje się świadczenie usług wsparcia technicznego (objęte miesięcznym ryczałtem przez 36 miesięcy) w stosunku do wykonania modernizacji posiadanego systemu telefonii IP w ciągu około dwóch miesięcy od zwarcia umowy (za jednorazową odpłatnością), a deklarowany czas usunięcia awarii uczyniono kryterium oceny ofert o wadze 20%. Przede wszystkim w zawierającym szczegółowy opis przedmiotu zamówienia załączniku nr 1 w rozdziale V *Zakres wsparcia technicznego* zdefiniowano, że obejmuje ono takie czynności, jak: świadczenie usług serwisowych polegających na przyjmowaniu zgłoszeń serwisowych, przywróceniu sprawności systemu w przypadku awarii, odtworzenie konfiguracji systemu, użyczenia urządzenia zastępczego na czas naprawy czy udzielania konsultacji w dni robocze w godzinach pracy Zamawiającego. Nie było zatem żadnych podstaw, aby odstąpić od egzekwowania wykazania przez wykonawców, że świadczyli należycie tego typu czynności (choćby niektóre z nich), powszechnie rozumiane jako składające się na wsparcie techniczne.

Potwierdził się również zarzut, że *de facto* potwierdzenie należytego wykonania usług wsparcia technicznego Zamawiający może opierać wyłącznie na oświadczeniach własnych złożonych przez Sevenet, podczas gdy uwzględnienie tych dokumentów w okolicznościach sprawy nie było dopuszczalne ze wszystkich powodów, które podniesiono w odwołaniu. Według § 1 ust. 2 rozporządzenia o dokumentach podstawowym dowodem należytego wykonania dostaw lub usług jest poświadczenie (z pkt 1) podmiotu, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane {argument z § 1 ust. 5}, a zastępczym – oświadczenie wykonawcy (z pkt 3), które wyjątkowo można złożyć zamiast poświadczenia, jeżeli wykonawca nie jest w stanie go uzyskać z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze. Sevenet nie wykazał tego Zamawiającemu ani na etapie składania oferty, ani na etapie uzupełnień. Przeciwnie, skoro w odpowiedzi na wezwanie do uzupełniania, którego

podstawą był brak poświadczeń, złożył w tym charakterze protokoły, którymi dysponował, wykazał tym samym, że obiektywnie nie istniała uzasadniona przyczyna dla składania dokumentów zastępczych wraz z ofertą. Ponadto powołanie się przez Sevenet na to, że banki, na rzecz których wykonywał usługi, co do zasady nie wydają referencji, czy też skala projektu realizowanego na rzecz jednego z nich, nie stanowi wykazania istnienia obiektywnej przeszkody w uzyskaniu dokumentu podstawowego. Ostatecznie dowodzi tego przyznanie przez Przystępującego na rozprawie, że jednak udało mu się przekonać bank do wydania takiego poświadczenia.

Wobec potwierdzenia się zarzutów w powyższym zakresie zbędne jest wyjaśnianie innych wątpliwości dotyczących sposobu wykazania przez Sevenet warunków udziału w postępowaniu, które zostały objęte zarzutami odwołania. Ponieważ Zamawiający wzywał już w trybie art. 26 ust. 3 pzp Sevenet do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie należytego wykonania usług objętych wykazem, ponowne wzywanie w tym zakresie jest niedopuszczalne.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 2 listy zarzutów sprecyzowanych w pkt 2 uzasadnienia}

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 1-3 pzp jest zasadny, gdyż Sevenet zastrzegając uzupełnione tytułem poświadczeń protokoły nie wykazał, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przypomnienia wymaga, że jawność postępowania o udzielenie zamówienia wyrażona w art. 8 ust. 1 pzp jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dostrzec należy, że w poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, nr druku 1653) wskazano, m.in.:

Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.

Stąd w znowelizowanym art. 8 ust. 3 pzp na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert lub wniosków jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał, udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przy czym użyte przez ustawodawcę sformułowanie, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania”, oznacza coś więcej aniżeli samo wyjaśnienie (uzasadnienie) powodów objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Z pewnością za takie „wykazanie” nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się *de facto* do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponadto według znowelizowanego przepisu wykonawcy mają obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków. W odniesieniu do informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, a zawartych w dokumentach składanych zamawiającemu w toku postępowania należy stosować *per analogiam* omówione powyżej reguły postępowania wyrażone w art. 8 ust. 3 pzp, czyli wraz z ich złożeniem należy dokonać zarówno stosowanego zastrzeżenia, jak i wykazać jego zasadność. W konsekwencji zamawiający winien ustalić, czy wykazanie nastąpiło w momencie składania zastrzeganej informacji.

Zdaniem Izby lakoniczne uzasadnienie zastrzeżenia podane przez Sevenet nie wykazywało, że wszystkie zastrzegane informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, Sevenet zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy

przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 uznk: (1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, (2) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej, (3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Izba, dokonując pod kątem powyższych przesłanek analizy uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa zawartego w piśmie z 14 czerwca 2016 r., stwierdziła, że dla większości informacji nie wykazuje ono spełnienia żadnej z trzech przesłanek, a dla żadnej informacji nie wykazał wszystkich przesłanek. Szczegółowa specyfikacja i konfiguracja urządzeń oraz ich ceny mogą mieć oczywiście wartość gospodarczą, jednak protokoły nie zawierają żadnych informacji cenowych ani szczegółowej specyfikacji i konfiguracji dostarczonych urządzeń, a jedynie typy i numery seryjne urządzeń dostarczonych lub zainstalowanych w poszczególnych lokalizacjach. Nawet jeżeli przyjąć, że te ostatnie informacje nie są dostępne publicznie, Sevenet nie sprecyzował dostatecznie na czym polega ich wartość gospodarcza. Taką próbę podjął za niego Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, wskazując, że informacje te dają pojęcie o infrastrukturze teleinformatycznej klienta, co mogłoby posłużyć innym podmiotom do określenia wieku sprzętu, czasu wygaśnięcia dla niego wsparcia, a tym samym kiedy powinien wymienić na nowy. W ten sposób Zamawiający pośrednio potwierdził, że Sevenet nie podał wystarczającego uzasadnienia. Przesłanka podjęcia działań w celu zachowania w poufności w ogóle nie również nie została wykazana, gdyż przytoczono tylko jej brzmienie, bez sprecyzowania, jakie to środki prawne i techniczne środki ochrony informacji zostały zastosowane w celu zachowania ich w poufności, nie mówiąc już o przedstawieniu jakichkolwiek dowodów, które potwierdzałyby zastosowanie ich faktyczne zastosowanie.

Domyślanie się przez Zamawiającego, z jakich powodów Sevenet mógł lub powinien utajnić informacje zawarte w protokołach, nie mogą zastępować uzasadnienia podanego przez samego zainteresowanego. Nie jest rolą Zamawiającego konstruowanie na podstawie jego wiedzy o dodatkowych powodów utajnienia informacji, które nie znalazły odzwierciedlenia w otrzymanym uzasadnieniu, które było niewystarczające. Należy to rozpatrywać jako niedochowanie przez Sevenet należytej staranności w zachowaniu tych informacji w poufności.

W tej sprawie nie bez znaczenia jest również okoliczność, że utajnienie informacji nastąpiło dopiero na skutek zakwestionowania pierwotnie złożonych dokumentów, co wskazuje, że miało przede wszystkim służyć zapobieżeniu możliwości zakwestionowania uzupełnionych dokumentów. Wpisuje się w to również działanie Zamawiającego, który z własnej inicjatywy utajnił wyjaśnianie uzupełnionych dokumentów, pomimo że ani treść wezwania, ani treść wyjaśnień nie podawały żadnych szczegółów, które mogłyby mieć

samoistną wartość gospodarczą w stosunku do informacji już ujawnionych.

Izba nie nakazała jednak odtajnienia dokumentów, którego domagał się Odwołujący, gdyż wobec uwzględnienia zarzutu zmierzającego do wykluczenia Przystępującego postawionego w ciemno, naruszenie art. 8 ust. 1-3 pzp przez Zamawiającego nie może już mieć istotnego wpływu na wynik prowadzonego przez niego postępowania.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 3-5 listy zarzutów}

Ponieważ zarzuty naruszenia art. 24 ust. 4 i art. 91 ust. 1 pzp nie mają charakteru samoistnego, a potwierdził się zarzut zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania, również one są zasadne.

Z wyjątkiem zarzutu naruszenia art. 7 ust 1 pzp, gdyż nie każde naruszenie innego przepisu ustawy pzp oznacza automatycznie naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i przestrzegania uczciwej konkurencji, a innych okoliczności dla jego uzasadnienia nie podano.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 tej ustawy – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w związku z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 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) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, z ograniczeniem jego wysokości do maksymalnej kwoty wynikającej ze wskazanego powyżej przepisu rozporządzenia.

Przewodniczący: