

**Sygn. akt: KIO 2751/20**

**WYROK**  
**z dnia 16 listopada 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 października 2020 r. przez wykonawcę NetLand sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Węgorzewie

przy udziale wykonawcy Polskiego Instytutu Rozwoju sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2751/20 po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę NetLand sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę NetLand sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie tytułem wpisu od odwołania.
  - 2.2. zasądza od wykonawcy NetLand sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie na rzecz Zamawiającego: Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Węgorzewie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Olsztynie.

**Przewodniczący:.....**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Węgorzewie wszczął postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Zastosowanie telemetrii i inteligentnych, e-usług dla mieszkańców Gminy Węgorzewo”, numer referencyjny: ZP.271.36.2020.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 lipca 2020 r. pod numerem 2020/S 125-306525.

W dniu 16 października 2020 r. Odwołujący: NetLand sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie powziął wiadomość o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy Polskiego Instytutu Rozwoju sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej PIR lub Przystępującym.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem Zamawiającego Odwołujący w dniu 26 października 2020 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą PZP lub ustawą Pzp:

1. art. 8 ust 3 ustawy PZP poprzez zaniechanie ujawnienia informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę PIR jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. wykazu zamówień wraz z referencjami, formularza oceny wymagań funkcjonalnych dodatkowych w zakresie loginu, hasła oraz adresu serwera www wraz ze scenariuszem testu dodatkowych funkcjonalności, opinii z banku pomimo braku wykazania zasadności zastrzeżenia, a także braku spełnienia przesłanek wymaganych dla takiego zastrzeżenia;

2. art. 96 ust. 3 ustawy PZP poprzez nieudostępnienie Odwołującemu kart katalogowych i polisy OC pomimo jednoznacznego oświadczenia Wykonawcy PIR, że nie są one objęte tajemnicą przedsiębiorstwa;

3. art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy PIR, pomimo, że nie wykazał on spełniania warunków udziału w Postępowaniu;

4. art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy PIR, pomimo tego, że Wykonawca PIR w wyniku zamierzonego działania lub przynajmniej rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu, w zakresie wskazanym w uzasadnieniu;

5. art 24 ust 1 pkt 17) ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy

PIR, pomimo tego, że Wykonawca PIR w wyniku niedbalstwa lub przynajmniej lekkomyślności przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu o udzielenie zamówieniu, w zakresie wskazanym w uzasadnieniu;

6. art 89 ust 1 pkt 2) ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PIR pomimo tego, że jest ona niezgodna w swej treści z treścią SIWZ;

7. art 91 ust 1 ustawy PZP poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która podlega odrzuceniu.

Wskazując na powyższe wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy P1R jako najkorzystniejszej;

2. udostępnienie dokumentów zastrzeżonych nieskutecznie jako tajemnica przedsiębiorstwa i nieudostępnionych pomimo braku ich zastrzeżenia tj. wszystkich dokumentów składanych przez Wykonawcę PIR na każdym etapie Postępowania;

3. odrzucenie oferty Wykonawcy PIR;

4. wykluczenie Wykonawcy PIR z Postępowania; .

5. dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w terminie składania ofert tj. do dnia 7 sierpnia 2020 r. do Zamawiającego wpłynęły dwie oferty złożone przez następujących wykonawców:

Firma (nazwa) lub nazwisko oraz adres wykonawcy	Cena brutto złotych	Termin wykonania zamówienia	Okres gwarancji
NetLand Sp. z o.o. ul. Władysława Trylińskiego 16 10-683 Olsztyn	4.709.054,15	31.08.2021r.	120 miesięcy
Polski Instytut Rozwoju Sp. z o.o. Ul. Twarda 18 00-105 Warszawa	4.185.000,00	31.08.2021r.	120 miesięcy

W zakresie zarzutu braku odtajnienia elementów oferty zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa zauważył, że w piśmie z dnia 7 sierpnia 2020 r. Wykonawca PIR oświadczył, że jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzega:

- wykaz zamówień wraz z referencjami,
- niniejszego uzasadnienie dla tajemnicy przedsiębiorstwa,

- formularz oceny wymagań funkcjonalnych dodatkowych w zakresie loginu, hasła oraz adresu serwera www wraz ze scenariuszem testu dodatkowych funkcjonalności,
- informacja w zakresie posiadanego ubezpieczenia - OC (warunków oraz kwoty) oraz zdolność finansowa (opinia banku),
- karty katalogowe.

Wykonawca PIR oświadczył, że informacje te nie zostały ujawnione publicznie, że mają charakter organizacyjny, gdyż „opisują bowiem precyzyjnie sposób, w jaki sposób Polski Instytut Rozwoju Sp. z o.o. w jaki sposób przygotowało ofertę w oparciu o wieloletnie doświadczenie i zdobywaną wiedzę”. Wskazano, że „Informacje zawarte w dokumentach opisują de facto sposób realizacji tego rodzaju przedsięwzięć przez Polski Instytut Rozwoju Sp. z o.o.”.

Wykonawca PIR wskazał, że: „Informacje, o których mowa powyżej (poza tym, że są informacjami określającymi organizację przedsiębiorstwa), stanowią również know-how Wykonawcy, w szczególności we strategii doboru zespołu realizującego zamówienie, które są niejawnie (nie są powszechnie znane, gdyż Wykonawca stale dąży do zachowania ich poufności), istotne (tj. ważne i użyteczne z perspektywy realizacji tego rodzaju zadań/zamówień) oraz zidentyfikowane (tj. opisane w sposób zrozumiały i dający się zidentyfikować) i stworzone wyłącznie na potrzeby niniejszej oferty.”.

Wykonawca PIR wyjaśnił, że: „podjął działania niezbędne, do zachowania poufności informacji zawartych w Wyjaśnieniach. Działania te polegają na wprowadzeniu wewnętrznych procedur dotyczących obiegu informacji, zgodnie z którymi dostęp do danych podlegających niniejszemu zastrzeżeniu mają wyłącznie osoby odpowiedzialne za proces ofertowania. Również samo zastrzeżenie danych w ofercie jako tajemnicy przedsiębiorstwa, stanowi działanie zmierzające do zachowania poufności danych.”.

Zarzucił, że Wykonawca PIR wprawdzie opisał jak chroni tajemnicę i jakie procedury wdrożył, jednak nie przedstawił tych procedur, ani nawet nie opisał ich w sposób, którym mógłby uwiarygodnić ich istnienie lub zakres.

Według Odwołującego - wyjaśnienia przedstawione przez Wykonawcę PIR nie stanowią żadnego wyjaśnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, tym bardziej nie stanowią wykazania zaistnienia przesłanek wymaganych dla zastrzeżenia tajemnicy. Wykonawca w żaden sposób nie odniósł się do konkretnych dokumentów, które zastrzegł i nie próbował nawet uzasadnić ich wartości gospodarczej itp. Posłużył się „skopiowanymi” ogólnikami, które nie są wystarczające dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy.

Zaznaczył, że Zamawiający dostrzegł również te aspekty i wobec tego pismem z dnia 25 sierpnia 2020 r. (na podstawie art 26 ust. 1 ustawy PZP) wezwał Wykonawcę PIR do przedstawienia okoliczności, z których wynikać ma, że przekazana informacja objęta jest tajemnicą przedsiębiorstwa w zakresie wykazu osób, wykazu zamówień wraz z referencjami, formularza oceny wymagań funkcjonalnych, opinii bankowej, polisy OC, kart katalogowych.

Podniósł, że sam Zamawiający zauważył, że uzasadnienie powinno być konkretne i poparte dowodami, jak również to, że „nie przedłożył wystarczających dowodów na potwierdzenie dokonanych zastrzeżeń”. Powołał się wyrok SN z 2005 r. wskazujący na możliwość wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie niedostatecznego wykazania skuteczności zastrzeżenia.

Przyznał, że Zamawiający dostrzegł zmianę przepisów i treść art 8 ust. 3 ustawy PZP, jednak nieprawidłowo je interpretuje.

Podkreślił przy tym, że już sam fakt wezwania Wykonawcy PIR do złożenia wyjaśnień w zakresie tajemnicy oznacza, że Wykonawca PIR nie sprostął wymogom wykazania skutecznego zastrzeżenia i wszystkie informacje należało uznać za zastrzeżone nieskutecznie. Wprowadzenie art 8 ust. 3 ustawy PZP i nakazanie wykonawcy wykazania wszystkich przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa oznacza, że to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania już przy pierwszej czynności, a jakiegokolwiek wezwanie wyjaśnienia i konieczność doprecyzowania oznaczają, że wymóg ten nie został spełniony.

W ocenie Odwołującego – w związku z tym wszystkie dokumenty złożone wraz z ofertą, co do których konieczność zastrzeżenia nie została wykazana - podlegają ujawnieniu.

Odnosząc się również do wyjaśnień złożonych w wyniku wezwania (którego podstawą był art. 26 ust. 1 ustawy PZP, czyli przepis odnoszący się do dokumentów określonych w art. 25 ustawy PZP, nie zaś co zastrzeżenia tajemnicy) wskazał, że również w tych wyjaśnieniach Wykonawca PIR nie sprostął wymogom określonym w art. 8 ust. 3 ustawy PZP.

W zakresie informacji z banku wyjaśnienia Wykonawcę PIR – zdaniem Odwołującego - nie mają nic wspólnego z rzeczywistością.

Wyjaśnił, że wymóg odnoszący się do zdolności kredytowej lub środków na koncie został określony w SIWZ.

Argumentował, że skoro oferta Wykonawcy PIR została uznana za najkorzystniejszą oznacza to, że z informacji tej wynika, że Wykonawca PIR posiada środki lub zdolność kredytową na minimum tą kwotę.

Odwołujący nie znalazł uzasadnienia dla tezy Wykonawcy PIR, że ujawnienie takiej informacji stanowiłoby „zachwianie stabilności funkcjonowania wykonawcy na rynku IT”.

Wskazał, że Wykonawca PIR powołuje się, na tajemnicę bankową, która w tym zakresie nie obowiązuje, a opinie wydawane są właśnie po to, aby posługiwać się nimi na zewnątrz.

Dalej, nie podzielił stanowiska Wykonawcy PIR wskazującego na poniesienie kosztów w związku ze zdobyciem opinii, bowiem opłaty za ich wydanie są standardem na rynku i fakt, że wykonawca dokonał drobnej opłaty za wystawienie opinii nie dodaje jej szczególnej wartości.

Zdaniem Odwołującego - przedstawione uzasadnienie, w którym Wykonawca PIR posługuje się górnolotnymi frazesami, oraz groźbą, że jeśli Zamawiający „odważy się” ujawnić opinię, to wystąpi o rekompensatę w tym zakresie, jest bezwartościowe w kontekście wykazania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy w tym zakresie.

Wskazał na okoliczność, że z informacji zawartych w treści pisma z dnia 7 września 2020 r. Wykonawcy PIR wynika, że w celu potwierdzenia spełniania warunku załączył on plik pn. „Opinia\_banku.pdf”. W przeciwieństwie do innych dokumentów np. KRK, ZUS, US nie powołał się na już złożone dokumenty.

W związku z tym - w ocenie Odwołującego - Wykonawca PIR złożył kolejną opinię z banku (poza tą załączoną do oferty, którą Zamawiający ujawnił). Jednakże fakt załączenia i ujawnienia opinii z dnia 15 czerwca 2020 r. świadczy o tym, że wskazywane przez Wykonawcę PIR wyjaśnienia odnośnie znaczenia i wartości takich opinii są nieoparte działaniem samego Wykonawcy PIR.

Dalej, zwrócił uwagę, że kolejna część wyjaśnień dotyczy wykazu osób, gdzie Wykonawca PIR powołuje się na zawarte umowy poufności oraz możliwość „przejęcia” osób wykazanych w wykazie po ujawnieniu ich tożsamości.

Według Odwołującego - sam fakt zawarcia umów o poufności nie jest wystarczający dla zastrzeżenia tajemnicy. Możliwość zastrzeżenia tajemnicy uzależnione jest od wykazania wszystkich przesłanek określonych w art 11 ust 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czego Wykonawca PIR nie uczynił.

Odwołujący dostrzegł, że Wykonawca PIR nie zastrzegł jako tajemnicy samych umów przez co ujawnił, że zostały one zawarte z K. J. R., A. K. Ch. oraz K. T. przez co Wykonawca sam ujawnił informacje, co do których jak twierdzi, podjął wyjątkowe środki ochrony, a zatem wskazane przez niego argumenty zostały przedstawione wyłącznie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji danych ujawnionych w Wykazie, nie zaś rzeczywista ochrona tajemnicy.

Zarzucił, że Wykonawca PIR nie odniósł się w żaden sposób do pozostałych zastrzeżonych dokumentów. W zakresie Wykazu zamówień wraz z referencjami wskazał jedynie, że dotyczą one umów zawartych w podmiotami prywatnymi, co samo w sobie nie jest wystarczające do zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący podniósł również, że w żaden sposób nie uzasadnił konieczności zastrzeżenia formularza oceny wymagań funkcjonalnych dodatkowych w zakresie loginu, hasła oraz adresu serwera www wraz ze scenariuszem testu dodatkowych funkcjonalności.

Wskazał, że Wykonawca PIR powołał się na szereg wyroków, które mają potwierdzać możliwość zastrzeżenia wykazu osób, z czego ostatni zapadł w 2017 r.

Wyraził przekonanie, że fakt „skompletowania” kadry do wykonania zamówienia, nawet jeśli wymogi w zakresie doświadczenia czy wykształcenia poszczególnych osób były wysokie - nie stanowi wystarczającej podstawy do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zdaniem Odwołującego - Wykonawca PIR nie udowodnił, że wdrożył procedury mające na celu ochronę informacji i nie jest wystarczające samo wskazanie, że procedury takie istnieją. Aby skutecznie zastrzec tajemnicę Wykonawca PIR miał obowiązek ich przedstawienia Zamawiającemu.

Przedstawił pogląd, że pod pojęciem „wykazania”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp należy rozumieć nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie.



Wywodził, że nie sposób wyobrazić sobie dowodzenia nieujawnienia do wiadomości publicznej zastrzeżonych informacji i w tym zakresie co do zasady wystarczające będzie złożenie przez wykonawcę oświadczenia, podlegającego weryfikacji przez zamawiającego. Inna jest jednak sytuacja w przypadku wykazania, że zostały podjęte niezbędne działania w celu zachowania poufności, które przybierają zazwyczaj materialną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji, zawieranie klauzul o poufności w umowach z pracownikami itp.).

Stwierdził, że istnieje brak możliwości zastrzegania wykazu osób z uwagi na obawy „podkupienia” pracowników.

W związku z tym – według zapatrywania Odwołującego - wszystkie zastrzeżone informacje podlegają „odtajnieniu” gdyż:

1. Wykonawca nie przedstawił dostatecznego uzasadnienia spełnienia wymogów dla ich zastrzeżenia wraz z ofertą (dotyczy w szczególności treści formularza oceny wymagań funkcjonalnych)

2. Nawet na wezwanie Zamawiającego nie sprostął obowiązkowi wykazania okoliczności uzasadniających skuteczność zastrzeżenia ograniczając się do przytoczenia ogólników i gróźb odnośnie odpowiedzialności odszkodowawczej i wybiórczo orzecznictwa KIO, a w zakresie wykazu zrealizowanych zamówień w ogóle nie wskazując żadnych okoliczności uzasadniających konieczność zastrzeżenia tajemnicy.

3. Wykonawca sam ujawnił nazwiska osób, które - w ocenie Odwołującego - wskazano w Wykazie osób co samo w sobie stanowi zaprzeczenie ochrony informacji i dezaktualizuje możliwość jej zaprzężenia.

4. Wykonawca PIR nie załączył dowodów na istnienie i zakres procedur na które się powołuje.

5. Informacje zastrzeżono wyłącznie po to, aby utrudnić ich weryfikację przez innych wykonawców.

Zarzucił, że pomimo jednoznacznego oświadczenia Wykonawcy PIR o omyłkowym zastrzeżeniu kart katalogowych i polisy OC, Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu tych dokumentów, co powoduje, że zasadnym jest zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 oraz art. 96 ustawy PZP.

W zakresie zarzutu odnoszącego się do potencjału udostępnionego przez spółkę HSI wyjaśnił, że Wykonawca PIR złożył w dniu 7 sierpnia 2020 r. ofertę, w której wskazał jako podmiot udostępniający potencjał spółkę PLUM, załączając zobowiązanie tego podmiotu, JEDZ i inne dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia.

Następnie pismem z dnia 25 sierpnia 2020 r. został wezwany do złożenia dokumentów, w trybie art 26 ust. 1 ustawy PZP, w tym do złożenia wykazu dostaw usług i wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia.

Pismem z dnia 7 września 2020 r. Wykonawca PIR poinformował Zamawiającego o tym, że przekazał ww. dokumenty (lub w części powołał się na dokumenty przekazane wraz z ofertą). Wykazy dostaw/usług i osób skierowanych do wykonania zamówienia zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zdaniem Odwołującego - pomimo nieskutecznego zastrzeżenia Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu ww. wykazów.

Dalej, Odwołujący zwrócił uwagę, że następnie działając na podstawie art 26 ust. 3 ustawy PZP, pismem z dnia 17 września 2020 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę PIR do wyjaśnienia i uzupełniania dokumentów m.in w zakresie pozycji 3 i 4 Wykazu zrealizowanych zamówień.

W wyniku wezwania Wykonawca PIR złożył nowy Wykaz zrealizowanych zamówień z dnia 22 września 2020 r.

Podniósł okoliczność, że wykaz ten został częściowo ujawniony Odwołującemu.

Zauważył, że Zamawiający konsekwentnie nie ujawnia części wykazu, w której wskazano wcześniej już wskazywane usługi, natomiast ujawnił pozycję 5 i 6.

W związku z tym, Odwołujący uznał, że utajnione zostały pozycje, które były tożsame z tymi wykazanymi pierwotnie i ujawnione pozycje 5 i 6 czyli te, które zostały dodane.

Podał, że pozycje 5 i 6 Wykazu dotyczą usług wykonywanych przez Konsorcjum firm Tensoft Sp. z o.o. i HSI Sp. z o.o. z Opola. W wykazie wskazano, że są to „zamówienia / usługi udostępnione zgodnie z zobowiązaniem”.

Wykonawca PIR załączył również zobowiązanie spółki HSI Spółka z o.o., zwanej dalej spółka HSI, do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Zaznaczył przy tym, że dokument ten datowany jest na dzień 6 sierpnia 2020 r. i podpisany podpisem elektronicznym przez Pana J. R. S, a data widniejąca przy podpisie to „08.06.2020 godzina 12.25”.

Dodatkowo, załączono również JEDZ spółki HSI, datowany na dzień 6 sierpnia 2020 r. i podpisany podpisem elektronicznym przez Pana J. R. S. Data widniejąca przy podpisie to „08.06.2020 godzina 12.24”.

W zakresie odnoszącym się złożenia nieprawdziwych informacji zarzucił, że oba dokumenty pochodzące od spółki HSI zostały sfałszowane.

Zdaniem Odwołującego - Wykonawca PIR próbuje stworzyć nieprawdziwy obraz sytuacji, jakoby spółka HSI jeszcze przed złożeniem oferty (termin składania ofert 7 sierpnia 2020 r.) udostępniła Wykonawca PIR zasoby.

Tymczasem przeczą temu – jak twierdzi Odwołujący - same dokumenty złożone przez Wykonawcę PIR.

Według Odwołującego - z właściwości plików wynika, że oba pliki (tj. zobowiązanie spółki HSI i JEDZ spółki HSI) powstały dnia 22 września 2020 r. tj. w dniu sporządzenia uzupełnionego wykazu zrealizowanych zamówień. Następnie z informacji zawartych w samych plikach wynika, że oba były modyfikowane dnia 6 sierpnia 2020 r. (w dniu rzekomego ich podpisania) czyli na długo przed powstaniem pliku.

W ocenie Odwołującego - powyższe nie jest ani przypadkowe i nie jest też spowodowane błędem w oprogramowaniu czy samym pliku.

Odwołujący stanął na stanowisku, że w dniu składania ofert, ani nawet w dniu złożenia wykazu zrealizowanych zamówień na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy PZP, Wykonawca PIR nie dysponował zasobami spółki HSI, a dopiero po wezwaniu Zamawiającego z dnia 17 września 2020 r. kiedy to Wykonawca PIR powziął informację, że przedstawione przez niego dokumenty nie są - zdaniem Zamawiającego - wystarczające do wykazania spełniania warunku, uzupełnił wykaz zrealizowanych zamówień o dwie nowe pozycje tj. zamówienia zrealizowane przez Konsorcjum firm Tensoft Sp. z o.o. i

HSI Sp. z o.o. (wykaz z dnia 22 września 2020 r.). W tej samej dacie powstało zobowiązanie do oddania zasobów przez spółkę HSI i JEDZ.

W przekonaniu Odwołującego - Wykonawca PIR świadom tego, że korzystanie z zasobów podmiotów trzecich możliwe jest w sytuacji, gdy okoliczność taka została ujawniona już w ofercie, posłużył się sfałszowanymi dokumentami, które miały na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd, że zasoby te zostały oddane do dyspozycji jeszcze przed złożeniem oferty - poprzez zmianę daty podpisu.

Wywodził, że we właściwościach dokumentu widnieje rzeczywista data jego powstania i sfałszowana data modyfikacji (data podpisu), a działania takie są technicznie możliwe i bardzo łatwe do przeprowadzenia.

W związku z tym przekonywał, że podpisanie dokumentu podpisem elektronicznym potwierdza jedynie fakt podpisania dokumentu elektronicznego przez konkretną osobę. Data widoczna obok takiego podpisu to data „zaciągnięta” z systemu operacyjnego urządzenia przy użyciu, którego podpis został złożony. Czyli jeśli podpis jest składany na komputerze, na którym jest zainstalowany system operacyjny Windows, data ujawniona obok podpisu to data ustawiona w systemie Windows. Jeśli data w systemie zostanie zmieniona (np. na datę wcześniejszą niż dzień, w którym zostanie sporządzony podpis), to obok podpisu zostanie ujawniona data wcześniejsza.

Wyjaśnił przy tym, że weryfikację podpisów w tym zakresie daty jego złożenia umożliwia tzw. „znacznik czasu” czyli swojego rodzaju etykieta wygenerowana przy użyciu metod kryptograficznych, dołączona w trwały sposób do dokumentu elektronicznego, na podstawie której można określić dokładną i wiarygodną datę jego powstania lub sygnowania. Znacznik czasu jest doskonałym uzupełnieniem podpisu elektronicznego. Znacznik czasu to odrębna usługa, która gwarantuje, że data określona przy takim kwalifikowany znaczniku czasu to data rzeczywista, nie systemowa.

Wskazał, że w ww. dokumentach nie ma znacznika czasu, jest tylko data ustawiona w systemie operacyjnym (która osoba składająca podpis może dowolnie manipulować).

W ocenie Odwołującego - osoba sporządzająca zobowiązanie i JEDZ spółki HIS i składając podpis sporządziła dokumenty dnia 22 września 2020 r. i podpisała je tego samego dnia, jednak zmieniając datę w systemie - doprowadziła do sytuacji, w której data widniejąca obok podpisu to data wcześniejsza.

Według Odwołującego - nie jest to działanie przypadkowe, gdyż jest to dzień poprzedzający termin składania ofert, więc było to działanie celowe - mające na celu wprowadzenie w błąd Zamawiającego co do daty udostępnienia zasobów.

W związku z tym Wykonawca PIR posłużył się sfałszowanym dokumentem, mając pełną tego świadomość, a - w ocenie Odwołującego - będąc inicjatorem takiego działania (spółka HSI nie ma żadnego interesu w tym, aby bez wiedzy Wykonawcy PIR podejmować takie działania i fałszować dokument z własnej inicjatywy, bez wiedzy i zgody Wykonawcy PIR).

Wyraził pogląd, że jeśli z wykazu zrealizowanych zamówień przedstawionych przez Wykonawcę PIR wynika, że ujawnione w nim wcześniej usługi Wykonawca zrealizował samodzielnie, powołanie się na dalszym etapie na zasoby podmiotu trzeciego jest niedopuszczalne.

Jeśli wcześniej Odwołujący powoływał się na zasoby innego podmiotu np. spółki PLUM to niezależnie od tego podlega on wykluczeniu z uwagi na złożenie dokumentu wprowadzającego w błąd Zamawiającego.

Odwołujący postawił zarzut celowego wprowadzenia Zamawiającego w błąd i z ostrożności, gdyby Izba uznała, że nie można mu przypisać zamiaru, stawia również zarzut wprowadzenia w błąd w wyniku przynajmniej lekkomyślności, chociaż zamiar w tej sytuacji wydaje się być oczywisty.

W zakresie treści zobowiązania spółki HSI podniósł, że wynika z niego oddanie do dyspozycji niezbędnych zasobów takich jak wiedza, doświadczenie, zdolność techniczna i zawodowa, potencjał techniczny oraz technologiczny na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia pn. „Wdrożenie e-usług w Gminie Węgorzewo w ramach realizowanego projektu pt Zastosowanie telemetrii i inteligentnych e-usług dla mieszkańców Gminy Węgorzewo w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Warmińsko-Mazurskiego na lata 2014-2020", numer zamówienia ZP.201/2020 przez cały okres realizacji zamówienia i w celu jego należytego wykonania.

Wskazał, że zadeklarowany sposób wykorzystania w/w zasobów przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia to podwykonawstwo, konsultacje oraz doradztwo, a charakteru stosunku, jaki będzie łączył HSI z wykonawcą to umowa o współpracy.

W związku z tym zarzucił, że nie wskazano jednak jakie zasoby konkretnie oddano do dyspozycji co uniemożliwia zweryfikowanie zakresu udostępnionych zasobów. Spółka HSI nie wskazała, że udostępnia wszystkie zasoby, ale ograniczony ich zakres „niezbędne zasoby” co w żaden sposób nie pozwala na ocenę zakresu udostępnienia. Oznacza to, że Wykonawca PIR nie wykazał jaki jest zakres udostępnionych zasobów, a co za tym idzie jaka jest treść jego oferty.

Dalej, zwrócił uwagę, że w treści zobowiązania wskazano, że: Sposób udostępnienia w/w zasobów wykonawcy przy wykonywaniu zamówienia to pod wykonawstwo, konsultacje oraz doradztwo. Charakter stosunku, jaki będzie łączył nas z wykonawcą to umowa o współpracy.

Zgodnie z treścią zobowiązania spółki HSI przedmiotem udostępnienia jest [bliżej nie określona] wiedza, doświadczenie, zdolność techniczna i zawodowa, potencjał techniczny oraz technologiczny.

Powołał się na treść art. 22a ust. 4 ustawy PZP, który stanowi, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Zauważył, że w treści zobowiązania spółka HSI wskazała, że sposób udostępnienia to podwykonawstwo i konsultacje oraz doradztwo. Nie wskazała jednak w jakim zakresie realizowane będzie podwykonawstwo, w szczególności czy zrealizuje usługi do realizacji których wymagany jest udostępniony potencjał. Innym słowy w braku doprecyzowania zakresu podwykonawstwa Zamawiający nie miał podstaw do przyjęcia, że spółka HSI wykona usługi do realizacji, których wymagane są udostępnione zdolności nie mając wiedzy na temat zakresu udostępnionych zasobów i zakresu podwykonawstwa.

Zakres podwykonawstwa wskazany został w treści samej oferty, gdzie Wykonawca PIR oświadczył, że podwykonawcą będzie spółka PLUM, co wskazuje, że spółka HSI nie była przewidywana jako podwykonawca [co potwierdza, że w dacie składania oferty Wykonawca PIR nie dysponował jej zasobami i nie zamierzał zlecać jej żadnych usług].

W związku z tym Wykonawca PIR – zdaniem Odwołującego - nie udowodnił Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami spółki HSI, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do

dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia [art. 22a ust. 2 ustawy PZP), a przez to nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W zakresie podmiotu udostępniającego potencjał (członek konsorcjum) wskazał, że z pozycji 5 Wykazu zrealizowanych zamówień wynika, że usługa została wykonana przez konsorcjum firm. W wykazie wskazano, że: „na protokole jest wykazany tylko lider konsorcjum, to zamówienie było realizowane przez obu wykonawców stanowiących konsorcjum.”.

Podniósł, że Zamawiający nie udostępnił protokołu odbioru końcowego z dnia 16 kwietnia 2018 r., jednak już z samej treści wykazu wynika, że w protokole jako wykonawca wskazana jest tylko spółka TenSoft Sp. z o.o.

W związku z tym z protokołu tego nie wynika jaką część prac wykonała spółka udostępniająca potencjał czyli HSI Sp. z o.o. Gdyby zatem przyjąć, że udostępnienie obejmuje realizację projektu wskazanego w pozycji 5 wykazu, to spółka HSI Sp. z o.o. mogłaby udostępnić ten potencjał jedynie w zakresie w jakim sama go zrealizowała. Wykonawca wskazał, że zamówienie było realizowane przez obu wykonawców, jednak nie było realizowane przez obu wykonawców łącznie w całości. Każdy z wykonawców wykonał określony jego zakres, który nie został w żaden sposób określony i wykazany.

W dalszej części wyjaśnił, że w pozycji 6 Wykazu zrealizowanych zamówień wskazano usługę na rzecz Gminy Kamienna Góra wykonaną również przez konsorcjum firm.

Zaznaczył, że w tym wypadku Odwołujący nie ma dostępu do listu referencyjnego z dnia 28 maja 2018 r., jednak z dużą dozą prawdopodobieństwa może wskazać, że list ten obejmuje całość zamówienia wykonaną przez Konsorcjum i nie wyszczególnia zakresu prac wykonanych przez poszczególnych jego uczestników przez co również tu nie wykazano zakresu usług wykonanych przez spółkę HSI przez co nie wykazano zakresu udostępnionych zasobów, a w konsekwencji nie potwierdzono spełniania warunku.

Według Odwołującego - ponieważ wykaz usług z dnia 22 września 2020 r. został przedstawiony w wyniku wezwania do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust 3 ustawy PZP, Wykonawca PIR podlega wykluczeniu.

Odwołujący postawił tezę, że usługa wykazana w pozycji 5 to ta sama usługa, która została wykazana w pozycji 4. Wykonawca PIR raz posługuje się nią w celu wykazania, że on jako podwykonawca zrealizował usługi wymagane w celu potwierdzenia spełniania

warunku, a następnie wskazuje tą samą usługę jako wykonaną przez spółkę HSI i następnie udostępnioną.

W związku z tym wzbudziło wątpliwości Odwołującego kto faktycznie wykonał usługę i w jakim zakresie (gdyby w pozycjach tych wskazano tą samą usługę] oraz wskazał, że Wykonawca PIR w pierwotnie złożonym wykazie oświadczył nieprawdę, że to on jako podwykonawca wykonał zamówienie w określonym zakresie.

Przyznał, że powyższego Odwołujący nie może udowodnić z braku dostępu do pełnej treści Wykazu zrealizowanych usług z dnia 22 września 2020 r. oraz poprzedniego składanego w wyniku wezwania do złożenia dokumentów. Jednak z ostrożności podniósł zarzut już na tym etapie, aby nie narazić się na zarzut niedochowania terminu złożenia odwołania.

W zakresie braku podstaw wykluczenia podmiotu trzeciego zwrócił uwagę, że dodatkowo Wykonawca nie załączył dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia spółki HSI.

W związku z tym powołał się na przepis art. 26 ust. 3 ustawy PZP jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art 25a ust 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art 25 ust 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Ponieważ jak wskazał wcześniej oferta Wykonawcy PIR podlega odrzuceniu, Odwołujący oświadczył, że nie stawia zarzutu zaniechania wezwania do uzupełniania tych dokumentów.



W zakresie zarzutu dotyczącego braku zdolności finansowej Odwołujący stwierdził, że Wykonawca PIR w celu potwierdzenia spełniania warunku przedstawił opinię z banku (załączając ją do oferty) z dnia 15 czerwca 2020 r. z której wynika, że: W imieniu ING Banku Śląskiego S.A. z siedzibą w Katowicach, Oddział Korporacyjny w Olsztynie (dalej: „Bank”), niniejszym potwierdzamy, po spełnieniu określonych niżej wymogów, możliwość udzielenia kredytu dla Polski Instytut Rozwoju Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa), KRS: 0000700136 (dalej: „Spółka”), do wysokości łącznej 1.000.000,00 PLN (słownie: jeden milion złotych 00/100) z przeznaczeniem na sfinansowanie realizacji umowy handlowej.

Kredyt niniejszy może zostać udzielony pod warunkiem złożenia przez Spółkę dokumentów wymaganych przez Bank w związku z udzieleniem kredytu, pozytywnej oceny zdolności kredytowej Spółki przez Bank, uzgodnienia warunków i zasad kredytowania oraz po zawarciu umowy kredytowej i ustanowieniu prawnych zabezpieczeń spłaty kredytu zaakceptowanych przez Bank (w tym po przedstawieniu decyzji o przyznaniu dofinansowania w ramach wspomnianego konkursu).

Powyższe oznacza – zdaniem Odwołującego, że opinia z banku nie potwierdza, że Wykonawca PIR ma zdolność kredytową w wysokości 1 000 000 zł, a jedynie, że bank mógłby jej udzielić kredytu w takiej wysokości pod warunkiem „pozytywnej oceny zdolności kredytowej Spółki przez Bank”, czyli zdolność kredytową spółki bank dopiero oceni.

Według Odwołującego - takie zaświadczenie może uzyskać każdy, gdyż wynika z niego nic innego, jak oświadczenie, że bank udziela kredytów po spełnianie określonych warunków, w tym pozytywnej ocenie zdolności kredytowej. Tymczasem wymóg określony w SIWZ dotyczył oświadczenia, w którym bank już ocenił tę zdolność. Takiego dokumentu Wykonawca PIR nie przedstawił.

Podniósł przy tym okoliczność, że dokument wydano dnia 15 czerwca 2020 r. czyli wcześniej niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert.

Pismem z dnia 25 sierpnia 2020 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę PIR do złożenia opinii wydanej nie wcześniej niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert. Z oświadczenia Wykonawcy PIR z dnia 7 września 2020 r. wynika, że Wykonawca taką opinię przedstawił jednak jej treść nie jest znana Odwołującemu (Zamawiający uznał ją za skutecznie zastrzeżoną).

W związku z tym, z ostrożności Odwołujący wskazał, że jeśli jej treść jest identyczna lub zbliżona do treści opinii z dnia 15 czerwca 2020 r., to nie stanowi ona tajemnicy przedsiębiorstwa i dodatkowo nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W zakresie potencjału udostępnionego przez spółkę PLUM zauważył, że Wykonawca PIR w złożonej ofercie oświadczył, że będzie polegał na zasobach podmiotu trzeciego tj. PLUM Sp. z o.o. ul. Wspólna 19, Ignatki, 16-001 Kleosin, zwanego dalej spółka PLUM.

Wyjaśnił, że do oferty dołączono zobowiązanie spółki PLUM do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia z którego, wynika, że spółka PLUM oddaje Wykonawcy PIR „do dyspozycji niezbędne zasoby takie jak wiedzę, doświadczenie, zdolność techniczną i zawodową, potencjał techniczny oraz technologiczny na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia pn. „Wdrożenie e-usług w Gminie Węgorzewo w ramach realizowanego projektu pt Zastosowanie telemetrii i inteligentnych e-usług dla mieszkańców Gminy Węgorzewo w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Warmińsko-Mazurskiego na lata 2014-2020”, numer zamówienia ZP.201/2020, przez cały okres realizacji zamówienia i w celu jego należytego wykonania.”.

Podniósł jednak, że nie wskazano jakie zasoby konkretnie oddano do dyspozycji co uniemożliwia zweryfikowanie zakresu udostępniania. Spółka PLUM nie wskazała, że udostępnia wszystkie zasoby, ale ograniczony ich zakres „niezbędne zasoby” co w żaden sposób nie pozwala na ocenę zakresu udostępnienia. Oznacza to, że Wykonawca PIR nie wykazał jaki jest zakres udostępnionych zasobów, a co za tym idzie jaka jest treść jego oferty.

Dalej, Odwołujący zaznaczył, że w treści zobowiązania wskazano, że: Sposób udostępnienia w/w zasobów wykonawcy przy wykonywaniu zamówienia to podwykonawstwo w realizacji zamówienia, a także konsultacje oraz doradztwo w zakresie realizowanym samodzielnie przez wykonawcę. Charakter stosunku, jaki będzie łączył nas z wykonawcą to umowa o współpracy (obejmująca podwykonawstwo w realizacji zamówienia).

Zgodnie z treścią zobowiązania spółki PLUM przedmiotem udostępnienia jest (bliżej nie określana) wiedza, doświadczenie, zdolność techniczna i zawodowa, potencjał techniczny oraz technologiczny.

Powołał się przy tym na przepis art. 22a ust. 4 ustawy PZP, zgodnie z którym w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub

doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi do realizacji których te zdolności są wymagane.

Zwrócił uwagę, że w treści zobowiązania spółka PLUM wskazała, że sposób udostępnienia to podwykonawstwo i konsultacje oraz doradztwo. Nie wskazała jednak w jakim zakresie realizowane będzie podwykonawstwo, w szczególności czy zrealizuje usługi do realizacji których wymagany jest udostępniony potencjał. Innym słowy w braku doprecyzowania zakresu podwykonawstwa Zamawiający nie miał podstaw do przyjęcia, że spółka PLUM wykona usługi do realizacji, których wymagane są udostępnione zdolności nie mając wiedzy na temat zakresu udostępnionych zasobów i zakresu podwykonawstwa.

Przyznał, że wprawdzie zakres podwykonawstwa wskazany został w treści samej oferty, gdzie Wykonawca PIR oświadczył, że: 4. Przedmiot zamówienia zrealizujemy siłami własnymi / z pomocą podwykonawców\*, którym powierzymy do wykonania:

	ZAKRES	Nazwa firmy
	Dostawa rozwiązań sprzętowych, oprogramowania oraz doradztwo	Plum Sp. z o.o., ul Wspólna 19,16-001 Ignatki

Jednak oświadczenie to, że żaden sposób nie precyzuje zakresu podwykonawstwa, w szczególności w sytuacji, gdy w zakresie podwykonawstwa wskazano również „doradztwo”.

W związku z tym powołał się na przepis art. 22a ust. 4 ustawy PZP, stosownie do którego, podmiot trzeci zobowiązany jest do zrealizowania usług w zakresie w jakim udostępnił doświadczenie niezbędne do ich zrealizowania.

Zauważył, że zgodnie z ofertą Wykonawcy PIR spółka PLUM wykona dostawy sprzętu i dostawę oprogramowania (przedmiotem zamówienia jest istniejący już system, a nie usługę jego zaprojektowania na potrzeby określonego Zamawiającego).

W związku z tym – w ocenie Odwołującego - udostępniając doświadczenie lub potencjał osobowy spółka PLUM uczyniła to nieskutecznie, gdyż nie wskazano, aby realizowała jakiegokolwiek usługi, a zakres podwykonawstwa obejmuje:

- dostawę rozwiązań sprzętowych,
- dostawę oprogramowania oraz
- doradztwo

Według Odwołującego - z treści samego JEDZ Wykonawcy PIR wynika, że będzie on polegał na zasobach podmiotów trzecich - nie wskazując jakich, w szczególności nie wskazując, że chodzi o spółkę PLUM. Natomiast w Informacjach dotyczących podwykonawców, na których zdolności wykonawca nie polega, wskazał spółkę PLUM.

W związku z tym Wykonawca PIR nie wykazał, że udowodnił Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami spółki PLUM, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia (art. 22a ust. 2 ustawy PZP), a przez to nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu.

Podał również, że załączone dokumenty nie potwierdzają spełniania przez spółkę PLUM warunków udziału w postępowaniu ani braku podstaw wykluczenia. Po pierwsze w złożonym JEDZ pominięto z całości Część III: Podstawy wykluczenia i Część IV: Kryteria kwalifikacji. W tych częściach nie złożono żadnego oświadczenia.

Podniósł, że nie wykazują tego również załączone dokumenty tj. zaświadczenie z ZUS i zaświadczenie z US, które zostały wydane wcześniej niż 3 miesiące przed upływem termin składania ofert. Zaświadczenie z ZUS pochodzi z dnia 3 kwietnia 2020 r., a zaświadczenie z US z dnia 2 kwietnia 2020 r. podczas gdy termin składania ofert to 7 sierpnia 2020 r.

W zakresie zarzutu odnoszącego się do certyfikatu Odwołujący powołał się na postanowienia rozdziałem V pkt 1.4. SIWZ: - Warunki udziału w postępowaniu, gdzie o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu w zakresie podanym poniżej, tj.: Wykonawca wykaże, że posiada aktualny certyfikat zgodności wdrożonego systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji z wymaganiami PN- ISO/IEC 27001:2017 oraz wymaganiami PN-ISO/IEC 27018:2017, obejmującymi bezpieczeństwo przetwarzania danych osobowych w chmurach obliczeniowych.

W związku z tym zarzucił, że dostarczany przez Wykonawcę PIR system nie jest wytwarzany przez Wykonawcę PIR zatem przedstawiony certyfikat nie potwierdza, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego, gdyż nie dotyczy wdrożonego systemu będącego przedmiotem oferty.

Powołał się na okoliczność, gdzie Wykonawca PIR oświadczył w JEDZ, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a zgodnie ze złożoną ofertą oferowane dostawy i usługi

spełniają wymagania Zamawiającego, co oznacza potwierdzenia posiadania aktualnego certyfikatu zgodności.

W związku z tym stwierdził, że oświadczenie takie jest nieprawdziwe, bowiem treść certyfikatów wskazuje ich wydanie pod tym samym numerem odpowiednio 487270 i jest ważny od 7 września 2020 do 6 września 2023, czyli Wykonawca PIR uzyskał certyfikaty miesiąc po upływie terminu składania ofert oświadczając, że jest w ich posiadaniu już w terminie składania ofert, co wskazuje na oświadczenie nieprawdy i konieczność wykluczenia Wykonawcy PIR z postępowania.

W zakresie zarzutu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ zwrócił uwagę, że zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SIWZ: Opis przedmiotu zamówienia: Zamawiający wymaga dostawy 1 urządzenia telemetrycznego GSM wraz z wodomierzem DN15 lub PN20 w ramach oferty do testu. W ramach testu Wykonawca zobligowany jest do dostarczenia scenariusza wykonania testu poprzez wskazania sposobu zalogowania się do systemu i przeprowadzenia testu przesyłanych danych z wodomierza do systemu telemetrycznego oraz ich odczyt w systemie. Brak próbki testowej będzie jednoznaczny z brakiem możliwości weryfikacji poprawności działania systemu oraz urządzeń telemetrycznych.

Zauważył również, że zgodnie z punktem 1 pkt f) Załącznika nr 3 do Opisu Przedmiotu Zamówienia, OPIS WYMAGAŃ SYSTEMU NADZORU I TELEMETRII: 1. Wymagania technologiczne: System informatyczny musi posiadać wszystkie wymienione w niniejszym załączniku funkcje w momencie składania oferty. Nie dopuszcza się dostawy kilku oddzielnych systemów spełniających łącznie wymagania (z wyłączeniem aplikacji mobilnej).

Wymienił postanowienia punktu 2, w którym opisano Główne funkcjonalności systemu, w tym:

a) wizualizacja punktów odczytowych na rastrowym podkładzie mapowym z możliwością wyświetlania własnych, zaimportowanych warstw w standardach plików GML, Shape;

c) System telemetryczny musi posiadać moduł do planowania tras inkasenckich, ich eksportu/importu i obsługę terminali inkasenckich w zakresie odczytu urządzeń pomiarowych wyposażonych w nakładki radiowe Wmbus OMS. Odczyty inkasenckie muszą zasilać główny system telemetryczny z wykorzystaniem przesyłu danych przez sieć GSM.

l) aplikacja mobilna wyświetla alarmy z zdefiniowanych liczników wraz z możliwością ich dezaktywacji oraz dostępem do danych historycznych. Powiadomienia realizowane są w trybie PUSH, niezależnie od aktywności aplikacji;

o) wymaga się, aby system posiadał komponent konfigurowalnych dowolnie

dashboardów z możliwością ich dowolnego budowania w oparciu o widżety z dowolnych parametrów telemetrycznych systemu zaciąganych z bazy;

t) W celu obsługi odczytów radiowych system musi mieć funkcjonalność obsługi koncentratorów danych zbierających dane przez moduł radiowy oraz przesyłających przez sieć GSM do systemu telemetrycznego. Wymaga się, aby system był wyposażony w możliwość komunikacji dwustronnej z koncentratorami.

Stwierdził, że Wykonawca PIR zaoferował System spółki PLUM i – w jego przekonaniu - zgodnie z załączoną ulotką informacyjną system jest bardzo ubogi i nie ma większości wymagających przez Zamawiającego funkcjonalności.

Wskazał, że wykonawca miał przedstawić próbkę, która powinna umożliwiać zaprezentowanie danych wymaganych przez Zamawiającego na mapie z urządzenia, które zostało dostarczone jako próbka. Zgodnie z ulotką systemu dane na mapie są dostępne tylko w aplikacji mobilnej, która nie jest dostarczana przez firmę PLUM, tylko HSI.

W opinii Odwołującego - zgodnie z treścią oferty podwykonawcą w zakresie dostawy systemu jest spółka PLUM i to jej system czyli Webtel został zaoferowany.

Odwołujący w związku z wyżej sformułowanym zarzutem zgłosił, co następuje:

Ad. a)

Brak w systemie funkcji obsługi rastrowych podkładów mapowych z możliwością wyświetlania własnych, zaimportowanych warstw w standardach plików GML, Shape. Jedyną funkcjonalność związaną z mapami to możliwość wyświetlania danych na mapie udostępnionej przez serwis Google Maps. Potwierdzają to scenariusze oceny pod względem map, których nie przeszedł system.

Ad. c)

W tym zakresie system w ogóle nie posiada takiej funkcjonalności. Platforma webtel nie obsługuje w ogóle odczytów inkasenckich przy pomocy głowicy telemetrycznej, spółka PLUM nie posiada takiego rozwiązania. Zamawiający posiada obecnie system inkasencki odczytowy do starych liczników radiowych i ma pełną wiedzę jak taki system działa i wygląda ponieważ na co dzień używają go jego inkasenci, Zamawiający świadomie nie zweryfikował czy funkcjonalność tego systemu po wczytaniu danych z próbki jest w systemie Webtel.

Ad. l)

System posiada powiadamiania w postaci SMS, co jest zaprezentowane na folderze. Nie posiada powiadomień PUSH.

Ad. o)

W tym zakresie System w ogóle nie posiada takiej funkcjonalności. System Webtel to system do odbierania danych z liczników gazu i przesyłania do systemu billingowego w celu wystawiania faktur dla dużych korporacji System ten nie ma takich funkcjonalności ponieważ nie został do tego zaprojektowany aby analizować i udostępniać dane dla mieszkańców.

Ad. t)

System nie jest wyposażony w żadną taką funkcjonalność ponieważ tak jak w przypadku systemu inkasenckiego platforma Webtel nie służy do zbierania danych radiowych a jedynie dane przesyłane za pomocą komunikacji GSM z urządzeń zamontowanych bezpośrednio na gazomierzach i wodomierzach co znajduje odzwierciedlenie w wszystkich realizowanych przez firmę PLUM zamówieniach i opisie produktu.

W związku z tym – w przekonaniu Odwołującego - treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ i jako taka podlega odrzuceniu i dodatkowo Odwołujący wskazał, że Wykonawca PIR miał tego pełną świadomość zatem oferując system niezgodny z SIWZ próbował zastrzec informacje na jego temat jako tajemnicę przedsiębiorstwa, aby uniemożliwić weryfikację jego funkcjonalności przez innych wykonawców.

Zarzucił, że Wykonawca PIR miał pełną świadomość faktu, że oferowany przez niego system nie spełnia wymagań określonych w SIWZ, a pomimo to oświadczył, że system spełnia wszystkie wymagania, a co za tym idzie przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, które miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówieniu, gdyż doprowadziły do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

W zakresie zarzutu podania nieprawdziwych informacji co do możliwości dostarczenia nakładki zwrócił uwagę, że w piśmie z dnia 7 września 2020 r., w punkcie 10) Wykonawca PIR oświadczył, że: Dodatkowo Wykonawca informuję, iż nakładka, którą posiada jest unikalnym rozwiązaniem technologicznym pozwalającym na współpracę z wodomierzami różnych producentów (co najmniej 3) np. Apator i w przypadku, gdyby Zamawiający zechciałby, aby wodomierze tego producenta były instalowane razem z dostarczonymi nakładkami to Wykonawca bez przeszkód będzie mógł (na życzenie Zamawiającego) instalować ww. wodomierze.

Odwołujący wyjaśnił, że Firma Apator posiada specyficzny sposób montażu na swoim wodomierzu modułu telemetrycznego z wykorzystaniem tzw. Pierścienia.

Natomiast, sposób montażu oraz pierścieni i wszystkie elementy połączenia zostały opatentowane przez firmę Apator Powogaz S.A. patentem „Nakładki do zdalnego odczytu wskazań wodomierza, numer zgłoszenia do Urzędu Patentowego Rzeczypospolitej Polskiej: P.423042.”.

W związku z tym – zdaniem Odwołującego - tylko firma Apator lub upoważniona przez firmę Apator jednostka może wykorzystać opatentowany sposób połączenia i stworzyć w oparciu o patent moduł telemetryczny możliwy do połączenia z wodomierzem, a zatem należało uznać, że Wykonawca PIR wprowadził Zamawiającego w błąd i nie posiada modułów telemetrycznych na wodomierz firmy Apator oraz nie posiada wodomierzy które są zgodne z wyspecyfikowanymi w SIWZ warunkami technicznymi wodomierzy.

Pismem z dnia 28 października 2020 r. wykonawca Polski Instytut Rozwoju sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej Przystępującym zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania.

Podobne stanowisko na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 12 listopada 2020 r. zaprezentował Zamawiający.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, odwołania, oferty Przystępującego wraz z załączonymi dokumentami, wniosku Odwołującego o udostępnienie dokumentów z dnia 11 sierpnia 2020 r., pisma Zamawiającego z dnia 25 sierpnia 2020 r. dotyczącego dodatkowego wykazania przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa skierowanego do Przystępującego, odpowiedzi Przystępującego z dnia 7 września 2020 r. na to wezwanie, pisma Zamawiającego z dnia 14 września 2020 r. o udostępnieniu dokumentów wraz z ich specyfikacją, wezwania Zamawiającego z dnia 25 sierpnia 2020 r. do złożenia dokumentów w trybie przepisu art.26 ust.1 ustawy Pzp, pisma Przystępującego z dnia 7 września 2020r. wraz z załączonymi dokumentami, wezwania Zamawiającego z dnia 17 września 2020 r. do udzielenia wyjaśnień w trybie przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp, odpowiedzi Przystępującego z dnia 22 września 2020r. na powyższe wezwanie wraz z załącznikami, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 16 października 2020r, zgłoszenia Przystępującego z dnia 28 października 2020 r. oraz jego odpowiedzi na odwołanie z dnia 12 listopada 2020 r., jak również na podstawie złożonych wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.



Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do zarzutu opisanego w pkt II odwołania - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.8 ust.3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę PIR jako tajemnica przedsiębiorstwa Izba uznała, go za spóźniony.

Wymaga zaznaczenia, że Izba doszła do powyższych wniosków na podstawie dokonanych ustaleń faktycznych.

Izba ustaliła, że w dniu 7 sierpnia 2020 r. Przystępujący wraz z ofertą złożył zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dla wykazu osób oraz wykazu zamówień wraz z referencjami, uzasadnienia do przedmiotowego zastrzeżenia, formularza oceny wymagań funkcjonalnych dodatkowych w zakresie loginu, hasła oraz adresu serwera wraz ze scenariuszem tekstu dodatkowych funkcjonalności, informacji w zakresie posiadanego ubezpieczenia – OC, opinii banku, kart katalogowych.

Dalej, Izba stwierdziła, że Zamawiający wyraził pewne wątpliwości, co do powyższego zgłoszonego przez Przystępującego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w piśmie z dnia 25 sierpnia 2020 r., co w konsekwencji doprowadziło do przedstawienia przez tego drugiego stanowiska w piśmie z dnia 7 września 2020 r. zezwalającego jedynie na odtajnienie informacji z polisy OC oraz kart katalogowych.

Jednocześnie w piśmie tym Przystępujący podtrzymał decyzję o objęciu tajemnicą przedsiębiorstwa pozostałych ww. wszystkich dokumentów, które zostały wskazane w uzasadnieniu o tajemnicy przedsiębiorstwa dla niniejszego postępowania.

W ocenie Izby – kluczowe znaczenie dla tego zarzutu ma jednak okoliczność złożenia przez Odwołującego na podstawie art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, pismem z dnia 11 sierpnia 2020 r., wniosku do Zamawiającego o udostępnienie poniższych dokumentów: oferty wykonawcy PIR wraz z załącznikami oraz z całą korespondencją z zamawiającym w ramach postępowania (np. wezwania zamawiającego, informacje o poprawieniu omyłek, odpowiedzi wykonawcy i inne składane pisma) powstałą do dnia udostępnienia dokumentów.

Izba ustaliła przy tym, że Zamawiający pismem z dnia 14 września 2020 r. przekazany Odwołującemu w dniu 15 września 2020 r. poinformował go, iż jest na etapie badania oferty w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak również czy

oferta nie podlega wykluczeniu, a także powiadomił o tym, że Wykonawca – PIR zastrzegł część informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jednocześnie Izba dostrzegła, że Zamawiający zgodnie z pkt 17 cyt. pisma przekazał Odwołującemu powyższą Informację Wykonawcy (Przystępującego) o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, a także opisane w pkt 21 tego pisma Wyjaśnienia Wykonawcy PIR Sp. z o.o. w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Według zapatrywania Izby czynność udostępnienia akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jedną z wielu czynności Zamawiającego podejmowanych w toku prowadzonego przetargu publicznego.

Nie podlega kwestii, że Odwołujący w dniu 15 września 2020 r. zapoznał się skutecznie z odmową Zamawiającego udostępnienia mu wnioskowanych wszystkich dokumentów, których ujawnienia domaga się dopiero w chwili obecnej. Z oświadczenia Zamawiającego zawartego w powyższym piśmie z dnia 14 września 2020 r. wynika z sposób nie budzący żadnych wątpliwości, że Zamawiający zakończył badanie zasadności zastrzeżenia przez Przystępującego tajemnicy przedsiębiorstwa i przyjął w tym względzie jego argumentację wyrażoną w piśmie z dnia 7 września 2020 r.

W związku z powyższym, Izba uznała za słuszne stanowisko Zamawiającego o spóźnieniu zgłoszonego zarzutu odwołania odnoszącego się do tajemnicy przedsiębiorstwa.

Stosownie do art.182 ust.3 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 – w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Biorąc pod uwagę brzmienie powyższego przepisu należało przyjąć, że powyższy ustawowy termin do wniesienia odwołania w zakresie zgłoszonego zarzutu odwołania upłynął w dniu 25 września 2020 r., podczas gdy Odwołujący nie skorzystał ze środka ochrony prawnej.

Niezależnie od powyższego, wymaga zauważenia, że Zamawiający na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą uwzględnił część zarzutu nr 1 i nr 2 w zakresie odtajnienia opinii bankowej, polisy OC oraz kart katalogowych.

W pozostałym zakresie Izba, po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego nie doszukała się również w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1 i 3, art.24 ust.1 pkt 12 i art.24 ust.1 pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp, art.89 ust.1 pkt 2, a także art.91 ust.1 Pzp.

Odnosząc się do meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wykluczenia Przystępującego z przetargu ze skutkiem odrzucenia jego oferty z powodu podania nieprawdziwych informacji oraz niespełniania warunków udziału w postępowaniu oraz czy powinien odrzucić jego oferty z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Nadto, Odwołujący podjął się próby wykazania, że Przystępujący w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów, a także próbował wykazać, że Przystępujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia

Przechodząc do rozpoznania przedmiotowej sprawy Izba ustaliła, że Zamawiający w rozdziale V SIWZ - Warunki udziału w postępowaniu w pkt 1 postanowił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu w zakresie podanym poniżej, tj.:

1.1. Wykonawca wykaże, że wykonał w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

1.1.1 co najmniej jedno zamówienie polegające na dostawie modułów telemetrycznych wraz z systemem nadzoru telemetrycznego oraz komunikacją z urządzeniami telemetrycznymi poprzez sieć GSM lub poprzez nadajniki radiowe, dla co najmniej 500 wodomierzy lub ciepłomierzy.

1.1.2. co najmniej jedno zamówienie polegające na zaprojektowaniu i wdrożeniu systemu telemetrycznego z elementami GIS, związanego z przechowywaniem i udostępnieniem danych przestrzennych o licznikach oraz danych pomiarowych z liczników o wartości nie mniejszej niż 500 tys. brutto.

1.1.3. co najmniej jedno zamówienie polegające na zaprojektowaniu i wdrożeniu e-usług udostępniających informacje publiczną i dostawie aplikacji mobilnej o wartości projektu min. 500.000 zł brutto.

Zamawiający dopuścił, aby wymagania określone w ppkt. 1.1.1, 1.1.2 oraz 1.1.3 zostały spełnione poprzez wykazanie przez Wykonawcę jednego kontraktu/zamówienia obejmującego zakresem wszystkie trzy wymagania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Zamawiający w rozdziale V - Warunki udziału w postępowaniu w punkcie 2 postanowił, że zgodnie z art. 22a ustawy Pzp, Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Wykonawca, który polega na zdolnościach innych podmiotów, musi udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Zobowiązanie należy złożyć w oryginale wraz z ofertą. Zamawiający żąda dokumentów, które określają w szczególności:

- 2.1. zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- 2.2. sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
- 2.3. zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
- 2.4. czy podmiot, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Mając na uwadze powyższe uregulowania SIWZ - zdaniem Izby – Odwołujący nie udowodnił przesłanek z przepisu art.24 ust.1 pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;

17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Według Izby – twierdzenia Odwołującego opisane w pkt III.b. odwołania o sfałszowaniu dokumentów pochodzących od spółki HSI nie zostały poparte żadnymi dowodami zasługującymi na uwzględnienie.

Przede wszystkim należy wskazać, że cały wywód Odwołującego o zmianie daty przy podpisie elektronicznym złożonym przez J. R. S. w złożonym przez Przystępującego zobowiązaniu spółki HSI i JEDZ tej spółki nie jest wiarygodny z następujących przyczyn.

Na stronie 10 odwołania Odwołujący podaje jako datę widniejącą przy podpisie jako dzień 8 lipca 2020 r., podczas gdy data znajdująca się przy podpisie to 6 sierpnia 2020 r.

Izba stanęła na stanowisku, że złożone przez Odwołującego dowody nr 1 i 2 potwierdzają, co najwyżej potencjalną możliwość zmiany daty modyfikacji pliku, lecz nie przesądzają o tym, że w tym konkretnym przypadku doszło do manipulacji złożonej przy podpisie daty.

Nadto, wymaga wskazania, że Odwołujący za jedynie pewny sposób sygnowania daty dokonania podpisu elektronicznego traktuje podpis, któremu towarzyszy usługa „znacznika czasu”, przy czym nie udowodnił, że Zamawiający wymagał od wykonawców takiego dodatkowego aktu staranności przy składaniu dokumentów elektronicznych do weryfikacji poprawności daty podpisania dokumentu.

W przekonaniu Izby - najważniejszym argumentem podważającym wnioskowanie Odwołującego w tej materii jest fakt, że dokument elektroniczny wraz z podpisem został złożony przez podmiot trzeci i Przystępujący nie miał żadnych podstaw zarówno faktycznych, jak i prawnych do jego kontestowania przy zachowaniu zwykłych aktów staranności przy tego rodzaju czynnościach.

Ostatecznie, Izba dostrzegła, że Odwołujący nie odniósł się w żaden sposób do dowodów nr 1, 2, 3 złożonych przez Przystępującego na okoliczność daty otrzymania wiadomości e-mail z zobowiązaniem podmiotu trzeciego oraz na okoliczność oświadczenia w sprawie daty podpisania zobowiązania podmiotu trzeciego, jak również na okoliczność daty podpisania zobowiązania podmiotu trzeciego.

Rozpoznając zarzut skierowany przeciwko dokumentom złożonym przez Przystępującego w zakresie treści zobowiązania HSI wskazanego w pkt III.c. odwołania i w zakresie podmiotu HSI udostępniającego potencjał opisanego w III.d.(członek konsorcjum) Izba uznała go za bezzasadny.

Izba przyjęła wyjaśnienia Zamawiającego, że zobowiązanie podmiotu trzeciego HSI zostało złożone przez Przystępującego samowolnie bez wezwania przez Zamawiającego i to

samo dotyczyło dwóch uzupełnionych pozycji 5 i 6, a także oświadczenie Zamawiającego, że udział HSI nie był badany pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Należy wskazać, że w pkt 3 pisma z dnia 17 września 2020 r. Zamawiający prosił o wyjaśnienie pozycji 3 i 4, a także o uzupełnienie załącznika nr 5 o dokument/y, z którego będzie wprost wynikał zakres prac i kwota, w celu potwierdzenia spełnienia warunku.

Jednocześnie Przystępujący na stronie 6 zd.1 swojego pisma z dnia 12 listopada 2020 r. wyjaśnił, że zobowiązanie HSI zostało złożone jedynie z ostrożności, wobec braku pewności jak należy traktować wezwanie (czy jako wezwanie do wyjaśnień, do uzupełnienia dokumentów, czy jednocześnie do zmiany podmiotu trzeciego).

Biorąc zatem pod uwagę powyższe brzmienie wezwania Zamawiającego z dnia 17 września 2020 r., jak również jego wyjaśnienia i powyższe twierdzenia Przystępującego, Izba potraktowała złożony przez Przystępującego nowy wykaz oraz dokumenty dotyczące spółki HSI, jako nadmiarowe i jako takie nie podlegające ocenie Zamawiającego w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W konsekwencji stwierdzenia powyższych okoliczności należało potraktować zarzut w tym zakresie za irrelevantny dla oceny zgodności z prawem postępowania Zamawiającego odnośnie badania spełniania spornego warunku udziału w postępowaniu.

Zupełnie kuriozalne – w ocenie Izby - jest stwierdzenie Odwołującego zawarte w pkt III.e. odwołania, w którym ten oświadczył, że ponieważ oferta wykonawcy PIR podlega odrzuceniu, nie stawia zarzutu zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia spółki HSI. Jeżeli Odwołujący nie formułuje takiego zarzutu, to niejako sam naraża się na możliwość nieuwzględnienia odwołania w zakresie zarzutu niespełniania przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu, właśnie z powodu pominięcia tego zarzutu, w sytuacji gdyby Izba uznała za konieczne wezwanie do poprawienia, uzupełnienia czy wyjaśnienia dokumentów podmiotowych.

Odnosząc się do zarzutu wskazanego w pkt. V odwołania zgłoszonego w zakresie potencjału udostępnionego przez PLUM sp. z o.o. Izba ustaliła, że wykonawca ten oświadczył, że odda do dyspozycji Przystępującego niezbędne zasoby takie jak wiedzę, doświadczenie, zdolność techniczna i zawodowa, potencjał techniczny oraz technologiczny na okres korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia, przez cały okres realizacji zamówienia i w celu jego należytego wykonania. Sposób udostępnienia w/w zasobów wykonawcy przy wykonywaniu zamówienia to podwykonawstwo w realizacji

zamówienia, a także konsultacje oraz doradztwo w zakresie realizowanym samodzielnie przez wykonawcę. Charakter stosunku, jaki będzie łączył nas z wykonawcą to umowa o współpracy (obejmująca podwykonawstwo w realizacji zamówienia).

Jednocześnie, Izba stwierdziła, że Przystępujący w formularzu JEDZ zadeklarował właśnie podwykonawstwo PLUM sp. z o.o.

Podobne oświadczenie można znaleźć w złożonym przez Przystępującego pkt.4 załącznika nr 2 - oferta, gdzie ten oświadczył, że przedmiot zamówienia zrealizujemy z pomocą podwykonawców, którym powierzymy do wykonania: dostawę rozwiązań sprzętowych, oprogramowania oraz doradztwo. Wskazano w tym punkcie PLUM sp. z o.o.

Dodatkowo, Izba ustaliła, że w formularzu JEDZ Przystępujący na pytanie czy wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych poniżej w części IV oraz (ewentualnych) kryteriów i zasad określonych poniżej w części V? udzielił odpowiedzi twierdzącej.

Powyższy stan faktyczny potwierdza możliwość skorzystania przez Przystępującego z przepisu art. 22a ust.1 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

Przy czym stosownie do ust.2 powołanego wyżej przepisu prawa wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

W ocenie Izby - przedłożone przez Przystępującego powyższe zobowiązanie podmiotu trzeciego wraz z określonym w ofercie zakresem podwykonawstwa podmiotu trzeciego spełnia powyższe wymagania ustawowe i stanowi dowód, że będzie on dysponował potencjałem PLUM sp. z o.o. w zakresie dostawy rozwiązań sprzętowych, oprogramowania oraz doradztwa.

Nie potwierdził się również zarzut, że załączone dokumenty tj. zaświadczenie z ZUS pochodzi z dnia 3 kwietnia 2020 r., a zaświadczenie z US z dnia 2 kwietnia 2020 r., podczas

gdy termin składania ofert był 7 sierpnia 2020 r., bowiem z akt sprawy wynika, że zaświadczenie z ZUS zostało wydane w dniu 12 maja 2020 r., a zaświadczenie z US zostało wydane w dniu 29 maja 2020 r., a więc nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Rozpoznając zarzut opisany w pkt IV odwołania dotyczący niespełniania warunku w zakresie zdolności finansowej Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 1.3. rozdziału V SIWZ - Warunki udziału w postępowaniu postanowił, że wykonawca wykaże, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w kwocie nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł., zaś w pkt 2.10. w rozdziale VII SIWZ Wykaz oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia postanowił, że Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów: informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert.

W ocenie Izby – przedłożona przez Przystępującego promesa kredytowa nr 634 wystawiona w dniu 7 września 2020 r. potwierdza jego zdolność kredytową w kwocie przewyższającej wartość wymaganą postanowieniami SIWZ.

Izba stwierdziła przy tym, że Zamawiający w SIWZ w żaden sposób nie żądał od wykonawców wykazania się posiadaniem bezwarunkowej zdolności kredytowej.

W dalszej kolejności w odniesieniu do zarzutu uzyskania certyfikatu wskazanego w pkt VI odwołania po terminie składania ofert Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 1.4. rozdziału V SIWZ - Warunki udziału w postępowaniu postanowił, że wykonawca wykaże, że posiada aktualny certyfikat zgodności wdrożonego systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji z wymaganiami PN-ISO/IEC 27001:2017 oraz wymaganiami PN-ISO/IEC 27018:2017, obejmującymi bezpieczeństwo przetwarzania danych osobowych w chmurach obliczeniowych.

W opinii Izby - zarówno sam certyfikat NR 487270, jak i oświadczenie Jednostki certyfikującej z dnia 21 września 2020 r. potwierdzają aktualność certyfikatu zgodności systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji z wymaganiami powyższych norm.



Za całkowicie nieudowodniony Izba uznała zarzut opisany w pkt VII odwołania w zakresie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w zakresie pięciu funkcjonalności systemu, o których mowa w załączniku nr 3 do opisu przedmiotu zamówienia (pkt 2 – Główne funkcjonalności systemu, lit. a, c, l, o, t).

Odwołujący nie przedstawił Izbie ulotki z systemu danych na mapie na którą powołał się w odwołaniu.

Natomiast Izba oparła się na wnioskach zawartych na stronie 10 i 11 podsumowania opinii z dnia 10 listopada 2020 r. w sprawie posiadanych funkcjonalności platformy eWebTEL jako dokumentu prywatnego potwierdzających posiadane funkcjonalności zgodne z powołanymi wyżej postanowieniami SIWZ.

Jednocześnie, Izba postanowiła oddalić dowód z zawiadomienia o wyborze oferty z dnia 29 maja 2020 r. jako nieodnoszący się do przedmiotowej sprawy, bowiem dotyczy innego przetargu.

W związku z powyższym Izba nie znalazła dostatecznych podstaw do przyjęcia konieczności zastosowania przez Zamawiającego przepisu art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Nie potwierdził się również zarzut wskazany w pkt VIII odwołania dotyczący podania przez Przystępującego nieprawdziwych informacji co do możliwości dostarczenia nakładki.

Należy zwrócić uwagę, że oświadczenie Przystępującego z jego pisma z dnia 7 września 2020 r., na które powołuje się Odwołujący jedynie przykładowo wskazuje producenta wodomierza Apator, co nie oznacza nie może mieć zastosowania nakładka telemetryczna podwykonawcy PLUM sp. z o.o., który ma również opatentowane rozwiązanie techniczne objęte patentem: EP16461516.3.

Wobec tego powyższy zarzut jako niewykazujący przesłanek z art.24 ust.1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, należało uznać za chybiony.

Ostatecznie, konsekwencją powyższej argumentacji przyjętej przez Izbę musi być uznanie, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.91 ust.1 ustawy Pzp jest bezzasadny.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

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

**Przewodniczący:.....**