sygn. akt: KIO 821/19, KIO 846/19

WYROK

z dnia 22 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Jan Kuzawiński
Piotr Kozłowski

Rafał Komoń

Protokolant:

---

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 maja 2019 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2019 r. przez:

a) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PSI Polska Sp. z o.o., PSI Software AG, Apator Elkomtech S.A. z siedzibą w Poznaniu (KIO 821/19),

b) wykonawcę MIKRONIKA Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (KIO 846/19),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego ENERGA-OPERATOR S.A. z siedzibą w Gdańsku,

przy udziale:

a) wykonawcy MIKRONIKA Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego (KIO 821/19),

b) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PSI Polska Sp. z o.o., PSI Software AG, Apator Elkomtech S.A. z siedzibą w Poznaniu, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego (KIO 846/19),

c) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Schneider Electric Polska Sp. z o. o., Schneider Electric DMS NS D.O.O. z siedzibą w Warszawie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego (KIO 846/19),

orzeka:

KIO 821/19.

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oraz częściowo w zakresie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i nakazuje

zamawiającemu: odtajnienie dokumentów niezasadnie zastrzeżonych przez Mikronikę jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa, tj.

a) JEDZ-a w zakresie części IV lit C pkt 1b oraz części V,

b) wykazu usług wraz z dowodami określającymi czy te usługi zostały wykonane

należycie w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu zawartego w sekcji III.1.3 ust. 1 ogłoszenia o zamówieniu (załączniki nr 5 i 6 do wniosku Mikroniki),

c) wykazów usług wraz z dowodami określającymi czy te usługi zostały wykonane należycie w celu potwierdzenia kryteriów selekcji opisanych w sekcji II.2.9) pkt 1, 2 i 3 ogłoszenia o zamówieniu (załączniki nr 7 -12 do wniosku Mikroniki),

d) korespondencji (w tym wyjaśnienia i uzupełnienia) dotyczącej dokumentów wskazanych powyżej,

e) zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji wskazanych w ww. dokumentach.

2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PSI Polska Sp. z o.o., PSI Software AG, Apator Elkomtech S.A. z siedzibą w Poznaniu oraz wykonawcę MIKRONIKA Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PSI Polska Sp. z o.o., PSI Software AG, Apator Elkomtech S.A. z siedzibą w Poznaniu, tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od wykonawcy MIKRONIKA Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PSI Polska Sp. z o.o., PSI Software AG, Apator Elkomtech S.A. z siedzibą w Poznaniu kwotę 7

500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty

postępowania odwoławczego poniesione z tytułu % wpisu od odwołania,

3.3. zasądza od wykonawcy MIKRONIKA Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PSI Polska Sp.

z o.o., PSI Software AG, Apator Elkomtech S.A. z siedzibą w Poznaniu oraz na rzecz zamawiającego ENERGA-OPERATOR S.A. kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), w tym 1 800,00 zł (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych, zero groszy) stanowiącą % kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PSI Polska Sp. z o.o., PSI Software AG, Apator Elkomtech S.A. z siedzibą w Poznaniu oraz

1 800,00 zł (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych, zero groszy) stanowiącą 14 kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego ENERGA-OPERATOR S.A.

3.4. W pozostałym zakresie koszty postępowania znosi wzajemnie.

KIO 846/19.

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust.

1 i 3 ustawy Pzp oraz częściowo w zakresie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i nakazuje zamawiającemu: odtajnienie dokumentów niezasadnie zastrzeżonych przez konsorcjum Schneider w zakresie polisy OC jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa oraz odtajnienie dokumentów niezasadnie zastrzeżonych przez konsorcjum PSI w zakresie referencji jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa.

2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.

3. Kosztami postępowania obciąża: w % wykonawcę MIKRONIKA sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, w % wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PSI Polska Sp. z o.o., PSI Software AG, Apator Elkomtech S.A. z siedzibą w Poznaniu, w 14 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Schneider Electric Polska Sp. z o. o., Schneider Electric DMS NS D.O.O. z siedzibą w Warszawie oraz w % zamawiającego ENERGA-OPERATOR S.A. i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę MIKRONIKA sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PSI Polska Sp. z o.o., PSI Software AG, Apator Elkomtech S.A. z siedzibą w Poznaniu na rzecz MIKRONIKA sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu kwotę 3 750 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu % wpisu od odwołania,

3.3. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Schneider Electric Polska Sp. z o. o., Schneider Electric DMS NS D.O.O. z siedzibą w Warszawie na rzecz MIKRONIKA sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu kwotę 3 750 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu % wpisu od odwołania,

3.4. zasądza od zamawiającego ENERGA-OPERATOR S.A. na rzecz MIKRONIKA sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu kwotę 3 750 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu % wpisu od odwołania,

3.5. W pozostałym zakresie koszty postępowania znosi wzajemnie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

sygn. akt: KIO 821/19
KIO 846/19

Uzasadnienie

Zamawiający sektorowy - ENERGA-OPERATOR S.A. z siedzibą w Gdańsku, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie dialogu konkurencyjnego na: „Wdrożenie centralnego systemu zarządzania ruchem sieci elektroenergetycznej SCADA”.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 grudnia 2018 r., pod numerem 2018/S 243- 556915.

Dnia 16 kwietnia 2019 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

sygn. akt KIO 821/19

Dnia 6 maja 2019 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PSI Polska Sp. z o.o., PSI Software AG, Apator Elkomtech S.A. z siedzibą w Poznaniu (dalej „Odwołujący” lub „konsorcjum PSI”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od:

- czynności oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu,

- zaniechania wykluczenia wykonawcy Mikronika z postępowania, pomimo, że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,

- zaniechania odtajnienia dokumentów bezzasadnie i nieskutecznie zastrzeżonych przez

Mikronikę, jako zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 60d ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zaproszenie do dialogu konkurencyjnego Mikronika pomimo, że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej,

2) art 24 ust. 1 pkt 12 w zw. art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenie Mikroniki z postępowania z uwagi na niewykazanie przez tego wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej,

3) art. 24 ust. 16 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Mikroniki pomimo, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa

wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej,

4) art. 24 ust. 17 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Mikroniki pomimo, że wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu,

5) art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia części informacji zastrzeżonych we wniosku Mikronika o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i w konsekwencji zaniechanie odtajnienia korespondencji pomiędzy zamawiającym a Mikroniką dotyczącej tych informacji, wskutek czego zamawiający bezpodstawnie nie udostępnił odwołującemu tych informacji i dokumentów je zawierających,

6) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

z ostrożności:

7) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Mikronika do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania,

2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców,

3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Mikronika i wykluczenie Mikronika z postępowania z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu zawartego w sekcji III. 1.3 ust. 1 ogłoszenia o zamówieniu oraz z powodu wprowadzenia zamawiającego w błąd,

4) nakazanie zamawiającemu odtajnienia dokumentów niezasadnie zastrzeżonych przez Mikronikę jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa, tj.:

a) JEDZ-a w zakresie części IV lit C pkt Ib oraz części V,

b) wykazu usług wraz z dowodami określającymi, czy te usługi zostały wykonane należycie w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu zawartego w sekcji II 1.1.3 ust. 1 ogłoszenia o zamówieniu (załączniki nr 5 i 6 do wniosku Mikroniki),

c) wykazów usług wraz z dowodami określającymi czy te usługi zostały wykonane należycie w celu potwierdzenia kryteriów selekcji opisanych w sekcji II.2.9) pkt 1, 2 i 3 ogłoszenia o zamówieniu (załączniki nr 7 -12 do wniosku Mikroniki),

d) korespondencja (w tym wyjaśnienia i uzupełniania) dotycząca dokumentów wskazanych powyżej,

e) zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji wskazanych w ww. dokumentach.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, iż w wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego. Odwołujący przeszedł pozytywnie kwalifikację do udziału w dialogu, zatem ma interes w uzyskaniu zamówienia. Wykluczenie wykonawców z udziału w postępowaniu i związane z tym ograniczenie kręgu konkurentów może spowodować zmniejszenie liczby ofert składanych w postępowaniu, co wpłynie dodatnio na szanse odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Gdyby, jako najkorzystniejsza, została wybrana oferta wykonawcy, który powinien podlegać wykluczeniu, to odwołujący utraciłby szansę na uzyskanie zamówienia. W zakresie zarzutów dotyczących nieudostępnienia odwołującemu załączników do protokołu należy podnieść, że ich nieprzekazanie skutkuje niemożnością kompletnej weryfikacji prawidłowości konkurencyjnych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, przez co odwołujący nie jest w stanie w terminie przewidzianym prawem sformułować wszystkich zarzutów w stosunku do nich. Ponadto, na tym etapie postępowania zamawiający nie wybrał jeszcze rozwiązania, które będą musieli dostarczyć wykonawcy, więc w interesie odwołującego jest ograniczenie liczby wykonawców, którzy będą prezentować swoje rozwiązania.

Odwołujący w uzasadnieniu swojego odwołania podniósł, iż składając wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Mikronika dokonała zastrzeżenia informacji obejmujących m.in. zamówień referencyjnych jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący nie uzyskał dostępu do tych dokumentów (JEDZ, załączniki do wniosku, dokumenty potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia). W związku z tym odwołujący dokonał analizy rynku, który jest mu doskonale znany oraz postępowań prowadzonych na terenie naszego kraju. Odwołujący dokonał przeglądu postępowań prowadzonych zgodnie z przepisami ustawy Pzp, postępowań prowadzonych z wyłączeniem ustawy Pzp oraz innych realizowanych przez Mikronikę. Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wdrożenie lub rozbudowę systemu SCADA:

a. „Dostawa oraz wdrożenie systemu SCADA dla sieci dystrybucyjnej wysokiego napięcia ENION SA", nr 2011/S 59-096171, Dz.U./S S59 z 25.03.2011 r.

b. „Dostawa oraz wdrożenie systemu SCADA dla sieci dystrybucyjnej średnich i niskich napięć ENION SA", nr 2011/S 59-096171, Dz.U./S S59 z 25.03.2011 r.

c. „Zaprojektowanie, budowa, dostawa i wdrożenie, centralnego systemu SCADA dla PGE Dystrybucja S.A. Oddział Warszawa", nr 2012/S 65-106662, Dz.U./S S65 z 03.04.2012 r.

d. „Zaprojektowanie, wdrożenie oraz utrzymanie systemu SCADA wraz z DMS dla RWE Stoen Operator Sp. z o.o." (obecnie innogy Stoen Operator Sp. z o.o.), nr 2013/S 099-169914 (FZ-Z/P037/13), Dz.U./S S99 z 24.05.2013 r.

Do przedstawionych postępowań odwołujący podniósł następujące zastrzeżenia w kontekście postawionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu:

Ad. a) Termin realizacji umowy wg ogłoszenia o zamówieniu to 16.12.2011 r. Wniosek: zamówienie to nie spełnia wymogu sekcji III.1.3) pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu co do okresu realizacji w ostatnich 5 latach przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Ad. b) Termin realizacji umowy wg ogłoszenia to 30.03.2012 r. Wniosek: zamówienie to nie spełnia wymogu sekcji II 1.1.3) pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu co do okresu realizacji w ostatnich 5 latach przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Ad. c) Zamówienie to do dnia dzisiejszego nie zostało zrealizowane. Jednym z zadań zamówienia, była migracja istniejących systemów SCADA do nowego systemu. Na podstawie zapytania z dnia 18.06.2018, zamówienia nr GS/ST/AP/16/2018 z dnia 01.08.2018 oraz protokołu odbioru z dnia 17.08.2018, które odwołujący otrzymał od PGE Oddział Warszawa wynika, że migracja istniejących systemów przynajmniej w zakresie migracji sterowania rozłącznikami 15kV sterowanymi drogą radiową - nie została

zrealizowana do dnia 17.08.2018 roku. Jest to blisko 2 lata po planowanym terminie realizacji zamówienia - wyniki postępowania opublikowano 5 marca 2013 r., a okres realizacji to 30 miesięcy. W dodatku zakup rozszerzenia pamięci sugeruje, że nie było planów odejścia od utrzymania tego systemu. Na podstawie rozmowy z 23.04.2019 odwołujący powziął informację, że dalej jego system SCADA funkcjonuje jako podrzędny do sterowania rozłącznikami. Innym zadaniem było wykonanie interfejsów do systemów GIS i AiES. Zgodnie z informacjami od Apator Rector Sp. z o.o. - ani Mikronika, ani PGE Dystrybucja o. Warszawa nigdy nie wystąpiły do niej w sprawie uruchomienia interfejsu do systemu GIS i do modułu AIES, czy choćby dostępu do danych by móc uruchomić inny system. W/w systemy Apator Rector działają dalej i nie ma też możliwości, aby takie wdrożenie czy też interfejs wykonać bez wiedzy i zgody Apator Rector sp. z o.o.

Ad. d) Zgodnie z informacjami ze strony innogy STOEN Operator - system posiada 41 obiektów elektroenergetycznych 110kV (GPZ). Wniosek: zamówienie nie spełnia wymogu określonego w sekcji II 1.1.3 pkt 1 lit a) ogłoszenia o zamówieniu - „Obsługa co najmniej 50 (pięćdziesiąt) obiektów elektroenergetycznych 110 kV (GPZ)".

Dalej odwołujący przedstawił definicje systemu SCADA z podziałem na: SCADA centralna, SCADA oddziałowa i SCADA WN.

Ponadto odwołujący wskazał również na następujące postępowania na wdrożenie i rozbudowę systemu SCADA prowadzone z wyłączeniem ustawy Pzp:

a. Uruchomienie systemu SCADA w CDM Energa-Operator S.A.

b. Uruchomienie systemu SCADA w CDM Tauron Dystrybucja S.A.

c. Uruchomienie systemu SCADA w CDM ENEA Operator sp. z o.o.

Po dokonaniu analizy rynku oraz według najlepszej wiedzy odwołującego wyżej wymienione zamówienia nie spełniają warunku określonego w sekcji III.1.3 pkt 1 lit a) i b) ogłoszenia o zamówieniu z następujących względów:

Ad. a) Zamówienie to nie spełnia wymogu co do: okresu realizacji w ostatnich 5 latach przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (system został wdrożony w 2010 r.), obsługi co najmniej 400 000 odbiorców - jest to system SCADA WN (wysokiego napięcia), który posiada 87 odbiorców.

Ad. b) Zamówienie to nie spełnia wymogu co do: obsługi co najmniej 400 000 odbiorców - system wdrożony w TAURON Dystrybucja jest systemem SCADA WN (wysokiego napięcia). SCADA WN powstała w oparciu o system SYNDIS funkcjonujących wcześniej w ENION (zgodnie z zamówieniem opisanym w części dot. zamówień publicznych lit. a) odwołania). Nadal na terenie tego OSD funkcjonują systemy oddziałowe i centralny system SCADA WN. Otwarcie SCADA WN opisano w magazynie wydawanym przez Grupę Tauron - „Polska Energia" nr 2/2015 (2015.pdf): „To z tego miejsca będziemy niedługo sterować całą naszą siecią wysokich napięć". W późniejszych latach natomiast system ten nie ulegał rozbudowie a jedynie aktualizacji. Odwołujący podkreślił, iż zmiana treści warunku udziału w postępowaniu dokonana przez zamawiającego dnia 15 stycznia 2019 r. polegała właśnie na zastąpieniu słowa rozwój słowem rozbudowa. Aktualizacje systemu oczywiście nie wchodzą w zakres „rozbudowy". Rozbudowa bowiem jest czynnością zdecydowanie bardziej skomplikowaną i polegającą na stworzeniu kolejnych podzespołów systemu np. odpowiadających za obsługę większej ilości obiektów elektroenergetycznych czy też odbiorców. Rozwój natomiast to zwyczajna aktualizacja oprogramowania polegająca np. na dodaniu pewnych funkcji w samym oprogramowaniu, natomiast w żaden sposób nie odnosząca się do zasięgu całego systemu. Odwołujący zwrócił również uwagę na fakt, że liczba odbiorców na koniec 2015 roku zgodnie z raportem PTPiREE wynosiła na WN (wysokie napięcia) 169 sztuk. W późniejszych latach PTPiREE nie publikowało tych danych, ale liczba klientów zmienia się o kilka-kilkanaście procent. Zatem system SCADA WN funkcjonujący w TAURON Dystrybucja nie spełnia wymogu obsługi 400 000 odbiorców, a zaliczenie wdrożenia innych systemów przez Mikronika w Tauron jest niedopuszczalne, ponieważ wdrożenia te to były inne zamówienia i w dodatku były realizowane dalej niż 5 lat przed terminem wniosków w postępowaniu.

Ad. c) Zamówienie to nie spełnia wymogu co do: okresu realizacji w ostatnich 5 latach przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, obsługi co najmniej 50 obiektów elektroenergetycznych 110 kV (GPZ), obsługi co najmniej 400 000 odbiorców - podobnie jak w przypadku TAURON Dystrybucja S.A. Centralna dyspozycja (SCADA WN) została uruchomiona w marcu 2017 r. Wcześniej jednak, bo nie później niż w marcu 2013 roku, wdrożona była już centralna SCADA WN. W oparciu o interfejs do tego systemu PSI Polska (wówczas jeszcze pod nazwą PSI Produkty i Systemy Informatyczne Sp. z o.o.), wdrożyło system klasy EMS

. Zdaniem
odwołującego zamawiający ma prawdopodobnie tego świadomość, gdyż według wiedzy odwołującego odbył wizytę referencyjną. W związku z tym wdrożenie SCADA WN nie spełnia warunku wdrożenia lub rozbudowy w okresie ostatnich 5 lat. Natomiast ewentualne zamówienia realizowane po marcu 2013 r. nie będą spełniały warunku polegającego na rozbudowie o minimum 50 obiektów elektroenergetycznych 10 KV (GPZ). Podkreślenia wymaga również fakt, iż liczba odbiorców na koniec 2015 roku zgodnie z raportem PTPiREE na WN wynosiła 68. Zatem zamówienia realizowane dla ENEA Operator sp. z o.o. nie spełniają warunku zamawiającego.

Odwołujący ponadto dokonał analizy wdrożeń realizowanych przez Mikronika na podstawie własnej wiedzy oraz informacji zamieszczanych na ogólnie dostępnych stronach internetowych. Wszystkie pozostałe wdrożenia firmy Mikronika nie spełniają wymagań sekcji III.1.3) pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu w zakresie zakończenia w okresie ostatnich 5 lat przed terminem złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub w zakresie wdrożenia lub rozbudowy systemu obsługującego co najmniej 50 obiektów elektroenergetycznych 110 kV (GPZ).

Następnie odwołujący zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, wskazał, że wykonawca Mikronika winien podlegać wykluczeniu z postępowania, albowiem dyspozycja przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, powinna być bowiem zastosowana zawsze, gdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, nie wykazując profesjonalizmu wymaganego od uczestnika rynku zamówień publicznych przedstawia informacje niezgodne z rzeczywistością, które mogą mieć wpływ na decyzje podejmowane w ramach postępowania przez zamawiającego. Przepis ma bowiem na celu ochronę uczciwej konkurencji i sprzyja wykonawcom zachowującym należytą staranność w toku przygotowywania się do udziału w procedurze udzielania zamówienia. Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien zweryfikować informacje, które wykorzystał przy konstruowaniu wniosku, nawet jeśli pochodziły od osób trzecich - osób wskazanych do pełnienia określonych funkcji.

W zakresie zarzutu dotyczącego zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa (TP) informacji zastrzeżonych we wniosku wykonawcy Mikronika, odwołujący podniósł, iż nie jest mu znane zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez Mikronikę - zamawiający w sposób bezprawny nie udostępnił odwołującemu nawet tego dokumentu. Tym niemniej bazując na posiadanym doświadczeniu odwołujący twierdził, że zastosowane przez Mikronikę uzasadnienie dokonanego zastrzeżenia jest ogólnikowe i mogłoby zostać użyte praktycznie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co w konsekwencji zdaniem odwołującego dyskredytuje możliwość uznania, że powstaje konieczność respektowania tajemnicy przedsiębiorstwa w tym konkretnym postępowaniu. Odwołujący zarzucił, że ogólnie sformułowanie uzasadnienie jedynie potwierdza, że jedynym celem objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa było utrudnienie weryfikacji wniosku tego wykonawcy przez konkurencyjnych wykonawców ubiegającym się o przedmiotowe zamówienie. Uznając poczynione zastrzeżenie wraz z ewentualnymi wyjaśnieniami i uzupełnieniami za zasadne zamawiający zaniechał dopełnienia ciążących na nim obowiązków w zakresie prawidłowej i rzetelnej oceny prawidłowości poczynionego przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zdaniem odwołującego, wskazane w wykazie zadania dotyczyły usług zrealizowanych na rzecz podmiotów publicznych, które ze swej istoty nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, albowiem nie jest w stosunku do nich możliwe wykazanie przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Informacje na temat zadań wykonanych na rzecz podmiotów publicznych - także tych, które nie są OSD są bowiem dostępne dla wszystkich zainteresowanych w trybie przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej, co wyklucza możliwość ich uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie odwołującego, Mikronika nie wykazała również, że podjęła odpowiednie środki zmierzające do tego, by informacje, będące przedmiotem zastrzeżenia, zachować w poufności oraz, że istotnie nie zostały one ujawnione do wiadomości publicznej. Zdaniem odwołującego, wykonawca ten poprzestał na stwierdzeniu, że informacje te nie zostały upublicznione, a dostęp do nich ma ściśle określone grono osób. Mikronika nie przedstawiła procedur obowiązujących u niej, których celem jest zabezpieczenie zbioru tych informacji, nie przedstawiła informacji na temat konkretnych klauzul wprowadzanych w umowach z pracownikami/kontrahentami/dostawcami. Mikronika nie przedłożyła w ocenie odwołującego, kopii żadnych obowiązujących procedur czy przykładów umów zawieranych z pracownikami, które te dane istotnie zabezpieczałyby w sposób uzasadniający przyznanie im ochrony. Tymczasem pod pojęciem "wykazania", o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy, rozumieć zatem należy nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Jednocześnie za niedopuszczalne należy uznać uznanie za prawidłowe

objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa treści samego zastrzeżenia poczynionego przez wykonawcę. Odwołujący podnosił, że zapewne w zastrzeżeniu tym nie cytowano informacji, które stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa. A nawet jeśli tak było, to zastrzeżenie to powinno być udostępnione bez tych informacji. Korzystanie przez wykonawcę z prawa ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być nadużywane i mieć jedynie na celu ograniczenie konkurencyjnym wykonawcom możliwości weryfikacji poprawności czynności podmiotu zamawiającego. Zastrzeżenie winno odnosić się tylko do tych elementów wniosku, które rzeczywiście posiadają walor tajemnicy, ale nie oznacza to możliwości zastrzeżenia całego dokumentu, w którym takie informacje się znajdują.

Odwołujący na rozprawie złożył następujące dowody, na okoliczności podnoszone w odwołaniu, tj.: Wykres (dowód nr 1) obrazujący liczbę odbiorców w ramach poszczególnych oddziałów Tauron Dystrybucja; podnosząc, że Mikronika dostarczała system SCADA tylko do 5 z tych oddziałów, tj. Jelenia Góra, Legnica, Wałbrzych, Będzin i Częstochowa, z czego tylko oddział w Będzinie przekracza liczbę odbiorców wymaganą przez zamawiającego, tj. 400 000 punktów, zwracając uwagę, że projekt ten został zakończony w 2012 r., na dowód czego składa wydruk z ogłoszenia o zamówieniu wraz z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej - Mikronika (dowód nr 2), czyli realizacja tego projektu przekracza 5-letni okres określony przez zamawiającego do wykazania doświadczenia. Dowód nr 3 - Wyciąg z czasopisma - magazyn Grupy Tauron z lutego 2015 r. na okoliczność, że w lutym 2015 wdrożono system SCADA WN i dotyczy ono tylko wysokich napięć. Dowód nr 4 - Zrzut ekranu Tauron Dystrybucja wskazujący na liczbę klientów, jaką obsługuje Tauron Dystrybucja według stanu na dzień 31 grudnia 2018 r. Dowód nr 5 - Raport PTPiREE, w którym została szczegółowo dookreślona liczba odbiorców przyłączonych do sieci poszczególnych operatorów i tak w odniesieniu do Tauron Dystrybucja do sieci SN jest przyłączonych 10 404 odbiorców, do sieci NN 5 407 327 odbiorców i do sieci WN 169 odbiorców. Dowód nr 6 - Informacja ze strony internetowej wykonawcy Mikronika, w której wykonawca ten rozróżnia moduły oprogramowania na SCADA i osobno na OMS. SCADA steruje, a OMS zarządza awariami.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż częściowo uwzględnia odwołanie. Zamawiający oświadczył, iż uwzględnia odwołanie w części tj. co do zarzutu wskazanego w pkt 5 powyżej, w przedmiocie zaniechania odtajnienia dokumentacji niezasadnie zastrzeżonych przez Mikronika, tj. JEDZ w zakresie części IV lit C pkt 1 b oraz części V oraz wykazu usług wraz z dowodami określającymi, czy te usługi zostały wykonane należycie, w celu potwierdzenia udziału w postępowaniu (załącznik nr 5a i 6 do wniosku Mikroniki) oraz pełnej korespondencji pomiędzy zamawiającym a Mikroniką dotyczącej tych informacji. W pozostałym zakresie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał, iż zarzut, że zamawiający nie udostępnił dokumentów pt. „uzasadnienie utajnienia informacji poufnych" oraz korespondencji (w tym wyjaśnień i uzupełnień) dotyczących dokumentacji wskazanej w odwołaniu jest niezgodny z prawdą, bowiem zamawiający w dniu 06.05.2019 r. udostępnił przedmiotowe dokumenty odwołującemu, anonimizując jedynie część informacji zastrzeżonych przez Mikronikę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Bezprzedmiotowy i pozostający bez znaczenia dla sprawy jest zarzut braku udostępnienia odwołującemu wykazu usług wraz z dowodami określającymi czy te usługi zostały wykonane należycie, w celu potwierdzenia kryteriów selekcji (załączniki 5 b, 5 c i 5 d do wniosku) bowiem zamawiający nie przeprowadzał w niniejszym postępowaniu selekcji.

Ponadto, aby uznać, iż informację zawarte w referencjach zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca powinien wykazać, że referencje zawierają informacje o charakterze technicznym, technologicznym lub jakimkolwiek innym charakterze, który mógłby podlegać ochronie, oraz że wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. W ocenie zamawiającego Mikronika nie sprostała ww. wymaganiom w zakresie wykazania, iż zastrzeżone przez spółkę informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dalej uzasadniając swoje stanowisko zamawiający podniósł, iż szczegółowo weryfikował czy Mikronika spełniła wszystkie wymogi udziału w postępowaniu postanowione przez zamawiającego, w szczególności czy informacje zawarte w wykazie 5a, oświadczeniu JEDZ oraz referencjach złożonych przez Mikronikę, potwierdzają powyższe. W tym celu Zamawiający pismem z dnia 29.03.2019 r. wezwał Mikronikę do złożenia wyjaśnień w zakresie informacji zawartych w ww. dokumentach i jednoznaczne wskazanie:

1. czy wykonawca w ramach jednego zamówienia wykonał rozbudowę systemu SCADA spełniającego wymagania zamawiającego,

2. czy realizacja ww. zamówienia została zrealizowana w ramach jednej umowy,

3. czy realizacja ww. zamówienia obejmowała rozbudowę systemu o obsługę co najmniej 50 (pięćdziesiąt) obiektów elektroenergetycznych 110 kV (GPZ),

4. czy realizacja ww. zamówienia obejmowała rozbudowę systemu o obsługę co najmniej 400 000 (czterysta tysięcy) odbiorców energii elektrycznej,

5. czy realizacja ww. zamówienia obejmowała rozbudowę systemu o obsługę funkcjonalności w postaci planowania i zarządzania pracami na sieci elektroenergetycznej.

Zamawiający dodatkowo zwrócił się w tym samym dniu do Tauron Dystrybucja S.A., tj. podmiotu, na rzecz którego było wykonane przedmiotowe zamówienie, z prośbą o potwierdzenie przedstawionych powyżej informacji.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Mikronika w piśmie z dnia 4.04.2019 r. wskazała, że w podanym okresie realizowała zadania w ramach rozbudowy systemu wykonał m.in. jedno zamówienie w oparciu o jedną umowę polegające na dostawie i wdrożeniu systemu SCADA w zakresie porównywalnym do przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu, w tym obejmującego obsługę istotnie większej niż wymagana przez zamawiającego liczbę obiektów elektroenergetycznych 110 kV (GPZ) (a), obsługę istotnie większej niż wymagana przez zamawiającego liczby odbiorców energii elektrycznej oraz posiadające inne funkcje wymienione w przedmiotowym piśmie. Mikronika wskazała, iż załączony do wniosku list referencyjny na potwierdzenie spełnienia warunku opisanego w sekcji III.1.3 został wystawiony wykonawcy przez Tauron Dystrybucja S.A. na potrzeby różnych postępowań przetargowych i przedstawia szersze spektrum zrealizowanych projektów oraz funkcjonalności, potwierdza należyte wykonanie wszystkich zrealizowanych umów z wystawcą do czasu jego wydania.

W oparciu o wyżej wskazane informacje zamawiający uznał, że wykonawca wykazał, iż posiada zdolność techniczną lub zawodową wymaganą przez zamawiającego w postępowaniu i nie miał podstaw do wykluczenia Mikronika.

Zamawiający podał również, że powyższe informacje potwierdził również Tauron Dystrybucja S.A. w swojej odpowiedzi, w piśmie datowanym na 15.04.2019 r. (otrzymano mailem 30.04.2019 r.) wskazując, że Mikronika realizowała we wskazanym okresie rozbudowę systemu SCADA dla obszaru sieci WN TAURON Dystrybucja S.A. oraz dostawę i wdrożenie modułu OMS WN, w tym w ramach jednego zamówienia (jednej umowy) zrealizowała wdrożenie systemu SCADA z co najmniej 50 obiektami energetycznymi (GPZ), obsługą co najmniej 400 000 odbiorców energii elektrycznej oraz funkcją, która była warunkiem uznania doświadczenia wykonawcy za adekwatne przy kwalifikacji wniosku.

Odnosząc się do wywodu odwołującego zawartego w pkt I ust. 7 odwołania, dotyczącego wykazania utożsamienia liczby odbiorców energii elektrycznej z liczbą obsługiwanych przez SCADA odbiorców WN i SN, zamawiający podkreślił, że podstawową działalnością każdego Operatora Systemu Dystrybucyjnego (OSD) jest obsługa odbiorcy polegająca na nieprzerwanej dostawie energii elektrycznej. Aby móc poprawnie określić obszar zainteresowania zamawiającego, dotyczący określonej w ogłoszeniu w Sekcji 111.1.3) w punkcie I.b) liczby 400 000 odbiorców energii elektrycznej, należy sięgnąć do podstawowej dla działalności zamawiającego ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (Dz. U. z 2019 r. poz. 755 i 730). W ustawie tej, zawarto definicję odbiorcy w art. 3 pkt 13 „Użyte w ustawie określenia oznaczają (...) 13) odbiorca - każdego, kto otrzymuje lub pobiera paliwa lub energię na podstawie umowy z przedsiębiorstwem energetycznym". Dodatkowo, Urząd Regulacji Energetyki regulujący działalność zamawiającego, wskazuje na swojej stronie internetowej na precyzyjną definicję odbiorcy energii elektrycznej. Zgodnie z objaśnieniem zawartym na stronie https//www.ure,gov.pl/DI/.konsumenci/_faq-czesto-zadawane-py/ energia-elektryczna/3563. Kto-jestodbiorca-energii-elektrycznej-paliw-gazowych-i-ciepla.html (dostęp 2019-05-15): „Kto jest odbiorcą energii elektrycznej, paliw gazowych i ciepła? Zgodnie z art. 3 pkt 13 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne odbiorcą jest każdy, kto otrzymuje lub pobiera paliwa lub energię na podstawie umowy z przedsiębiorstwem energetycznym, którym jest podmiot prowadzący działalność gospodarczą w zakresie wytwarzania, magazynowania, przesyłania, dystrybucji paliw albo energii lub obrotu nimi (art. 3 pkt 12 ustawy).".

Wobec powyższego, zdaniem zamawiającego, nie może więc być w tym przypadku jakiejkolwiek wątpliwości, że pod pojęciem odbiorcy energii elektrycznej nie kryją się wskazywani przez odwołującego w pkt I ust. 7 odwołania, tylko odbiorcy WN i SN. Tymi odbiorcami są także odbiorcy nN (niskiego napięcia), którymi w przeważającej części są konsumenci oraz małe i średnie przedsiębiorstwa.

Definiując warunek ,,b) Obsługa co najmniej 400 000 (czterysta tysięcy) odbiorców energii

elektrycznej", zamawiający w tym zakresie nie stawiał dodatkowego warunku w rodzaju wymogu obsługi każdego z tych 400 000 odbiorców przy użyciu systemu SCADA, z możliwością zindywidualizowanego sterowania. Zamawiający zawarł proste sformułowanie oparte o przepisy polskiego prawa. Biorąc pod uwagę na poziom obsługiwanego napięcia, systemy SCADA służą do obsługi sieci:

a) WN - obsługujące sieć wysokiego napięcia danego OSD (centralnie lub lokalnie); dzięki nim kontrolowane są linie energetyczne WN zapewniające zasilanie dla stacji elektroenergetycznych WN/SN (GPZ),

b) SN - obsługujące sieć średniego napięcia danego OSD (centralnie lub lokalnie); dzięki nim kontrolowane są linie energetyczne SN zapewniające zasilania dla stacji elektroenergetycznych SN/nN,

c) nN - obsługujące sieć niskiego napięcia danego OSD (centralnie lub lokalnie); dzięki nim kontrolowane są linie energetyczne nN zapewniające zasilania dla złączy nN.

Tym samym, w ocenie zamawiającego, każdy z określonych powyżej systemów odpowiada za dostarczanie zasilania do odbiorcy energii elektrycznej przyłączonego do sieci nN.

Zamawiający, odnosząc się do zarzutów wskazanych w pkt 3, 4, 6 i 7 odwołania, wobec wyżej przywołanych okoliczności stwierdził, że przedmiotowe zarzuty są w całości bezzasadne. Zamawiający wskazał, że nie miał podstaw aby uznać, iż Mikronika wprowadziła zamawiającego w błąd, co do udzielonych informacji w zakresie jego zdolności technicznej i zawodowej. Wobec złożonych wyjaśnień przez Mikronikę, zamawiający nie miał podstaw do przyjęcia, iż przedmiotowe informacje są nieprawdziwe. Zamawiający zauważył, że jego stanowisko znalazło dodatkowo potwierdzenie w treści pisma Tauron Dystrybucja SA, jakie zamawiający otrzymał po opublikowaniu informacji o wyniku kwalifikacji wniosków. Bezprzedmiotowe byłoby zatem ponowne wzywanie Mikroniki do uzupełnienia dokumentacji, skoro ww. dokumenty potwierdziły, iż Mikronika spełniła warunki udziału w postępowaniu.

Wobec uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów odwołania, odwołujący oświadczył, iż podtrzymuje odwołanie w całości.

Przystępujący Mikronika oświadczył, iż zgłasza sprzeciw, co do zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego.

Izba ustaliła, i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1

ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu, w sekcji III.1.3 pkt 1 ustalił następującą treść warunku udziału w postępowaniu w zakresie kwalifikacji technicznych i zawodowych: „O udzielenie Zamówienia publicznego mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy posiadają zdolność techniczną lub zawodową tj.: w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres, wykonali należycie (zakończyli) co najmniej jedno zamówienie, polegające na wdrożeniu lub rozbudowie systemu SCADA w zakresie porównywalnym do przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający uzna zrealizowane zamówienie za porównywalne jeśli Wykonawca wykaże, że w ramach wskazanego zamówienia wykonał wdrożenie lub rozbudowę systemu co najmniej w zakresie pkt a i b oraz minimum jedną z pozostałych siedmiu funkcjonalności (od c do i).

a) Obsługa co najmniej 50 (pięćdziesiąt) obiektów elektroenergetycznych 110 kV (GPZ),

b) Obsługa co najmniej 400 000 (czterysta tysięcy) odbiorców energii elektrycznej,

c) Funkcja automatycznej identyfikacji błędów (wraz z systemem naprawczym),

d) Funkcja dynamicznej rekonfiguracji sieci dla zoptymalizowania funkcjonowania sieci,

e) Funkcja kontroli przepływu mocy czynnej i biernej (m.in. sterowanie źródłami rozproszonymi, kompensatorami mocy biernej),

f) Funkcja planowania rozwoju sieci dystrybucyjnych z uwzględnieniem źródeł generacji rozproszonych,

g) Funkcja automatycznej kontroli poziomu napięcia i poziomu mocy biernej na magistrali,

h) Funkcja optymalizacji rozdziału mocy (lokalna lub zdalna),

i) Funkcja planowania i zarządzania pracami na sieci elektroenergetycznej.

Zaniechanie wykluczenia Mikronika na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp. Przedmiotowy zarzut Izba uznała za bezzasadny.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż mając na uwadze treść warunku opisanego przez zamawiającego, że każdy wykonawca chcący brać udział w postępowaniu miał obowiązek wykazać się doświadczeniem polegającym na wdrożeniu lub rozbudowie systemu SCADA w zakresie porównywalnym do przedmiotu zamówienia przy czym zamówieniem porównywalnym z przedmiotem zamówienia jest wdrożenie lub rozbudowa systemu SCADA obsługującego co najmniej 50 (pięćdziesiąt) obiektów elektroenergetycznych 110 kV (GPZ) oraz obsługującego co najmniej 400 000 (czterysta tysięcy) odbiorców energii elektrycznej, jak również posiadającego jedna z funkcji wymienionych w lit. od c) do i). Zamówienia referencyjne powinny być wykonane w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres.

Zdaniem Izby, zamawiający w treści Ogłoszenia o zamówieniu nie utożsamiał konieczności wykazania się przez wykonawców spełnieniem warunku udziału w postępowaniu w sposób, w jaki prezentuje to odwołujący. W ogłoszeniu nie odnajdujemy bowiem wymagania, aby obsługę co najmniej 400 000 odbiorców utożsamiać z wymogiem obsługi co najmniej 50 obiektów elektroenergetycznych 110 kV (GPZ), w ten sposób, że wykonawca miał obowiązek wykazania się wdrożeniem lub rozbudową systemu SCADA z obsługą tylko sieci wysokiego napięcia (WN) oraz/lub sieci średniego napięcia (SN) z pominięciem sieci niskiego napięcia (NN). Wskazać bowiem należy, iż lit b ust. 2 sekcji II 1.1.3 pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu literalnie stanowi, iż zamawiający uzna za spełnienie warunku w tym zakresie, jeżeli wykonawca wykaże się wdrożeniem lub rozbudową systemu SCADA, jeżeli system ten będzie obsługiwał, co najmniej 400 000 odbiorców energii elektrycznej. Zamawiający w tym względzie nie zakreślił tego warunku tylko do sieci WN i/lub SN i/lub NN, co oznaczało, że wszyscy odbiorcy, bez względu na sposób dostarczania (odbierania) energii elektrycznej, czy to z sieci WN, SN czy NN są kwalifikowani w jednakowy sposób. W ocenie Izby oczywistym jest, że odbiorcami końcowymi sieci NN są podstawowe gospodarstwa domowe i małe przedsiębiorstwa, a sieci WN duże zakłady produkcyjne. Tym samym, zdaniem Izby, aby potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu można było wykazać, iż wdrożony lub rozbudowany system SCADA obsługiwał (oczywiście pośrednio poprzez odpowiednie zredukowanie napięcia do wymaganej i użytecznej wysokości) ostatecznie 400 000 odbiorców końcowych. Przekładając powyższe rozważania na stan faktyczny sprawy, Izba stwierdziła, iż zamawiający prawidłowo ocenił wniosek Mikroniki, albowiem wykonawca ten wykazał się rozbudową systemu SCADA dla Tauron Dystrybucja S.A., co zostało odpowiednio do wymagań Ogłoszenia potwierdzone stosownymi referencjami.

Izba przyjęła w poczet materiału dowodowego dowody zgłoszone przez odwołującego, jednakże stwierdziła, iż mają one jedynie charakter materiałów poglądowych, nie przystających do zarzutów postawionych w odwołaniu, dlatego też dowody te Izba oceniła, jako niemające mocy dowodowej, którą starał się im przypisać odwołujący.

Zaniechanie wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

Przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, stanowią, iż 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.

Izba, mając na względzie okoliczność, iż za bezzasadny został uznany zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp, za bezzasadne należało uznać przedmiotowe zarzuty, albowiem wykonawca Mikronika przedłożył stosowny wykaz wraz z referencjami zgodny z faktycznie obowiązującym stanem faktycznym, potwierdzonym również samodzielnym działaniem zamawiającego, który z własnej inicjatywy wystąpił do Tauron Dystrybucja S.A. z wnioskiem o potwierdzenie informacji przekazanych przez przystępującego Mikronika, i które to informacje Tauron potwierdził. Dlatego też, w przedmiotowej sprawie nie zachodziły okoliczności skutkujące wykluczeniem Mikronika z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp.

Naruszenie art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia części informacji zastrzeżonych we wniosku Mikronika o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i w konsekwencji zaniechanie odtajnienia korespondencji pomiędzy zamawiającym a Mikroniką dotyczącej tych informacji.

Przepis art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, stanowi, iż protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, zaś przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, iż nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.

W orzecznictwie określa się (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00), że aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki: a/ informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, b/ informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej, c/ podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej zarzut odwołującego jest zasadny. Izba w całości podziela stanowiska prezentowane przez odwołującego i zamawiającego, uznając je za własne.

Wskazać bowiem należy, iż przystępujący Mikronika w „Uzasadnieniu utajnienia informacji poufnych", w zakresie zastrzeżenia poufności informacji znajdujących się we wniosku, w sposób bardzo ogólny wskazał na zasadność zastrzeżenia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa (TP). Aby uznać, iż informacje zawarte we wniosku i korespondencji zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawca powinien wykazać, że wniosek (następczo korespondencja) zawierają informacje o charakterze technicznym, technologicznym lub jakimkolwiek innym charakterze, który mógłby podlegać ochronie, oraz że wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Mikronika wskazała jedynie w uzasadnieniu utajnienia informacji poufnych, iż przedmiotowe informacje nie są powszechnie dostępne, oraz że ich ujawnienie narażałoby spółkę na roszczenia ze strony jej partnerów handlowych z tytułu ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Mikronika nie przedstawiła jednak jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie powyższego twierdzenia (tj. umowy o zachowaniu poufności czy chociażby samych klauzul dotyczących poufności, co do przestrzegania których zobowiązała się na rzecz swoich kontrahentów). Mikronika nie wykazała, że ww. informacje mają dla spółki wartość gospodarczą, poza ogólnie sformułowanym twierdzeniem, iż ich ujawnienie może spowodować zapoznanie się przez konkurencję ze strukturą sprzedaży i poznanie strategii rynkowej spółki. W ocenie Izby przedmiotowe wyjaśnienia są zbyt ogólnikowe. Mikronika nie wykazała bowiem jakie konkretnie informacje miałyby rzekomo negatywnie wpłynąć na sytuacje rynkową spółki, gdyby stały się one ogólnodostępne. Ponadto Mikronika nie wykazała potencjalnej szkody jaka mogłaby się wiązać z ich ujawnieniem. Dlatego też Izba nakazała zamawiającemu udostępnienie dokumentów wnioskowanych przez odwołującego - zgodnie z sentencją orzeczenia.

Jak słusznie wskazał Izba w wyroku z dnia 14 sierpnia 2013 roku, sygn. akt KIO 1854/13 „Podstawową zasadą w procedurze udzielania zamówień publicznych jest jawność postępowania. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest sytuacją wyjątkową i jako taka

powinna być w sposób należyty uzasadniona, wykazana i udowodniona. Tajemnica przedsiębiorstwa jest dla przedsiębiorstwa sprawą tak ważną, że z całą pewnością podejmowane są przez przedsiębiorstwo nadzwyczajne środki w celu jej ochrony. Środki te są konkretne i ich podjęcie powinno zostać wykazane Zamawiającemu. Przystępujący nie przedstawił Zamawiającemu żadnych dowodów ani dokumentów potwierdzających podjęcie działań, mających na celu ochronę informacji, które Przystępujący w niniejszym postępowaniu zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Świadczy to dobitnie, że żadne takie działania nie zostały podjęte, a zatem nie mamy do czynienia z tajemnicą przedsiębiorstwa. Złożenie gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do ograniczenia zasady jawności. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 4 czerwca 2013 roku o sygnaturze KIO 1187/13, zgodnie z którym "(...) stwierdzić należy, iż przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia działań, które zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zapewnią ochronę informacji przed upowszechnieniem, czy - ściślej mówiąc - ujawnieniem. Wskazuje to na obiektywną ocenę użytego w przepisie zwrotu "niezbędność". Ocena ma być dokonana ex antę, a nie ex post. Działanie przedsiębiorcy musi doprowadzić do powstania warunków stwarzających duże prawdopodobieństwo, że informacja pozostanie nieujawniona. Tak więc, dopóki sam przedsiębiorca, nie podejmie działań bezpośrednio zmierzających do zachowania danych informacji w poufności, nie można mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.”. Wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne powinni liczyć się z okolicznością, że ich oferty co do zasady będą jawne, w szczególności w zakresie zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia. Utajnienie informacji zawartych w ofertach powinno być traktowane jako absolutny wyjątek i wymaga racjonalnego uzasadnienia. Tajemnicy przedsiębiorstwa nie można bowiem domniemywać. Wyjaśnienia złożone przez wykonawców, uzasadniające zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, winny być precyzyjne i jasne. Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie nie określił, z jakiego powodu uznał, że informacje zawarte w treści oferty Przystępującego zasługują na ochronę jak tajemnica przedsiębiorstwa i nie powinny zostać ujawnione. Przyczyna tej okoliczności jest w ocenie Izby jednoznaczna: treść odpowiedzi na odwołanie opiera się na wyjaśnieniach złożonych w toku postępowania przetargowego przez Przystępującego, a z treści tych wyjaśnień w żaden sposób nie wynikało, dlaczego Przystępujący uważał, że informacje składające się na treść jego oferty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przystępujący nie wykazał, jaką konkretnie wartość gospodarczą ma zastrzeżona w jego ofercie informacja. Posiadanie wartości gospodarczej przez informację powinno być obiektywnie wykazane, nie może być to jedynie gołosłowne stwierdzenie, tym bardziej, że Przystępujący wskazywał, że zastrzeżone informacje mają wymierną wartość gospodarczą.”.

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego, iż bezprzedmiotowy i pozostający bez znaczenia dla sprawy jest zarzut braku udostępnienia odwołującemu wykazu usług wraz z dowodami określającymi czy te usługi zostały wykonane należycie, w celu potwierdzenia kryteriów selekcji (załączniki 5 b, 5 c i 5 d do wniosku) bowiem zamawiający nie przeprowadzał w niniejszym postępowaniu selekcji, należy uznać, iż bez znaczenia dla sprawy jest okoliczność, że zamawiający nie przeprowadzał w postępowaniu selekcji, albowiem jest to czynność wtórna, która uzależniona była od ilości wniosków złożonych w postępowaniu. Istotnym w sprawie jest zatem czy wykonawca Mikronika prawidłowo zastrzegł wszystkie złożone dokumenty, klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Skoro Izba stwierdziła, że zastrzeżenie takie było niezasadne, gdyż wykonawca Mikronika nie wykazał zastrzeżenia TP, to ujawnieniu podlegały wszystkie dokumenty, niezasadnie zastrzeżone TP.

Na poparcie powyższych twierdzeń, Izba powołuje się na wyrok SO w Legnicy VI Wydział Gospodarczy z dnia 6 kwietnia 2018 r., sygn. akt VI Ga 114/18, w którym Sąd stwierdził, iż cyt. „W ocenie Sądu Odwoławczego zgodzić należało się ze skarżącym, iż Krajowa Izba Odwoławcza błędnie uznała w zaskarżonym wyroku, że odwołujący J. P., w zakresie zarzutu nr 4 dotyczącego zaniechania zweryfikowania przez zamawiającego Gminę W. - Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w W. skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę (...) S.A., powinien był wskazać okoliczności, przez pryzmat których przedmiotowe uzasadnienie można byłoby ocenić oraz wskazać okoliczności na potwierdzenie tego, czy treść uzasadnienia mogła zostać za tajemnicę przedsiębiorstwa uznana, co pozwoliłoby Izbie skonfrontować twierdzenia odwołującego z treścią w/w dokumentu. Odnosząc się do powyższej kwestii na wstępie wskazać należy na istotę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i na konsekwencje, jakie zastrzeżenie to wywołuje na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Za bezsporne należy uznać stwierdzenie, że z mocy art. 7 ust. 1 p.z.p. zamawiający zobowiązany jest do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Jedną z takich, priorytetowo potraktowanych przez ustawodawcę zasad przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jest wyartykułowana w art. 8 ust. 1 p.z.p. zasada jawności postępowania. Zasada jawności służyć ma zapewnieniu transparentności postępowania zamawiającego i umożliwić realną ocenę i kontrolę nad czynnościami zamawiającego

podejmowanymi w celu wyboru wykonawcy, z którym zawarta zostanie umowa w sprawie zamówienia publicznego. Z zasady tej wynika, że ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 p.z.p. Wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 8 ust. 3 zd. 1 p.z.p. nie ujawnia się bowiem 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 udostępniana oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przez tajemnicę przedsiębiorstwa, do której odwołuje się cytowany przepis art. 8 ust. 3 p.z.p., rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności (art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - dalej jako u.z.n.k.). Z koniecznością wykazania przez wykonawcę zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa koreluje obowiązek zamawiającego przeprowadzenia weryfikacji dokonanego zastrzeżenia w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i ustalenia czy istotnie zachodzą przesłanki do takiego zastrzeżenia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania informacji. Zdaniem Sądu Najwyższego wyrażonym w uchwale z dnia 21 października 2005 r. (III CZP 74/05, Biul. SN 2005, nr 10, poz. 7) konsekwencją nieprawidłowego zastrzeżenia przez wykonawcę jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji, które jej nie stanowią, będzie ich ujawnienie przez zamawiającego. Wskazać należy również, że zgodnie z art. 180 ust. 3 p.z.p., odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania i że w myśl art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W rozpoznawanej sprawie zamawiający, w toku prowadzonego postępowania nie ujawnił zastrzeżonego przez wykonawcę (...) S.A. uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym dostępu do tych informacji, oprócz zamawiającego, nie miał żaden uczestnik postępowania, w tym także odwołujący. W ocenie Sądu Okręgowego zgodzić należało się ze skarżącym, że w takiej sytuacji, odwołujący nie znając treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez wykonawcę (...) S.A., stawiając zamawiającemu zarzut bezskuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, nie mógł podać "okoliczności przez pryzmat których przedmiotowe uzasadnienie można byłoby ocenić", co w treści zaskarżonego wyroku podniosła Izba. Wobec niemożności zapoznania się z treścią uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez wykonawcę (...) S.A., odwołujący nie mógł również wskazać okoliczności na poparcie swoich twierdzeń w zakresie bezprawnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które Izba mogłaby skonfrontować z treścią tego uzasadnienia, ani twierdzeń co do wpływu na wynik postępowania zarzucanego zamawiającemu zaniechania zweryfikowania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Aby bowiem postawić konkretny zarzut, tj. móc podać określone okoliczności faktyczne, trzeba mieć na ich temat wiedzę, a wiedzę tą można posiąść po zapoznaniu się z treścią dokumentu, którego treść chce się kwestionować. Skoro w niniejszym postępowaniu uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa było niejawne i odwołujący nie miał możliwości, aby zapoznać się z jego treścią, to zdaniem Sądu II instancji odwołujący nie był w stanie wskazać okoliczności na poparcie swoich twierdzeń w zakresie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę (...) S.A. Tym samym w niniejszej sprawie nie można podzielić zasadności rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie zarzutu nr 4 odwołania, sprowadzającego się do uznania, że odwołujący nie znając treści dokumentu, który kwestionuje z powodu jego zastrzeżenia, jest zobowiązany do przedstawienia merytorycznych zarzutów dotyczących tegoż dokumentu. Z tych względów zarzut skarżącego naruszenie art. 180 ust. 3 w zw. z art. 192 ust. 2 p.z.p. w ocenie Sądu Odwoławczego uznać należało za uzasadniony, albowiem naruszenie tych przepisów miało wpływ na wynik postępowania odwoławczego, albowiem doprowadziło do braku ujawnienia niewłaściwie zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji.”.

W konsekwencji powyższego, za częściowo zasadny Izba uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Za niezasadny Izba uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, albowiem w ocenie Izby dokumenty podmiotowe złożone wraz z wnioskiem przez Mikronika, potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a i b ustawy Pzp oraz zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 rozporządzenia

Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania oraz koszty wynagrodzeniem pełnomocnika odwołującego i zamawiającego.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 - w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 830/18 i postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 października 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 1123/18. W tym ostatnim postanowieniu Sąd Okręgowy wskazał, co następuje: „Nie budziło zatem wątpliwości, że odwołanie zostało uwzględnione jak i oddalone w równych (co do ilości zarzutów) częściach, w tym uwzględnione co do obu zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego, co do której to czynności został wniesiony sprzeciw. Odwołujący (...) i wnoszący sprzeciw przystępujący (...) wygrali zatem i jednocześnie przegrali w połowie. Sąd Okręgowy przychylił się do zarzutu skargi na wyrok KIO i głównej tezy jej uzasadnienia, zgodnie z którą wynik sprawy winien być badany w odniesieniu do ilości uwzględnionych i oddalonych zarzutów. Na przyjęcie takiego stanowiska, w ocenie Sądu Okręgowego, pozwala przepis 5 ust. 4 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, zgodnie z brzmieniem którego w przypadkach nieuregulowanych w 5 ust. 1-3 Izba powinna orzec o kosztach postępowania uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Jednocześnie zauważyć należało, że żaden przepis nie reguluje wprost sytuacji, w której odwołanie odwołującego lub wnoszącego sprzeciw zostało uwzględnione dokładnie w połowie. Przepisy §5 ust. 2 jak i ust. 3 rozporządzenia dotyczą bowiem uwzględnienia lub oddalenia odwołania w całości, a zatem nie mogły stanowić oparcia dla rozstrzygnięcia o kosztach niniejszego postępowania. W tym stanie rzeczy koszty postępowania należało rozliczyć proporcjonalnie do wyniku postępowania wywołanego odwołaniem wniesionym przez Odwołującego (...). Takie rozwiązanie jest zgodne z art. 192 ust. 10 pzp ustanawiającym zasadę orzekania stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.”.

W niniejszej sprawie Izba - co wynika z sentencji orzeczenia - częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. W ocenie Izby odwołanie okazało się zasadne w stosunku 14 z uwagi na liczbę i wagę zarzutów uznanych za zasadne i za niezasadne. Kosztami postępowania po połowie obciążono zatem odwołującego i przystępującego zgłaszającego sprzeciw. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł, koszty poniesione przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w 14 kwoty, tj. 1.800 zł oraz koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w 14 kwoty, tj. 1.800 zł.

sygn. akt KIO 846/19

Dnia 6 maja 2019 roku, wykonawca MIKRONIKA sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej „Odwołujący” lub „Mikronika") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności zamawiającego polegającej na ocenie spełnienia warunków udziału w odniesieniu do wniosków: wykonawcy - konsorcjum firm: PSI Polska Sp. z o.o., PSI Software AG, Apator Elkomtech S.A. (dalej konsorcjum PSI) oraz wykonawcy - konsorcjum firm: Schneider Electric Polska Sp. z o.o. i Schneider Electric DMS NS D.O.O. (dalej konsorcjum Schneider), których zaniechano wykluczenia przez co umieszczono tych wykonawców na liście podmiotów, do których zostanie wysłane zaproszenie do udziału w dialogu konkurencyjnym oraz zaniechania udostępnienia odwołującemu informacji zawartych we wniosku konsorcjum PSI i konsorcjum Schneider uznanych przez zamawiającego za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 10a ust. 5 i art. 23 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum PSI, mimo iż wykonawca ten nie złożył prawidłowych pełnomocnictw, co powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania,

2) naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2 i art. 22c ust. 1c ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum PSI, mimo iż wykonawca ten nie spełnił warunków udziału w postępowania w zakresie potwierdzenia swojej sytuacji ekonomicznej wymaganą polisą OC, co powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania,

3) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 i art. 22d ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum Schneider, mimo iż wykonawca ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, co powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania,

4) naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2 i art. 22c ust. 1c ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum Schneider, mimo iż wykonawca ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie potwierdzenia swojej sytuacji ekonomicznej wymaganą polisą OC, co powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania,

5) naruszenie art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez brak udostępnienia odwołującemu treści wniosku konsorcjum Schneider w zakresie polisy OC oraz treści referencji załączonych do wniosku konsorcjum PSI, mimo iż wskazane dokumenty nie podlegają utajnieniu,

6) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezgodny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w szczególności przez brak wykluczenia konsorcjum PSI i Konsorcjum Schneider.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na uznaniu wniosku konsorcjum PSI za spełniającego warunki udziału w postępowaniu i umieszczeniu na liście podmiotów, do których zostanie wysłane zaproszenie do udziału w dialogu konkurencyjnym,

2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na uznaniu wniosku konsorcjum Schneider za spełniającego warunki udziału w postępowaniu i umieszczeniu na liście podmiotów, do których zostanie wysłane zaproszenie do udziału w dialogu konkurencyjnym,

3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny wniosku konsorcjum PSI,

4) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny wniosku konsorcjum Schneider,

5) nakazanie zamawiającemu odtajnienia treści referencji załączonych do wniosku konsorcjum PSI,

6) nakazanie zamawiającemu odtajnienia treści polisy OC załączonej do wniosku konsorcjum Schneider,

7) nakazanie zamawiającemu wykluczenia konsorcjum PSI,

8) nakazanie zamawiającemu wykluczenia konsorcjum Schneider,

9) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Jednocześnie odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentacji przetargowej celem wykazania podnoszonych w odwołaniu twierdzeń i okoliczności.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, albowiem posiada wiedzę, doświadczenie i zdolności techniczne pozwalające mu na realizację zamówienia, co potwierdza okoliczność, iż spełnił warunki udziału w postępowaniu i znalazł się na liście podmiotów, do których zamawiający wyśle zaproszenie do udziału w dialogu

konkurencyjnym. W wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy interes odwołującego doznał uszczerbku w związku z tym, iż zamawiający bezpodstawnie zwiększył liczbę wykonawców, którzy oprócz odwołującego zostaną zaproszeni do uczestnictwa w dialogu konkurencyjnym, a tym samym zmniejszył szanse odwołującego na otrzymanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący na ewidentnie interes w zmniejszeniu liczby zakwalifikowanych wykonawców (wykluczenia konsorcjum PSI i konsorcjum Schneider), gdyż w ten sposób zwiększy swoje szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący spełnia również drugą przesłankę statuującą jego uprawnienie do wniesienia odwołania, albowiem w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych na wstępie przepisów ustawy Pzp poniesie szkodę, wyrażającą się w szczególności w utraceniu możności uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, a tym samym utratę możliwości uzyskania przychodów z udzielonego zamówienia oraz utratę możności uzyskania referencji.

Odwołujący podniósł, iż pełnomocnictwa udzielone przez Apator Elkomtech S.A. i PSI Software AB uzupełnione na podstawie wezwania zamawiającego, a konieczne do ustalenia prawidłowej reprezentacji wykonawcy nie spełniają wymagań ustawy Pzp, tj. nie zostały sporządzane elektronicznie ani podpisane elektronicznie przez ich mocodawców. W uzasadnieniu stanowiska odwołujący odniósł się do postanowień art. 10a ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu „sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym", co pociąga za sobą konieczność przyjęcia takiej samej formy dla pełnomocnictwa do podpisania wniosku w świetle wiążących postanowień art. 99 §1 kodeksu cywilnego („Jeżeli do ważności czynności prawnej potrzebna jest szczególna forma, pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w tej samej formie"). Uchybienia w powyższym skutkują nieważnością wniosku wobec niezachowania tożsamości formy pełnomocnictwa z wymaganiami ustawy Pzp, co do wymagań formy wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że wymogów odnośnie pełnomocnictwa do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie spełniają pełnomocnictwa uzupełnione przez konsorcjum PSI, gdyż nie zostały one sporządzone w formie elektronicznej i nie zostały podpisane przez mocodawców podpisem elektronicznym. Nie można przyjmować, że wskazany brak formy elektronicznej i brak podpisu elektronicznego mocodawców można zastąpić skanem pisemnego pełnomocnictwa potwierdzonego za zgodność z okazanym dokumentem przez notariusza poprzez umieszczenie jego podpisu elektronicznego jak próbuje się to zrobić w przedmiotowej sprawie. Prowadziłoby do niedopuszczalnego obchodzenia wymogów odnośnie formy pełnomocnictwa. Sama forma elektroniczna dokumentu zgodnie z art. 78^1 § 1 kodeksu cywilnego wymaga sporządzenia go w formie elektronicznej i opatrzenia kwalifikowanym podpisem elektronicznym jego wystawcy, co nie miało miejsca w niniejszej sprawie. W takim przypadku nie mamy w dalszym ciągu podpisu elektronicznego mocodawcy, ale nie możemy również stwierdzić czy podpisy zostały złożone pisemnie, bo czynność notariusza tego nie stwierdza. Zdaniem odwołującego, notariusz poświadcza jedynie zgodność z okazanym dokumentem i jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 kwietnia 2017 r. (sygn. akt II CSK 318/16) „nie nadaje okazanemu dokumentowi przymiotu autentyczności, jak i nie weryfikuje prawidłowości jego wydania, ani zgodności z prawem". Poświadczenie za zgodność z okazanym dokumentem przez notariusza nie naprawia wad co do formy pierwotnego dokumentu, w tym formy jego podpisu.

Na dowód powyższych twierdzeń odwołujący, na rozprawie przedłożył dowody, tj. obrazy pełnomocnictwa z 13 marca z obrazem podpisu wraz z załącznikami, tj. oświadczeniami notariusza, w którym jeden z notariuszy wskazuje: „elektronicznie poświadczam zgodność niniejszego odpisu z okazanym mi dokumentem", a drugi z notariuszy: „poświadcza się dosłowną zgodność niniejszego odpisu z okazanym dokumentem". Złożył również pendrive'y, które odzwierciedlają elektronicznie złożone dokumenty.

Odwołujący wywodził również, iż Polisa OC przedstawiona przez konsorcjum PSI jest polisą zbiorową PSI Software AG. Z treści niniejszej polisy nie wynika jednoznacznie dla zamawiającego, że objęcie ubezpieczeniem innych podmiotów pozostaje bez wpływu na możliwość korzystania przez danego wykonawcę z przysługującej mu samodzielnie sumy gwarancyjnej zgodnej z wymaganiem zamawiającego określonym w sekcji III.2.2 dokumentu „Informacje dotyczące prowadzonego postępowania Wdrożenie centralnego systemu zarządzania ruchem sieci elektroenergetycznej SCADA". Zdaniem odwołującego, przedstawiona treść polisy nie pozwala na ustalenie w jaki sposób funkcjonować ma powyższe ubezpieczenie, nie pozwala zatem ustalić sposobu/zakresu objęcia ochroną współubezpieczonych PSI Software AG oraz PSI Polska sp. z o.o., co wywołuje skutek w postaci ryzyka nieposiadania przez wykonawcę ochrony w wymaganej wysokości z uwagi na wystąpienie zdarzeń u innych podmiotów współubezpieczonych, które by pociągały odpowiedzialność ubezpieczyciela.

Odwołujący podniósł, iż w przedmiotowej sprawie zamawiający wymagał, aby warunek ekonomiczny w postaci posiadania dokumentu potwierdzającego posiadanie odpowiedniego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej wykonawca spełniał samodzielnie, a nie konkurując z pozostałymi współubezpieczonymi. Dokument przedstawiony przez konsorcjum

PSI nie potwierdza objęcia PSI Software AG oraz PSI Polska sp. z o.o. ochroną ubezpieczeniową na wskazaną w polisie kwotę ze względu na jej zbiorowy charakter. Na podstawie przedstawionej polisy można bowiem przyjąć, iż podana suma ubezpieczenia 20.000.000 EUR stanowiąca maksymalny pułap odpowiedzialności ubezpieczyciela w czasie jednego okresu ubezpieczeniowego dotyczy nie tylko każdego z ubezpieczonych podmiotów indywidualnie, ale wszystkich współubezpieczonych łącznie. Tym samym wyczerpanie tej sumy wobec któregokolwiek z ubezpieczonych powodowałby faktyczny brak ochrony u pozostałych ubezpieczonych objętych polisą i konkurowanie przez wspólnie ubezpieczonych w ramach zawartej umowy ubezpieczenia w odniesieniu do podanej sumy ubezpieczenia. Na podstawie przedstawionej polisy nie jest więc możliwe określenie samodzielnej sumy ubezpieczenia przypadającej zarówno PSI Software AG jak i PSI Polska sp. z o.o.

Dalej w odwołaniu odwołujący podnosił, iż jego zdaniem konsorcjum Schneider Electric nie potwierdziło w swoim wniosku, ani w swoich późniejszych wyjaśnieniach spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w sekcji III 1.3) ogłoszenia o zamówieniu i wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania. Odwołujący wskazywał, że wystawcą referencji ma być podmiot, na rzecz którego wykonywano konkretne prace i z którym był związany bezpośrednim stosunkiem prawnym. Ma to swoje istotne uzasadnienie, gdyż tylko taki podmiot może faktycznie ocenić czy prace zostały wykonane należycie. Tymczasem z wyjaśnień złożonych przez konsorcjum Schneider Electric wynika, że podmioty wystawiające zaświadczenia załączone do wniosku nie były podmiotami, na rzecz których współkonsorcjant wykonywał prace, nie łączył ich żaden stosunek prawny. Nie ma żadnych podstaw do przyjęcia, iż referencje udzielone głównemu wykonawcy jednocześnie potwierdzają należyte wykonanie prac przez jego podwykonawców (inwestor może nie mieć pojęcia o udziale podwykonawców i przebiegu ich prac, a może przecież mieć miejsce sytuacja, w której cała inwestycja zakończyła się powodzeniem ale w trakcie jej realizacji, któryś z podwykonawców nieprawidłowo wykonywał prace i został odsunięty od prac i zastąpiony innym) i mogą stanowić dowód w rozumieniu rozporządzenia. Istotne jest również aby referencje wskazywały konkretny podmiot, który wykonał dane zamówienie (tak: wyrok KIO 1570/11), co również nie miało miejsca. Niezależnie od powyższego wykonawca nie załączył żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń odnośnie realizowania prac przez współkonsorcjanta, a było to jego obowiązkiem i niewyjaśnione wątpliwości w tym zakresie muszą działać na jego niekorzyść.

Zdaniem odwołującego, skoro wykonawca twierdził, że współkonsorcjant wykonał pracę w ramach grupy kapitałowej to nie powinno być problemów, aby takie potwierdzenia od jej członków uzyskał, a czego jednak nie uczynił. Za potwierdzenie nie może być również uznana deklaracja załączona do wyjaśnień wykonawcy, która nie tylko wywołuje wątpliwości co do jej charakteru (rzekomy prezes firmy Smart Grid IT składa oświadczenie na papierze firmowym innego podmiotu) ale wskazuje się w niej wyłącznie na udział w pracach Telvent USA LCC i Telvent Sweden AB, bez jakiekolwiek odniesienia do któregokolwiek ze współkonsorcjantów (co pozostaje w sprzeczności z treścią zaświadczeń odnoszących się do podmiotu „Schneider Electric"), a sama firma Smart Grid IT nie występuje jako podmiot wystawiający zaświadczenia.

W związku z faktem, że zamawiający nie udostępnił odwołującemu treści polisy załączonej do wniosku konsorcjum Schneider Electric, powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa, odwołujący wskazywał, że ma ograniczone możliwości jej oceny. Mimo tego mając na uwadze treść wyjaśnień wykonawcy złożonych w dniu 4 kwietnia 2019 r., a zwłaszcza treść załącznika - potwierdzenie płatności ubezpieczenia wystawionego przez TUiR WARTA wynika, że również w tym przypadku mamy do czynienia z polisą zbiorową, co powoduje, że w uzasadnieniu niniejszego zarzutu można odnieść się wprost do uzasadnienia zawartego jw. i przywołać je również w tym miejscu.

Odwołujący wskazywał również, że z udostępnionych na wniosek odwołującego materiałach z postępowania i przesłanych przez zamawiającego w odniesieniu do wniosku konsorcjum PSI nie znalazły się referencje. Zgodnie z przekazaną przez zamawiającego informacją w pliku txt: „Dokument został zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa - nie podlega udostępnieniu".

Odwołujący podniósł, iż analiza wniosku wykonawcy wskazuje, że nie było podstaw do odmowy udostępnienia referencji, gdyż nie zaszły okoliczności umożliwiające utajnienie, o których mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Wykonawca w treści swojego wniosku nie zastrzegł, iż referencje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i podlegają utajnieniu (punkt 3 wniosku nie zawiera wskazania zastrzeżonych stron). Ponadto takie zastrzeżenie

w odniesieniu do referencji nie zostało również poczynione przez wykonawcę w załączniku do wniosku pn. „Uzasadnienie objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa” nie wskazano, aby utajnieniem objęte były załączone do wniosku referencje (zastrzeżono jedynie „Jednolity Europejski Dokument Zamówienia w zakresie wykazu dostaw i usług”).

W udostępnionych na wniosek odwołującego materiałach z postępowania i przesłanych przez zamawiającego w odniesieniu do wniosku konsorcjum Schneider Electric nie znalazła się treść polisy OC. Zgodnie z przekazaną przez zamawiającego informacją w pliku txt: „Dokument został zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa - nie podlega udostępnieniu”.

Analiza wniosku wykonawcy wskazuje, że nie było podstaw do odmowy udostępnienia referencji, gdyż nie zaszły okoliczności umożliwiające utajnienie, o których mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Wykonawca w treści swojego wniosku nie zastrzegł, iż dokument ubezpieczenia stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa i podlega utajnieniu (punkt 3 wniosku nie odsyła do dokumentu ubezpieczenia). Ponadto wykaz załączników do wniosku nie zawiera uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a zatem nie został spełniony kolejny wymóg umożliwiający utajnienie. Z ostrożności procesowej odwołujący wskazał, że nie istnieją podstawy do utajnienia dokumentu ubezpieczenia OC.

Zdaniem odwołującego, zamawiający poprzez uznanie za spełniające warunki udziału w postępowaniu wniosku konsorcjum PSI i wniosku konsorcjum Schneider Electric - którzy to wykonawcy podlegają wykluczeniu, zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż częściowo uwzględnia odwołanie. Zamawiający oświadczył, iż uwzględnia odwołanie w części tj.:

a) uwzględnia zarzut z pkt 3 powyżej, w przedmiocie zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy konsorcjum Schneider, mimo iż wykonawca ten nie spełnił warunków udziału w postępowania w zakresie wymaganego doświadczenia, co powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania,

b) uwzględnia zarzut z pkt 6 w części tj. zarzut naruszenia art. 7 ust 1 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezgodny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w szczególności przez brak wykluczenia konsorcjum Schneider,

c) uwzględnia zarzut z pkt 5, tj. zarzut naruszenia art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez brak udostępnienia odwołującemu treści wniosku wykonawcy konsorcjum Schneider w zakresie polisy OC oraz treści referencji załączonych do wniosku konsorcjum PSI, mimo iż wskazane dokumenty nie podlegają utajnieniu.

Ponadto zamawiający podniósł, iż z perspektywy „technicznej”, zeskanowanie pełnomocnictwa pierwotnie wytworzonego w postaci papierowej, tj. przekształcenia go w postać elektroniczną tworzy dokument elektroniczny.

Zdaniem zamawiającego, zarzut odwołującego, że pełnomocnictwa udzielone przez Apator Elkomtech S.A. i PSI Software AB są nieważne, jest bezzasadny. Przedłożone przez wykonawcę pełnomocnictwa spełniają bowiem wymagania OPWZ, jak i wymogi określone w art. 10a ust 5 ustawy Pzp, jaki art. 96-98 ustawy prawo o notariacie.

Odwołujący zarzucił, iż zamawiający w pkt VII ppkt 8 OPWZ, wymagał aby pełnomocnictwo do złożenia wniosku było złożone w oryginale tj. opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym mocodawcy. Zamawiający wskazał, że powyższe wymagania postawione przez zamawiającego należy czytać łącznie z pkt VII ppkt 8 OPWZ, gdzie zamawiający określił w jaki sposób należy sporządzać dokumenty elektroniczne, oświadczenia lub elektroniczne kopie dokumentów lub oświadczeń odnosząc się w tym zakresie do ww. rozporządzeń. Uwzględniając zatem wymóg, aby pełnomocnictwo zostało złożone w formie elektronicznej w postaci oryginału lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez notariusza, zamawiający zobowiązany był przyjąć elektroniczną kopię pełnomocnictwa potwierdzoną za zgodność z oryginałem kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez notariusza, jako prawidłową.

Z daleko idącej ostrożności zamawiający wskazał, iż nawet gdyby uznać, iż dopuszczalne było złożenie jedynie pełnomocnictwa podpisanego przez mocodawcę kwalifikowanym podpisem elektronicznym, bez możliwości przedłożenia kopii takiego pełnomocnictwa poświadczonej za zgodność z oryginałem przez notariusza (co byłoby sprzeczne z obowiązującymi przepisami prawa), to wskazać należy, iż wykonawca spełnił powyższe wymagania, albowiem przedłożył pełnomocnictwo do złożenia wniosku, które to zostało udzielone przez PSI Polska Sp. z o.o., reprezentowaną przez p. (A.N.) na rzecz pana (W.K.) i zostało podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym mocodawcy.

Tak jak wskazał odwołujący, przedstawiona polisa, jest polisą zbiorową obejmującą swoim zakresem m.in. dwóch spośród trzech wykonawców wchodzących w skład konsorcjum, tj. PSI Software AG oraz PSI Polska Sp. z o.o. Jednakże zamawiający zwrócił uwagę, iż podmiotem ubezpieczającym oraz jednocześnie beneficjentem jest PSI Software AG czyli członek konsorcjum składającego wniosek w przedmiotowym postępowaniu. W polisie przedstawionej zamawiającemu wraz ze złożonym wnioskiem wskazano, że obowiązuje ona na całym świecie, a sumy ubezpieczenia kształtują się następująco: (...).

W związku z powyższym zamawiający uznał, że wymaganie określone w ogłoszeniu, w Sekcji III.1.2) ust. 1 pkt 1) o treści „1) posiadają dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem Zamówienia, na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 10 000 000,00 zł. (słownie: dziesięć milionów złotych)", w połączeniu z warunkiem określonym dla wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (ust. 2 pkt 1) o treści „warunek określony w ust. 1 pkt 1) powyżej powinien spełniać co najmniejjeden z tych Wykonawców samodzielnie tj. jeden z nich musi posiadać ubezpieczenie na kwotę nie mniejszą niż 10 000 000,00 zł (słownie: dziesięć milionów złotych)", został przez tego wykonawcę spełniony, gdyż wskazane kwoty stanowią wielokrotność sumy gwarancyjnej, na jaką, zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego, miał być w stanie ubezpieczyć się wykonawca, w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu odwołującego, że „(..) Z treści niniejszej polisy nie wynika jednoznacznie dla Zamawiającego, że objęcie ubezpieczeniem innych podmiotów pozostaje bez wpływu na możliwość korzystania przez danego wykonawcę z przysługującej mu samodzielnie sumy gwarancyjnej zgodnej z wymaganiem Zamawiającego (...)", „(...) treść polisy nie pozwala na ustalenie w jaki sposób funkcjonować ma powyższe ubezpieczenie, nie pozwala zatem ustalić sposobu/zakresu objęcia ochroną współubezpieczonych PSI Software AG oraz PSI Polska sp. z o.o. co wywołuje skutek w postaci ryzyka nieposiadania przez wykonawcę ochrony w wymaganej wysokości z uwagi na wystąpienie zdarzeń

u innych podmiotów współubezpieczonych, które by pociągały odpowiedzialność ubezpieczyciela.", zamawiający zwrócił uwagę, że Urząd Zamówień Publicznych w swojej opinii, wydanej w podobnym zakresie, co przytaczany przez odwołującego wyrok KIO wskazał m.in., że „Celem przedłożenia polisy jest sprawdzenie zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy pod kątem: (1) zdolności poniesienia określonych kosztów w celu uzyskania ubezpieczenia (por. wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2012 r.); (2) zdolności wykonawcy do ubezpieczenia własnej działalności na żądaną przez zamawiającego sumę i możliwości uzyskania ubezpieczenia (ubezpieczyciel weryfikuje w takich sytuacjach dany podmiot zamierzający zawrzeć umowę ubezpieczenia pod względem jego wiarygodności, uczciwości gospodarczej oraz możliwości zapłaty składek (tak: wyrok SO we Wrocławiu z dnia 14 lipca 2011 r., XGa 213/11). ".

Biorąc pod uwagę stan faktyczny występujący w postępowaniu, zamawiający zwrócił też uwagę, że przytoczona w wyroku KIO 896/13 sytuacja dotyczy przypadku, gdzie odwołujący był podmiotem ubezpieczanym (współubezpieczonym) przez inny podmiot. Tymczasem w przypadku niniejszego postępowania i przedmiotowego wniosku, mamy do czynienia z sytuacją, gdzie wykonawca-uczestnik konsorcjum PSI Software AG, jest podmiotem ubezpieczającym swoją działalność, jak również działalność innych podmiotów wymienionych w polisie, w tym drugiego z uczestników konsorcjum PSI Polska Sp. z o.o. Zdaniem zamawiającego bezspornie świadczyło o oczekiwanym wobec wykonawcy, jego potencjale ekonomicznym.

Odnośnie zarzutów do polisy konsorcjum Schneider-Electric. Z uwagi na analogiczne zarzuty jak w stosunku do polisy konsorcjum PSI, zamawiający przywołał argumentację, świadczącą o tym, iż zarzuty odwołującego są niezasadne, wskazując przy tym, że elementem różniącym polisę konsorcjum Schneider-Electric od uprzednio opisanej jest suma gwarancyjna, wynosząca (...).

Wobec uwzględnienia w części zarzutów odwołania, odwołujący oświadczył, iż pootrzymuje odwołanie w zakresie zarzutów nieuwzględnionych przez zamawiającego.

Przystępujący - konsorcjum PSI oświadczyło, iż wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów.

Przystępujący - konsorcjum Schneider oświadczyło, iż wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku

naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Nieprawidłowe pełnomocnictwo - konsorcjum PSI - naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 10a ust. 5 i art. 23 ust. 2 ustawy Pzp.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej zarzut odwołującego jest bezzasadny.

Wskazać bowiem należy, iż w toku postępowania już po złożeniu wniosków zamawiający wezwał konsorcjum PSI do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa wskazującego na umocowanie PSI Polska sp. z o.o. do udzielania dalszych pełnomocnictw oraz pełnomocnictwa PSI Software AB zawierającego czytelne podpisy mocodawcy.

W odpowiedzi na wezwanie konsorcjum PSI przesłało do zamawiającego poprzez e-mail skany pełnomocnictwa udzielonego przez Apator Elkomtech S.A. oraz pełnomocnictwa udzielonego przez PSI Software AB - oba dokumenty w formie kopii za zgodność z oryginałem podpisane elektroniczne przez notariusza (podpis mocodawcy został złożony jedynie na piśmie), co miało miejsce również w odniesieniu do załączonego do wniosku pełnomocnictwa udzielonego przez PSI Software AB.

Krajowa Izba Odwoławcza w zakresie omawianego zarzutu, w całości podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego, uznając je za własne. Wskazać bowiem należy, iż ustawa Prawo zamówień publicznych nie określa szczegółowych zasad i trybu udzielania pełnomocnictw, w związku z tym odpowiednie zastosowanie, na podstawie art. 14 tej ustawy, znajdują przepisy kodeksu cywilnego. Biorąc pod uwagę regulację zawartą w kodeksie cywilnym, należy wskazać, iż zgodnie z art. 99 par. 1 k.c. jeżeli do ważności czynności prawnej potrzebna jest szczególna forma, pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w tej samej formie.

Co do zasady złożenie oferty wymagane jest w formie elektronicznej i w tej samej formie powinno być złożone pełnomocnictwo uprawniające do dokonania tej czynności w imieniu zamawiającego. Zgodnie z brzmieniem art. 78 §1 k.c. do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli.

Powyższy wymóg spełnia zarówno oryginał pełnomocnictwa, jak i jego notarialny odpis, który zawiera powtórzenie treści oryginału, lecz nie jest podpisany przez osoby składające oświadczenie. Wobec tego, iż przyjmuje się, że odpisy notarialnie poświadczone zastępują dokumenty pierwotne, zamawiający może żądać przedłożenia przez wykonawcę wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zarówno oryginału pełnomocnictwa, jak i kopii tegoż pełnomocnictwa poświadczonej notarialnie.

Natomiast zgodnie z art. 78^1 §1 k.c. do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Z perspektywy „technicznej", zeskanowanie pełnomocnictwa pierwotnie wytworzonego w postaci papierowej, tj. przekształcenia go w postać elektroniczną tworzy dokument elektroniczny.

Wskazać należy, iż w pkt VII ppkt 1 Opisu Potrzeb i Wymagań Zamawiającego (dalej OPWZ), zamawiający wskazał, iż „Sposób sporządzenia dokumentów elektronicznych, oświadczeń lub elektronicznych kopii dokumentów lub oświadczeń musi być zgody z wymaganiami określonymi w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych oraz rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia".

Mając powyższe na uwadze, w ocenie Izby uznać należy, iż zarzut odwołującego, że pełnomocnictwa udzielone przez Apator Elkomtech S.A. i PSI Software AB są nieważne, jest bezzasadny. Przedłożone przez konsorcjum PSI pełnomocnictwa spełniają bowiem powyższe wymagania, jak i wymogi określone w art. 10a ust. 5 ustawy Pzp, jak i art. 96-98 ustawy prawo o notariacie.

Izba wskazuje, że zamawiający w OPWZ (ppkt 8, str. 11) wymagał cyt. „Do wniosku Wykonawca zobowiązany jest załączyć stosowne pełnomocnictwo do złożenia wniosku, o ile umocowanie osoby/osób opatrujących wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu kwalifikowanym podpisem elektronicznym do reprezentowania Wykonawcy nie wynika z innych dokumentów załączonych do wniosku lub w nim wskazanych (np. z odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego, zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej). Pełnomocnictwo, o którym mowa w zdaniu poprzednim musi być złożone w oryginale, tj. opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym mocodawcy. ".

Jednakże powyższe wymagania postawione przez zamawiającego należy czytać łącznie z ppkt 8 OPWZ (str. 10) , gdzie, cyt. „Zamawiający, zgodnie z § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępnienia i przechowywania dokumentów elektronicznych (dalej jako „Rozporządzenie'), określa dopuszczalny format kwalifikowanego podpisu elektronicznego:

a) dokumenty w formacie „pdf" należy podpisywać tylko i wyłącznie formatem PAdES

b) jeżeli Zamawiający wymaga podpisania dokumentów innych niż w formacie „pdf", wówczas należy użyć formatu XAdES".

Uwzględniając zatem wymóg, aby pełnomocnictwo zostało złożone w formie elektronicznej w postaci oryginału lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez notariusza, zamawiający zobowiązany był przyjąć elektroniczną kopię pełnomocnictwa potwierdzoną za zgodność z oryginałem kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez notariusza, jako prawidłową.

Potwierdzeniem powyższego stanowiska jest wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 marca 2019 roku, sygn. akt KIO 412/19, w którym Izba w sposób jednoznaczny i wyczerpujący wypowiedziała się w kwestii możliwości potwierdzenia kopii pełnomocnictwa - za zgodność z oryginałem - kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez notariusza, które to stanowisko Izba, w niniejszym składzie w całości podziela, cyt. „Wskazać należy na wstępie, że proces zastąpienia komunikacji tradycyjnej komunikacją elektroniczną jest procesem skompilowanym technicznie i organizacyjnie nie tylko dla instytucji zamawiających, ale również dla samych wykonawców. Wymaga od wielu podmiotów zmiany sposobu myślenia i odejścia od tradycyjnego rozumienia dokumentu jako wyłącznie oświadczenia woli złożonemu na piśmie. Prawo zamówień publicznych nie stanowi jedynej gałęzi prawa, gdzie ustawodawca wprowadził nowoczesne rozwiązania i sposoby komunikacji. Również w przepisach k.c. ustawodawca zerwał z tradycyjnym rozumieniem pojęcia dokumentu jako informacji utrwalonej wyłącznie w postaci pisma opatrzonego własnoręcznym i wprowadził trzy rodzaje szczególnej formy oświadczenia woli: formę dokumentową, formę pisemną oraz formę elektroniczną, pozostawiając bez zmian dotychczasową kategorię form pisemnych kwalifikowanych. Wskazać należy, że przed wprowadzeniem elektronicznej formy czynności prawnej, w doktrynie prawa jednoznacznie klasyfikowano hierarchie poszczególnych form tj. od zwykłej formy pisemnej, przez formy wymagające urzędowego poświadczenia daty oraz podpisu do formy aktu notarialnego - wszystkie bowiem zasadzały się na formie pisemnej i każda kolejna konsumowała elementy swoiste dla formy ją poprzedzającej (por. Z Radwański: Zarys części ogólnej prawa cywilnego, str. 177). Proces hierarchizacji nowym form czynności prawnych budzi już więcej kontrowersji, w szczególnie w zakresie formie pisemnej i elektronicznej. I o ile ustawodawca wprost wskazał w art. 78^1 k.c., że oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej, o tyle brak jest przepisu mówiącego o tym, iż oświadczenie woli złożone w formie pisemnej wywołuje równoważne skutki prawne oświadczeniu woli złożonemu w formie elektronicznej.

Dalej wskazać należy, że w przypadku pełnomocnictw ustawa Pzp nie zawiera żadnych regulacji co do formy pełnomocnictwa do złożenia oferty. Na mocy art. 14 § 1 ustawy Pzp zastosowanie winny mieć przepisu k.c. W świetle art. 99 § 1 k.c. jeżeli do ważności czynności prawnej potrzebna jest szczególna forma, pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w tej samej formie. Literalna wykładania powyższego przepisu w oderwaniu od specyfiki rynku zamówień publicznych zawężałby, w sposób niezasadny w ocenie Izby, możliwość składania ofert wyłącznie w oparciu o pełnomocnictwa w postaci elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Nie ulega wątpliwości, iż dla skutecznego umocowania danej osoby do działania w imieniu mocodawcy konieczne jest złożenie przez mocodawcę oświadczenia woli i opatrzenie dokumentu stosowanym podpisem. W przypadku dokumentu w formie pisemnej będzie to podpis własnoręczny, zaś w przypadku formy elektronicznej podpis elektroniczny. Przepisy ustawy Pzp jak również k.c. nie przewidują odmiennych skutków prawnych złożenia podpisu własnoręcznego i podpisu elektronicznego. Innymi słowy brak jest przepisów prawa, które obalałyby tezę o równoważność skutku prawnego podpisu elektronicznego

i własnoręcznego i tym samym formy pisemnej i formy elektronicznej. Przyjęcie odmiennej tezy rodziłoby niedopuszczalną, w ocenie Izby, ocenę skuteczności oświadczeń woli wyłącznie przez pryzmat technicznego sposób złożenia podpisu. Izba stoi na stanowisku, iż przepisu art. 78^1 § 1 k.c. nie wyklucza równoważności skutków prawnych oświadczenia woli złożonego w formie pisemnej z skutkami prawnymi oświadczenia woli w formie elektronicznej. To, że przywołany przepis zrównuje skutek podpisu elektronicznego/formy elektronicznej z własnoręcznym/formą pisemną wynika nie z tego, że równoważność miałaby być jednostronna, lecz z faktu, że to formę elektroniczną jako nową technicznie formę oświadczenia woli wprowadza się do obrotu prawnego funkcjonującego w oparciu o formę pisemną. Zatem przy braku przepisów prawnych niwelującego równoważność skutków prawnych czynności dokonywanych w formie pisemnej i elektronicznej, jak również uwzględniając przepisy ustawy Pzp, które nie wprowadzają wymogu sporządzenia pełnomocnictwa do złożenia oferty w postaci elektronicznej, nie sposób odmówić skuteczności umocowania do złożenia oferty udzielonego w formie pisemnej. Przyjęcie takiej tezy nie będzie, w ocenie Izby, stanowić naruszenia art. 99 k.c. bowiem jeśli pełnomocnictwo, ma mieć formę właściwą dla czynności głównej, to pełnomocnictwa udzielona w formie równoważnej do wymaganej formy szczególnej uznać należy za prawidłowe.

Co do sposobu złożenia pełnomocnictwa w formie pisemnej w zelektronizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to w tym zakresie odwołać się należy do dorobku orzeczniczego wypracowanego pod rządami poprzedniej regulacji, z której wynikał obowiązek złożenia oferty, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej. Zarówno orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądowe dopuściło możliwość złożenia kopii pełnomocnictwa poświadczonego notarialnie (przykładowo w wyroku KIO o sygn. akt KIO/UZP 417/08, wyrok KIO o sygn. akt KIO/UZP 816/08, KIO/UZP 817/08, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 31 stycznia 2007 r., sygn. akt V Ca 85/07 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 12 kwietnia 2007 r., sygn. akt II Ca 137/07. Warto przywołać przy tym wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 31 stycznia 2007 r. (sygn. akt V Ca 85/07), w którym orzeczono, że kopia pełnomocnictwa nie wystarczy, a wykonawcy startujący w postępowaniach o udzielenie zamówienia powinni dołączać do oferty swego mocodawcy oryginał pełnomocnictwa lub kopię poświadczoną notarialnie. Ta druga forma wynika z faktu, że odpis poświadczony przez notariusza, któremu ustawowo zagwarantowano możliwość dokonania takiej czynności z określonym skutkiem prawnym ma charakter dokumentu urzędowego. Stanowi o tym art. 2 § 2 Prawa o notariacie, wskazując, że „czynności notarialne, dokonane przez notariusza zgodnie z prawem, mają charakter dokumentu urzędowego". Tym samym, mając na uwadze powyższe, uznać należy, że pełnomocnictwo, którego udzielono wyłącznie w formie pisemnej, będzie mogło być przedstawione zamawiającemu w formie elektronicznego poświadczenia zgodności kopii z okazanym dokumentem pełnomocnictwa sporządzonego stosownie do przepisów art. 97 §2 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. - Prawo o notariacie, które to poświadczenie notariusz opatruje kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Skoro sądy powszechne dopuściły możliwość złożenia kopii pełnomocnictwa w formie pisemnej poświadczonej przez notariusza własnoręcznym podpisem, zaś ustawodawca krajowy i europejski uznaje kwalifikowany podpis elektroniczny za równoważny podpisowi własnoręcznemu, to nie ma podstaw, aby odmówić skuteczności poświadczenia notariusza opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W ocenie Izby uniemożliwienie wykonawcom posługiwania się pełnomocnictwami w formie pisemnej, zwłaszcza tymi, które zostały udzielone przed 18 października 2018 r., stanowiłoby naruszenie zasady proporcjonalności i nie służy eliminowaniu żadnego bliżej określonego ryzyka związanego z procesem elektronicznego udzielenia zamówień publicznych. Nie ulega wątpliwości, iż w omawianym stanie faktycznym osoba, która podpisała ofertę w imieniu Przystępującego była umocowana do działania. Podważenie skuteczności prawnej takiego umocowania, które zostało poświadczone przez notariusza prowadziłoby do prymatu formalizmu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i nie służy eliminowaniu barier w dostępie do zamówień publicznych przez wykonawców krajowych, jak również zagranicznych.".

Dlatego też zarzut powyższy Izba uznała za niezasadny.

Izba przyjęła do sprawy, dowody złożone przez odwołującego, jednakże Izba stwierdziła, że potwierdzają one jedynie to co zostało w nich oświadczone, tym samym są to dowody zbędne dla rozstrzygnięcia ww. zarzutu odwołania.

Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2 i art. 22c ust. 1c ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum PSI, mimo iż wykonawca ten nie spełnił warunków udziału w postępowania w zakresie potwierdzenia swojej sytuacji ekonomicznej wymagana polisa QC.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej zarzut odwołującego jest bezzasadny.
W powyższym zakresie Izba podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego oraz przystępującego konsorcjum PSI.

Zgodnie z § 2 ust.2 pkt 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126) w celu potwierdzenia przez wykonawcę spełnienia warunków dotyczących jego sytuacji ekonomicznej lub finansowej ma on załączyć dokument potwierdzający, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego. Z polisy przedstawionej przez konsorcjum PSI-wynika, że jednymi ze współubezpieczonych są konsorcjanci PSI Software AG oraz PSI Polska sp. z o.o.

W ocenie Izby, za kluczowe do rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu jest ustalenie, jakimi wytycznymi mieli kierować się wykonawcy przedstawiając dokument na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Zamawiający w treści swoich dokumentów wskazał, iż „1. O udzielenie Zamówienia publicznego mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie Zamówienia tj.: 1) posiadają dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem Zamówienia, na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 10 000 000,00 zł. (słownie: dziesięć milionów złotych). (...) 2. W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunki, o których mowa w ust. 1 powyżej zostaną spełnione wyłącznie, jeżeli: 1) warunek określony w ust. 1 pkt 1) powyżej powinien spełniać co najmniej jeden z tych Wykonawców samodzielnie tj. jeden z nich musi posiadać ubezpieczenie na kwotę nie mniejszą niż 10 000 000,00 zł (słownie: dziesięć milionów złotych).”. Jest to jedyny wymóg, jaki postawił zamawiający odnośnie omawianego warunku. Dlatego też trudno jest uznać, iż odwołujący ma rację stawiając przedmiotowy zarzut, albowiem polisa OC wystawiona jest na jednego z konsorcjantów (zgodnie z opisem spełnienia warunku) oraz przekracza kwotę 10 000 000,00 zł (zgodnie z opisem spełnienia warunku). Zamawiający nie precyzował, sytuacji, w której polisa OC miałaby być wystawiona dla grupy kapitałowej czy też np. dla dwóch wykonawców łącznie.

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie, potwierdza powyższe stanowisko. W wyroku z dnia 21 października 2011 r. sygn. akt KIO 2154/11 Izba wskazała m.in. na to, że „W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ukształtował się pogląd, że celem żądania polisy ubezpieczeniowej od wykonawców ubiegających się udzielenie zamówienia, jest jedynie ocena sytuacji ekonomicznej i finansowej, a nie potwierdzenie ubezpieczenia przedmiotu zamówienia (np. wyrok KIO z dnia 12 maja 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 560/09).”. Z kolei w wyroku z dnia 24 lutego 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 161/09 Izba stwierdziła, że „Ratio legis wprowadzenia jako dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku ekonomicznego polisy ubezpieczenia oc w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej polega na tym, że potwierdza wiarygodność ekonomiczną wykonawcy, który ubezpieczając swoją działalność z jednej strony wykazuje się odpowiedzialnością profesjonalisty dbającego o bezpieczeństwo własne i swoich kontrahentów, a z drugiej wykazuje, iż znajduje się w sytuacji finansowej i ekonomicznej pozwalającej mu na poniesienie kosztów ubezpieczenia.”. W wyroku tym Izba wskazała również na fakt, który z punktu widzenia bezpieczeństwa realizacji kontraktu, będzie przedmiotem wymagań zamawiającego wobec wyłonionego wykonawcy, w postaci ubezpieczenia kontraktu zawartego w efekcie prowadzenia przedmiotowego postępowania. Jak wskazuje Izba „polisa oc w ramach wykazania spełniania warunku nie służy do zabezpieczenia realizacji zamówienia. Nie jest to ubezpieczenie danej inwestycji czy przedsięwzięcia gospodarczego, które jest przedmiotem zamówienia. Takie ubezpieczenie może być żądane przy zawarciu umowy, jako dodatkowy sposób zabezpieczenia realizacji zamówienia poza ustawowo przewidzianym zabezpieczeniem wykonania umowy”.

Powyższe oznacza, że konsorcjum PSI przedstawiło prawidłową polisę OC, a co za tym idzie zarzuty odwołującego należało uznać za bezzasadne.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 b pkt 3 i art. 22d ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum Schneider, mimo iż wykonawca ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia (zarzut uwzględniony przez zamawiającego - sprzeciw przystępującego konsorcjum Schneider).

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzut odwołującego jest bezzasadny.

W zakresie powyższego zarzutu, Izba podziela argumentację prezentowaną przez przystępującego konsorcjum Schneider, który wskazał, iż w załączniku nr 5a do wniosku wskazano m. in. na wykonanie zamówienia polegającego na wdrożeniu systemu SCADA (i DMS) dla PECO Energy, USA (Lp. 2 wykazu). Na potwierdzenie należytego wykonania w/w zamówienia dla PECO Energy przez partnera konsorcjum, dołączono zaświadczenie datowane na dzień 27 kwietnia 2015 roku. Rzeczone zaświadczenie zostało skierowane przez PECO Energy, bezpośrednio do Pana V.S. ze spółki „Schneider Electric". Pan V.S. jest pracownikiem partnera konsorcjum od 1 kwietnia 2011 roku. W/w osoba reprezentowała partnera konsorcjum przy realizowaniu przez ten podmiot prac objętych zadaniem polegającym na wdrożeniu systemu SCADA/DMS łącznie z integracją, które realizowano na rzecz PECO Energy.

Przystępujący konsorcjum Schneider wskazał, iż to partner konsorcjum reprezentowany właśnie przez Pana V.S. bezpośrednio zwrócił się do PECO Energy o wystawienie referencji potwierdzających należyte wykonanie zadania na rzecz PECO Energy. Powyższe potwierdza korespondencja e-mail z dnia 27 i 28 kwietnia 2015 roku w przedmiocie uzyskania dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zadnia. Z treści tej korespondencji wprost wynika, że Pan V.S. działa jako pracownik serbskiej spółki Schneider Electric DMS NS (partner konsorcjum), zajmujący stanowisko Kierownika Projektu - Zastępcy kierownika zespołu w zespole integracji systemów. Widnieje tam adres serbskiej spółki, jak też osoba ta posługuje się służbową skrzynką mailową z domeną partnera konsorcjum (schneider-electric-dms.com). Z tego też względu na etapie wyjaśnień wniosku w piśmie z dnia 4 kwietnia 2019 roku zwrócono uwagę, że rzeczona referencja kierowana jest do Pana V.S. W tym stanie rzeczy, zdaniem przystępującego, nie ulega wątpliwości, iż zaświadczenie z dnia 27 kwietnia 2015 roku zostało wystawione przez PECO Energy dla partnera konsorcjum. Potwierdza ono, że partner konsorcjum „w kwietniu 2015 roku pomyślnie zakończył projekt SCADA/DMS.” Innymi słowy rola partnera konsorcjum była doskonale znana spółce PECO Energy, a zaświadczenie z dnia 27 kwietnia 2015 roku dotyczy właśnie prac wykonanych przez partnera konsorcjum, a nie bliżej nieokreśloną spółkę z grupy Schneider Electric. Podkreślenia wymaga, że wykonawca jak i zamawiający nie ma wpływu na treść sformułowań zawartych w referencjach z uwagi na to, że są one wystawiane przez podmiot trzeci (por. wyrok KIO z dnia 17 sierpnia 2018 roku, sygn. akt KIO 1498/18).

Gdyby w/w referencja wystawiona przez PECO Energy miała dotyczyć innego od partnera konsorcjum, podmiotu zaangażowanego w realizację tego zadania, niewątpliwie odnalazłoby to odzwierciedlenie w treści referencji. Ta zaś odwołuje się wprost do osoby Pana V.S. ze „Schneider Electric”. Tymczasem w realizację zamówienia dla PECO Energy zaangażowane były inne spółki, których firma nie zawiera oznaczenia „Schneider Electric”. Były to spółki Telvent USA, LCC oraz Telvent Sweden AB, co wynika z deklaracji partnera konsorcjum z dnia 4 kwietnia 2019 roku popisanej przez Pana M.A. - pełnomocnika serbskiej spółki (załącznik nr 3 do wyjaśnień konsorcjum Schneider Electric) oraz deklaracji z dnia 2 kwietnia 2019 roku podpisanej przez Pana T.C.C. w imieniu Telvent USA, LCC (załącznik nr 4 do w/w wyjaśnień).

Przystępujący konsorcjum Schneider podniósł, iż wbrew stanowisku odwołującego z żadnego przepisu prawa zamówień publicznych, w szczególności z rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (dalej jako „rozporządzenie”), nie wynika aby wystawcą referencji mógł być jedynie podmiot, na rzecz którego wykonywano konkretne prace i z którym wykonawca ubiegający się o zamówienia był związany bezpośrednim stosunkiem prawnym. Z §2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia wynika jedynie, że referencje mają być wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane. Innymi słowy dopuszczalna jest sytuacji, w której inwestor (klient końcowy) wystawia referencje dla podwykonawcy (dalszego podwykonawcy), który realizował prace objęte zamówieniem. Decydujące znaczeniu ma tutaj wiedza inwestora, o tym że prace w sposób należyty zrealizował dany podwykonawca (dalszy podwykonawca), a nie stosunek stanowiący podstawę do prowadzenia prac objętych danym zamówieniem. Taką wiedzą niewątpliwie dysponowała PECO Energy, która bezpośrednio kontaktowała się z partnerem konsorcjum i przedstawicielowi w/w firmy przekazała zaświadczenia datowane na dzień 27 kwietnia 2015 roku.

Niezależnie od ww. zaprezentowanego stanowiska, gdyby nawet uznać, że referencje dołączone do wniosku konsorcjum o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w zakresie zamówień objętych załącznikiem 5a (wykaz - doświadczenie zawodowe) okazały się niewystarczające (czemu przystępujący zaprzeczył) dla potwierdzenia wymaganego w postępowaniu doświadczenia warunkującego ubieganie się o udzielenie zamówienia, przystępujący podniósł, iż referencje nie są jedynym dowodem, jaki wykonawcy mogli złożyć na potwierdzenie tego, że wskazane w załączniku nr 5a zamówienia zostały wykonane należycie.

W ogłoszeniu zamawiający przewidział, że w sytuacji gdy z uzasadnionej przyczyny o charakterze obiektywnym, wykonawca nie jest w stanie uzyskać referencji, wystarczające będzie oświadczenie wykonawcy. Do wniosku oraz wyjaśnień, konsorcjum dołączyło referencje, z których wynika, że wszystkie 4 zamówienia objęte załącznikiem 5a do wniosku zostały wykonane w sposób należyty. Mając na uwadze pkt 2 powyżej, przystępujący wskazuje, że pismo konsorcjum Schneider Electric z dnia 4 kwietnia 2019 roku oraz załącznik nr 3 do w/w pisma, powinny być uznane i interpretowane jako oświadczenie wykonawcy, o którym mowa w sekcji VI.3) pkt. 3 ogłoszenia. Konsorcjum Schneider Electric w piśmie z dnia 4 kwietnia 2019 roku skierowanym do zamawiającego wyjaśnił m.in. że „Wszystkie aktualnie wdrażane systemy ADMS SE na świecie oraz systemy aktualnie wdrażane i serwisowane są systemami wykonanymi przez Schneider Electric DMS Novi Sad", który to podmiot jest jedyną jednostką rozwijającą, wdrażającą i serwisującą system ADMS. Konsorcjum Schneider Electric wyjaśniło również z jakich względów większość posiadanych listów referencyjnych opiewa na Schneider Electric bez wskazania konkretnej jednostki organizacyjnej. Innymi słowy okoliczności opisane w wyjaśnieniach zawartych w piśmie z dnia 4 kwietnia 2019 roku oraz załączniku nr 3 do w/w pisma (deklaracja) stanowią uzasadnioną przyczynę o obiektywnym charakterze, dla której partner konsorcjum nie legitymuje się - poza zaświadczeniem od PECO Energy, precyzyjnymi referencjami co do określenia podmiotu, który zadanie zrealizował.

Przystępujący wskazał również, że Deklaracja z dnia 2 kwietnia 2019 roku potwierdza m.in. zaangażowanie przez Telvent USA, LCC spółki Telvent Sweden AB w realizację projektów związanych z wdrażaniem systemu SCADA na rzecz Duke Energy Progress (poprzednio: Progress Energy Service Company), Miasta Austin d/b/a Austin Energy oraz PECO Energy, USA. Wbrew twierdzeniom odwołania, dokument ten nie pochodzi od rzekomej spółki Smart Grid IT. Oznaczenie „Smart Grid IT" wskazuje na dział - komórkę która zajmuje się rozwiązaniami z zakresu IT. Partnerowi konsorcjum dopiero w dniu 14 maja 2019 roku udało się uzyskać deklarację od Telvent Sweden AB, które wprost potwierdza zaangażowanie serbskiej spółki w realizację projektów dotyczących wdrażania systemu SCADA w Duke Energy Progress, Miasta Austin d/b/a Austin Energy, PECO Energy oraz Nova Scotia Power. Deklaracja ta potwierdza wcześniejsze wyjaśnienia i oświadczenia składane przez konsorcjum Schneider Electric.

Przystępujący podał też, że Telvent Sweden AB jest spółką odrębną od partnera konsorcjum oraz Schneider Electric Polska sp. z o.o. i w/w podmioty nie mają wpływu na to w jakim terminie szwedzka spółka wystawi i przekaże stosowne referencje i poświadczenia. Stąd konsorcjum Schneider Electric w postępowaniu złożyła oświadczenie wymagane w przypadku braku możliwości uzyskania odpowiednich referencji.

Na potwierdzenie powyższych okoliczności, przystępujący konsorcjum Schneider, przedłożyło następujące dowody:

1) Oświadczenie Partnera Konsorcjum z dnia 14 maja 2019 roku;

2) Korespondencja e-mail z dnia 27 i 28 kwietnia 2015 roku między reprezentantem Partnera Konsorcjum, tj. Panem V.S., a PECO Energy w przedmiocie uzyskania referencji do PECO Energy wraz z tłumaczenie w/w korespondencji na j. polski;

3) Oświadczenie Pana T.C.C. z dnia 14 maja 2019 roku;

4) Zaświadczenie o upoważnieniu z dnia 24 listopada 2015 roku w przedmiocie

zatrudnienia i umocowania Pana T.C.C. w Telvent USA, LCC wraz z tłumaczeniem w/w zaświadczenia na j. polski;

5) Deklaracja Telvent Sweden AB z dnia 14 maja 2019 roku wraz z tłumaczeniem na j. polski,

które Izba przyjęła i uznała za wiarygodne.

W myśl §2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126) wykonawca ma załączyć dowody określające czy dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są m.in. referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane.

Powyższe oznacza, iż wystawcą referencji, co do zasady, powinien być podmiot, na rzecz którego wykonywano konkretne prace i z którym był związany bezpośrednim stosunkiem prawnym. Jednakże, w ocenie Izby, może zachodzić sytuacja, która znajduje swoje odzwierciedlenie w przedmiotowym postępowaniu, że w przypadku grup kapitałowych, które prowadzą swoją działalność w różnych krajach na całym świecie, w których występują dosyć

skomplikowane powiązania finansowo-biznesowe, iż poświadczenie prawidłowo wykonanego zlecenia (referencje, zaświadczenia) wystawiane będzie na markę biznesową - w tym przypadku Schneider Electric.

Okolicznością bezsporną jest, iż w treści złożonego wniosku konsorcjum Schneider, wraz z dokumentem JEDZ złożyło wykaz wykonanych usług wraz z dokumentami poświadczającymi ich prawidłowe wykonanie. Zamawiający oceniając przedłożone dokumenty stwierdził jednak, że z załączonych do wniosku zaświadczeń nie wynika dla jakiego dokładnie podmiotu zostały wystawione i wezwał konsorcjum Schneider do wyjaśnień w tym zakresie.

W odpowiedzi na wezwanie, konsorcjum Schneider przesłało do zamawiającego wyjaśnienia, w których wskazał, że wszystkie wdrażane przez jego grupę kapitałową systemy ADMS SE na świecie są systemami wykonanymi przez współkonsorcjanta Schneider Electric DMS Novi Sad, ale podmiot ten nie bierze udziału w postępowaniach przetargowych bezpośrednio i stanowi zaplecze techniczne. Nadto przystępujący konsorcjum Schneider oświadczyło, iż Schneider Electric jest grupą kapitałową skupiającą pod swoją marką bardzo dużą ilość jednostek, w tym jednostki handlowe zorganizowane w ponad 100 krajach na całym świecie. Jednostki handlowe, takie jak Schneider Electric Polska sp. z o.o. zajmują się promocją i sprzedażą rozwiązań, ciągle rozwijanych i udoskonalanych w kilku światowych centrach rozwojowych rozwiązań. Jednym z takich rozwiązań, niezwykle zaawansowanym i wymagającym ogromnych nakładów intelektualnych i finansowych jest system ADMS Schneider Electric, który jest przedmiotem niniejszego postępowania. System taki ze względu na swoje wymagania jest rozwijany przez firmę Schneider Electric w jednym światowym centrum w Nowym Sadzie w Serbii, a jednostką rozwijającą, wdrażającą i serwisującą ten serwis jest jednostka Schneider Electric DMS Novi Sad, która jest współkonsorcjantem w niniejszym postępowaniu. Pragniemy oświadczyć, że wszystkie aktualnie wdrożone systemy ADMS SE na świecie, oraz systemy aktualnie wdrażane i serwisowane są systemami wykonanymi przez jednostkę Schneider Electric DMS Novi Sad. Ze względów struktury / wymagań wewnętrznych oraz ograniczeń administracyjnych czy logistycznych, jednostka Schneider Electric DMS nie bierze udziału w postępowaniach przetargowych bezpośrednio, stanowi ona zaplecze techniczne. Częścią handlowo-administracyjną prawie zawsze zajmują się jednostki lokalne, tak jak ma to miejsce w Polsce. Często wynika to zresztą z wymagań Zamawiającego, które znacznie ograniczają możliwości bezpośredniego udziału w tego typu postępowaniach, takim wymaganiem w aktualnym postępowaniu jest niewątpliwie potrzeba posługiwania się językiem polskim.

Do wyjaśnień konsorcjum Schneider załączyło oświadczenia (deklaracje), w których osoby reprezentujące, umocowane do działania oświadczyły i wyjaśniły sposób realizacji referencyjnych projektów.

Zgodnie z przepisem §2 ust. 4 pkt 2 ww rozporządzenia, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów: (...), wykazu dostaw lub usług wykonanych (...), oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, w przedmiotowej sprawie mamy właśnie do czynienia z sytuacją, w której z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać dokumentów, z których wprost będzie wynikała sytuacja prawidłowego wykonania usługi referencyjnej, albowiem jest jednym z podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej funkcjonującej w prawie 100 krajach na całym świecie. Dlatego też, zdaniem Izby, zamawiający miał prawo przyjąć wyjaśnienia złożone przez konsorcjum Schneider za wystarczające, tym bardziej, że zamawiający nie kwestionował wykazywanego doświadczenia, a jedynie formę referencji (poświadczeń, zaświadczeń). Skoro zatem wystawcy referencji, poświadczyli, że zamówienia referencyjne zostały wykonane należycie, to brak jest podstaw prawnych i faktycznych do wykluczenia z przedmiotowego postępowania konsorcjum Schneider.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2 i art. 22c

ust. 1c ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum Schneider, mimo iż wykonawca ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie potwierdzenia swojej sytuacji ekonomicznej wymaganą polisa OC.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzut odwołującego jest bezzasadny.

W związku z faktem, że zamawiający nie udostępnił odwołującemu treści polisy załączonej do wniosku konsorcjum Schneider powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa, odwołujący mając na uwadze treść wyjaśnień wykonawcy złożonych w dniu 4 kwietnia 2019 r., a zwłaszcza treść załącznika - potwierdzenie płatności ubezpieczenia wystawionego przez TUiR WARTA stwierdził, że również w tym przypadku mamy do czynienia z polisą zbiorową, powołał tożsamą argumentację, jak w przypadku zarzutu dotyczącego polisy OC wystawionej dla konsorcjum PSI.

W zakresie omawianego zarzutu, Izba w całości podtrzymuje argumentację prezentowaną do tożsamego zarzutu podniesionego wobec konsorcjum PSI.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez brak udostępnienia odwołującemu treści wniosku konsorcjum Schneider w zakresie polisy OC oraz treści referencji załączonych do wniosku konsorcjum PSI, mimo iż wskazane dokumenty nie podlegają utajnieniu (zarzut uwzględniony przez zamawiającego - sprzeciw przystępującego konsorcjum Schneider oraz konsorcjum PSI).

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zarzut dotyczący objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa (TP) polisy 00 wystawionej dla konsorcjum Schneider - jest zasadny.

Izba w tym miejscu wskazuje, że przystępujący konsorcjum Schneider nie wykazał zasadności objęcia TP omawianego dokumentu, a w treści pisma stanowiącego wyjaśnienia, wykonawca ten jedynie zwrócił się do zamawiającego z prośbą o nieujawnianie informacji dotyczących m.in. wartości ubezpieczenia, jednocześnie nie precyzując swojego stanowiska. Innej argumentacji konsorcjum Schneider

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zarzut dotyczący objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa (TP) treści referencji załączonych do wniosku konsorcjum PSI - jest zasadny.

Konsorcjum PSI do wniosku przedłożyło uzasadnienie objęcia TP określonych treści, precyzując, iż zastrzega TP, cyt. zastrzegają Jednolity Europejski Dokument

Zamówienia w zakresie wykazu dostaw i usług oraz wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, jak również wykaz wykonanych lub wykonywanych przez Grupę PSI dostaw i usług oraz wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia" - dotyczy zastrzeżenia PSI Polska Sp. z o.o. oraz PSI Software AG oraz cyt. „Wykaz wykonanych lub wykonywanych przez Apator Elkomtech dostaw i usług w ramach Załącznika nr 5d" - dotyczy zastrzeżenia firmy Apator Elkomtech S.A..

Z powyższego jednoznacznie wynika, iż konsorcjum PSI nie objęło TP referencji wystawionych dla referencyjnych usług, co oznacza, że dokumenty te nie mogą być objęte TP, albowiem w odniesieniu do tych dokumentów, wykonawca ten nie wykazał zasadności zastrzeżenia, a z uwagi na bardzo wrażliwy obszar dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa, każdy z wykonawców ma obowiązek, w sposób jednoznaczny i pełny do wykazania wszelkich możliwych okoliczności skutkujących zasadnym zastrzeżeniem TP określonych dokumentów wraz ze wskazaniem, jakie rodzaju dokumenty zastrzega. W braku takie zastrzeżenia dokumenty uznaje się za jawne.

Nadto, w ocenie Izby, dokumenty referencji mają na tyle ogólnikowy i uniwersalny kształt, iż trudno wnioskować, że w ich treści zostają podawane dane związane ze szczególnie istotnymi okolicznościami dotyczącymi realizacji danej usługi referencyjnej, albowiem tego rodzaju postanowienia, zazwyczaj znajdują swoje odzwierciedlenie w treści umowy wiążącej strony.

Odnosząc się zaś do pisma procesowego przystępującego konsorcjum PSI, który

podnosił, iż „Dodatkowa opcja „TAJNY" została zaznaczona w zakresie typu dokumentu na platformie zakupowej, na której prowadzone jest postępowanie." Na potwierdzenie tej okoliczności przystępujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z załączonego do pisma zrzutu ekranu z platformy zakupowej.

Zdaniem Izby, samo opatrzenie określonego dokumentu sformułowaniem „Tajemnica Przedsiębiorstwa" lub „Tajny" (w przedmiotowym postępowaniu), nie oznacza jednocześnie, że dany dokument, lub grupa dokumentów, posiadają przymiot ochrony. Ustawa - Prawo zamówień publicznych, jednoznacznie definiuje, iż aby wykonawca uzyskał ochronę w ramach tajemnicy przedsiębiorstwa, musi taką okoliczność, bezsprzecznie i konkretnie wykazać (art. 8 ust. 3 ustawy Pzp), a jak to już wcześniej Izba wskazywała, odnośnie referencji takiego wykazania (udowodnienia) przystępujący konsorcjum PSI nie dokonało.

W konsekwencji powyższego, za częściowo zasadny Izba uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a i b ustawy Pzp oraz zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 - w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu

Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 830/18 i postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 października 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 1123/18. W tym ostatnim postanowieniu Sąd Okręgowy wskazał, co następuje: „Nie budziło zatem wątpliwości, że odwołanie zostało uwzględnione jak i oddalone w równych (co do ilości zarzutów) częściach, w tym uwzględnione co do obu zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego, co do której to czynności został wniesiony sprzeciw. Odwołujący (...) i wnoszący sprzeciw przystępujący (...) wygrali zatem i jednocześnie przegrali w połowie. Sąd Okręgowy przychylił się do zarzutu skargi na wyrok KIO i głównej tezy jej uzasadnienia, zgodnie z którą wynik sprawy winien być badany w odniesieniu do ilości uwzględnionych i oddalonych zarzutów. Na przyjęcie takiego stanowiska, w ocenie Sądu Okręgowego, pozwala przepis 5 ust. 4 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, zgodnie z brzmieniem którego w przypadkach nieuregulowanych w 5 ust. 1-3 Izba powinna orzec o kosztach postępowania uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Jednocześnie zauważyć należało, że żaden przepis nie reguluje wprost sytuacji, w której odwołanie odwołującego lub wnoszącego sprzeciw zostało uwzględnione dokładnie w połowie. Przepisy §5 ust. 2 jak i ust. 3 rozporządzenia dotyczą bowiem uwzględnienia lub oddalenia odwołania w całości, a zatem nie mogły stanowić oparcia dla rozstrzygnięcia o kosztach niniejszego postępowania. W tym stanie rzeczy koszty postępowania należało rozliczyć proporcjonalnie do wyniku postępowania wywołanego odwołaniem wniesionym przez Odwołującego (...). Takie rozwiązanie jest zgodne z art. 192 ust. 10 pzp ustanawiającym zasadę orzekania stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.".

W niniejszej sprawie Izba - co wynika z sentencji orzeczenia - częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. W ocenie Izby odwołanie okazało się zasadne w stosunku %

z uwagi na liczbę i wagę zarzutów uznanych za zasadne i za niezasadne. Kosztami postępowania w % wysokości wpisu obciążono zatem odwołującego, zamawiającego i przystępujących zgłaszających sprzeciw. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł, natomiast koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego i zamawiającego Izba zniosła wzajemnie.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....