Sygn. akt KIO 2972/20

WYROK
z dnia 4 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Odrzywolska
Członkowie: Andrzej Niwicki
Anna Osiecka
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 listopada 2020 r. przez wykonawcę: **Betacom S.A. z siedzibą w Warszawie**;
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie**;
przy udziale wykonawcy: **Engave S.A. z siedzibą Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne zastrzeżenie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, danych dotyczących nazwy zleceniodawcy dostaw usług realizowanych przez Veracomp, zawartych w uzupełnionym na wezwanie „Wykazie usług" i referencjach oraz wykluczenie wykonawcy: Engave S.A. z siedzibą Warszawie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych;
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego, i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;
   2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego, poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący: ……
Członkowie: ……
……

Sygn. akt KIO 2972/20

UZASADNIENIE

Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie (dalej „zamawiający") prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Opieka serwisowa i zakup licencji na oprogramowanie HP Data Protector w Centrali"; nr referencyjny nadany sprawie przez zamawiającego:TZ/271/69/19 (dalej „postępowanie" lub „zamówienie").

Wartość zamówienia jest wyższa, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) - dalej „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 28 lutego 2020 r., numer ogłoszenia 2020/S 042-099566.

W dniu 16 listopada 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: **Betacom S.A. z siedzibą w Warszawie** (dalej „odwołujący").

Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zarzucając zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów:

1. art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Engave S.A. z siedzibą Warszawie (dalej „Engave" lub „przystępujący");
2. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej;
3. art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez zamawiającego odtajnienia informacji nt. zleceniodawcy realizacji dostaw usług zrealizowanych przez Veracomp S.A. w sytuacji, gdy wykonawca Engave nie udowodnił wszystkich przesłanek przemawiających za prawidłowym utajnieniem tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa;
4. art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 419) - dalej „UZNK", poprzez uznanie, że informacje powyższe, objęte są skutecznie tajemnicą przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki uznania ich za tajemnicę;
5. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1 - 3 i w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu powyższych informacji, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, zawartych w utajnionych dokumentach, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W związku z wymienionymi czynnościami i formułowanymi wyżej zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty Engave, jako obarczonej wadą mającą wpływ na jego wynik; wykluczenie z postępowania wykonawcy Engave na podstawie art. 24 ust 1 pkt 12 Pzp; odtajnienie danych zleceniodawcy dostaw usług Veracomp w uzupełnionym wykazie oraz referencjach, co w wyniku powtórzonych czynności badania i oceny ofert w postępowaniu doprowadzi do uznania za najkorzystniejszą oferty odwołującego.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący przywoływał zapisy pkt 4.1.1.4. SIWZ, w którym zamawiający opisałwarunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. W jego ocenie treść warunku wskazuje w sposób jednoznaczny, że przedmiotem warunku udziału
w postępowaniu w odniesieniu do wymogów doświadczenia było wykazanie się wyłącznie praktycznymi umiejętnościami w zakresie wykonania usług konkretnego rodzaju. Warunek jest zarówno klarowny, jak i precyzyjny. Zamawiający w sposób jednoznaczny nie zezwalał wykonawcom, w celu spełniania warunku, na wykazanie się innymi świadczeniami, niż usługami opieki serwisowej oprogramowania, służącego do zarządzania kopiami bezpieczeństwa. W szczególności zatem nie wchodziły w zakres warunku inne rodzaje usług, niż wprost wskazane w warunku jak również inne świadczenia - w tym takie jak dostawy licencji czy też dostawy (zapewnienie dostępu) pakietów usług producenta.

Zdaniem odwołującego orzecznictwo KIO potwierdza, że na aktualnym etapie postępowania, próby interpretacji rozszerzającej brzmienia warunku udziału w postępowaniu nie są dozwolone, a zamawiający jak i wykonawcy są związani treścią SIWZ i warunków w ich ostatecznym kształcie. Przywołał przykładowo: wyrok KIO z 23 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 42/20; wyrok KIO z 23 września 2019 r., sygn. akt KIO 1713/19; wyrok z 30 października 2018 r., sygn. akt KIO 2118/18.

Ponadto, w jego ocenie, warto również zauważyć, że wskazany przepis tylko potwierdza wcześniejsze rozważania, że "warunki udziału w postępowaniu" i "opis przedmiotu zamówienia" to dwie odrębne instytucje, a zatem nie jest możliwe wnioskowanie o jednej na podstawie drugiej, czy też odkodowywanie treści jednej w oparciu o treść tej drugiej. Warunków udziału w postępowaniu nie można rekonstruować na podstawie całokształtu postanowień zawartych w SIWZ i treści ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający, jeśli skorzysta z uprawnienia do sformułowania warunków udziału w postępowaniu ma obowiązek ich opisania w treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ (art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) oraz wskazania dokumentów, które służą potwierdzeniu ich spełniania (art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Wykonawca nie ma zatem obowiązku ich domniemywania na podstawie innych postanowień SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, a tym samym nie jest uprawniony
do konkretyzowania spornego warunku w świetle wszelkich postanowień ogłoszenia
o zamówieniu i SIWZ.

Dalej podnosił, że zgodnie z SIWZ zamawiający wskazał, za art. 22a ustawy Pzp,
że wykonawca może w celu potwierdzania spełniania warunków w zakresie wiedzy
i doświadczenia, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Nie ulega,
w ocenie odwołującego wątpliwości, że warunkiem skutecznego powołania się na potencjał podmiotu trzeciego było realne udowodnienie, że potencjał zostanie faktycznie wykorzystany podczas realizacji zamówienia. Powyższe jest szczególnie istotne w odniesieniu
do niematerialnego składnika przedsiębiorstwa, jakim jest doświadczenie przedsiębiorcy
dla usług, w przypadku którego nie istnieje możliwość prostego jego transferu na wykonawcę bez zagwarantowania faktycznego wykonania zamówienia w konkretnym zakresie, koniecznym dla spełnienia warunku. W innym przypadku mielibyśmy do czynienia z fikcyjnym udostępnieniem potencjału, wyłączenie dla potrzeb spełnienia warunku udziału w przetargu. Zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp - w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Potwierdza powyższe także jednolite orzecznictwo KIO, tak przykładowo: wyrok o sygn. akt KIO 1506/20 z 6 sierpnia 2020 r.; KIO 1174/20 z 13 lipca 2020 r.; KIO 2658/19 z 17 stycznia 2020 r.

Orzecznictwo podkreśla także, że obowiązkiem wykonawcy posługującego się potencjałem podmiotu trzeciego, jest faktyczne udowodnienie realności dysponowania potencjałem, ale co szczególnie istotne w odniesieniu do treści zobowiązania, ma ono konkretyzować sposób udziału podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia (tak
w wyroku sygn. akt KIO 711/19 z 29 kwietnia 2019 r.). Ustawodawca, w art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, ustanowił obowiązek realizacji zamówienia przez podmiot udostępniający zasoby w postaci m.in. doświadczenia, w zakresie w którym wykonawca ten, powołał się na zasoby podmiotu trzeciego. Nie można zatem uznać, iż podmiot wykazujący spełnienie warunku udziału w postępowaniu w całym wymaganym zakresie, będzie uczestniczył w realizacji tego zamówienia jedynie w pewnym, wybranym przez siebie zakresie, stanowiącym element, a nie całość wykazywanego doświadczenia. W sytuacji kiedy podmiot trzeci udostępnia swoje zasoby, polegające na wykazaniu doświadczenia stanowiącego warunek udziału w postępowaniu, podmiot ten zobowiązany jest do osobistego wykonania tej części zamówienia, która była objęta warunkiem udziału w postępowaniu.

Odwołujący zauważył, że w celu wykazania spełnienia warunków udziału
w postępowaniu w zakresie wymaganych dwóch usług referencyjnych, wykonawca Engave korzystał z potencjału podmiotu trzeciego w zakresie jednej z nich, powołując się jednocześnie na drugą własną. Jak wynika z treści oświadczenia JEDZ Engave złożonego wraz z ofertą, korzysta on, spełniając warunki z potencjału podmiotu trzeciego. Co prawda JEDZ Engave został wypełniony poprzez oświadczenie ogólne z tzw. sekcją alfa, jednak wraz z ofertą zostało złożone pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego w trybie art. 22a ustawy Pzp. Zgodnie z treścią pisemnego zobowiązania Veracomp, złożonego wraz z ofertą, przedmiotem udostępnienia jest wiedza i doświadczenie w realizacji zamówienia spełniającego wymagania Rozdziału 4, pkt 4.1.1.4 SIWZ, tj.: polegające na świadczeniu usług opieki serwisowej oprogramowania służącego do zarządzania kopiami bezpieczeństwa przez okres co najmniej kolejnych 12 miesięcy, przy czym wartość każdego z tych zamówień w okresie kolejnych 12 miesięcy wynosiła co najmniej 500 000,00 PLN netto (bez podatku VAT), na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Jednocześnie wskazano jakie zamówienie referencyjne jest przedmiotem udostępnienia, wskazując konkretną usługę o konkretnych terminach realizacji tj. Dostawa usług wsparcia serwisowego oprogramowania służącego do zarządzania kopiami bezpieczeństwa, o wartości powyżej 500 000,000 PLN netto. Termin w jakim realizowana jest usługa: 1 kwietnia 2020 r. do 31 marca 2021 r. Przedmiot zamówienia referencyjnego ze zobowiązania jako „dostawa usług wsparcia oprogramowania" został powielony także w odniesieniu do uzupełnionej referencji Veracomp.

Odwołujący wskazał, że w istocie doświadczenie, na jakie powołuje się Veracomp nie polegało na faktycznej realizacji usług wsparcia serwisowego oprogramowania do zarządzania kopiami bezpieczeństwa, ale na sprzedaży pakietu usług wsparcia serwisowego, świadczonych przez producenta tego oprogramowania. Nomenklatura powyższa tj. „dostawa usług" nie jest przypadkowa. Warunek udziału w aktualnym przetargu nie sprowadzał się do zapewnienia dostępu do usług serwisowych innego podmiotu („dostawy usług producenta"), w tym producenta oprogramowania, przez wykupienie jego serwisu i sprzedaży zamawiającemu, ale na wykonaniu samych usług serwisowych przez

wykonawcę. Jeśli zatem faktycznie Veracomp nie świadczył tej usługi, to nie można mówić o dopuszczalności transferu takiego doświadczenia na rzecz Engave skoro Veracomp, jako użyczający, takiego potencjału sam nie posiada.

Dalej odwołujący podniósł, że w trakcie postępowania zamówienie, które jest „udostępniane" przez Veracomp (wykazane jako zrealizowane na rzecz NFZ) zostało zakwestionowane przez zamawiającego. W konsekwencji wezwania do uzupełnienia wykazu usług Veracomp doszło do zastąpienia powyższej usługi, inną. Zatem treść pisemnego zobowiązania wciąż odnosi się do zamówienia, które na dzień rozstrzygnięcia przetargu
nie jest już zamówieniem referencyjnym, co przesądza o nieaktualności zobowiązania.
W odniesieniu do treści zobowiązania, odnośnie sposobu udziału Veracomp w realizacji zamówienia, zgodnie ze zobowiązaniem, sposób wykorzystania zasobów opisano jako: udostępnienie wyżej przywołanych zasobów w postaci przekazania najlepszej wiedzy,
know-how i doświadczenia następować będzie poprzez faktyczny udział w realizacji zamówienia. Przy czym treść zobowiązania nie wskazuje w jaki konkretnie sposób
ma odbywać się udostępnienie potencjału doświadczenia w realizacji usług serwisowych. Wręcz przeciwnie, sposób wykorzystania zasobów potwierdza jego fikcyjność,
w szczególności jest w nim mowa o przekazaniu najlepszej wiedzy czy know-how
i doświadczenia Veracomp. Pojawia się wyłącznie deklarowany ogólnikowo zamiar udziału
w realizacji zamówienia. Tymczasem orzecznictwo KIO stoi jednolicie na stanowisku
o niedopuszczalności spełniania warunków udziału w zakresie doświadczenia w wykonywaniu usług na drodze ogólnego doradztwa czy usług konsultingowych. Podkreślenia wymaga, że przedmiot warunku udziału nie sprowadza się do doświadczenia w doradztwie,
ale faktycznej realizacji usług opieki serwisowej, konkretnego oprogramowania. Odwołujący uważa zatem, że zobowiązanie nie określa w jaki konkretnie sposób i w jakiej części zamówienia, Veracomp ma zamiar realizować usługi opieki serwisowej oprogramowania służącego do zarządzania kopiami bezpieczeństwa a kwestia ta jest tym bardziej istotna,
że przedmiotem warunku udziału były dwie usługi referencyjne a Engave spełnia warunek udziału przez sumowanie jednego zamówienia własnego i jednego zamówienia Veracomp. Tym bardziej zatem musi być przesądzone, w jaki konkretnie sposób obydwa podmioty mają zamiar realizować razem zamówienie. Wątpliwość odnośnie przewidywanego sposobu udziału Veracomp w wykonaniu zamówienia przez Engave potwierdza dodatkowo poniższy fragment zobowiązania, zgodnie z którym wykonanie zamówienia ma nastąpić w całości przez wykonawcę, a nie użyczającego: Ponadto oświadczamy, że w zakresie wyżej opisanym, zobowiązujemy się udzielać w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia oraz jego realizacji przez wykonawcę, wszelkiej koniecznej pomocy i informacji niezbędnych
do należytego wykonania zamówienia.

Potwierdzeniem zasadności powyższych ustaleń jest także treść Formularza ofertowego Engave, w którym wymienia on podwykonawców zamówienia, właśnie w zakresie usługi opieki serwisowej, która jest przecież przedmiotem warunku udziału, pomijając całkowicie Veracomp. Zgodnie z ofertą Engave w pkt 2.3. wykonawca oświadczył,
ż e zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie zamówienia w części dotyczącej usługi opieki serwisowej (wykonawca określa odpowiedni zakres wraz z podaniem firm podwykonawców lub pozostawia tabelę bez wypełnienia, jeżeli nie zamierza powierzyć wykonania zamówienia podwykonawcy/com): Hewlett Packard Enterprise - usługi opieki serwisowej; Microfocus - usługi opieki serwisowej. Powyższe potwierdza wprost faktyczny brak zamiaru powierzenia przez Engave Veracomp usług opieki serwisowej. Wskazać przy tym należy, że ani Hewlett Packard Enterprise ani Microfocus nie są użyczającymi potencjał na rzecz Engave, a jak wynika z powyższego oświadczenia Engave, to właśnie one mają wykonywać w rzeczywistości usługi opieki serwisowej.

Potwierdza powyższe także treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Engave 9 lipca 2020 r., w którym wykonawca wskazuje tylko na zakup produktów wsparcia od producenta - z pominięciem realizacji usług serwisowych zarówno przez siebie jak i podmiot użyczający - Veracomp. Zgodnie z wyjaśnieniem ceny: poniżej przedstawiamy elementy oferty mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny wraz z ich stosowna kalkulacją: (1) Cena zakupu usług wsparcia oraz licencji na oprogramowanie. Zadanie to w całości realizowane jest przez producenta oprogramowania, w ramach ceny ofertowej (w załączeniu). Jak wynika z powyższego, sposób realizacji usług wsparcia w istocie polega na zakupie ich u producenta oprogramowania, który będzie faktycznie w rzeczywistości je w całości realizował. Mając powyższe na względzie, w ocenie odwołującego, złożone w postępowaniu pisemne zobowiązanie Veracomp, nie jest skuteczną podstawą spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Engave.

Odwołujący dodał, że w jego ocenie nawet w przypadku wezwania do uzupełnienia pisemnego zobowiązania, Veracomp nie złoży zobowiązania do faktycznej realizacji usług serwisowych z prostej przyczyny, iż podmiot ten jest dystrybutorem usług producentów
i samodzielnie usług serwisowych nie świadczy. Skoro zatem pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego nie jest prawidłowe, to nie istnieje na dzień złożenia odwołania możliwość posługiwania się doświadczeniem Veracomp przez Engave. To czy i w jaki sposób zobowiązanie mogłoby być uzupełnione i poprawione nie jest przedmiotem zarzutów odwołania, bowiem wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp nie zostało wystosowane w odniesieniu do zobowiązania Veracomp. Na dzień dzisiejszy decyzja zamawiającego o wyborze oferty Engave, jako najkorzystniejszej stanowi potwierdzenie,
że w ocenie zamawiającego, zobowiązanie powyższe stanowi dla niego skuteczne źródło spełnienia warunku udziału w postepowaniu.

Dalej odwołujący zwrócił uwagę, że wykonawca Engave powołuje się w wykazie usług na zamówienie realizowane na rzecz Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie (dalej „PGWWP") z następującym opisanym w wykazie zakresem rzeczowym: utrzymanie środowiska kopii zapasowych. Opis sugeruje, że jest to zamówienie realizowane przez Engave. Złożone wraz z wykazem referencje potwierdzają jednak, że zamówienie jest realizowane przez konsorcjum w składzie: GIS Partner Spółka z o. o. z siedzibą we Wrocławiu, EngaveS.A. z siedzibą w Warszawie oraz TPM Services Spółka z o. o. z siedzibą w Warszawie. W tej sytuacji należy poddać w wątpliwość czy zakres rzeczowy zamówienia, za który był faktycznie i bezpośrednio odpowiedzialny jako członek konsorcjum Engave rzeczywiście obejmował usługi konieczne dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu w szczególności: świadczenie usług opieki serwisowej oprogramowania służącego do zarządzania kopiami bezpieczeństwa przez okres co najmniej kolejnych 12 miesięcy a wartość tych właśnie świadczeń wynosiła co najmniej 500 000,00 PLN netto (bez podatku VAT). Przypomniał przy tym ponownie, że zgodnie z SIWZ - w przypadku zamówienia, które obejmowało również realizację innych świadczeń, zamawiający wymagał, aby zakres zamówienia polegającego na świadczeniu usług opieki serwisowej

oprogramowania, służącego do zarządzania kopiami bezpieczeństwa przez okres co najmniej kolejnych 12 miesięcy, a jego wartość w tym okresie wyniosła co najmniej 500 000,00 PLN netto (bez podatku VAT). Treść referencji wskazuje na fakt realizacji m.in.: instalacji, konfiguracji i utrzymania środowiska kopii zapasowych (dokonano naprawy systemu do backupu). Jednak należy wskazać, że przedmiotem zamówienia referencyjnego nie miała być naprawa systemu do backupu czy też instalacja czy konfiguracja, lub też stworzenie takiego systemu wraz koniecznymi kosztami m.in. licencji, ale wyłącznie świadczenie usług opieki serwisowej takiego oprogramowania trwające co najmniej 12 miesięcy o konkretnej samodzielnej wartości tych właśnie czynności. Referencje wskazują przy tym wyłącznie na zbiorczą wartość zamówienia, pomijając całkowicie wartość konkretnych usług, które są przedmiotem warunku udziału.
W zakresie wartości usług wykaz nie zawiera podanej konkretnej wartości tych usług
a wyłącznie powielenie brzmienia warunku udziału w postępowaniu.

Uwzględniając powyższe, w ocenie odwołującego, zamówienie powołane w wykazie Engave nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, co skutkuje podstawą wykluczenia
z art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp. Niewykluczone przy tym, że podane w Wykazie usług Engave informacje nt. powyższego zamówienia referencyjnego stanowią wprowadzenie w błąd zamawiającego, co winno dodatkowo skutkować podstawą wykluczenia o której mowa
w art. 24 ust 1 pkt 16 ustawy Pzp, bez możliwości sanowania takiej czynności wykonawcy.
W postępowaniu zamawiający wezwał już w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Engave
do uzupełnienia wykazu usług. Uzupełnione zamówienie Veracomp jest przedmiotem odrębnego zarzutu odwołania. W przypadku potwierdzenia zasadności zarzutu odwołania
w stosunku do uzupełnionego wykazu doświadczenia, podstawa wykluczenia o której mowa w art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp stanie się definitywna.

Zgodnie z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp w sytuacji, gdy podmiot trzeci nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do:
(1) zastąpienia tego podmiotu innym podmiotem lub podmiotami lub (2) zobowiązania się
do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe o których mowa w ust. 1. Czynność ta w postępowaniu nastąpiła już, a wykonawca zdecydował się na zastąpienie pierwotnie wskazanego doświadczenia Veracomp innym tego samego podmiotu, stąd nie istnieje już możliwość ponowienia czynności wezwania do uzupełnienia wykazu usług.

Dalej odwołujący argumentował, że zamawiający uznał, że usługa realizowana przez Veracomp nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i pismem z 7 października 2020 r. wezwał Engave, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu, słusznie uznając w szczególności, że wykazana usługa trwała tylko dwa miesiące, przy wymaganych minimum dwunastu. Tym samym nie ulega wątpliwości, że także złożone zobowiązanie
do udostępnienia zasobów winno podlegać uzupełnieniu, ponieważ nie odzwierciedlało faktycznie udostępnianego przez Veracomp potencjału. Wykonawca uzupełnił na wezwanie wykaz usług, wskazując w tabeli na następujące zamówienie referencyjne: Dostawa usług wsparcia systemu beckup. Opis przedmiotu usług: wsparcie systemu beckup. Informacja
o oprogramowaniu służącym do zarządzania kopiami bezpieczeństwa objętym usługą serwisową: nazwa Netbeckup Platform Base, producent: Veritas. Ponownie, jak w przypadku usługi wymienionej w pierwotnym wykazie, mamy do czynienia z dostawą usług wsparcia producenta - tym razem Veritas, który faktycznie te usługi świadczy. Analogicznie jak miało
to miejsce w przypadku pierwotnego wykazu usług, transferowane doświadczenie Veracomp nie polega więc na faktycznym świadczeniu usług opieki serwisowej oprogramowania,
ale zapewnieniu dostępu do nich podczas gdy usługi opieki serwisowej w rzeczywistości
są wykonywane przez producenta tego oprogramowania - Veritas. Potwierdza powyższe także treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny, złożonych przez Engave 9 lipca 2020 r., w którym wykonawca wskazuje tylko na zakup produktów wsparcia od producenta.

Ponadto w odniesieniu do treści referencji z 6 października 2020 r., najprawdopodobniej dotyczących wymienionej powyżej pozycji wykazu (dane wystawcy są zanonimizowane, co nie pozwala odwołującemu na weryfikację powyższych okoliczności) wskazał, że dokument odnosi się do udziału Engave w przetargu w ZUS a nie Veracomp, którego usług mają dotyczyć uzupełnione referencje. W treści referencji czytamy: Dotyczy udziału firmy Engave S.A. w postępowaniu nr TZ/271/69/19 pod nazwą „Opieka serwisowa
i zakup licencji na oprogramowanie HP Data Protector w Centrali". Opis przedmiotu zamówienia referencyjnego zawarty w treści referencji także potwierdza, że przedmiotem zamówienia była dostawa usług wsparcia, a sama dostawa została zrealizowana należycie. Zgodnie z treścią uzupełnionych referencji: spółka Veracomp w dniu 31 grudnia 2018 r. zrealizowała dla (miejsce zaczernione) dostawę usług trzyletniego wsparcia serwisowego dla oprogramowania VERITAS NetBackup Platform Base, służącego do zarządzania kopiami bezpieczeństwa. Wartość dostawy wynosiła powyżej 500 000,00 złotych netto za jeden rok wsparcia. Dostawa została zrealizowana należycie.

Uwzględniając zatem przedmiot warunku udziału w postępowaniu, jakim jest świadczenie usług, a nie sprzedaż (dostawa) usług świadczonych przez producenta oprogramowania do zarządzania kopia bezpieczeństwa, należy w sposób jednoznaczny stwierdzić, że warunek udziału nie został spełniony a wykonawca podlega wykluczeniu
z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Przy czym należy wyraźnie wskazać, że wobec wyczerpania już procedury uzupełnienia wykazu usług w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie istnieje już możliwość sanowania powyższej wady.

Dalej odwołujący, uzasadniając zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przez zamawiającego ujawnienia danych zleceniodawcy uzupełnionego zamówienia referencyjnego Veracomp podniósł, że z udostępnionego odwołującemu
po wyborze oferty Engave załącznika do protokołu postępowania „Zastrzeżenie informacji" (podpis kwalifikowany pod dokumentem z 23 września 2020 r.) złożonego wraz
z uzupełnionym wykazem zamówień Veracomp, zawiera on lakoniczne uzasadnienie przyczyn żądania ochrony dostępu do informacji, z jednoczesnym całkowitym pominięciem jakichkolwiek dowodów w powyższym zakresie. W dodatku Engave całkowicie pomija fakt,
że chronione dane dotyczą podmiotu Veracomp, a nie danych dotyczących samego Engave, tak więc to Veracomp winien był zobowiązać Engave do ochrony swojej tajemnicy przedsiębiorstwa i danych zleceniodawcy, a takich dokumentów/ dowodów brak. Jedyny związek złożonego uzasadnienia tajemnicy z przedmiotem postępowania jest następujący: (Klauzula tajności) Wykonawca niniejszym zastrzega, że całość niniejszego pisma wraz
z załącznikami stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa (…), w związku z czym nie może ona być ujawniana i nie może być

udostępniana podmiotom trzecim innym niż zamawiający oraz członkowie organów powołanych dla rozpoznawania sporów z zakresu zamówień publicznych - na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych. W zastrzeżonej części oferty podwykonawca zamieścił następujące dokumenty, obejmując je zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa: Wykaz wykonanych zamówień wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.

W ocenie odwołującego powyższe powoduje, że informacje na temat zleceniodawcy zamówienia dla Veracomp nie zostały w sposób skuteczny zastrzeżone, a w konsekwencji obowiązkiem zamawiającego stało się ich odtajnienie i udostępnienie odwołującemu.

W szczególności uzasadnienie na wszystkich stronach wskazuje na definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, przy całkowitym pominięciu odniesienia do chronionych w postępowaniu informacji. Powyższe wskazuje wprost, że uzasadnienie jest całkowicie sztampowe i nie dotyczy faktycznie ani aktualnego postępowania i przedmiotu aktualnego zamówienia, ani co najistotniejsze chronionych informacji na temat zleceniodawcy Veracomp. Poza zapewnieniem o przedsięwzięciu bliżej nieokreślonych środków ochrony, brak informacji jakie to konkretnie środki, nie mówiąc już o dowodach (jakichkolwiek) że tak faktycznie jest.

Zdaniem odwołującego, uzasadnienie tajemnicy złożone w postępowaniu jest ogólnikowe, nie zawiera jakichkolwiek dowodów, a przede wszystkim nie odnosi się do przedmiotowego postępowania i przedkładanych w nim wyjaśnień. Tymczasem możliwość wyłączenia jawności postępowania nie może być nadużywana lub traktowana rozszerzająco. Uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być stosowane jedynie do gry konkurencyjnej wykonawców, lecz ma za zadanie zapewnić im ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa, ściśle w granicach jej definicji, zawartej
w UZNK. Znowelizowany ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2014 poz. 1232) art. 8 ust. 3 ustawy wprowadza istotną zmianę w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z obecnym brzmieniem przepisu wykonawca, który zastrzega informacje podane w ofercie jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa obowiązany jest wykazać jednocześnie, że zastrzeżone przez niego
w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Utrzymane zostało
w znowelizowanym przepisie odesłanie do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji
w zakresie określenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Z definicji tajemnicy przedsiębiorstwa wynika, że aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa niezbędne jest spełnienie dwóch warunków: po pierwsze spełnione muszą zostać przesłanki w zakresie charakteru informacji, a po drugie muszą zostać przez przedsiębiorcę podjęte działania w celu ochrony danych.

To na wykonawcy obecnie ciąży obowiązek wykazania, że zastrzeżone przez niego
w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, tym samym ukształtowany
w ustawie Pzp obowiązek, należy odczytywać jako podjęcie przez wykonawcę niezbędnych działań w celu utrzymania niejawności złożonych informacji, co stanowi również wymóg konieczny, zgodnie z art. 11 ust. 4 UZNK do uznania, że informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, taką tajemnicą stanowią. Pamiętać bowiem należy, że to na podmiocie zastrzegającym tajemnicę przedsiębiorstwa ciąży obowiązek dbania o zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w każdym przypadku działalności tego podmiotu. Natomiast zaniedbanie przez wykonawcę obowiązku utrzymania poufności danych informacji, uniemożliwia powoływanie się na ochronę wynikającą z przepisów.

W rozpoznawanej sprawie zamawiający nie miał podstaw do wzywania Engave
do składania jakichkolwiek wyjaśnień, ani tym bardziej uzupełnień w tym zakresie. Wykonawca nie dopełnił ciążących na nim obowiązków dbania o poufność zastrzeganych przez siebie informacji, co skutkuje nieskutecznością poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zaznaczyć należy, że brak wykazania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz brak uzasadnienia tej czynności obciąża wykonawcę
i zwalnia zarazem zamawiającego z utrzymania określonych i wskazanych w ofercie informacji w tajemnicy. Orzecznictwo KIO wskazuje wprost na obowiązek odtajnienia nieskutecznie zastrzeżonych informacji, tak np. wyrok KIO z 27 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 1093/19.

Co istotne w ocenie odwołującego, zamawiający prowadził w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa każdego z wykonawców, w tym zarówno odwołującego jak i samego Engave, wnikliwą procedurę badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym bardziej dziwi więc, stanowisko zawarte przez zamawiającego w piśmie do Engave
z 27 października 2020 r., w którym zamawiający wskazał, że uznaje zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa względem informacji: (1) zawartych w referencji z dnia 6 października
2020 r. wyłącznie w zakresie informacji określających podmiot wydający referencje oraz osobę, która je podpisała; (2) zawartych w Załączniku nr 8 do SIWZ - wykaz usług - wyłącznie w zakresie informacji wskazujących odbiorcę usługi - kolumna druga wykazu; (3) zawartych w pełnomocnictwie wyłącznie w zakresie informacji wskazujących osoby i podmiot, których dotyczy pełnomocnictwo. Zamawiający nie uznaje zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie: pozostałej treści referencji z dnia 6 października 2020 r.; pozostałej treści Załącznika nr 8 do SIWZ - wykaz usług; pozostałej treści pełnomocnictwa; całej treści dokumentu zawierającego uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący zwrócił w tym miejscu uwagę, że powyższe stanowisko jest niekonsekwentne, bowiem uzasadnienie jest jedno i jeśli nie zawiera ono ani konkretnego uzasadnienia tajemnicy w kontekście uzupełnianych dokumentów, ani też jakichkolwiek dowodów w tym zakresie (a trzeba pamiętać, że powyższe dotyczy informacji podmiotu trzeciego - Veracomp a nie samego Engave) to dokument podlega odtajnieniu w całości i nie jest rolą zamawiającego zastępowanie w tym zakresie wykonawcy.

Udostępnienie informacji na temat zleceniodawcy dostawy usług Veracomp pozwoli potwierdzić, że zamówienie to w istocie, jak to wynika z samych referencji i opisu zawartego w uzupełnionym wykazie, nie dotyczyło faktycznego świadczenia przez Veracomp usług serwisowych, ale dostaw usług świadczonych przez samego producenta oprogramowania Veritas.

Zamawiający, 17 listopada 2020 r., poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając ich do złożenia przystąpienia.

Do postępowania odwoławczego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił w dniu 19 listopada 2020 r. wykonawca: **Engave S.A. z siedzibą w Warszawie** (dalej „przystępujący" lub „Engave").

Zamawiający, działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

Odwołujący, w piśmie procesowym z 29 listopada 2020 r., przedstawił swoje uzupełniające stanowisko, w związku z otrzymaniem odpowiedzi na odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu
się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym
w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, ofertą złożoną przez Engave w postępowaniu, treścią korespondencji prowadzonej
w postępowaniu pomiędzy zamawiającym a przystępującym, a także po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, stanowiskiem zawartym w piśmie procesowym złożonym przez odwołującego, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Na wstępie Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Odwołujący ubiega się o przedmiotowe zamówienie. W wyniku czynności dokonanych przez zamawiającego, polegających na zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy Engave, odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. W przypadku, gdyby zamawiający dokonał oceny ofert w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp - odwołujący, który złożył ważną i nie podlegającą odrzuceniu ofertę, miałby szansę na zawarcie umowy w postępowaniu. Wobec powyższego odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych korzyści tj. utraconego zysku z tytułu realizacji zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy. Ponadto Izba dopuściła i przeprowadziła dowody złożone przez odwołującego i zamawiającego na rozprawie oraz załączone do pisma procesowego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem niniejszego zamówienia, zgodnie z opisem zamieszczonym w pkt 2.1. SIWZ jest: (i) świadczenie opieki serwisowej oprogramowania HP Data Protector, służącego do zarządzania kopiami bezpieczeństwa, posiadanego przez zamawiającego, wyszczególnionego w Załączniku nr 2 do wzoru umowy w Dodatku A (dalej łącznie: „Oprogramowanie"), przez okres 36 miesięcy od daty zawarcia umowy (dalej łącznie: „Opieka serwisowa"); (ii) zakup licencji dla oprogramowania HP Data Protector, służącego do zarządzania kopiami bezpieczeństwa, wskazanych w Załączniku nr 2 do wzoru umowy w Dodatku B (dalej łącznie: „Oprogramowanie"), wraz z 36 miesięczną opieką serwisową od daty zawarcia umowy (dalej łącznie: „Opieka serwisowa"); (iii) świadczenie usług konsultacji w siedzibie zamawiającego w ilości do 480 roboczogodzin. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi Załącznik nr 2 do SIWZ (wzór umowy).

Zgodnie z SIWZ w zakresie terminu wykonania usługi opieki serwisowej - zamawiający przewidział, że te mają być świadczone przez okres 36 miesięcy od daty zawarcia umowy.

Dalej Izba ustaliła, że w pkt 4 SIWZ opisano warunki, które spełniać muszą wykonawcy ubiegający się o zamówienie, w tym w zakresie wymaganego doświadczenia. Zamawiający opisał je w następujący sposób: O udzielenie zamówienia ubiegać się mogą wykonawcy, którzy: 4.1.1.4. spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie należycie wykonał, a w przypadku, gdy zamówienie jest w trakcie realizacji - należycie wykonuje, co najmniej dwa zamówienia, każde polegające na świadczeniu usług opieki serwisowej oprogramowania służącego do zarządzania kopiami bezpieczeństwa przez okres co najmniej kolejnych 12 miesięcy, przy czym wartość każdego z tych zamówień w okresie kolejnych 12 miesięcy wynosiła co najmniej 500 000,00 PLN netto (bez podatku VAT). W przypadku zamówienia, które obejmowało również realizację innych świadczeń, zamawiający wymaga, aby zakres zamówienia polegającego na świadczeniu usług opieki serwisowej oprogramowania, służącego do zarządzania kopiami bezpieczeństwa przez okres co najmniej kolejnych 12 miesięcy, a jego wartość w tym okresie wyniosła co najmniej 500 000,00 PLN netto (bez podatku VAT).

W dalszej części SIWZ zamawiający przewidział (pkt 4.1.2.), że wykonawca może w celu potwierdzania spełniania warunków, o których mowa w pkt. 4.1.1.4. SIWZ, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Ponadto, zgodnie z pkt 4.1.3. zamawiający informuje, że w sytuacji, o której mowa w pkt 4.1.2. SIWZ uzna warunek za spełniony jeśli: 4.1.3.1. wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów udowodni zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. W celu oceny czy wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą dokumentów, które określają w szczególności: 4.1.3.1.1. zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu; 4.1.3.1.2. sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonaniu zamówienia publicznego; 4.1.3.1.3. zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego; 4.1.3.1.4. czy podmiot na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Ponadto, zgodnie z pkt 4.4.3. SIWZ - Oświadczenia i dokumenty składane na wezwanie, zamawiający przewidział, że przed udzieleniem zamówienia, wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie, aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu: 4.4.3.1.1. wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów

określających czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, 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; wzór wykazu stanowi Załącznik nr 8
do SIWZ.

Dalej Izba ustaliła, że przystępujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu.
W formularzu oferty, w punkcie 2.3. zadeklarował, że zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie usług opieki serwisowej. W tabeli wpisał nazwy dwóch podwykonawców: Microfocus oraz Hewlett Packard Enterprise. W kolumnie zakres: usługi opieki serwisowej. Jako załączniki do oferty dołączono JEDZ Engave, JEDZ Veracomp a także zobowiązanie
do udostępnienia wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Z treści złożonego zobowiązania wynikało, że Veracomp, w związku z ubieganiem się Engave o przedmiotowe zamówienie publiczne, zobowiązuje się udzielić tej spółce zasobów w postaci posiadanej wiedzy i doświadczenia, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu opisanego w Rozdziale 4, pkt 4.1.1.4 SIWZ tj. polegające na zarządzaniu kopiami bezpieczeństwa przez okres co najmniej kolejnych 12 miesięcy, przy czym wartość każdego z tych zamówień wynosiła co najmniej 500 000 PLN netto, na okres korzystania z nich przy realizacji zamówienia. Dalej Veracomp wskazał, że oświadczenie dotyczy wykazu wykonanych usług i zamówienia, polegającego na dostawie usług wsparcia serwisowego oprogramowania, służącego do zarządzania kopiami bezpieczeństwa,
o wartości powyżej 500 000 PLN netto, termin w jakim realizowana jest usługa: 1 kwietnia 2020 r. - 31 marca 2021 r. Sposób wykorzystania zasobów: udostępnienie wyżej przywołanych zasobów w postaci przekazania najlepszej wiedzy, know-how i doświadczenia następować będzie poprzez faktyczny udział w realizacji zamówienia. W treści zobowiązania zaznaczono również, że zdolność techniczna i zawodowa, udostępniona wykonawcy w ramach współpracy biznesowej, stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Mając powyższe na uwadze Veracomp zobowiązał Engave do zachowania wszystkich ww. informacji w poufności, w szczególności poprzez zastrzeżenie tych informacji jako niejawnych w postępowaniu.

Przystępujący, na wezwanie zamawiającego, skierowane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, złożył wykaz usług, zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ, w którym wymienił dwa zamówienia. Pierwsze realizowane przez Engave na rzecz PGWWP, zgodnie z nazwą polegające na wdrożeniu i utrzymaniu systemu ISOK. W kolumnie opis przedmiotu wykonanej usługi wpisano: utrzymanie środowiska kopii zapasowych. Ponadto w tabeli znalazła się informacja o oprogramowaniu: nazwa - Netbeckup, RMAN, VEEAM, producent - Veritas, VEEAM, Oracle. Okres świadczenia usługi - od czerwca 2018 r. do obecnie. Drugie z wykazanych zamówień zrealizowane przez Veracomp na rzecz NFZ, polegało na wsparciu oprogramowania, wraz z aktualizacją oprogramowania, rozwiązywaniem problemów, aktywną komunikacją. Informacja o oprogramowaniu: nazwa - Data Protector, producent - Microfocus/ Hewlett Packard Enterprise. W kolumnie okres świadczenia usług wpisano: od 1 kwietnia 2020 r. do 31 marca 2021 r. Do wykazu załączono referencje, które miały potwierdzać należyte wykonanie usług.

W zakresie przedłożonego wykazu zamawiający, w piśmie z 7 października 2020 r., zwrócił uwagę, że w wykazie Veracomp wskazana jest Usługa (Microfocus Foundation Care Service, HPE Resources Contractual SVC) które odbiorcą jest Narodowy Fundusz Zdrowia. Usługa ta nie spełnia wymagań pkt. 4.1.1.4. SIWZ, zgodnie z którym wymagana jest realizacja usługi opieki serwisowej oprogramowania, służącego do zarządzania kopiami bezpieczeństwa przez okres co najmniej kolejnych 12 miesięcy. Jak wskazano w złożonym wykazie Veracomp, usługa jest realizowana w okresie od 1 kwietnia 2020 r. do 31 marca 2021 r.. Jak wynika z przywołanych dat, do terminu składania ofert (29 maja 2020 r.) usługa była realizowana jedynie przez okres ok 2 miesięcy. Ponadto referencje z 13 maja 2020 r. wystawione przez firmę Niver S.A. dla firmy Veracomp S.A. nie określają odbiorcy usługi - NFZ i tym samym nie jest wiadomo czy jest to potwierdzenie wykonywania usługi na rzecz odbiorcy wskazanego w wykazie usług. Z powyższych powodów Engave został wezwany do uzupełnienia wykazu w powyższym zakresie, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W treści wykazu usług, uzupełnionego w odpowiedzi na wezwanie, przystępujący wymienił usługę realizowaną przez Veracomp, polegającą na dostawie usług wsparcia systemu beckup. W opisie zawarto informacje: wsparcie systemu beckup, informacja
o oprogramowaniu służącym do zarządzania kopiami bezpieczeństwa objętym usługą serwisową: nazwa - Netbeckup Platform Base, producent - Veritas. Okres świadczenia usługi: 1 maja 2015 r. do 31 grudnia 2018 r.

Do wykazu załączono referencje, które miały potwierdzać należyte wykonanie usług.
Z treści referencji wynikało, że Veracomp w dniu 31 grudnia 2018 r. zrealizowała dla (…) dostawę usług trzyletniego wsparcia serwisowego dla oprogramowania Veritas NetBeckup Platform Base.

Zarówno treść wykazu, jak też referencji zastrzeżone zostały przez Engave, jako tajemnica przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu zastrzeżenia informacji zawarto następujące wyjaśnienia (klauzula tajności): wykonawca niniejszym zastrzega, że całość niniejszego pisma wraz z załącznikami stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 419 z późn. zm.), w związku z czym nie może ona być ujawniana i nie może być udostępniana podmiotom trzecim innym niż zamawiający oraz członkowie organów powołanych dla rozpoznawania sporów z zakresu zamówień publicznych - na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych. W zastrzeżonej części oferty podwykonawca zamieścił następujące dokumenty, obejmując je zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa: Wykaz wykonanych zamówień wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie 1. Wykaz wykonanych zamówień wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie W dalszej części przywołano legalną definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, a także wnioski jakie płyną z tej definicji, wskazujące na możliwość zastrzegania informacji w postępowaniu. Ponadto powołano się na dorobek orzecznictwa w tym zakresie, przywołując orzeczenia Sądu Najwyższego.

Dalej wykonawca podkreślił, że obowiązują u niego zasady określone w Polityce Bezpieczeństwa, która formułuje podstawowe zasady bezpieczeństwa fizycznego, informatycznego i kadrowego. Polityka Bezpieczeństwa, opracowana przez Dział Bezpieczeństwa Wewnętrznego, to zasady, z którymi ma obowiązek zapoznać się każdy pracownik i współpracownik spółki Engave przed przystąpieniem do pracy/współpracy
z tą spółką, i w tym celu odbyć niezbędne szkolenie z zasad bezpieczeństwa, obowiązujących w spółce. Do zabezpieczeń uważanych za najważniejsze dla organizacji z prawnego punktu widzenia należą: ochrona danych osobowych i prywatności osób, ochrona dokumentów organizacji oraz prawa własności intelektualnej. Szczegółowe

opisy konkretnych realizacji poszczególnych elementów bezpieczeństwa znajdują się w dedykowanych procedurach, zaleceniach, instrukcjach i formularzach Polityki Bezpieczeństwa. Polityka Bezpieczeństwa jest aktualizowana cyklicznie zgodnie z potrzebami, a zmiany są zatwierdzane przez Zarząd. Zgodnie z jedną z podstawowych zasad Polityki Bezpieczeństwa, dostęp do informacji jest nadawany tylko tym osobom, którym jest on niezbędny do pracy, tj. wykonywania powierzonych mu obowiązków (tzw. zasada wiedzy uzasadnionej). Każda informacja (przez informację rozumiane są wszelkie dane, niezależnie od formy ich pochodzenia i sposobu utrwalenia bądź pozyskania) jest klasyfikowana zgodnie z przyjętą w Polityce zasadą klasyfikacji, ma też przypisaną osobę odpowiedzialną za stosowanie wobec tej informacji zasad określonych w Polityce. Polityka określa sposoby zabezpieczenia sprzętu, infrastruktury, przestrzeni w biurach spółek, których celem jest zapobieżenie utracie, uszkodzeniu lub innym naruszeniom bezpieczeństwa urządzeń i systemów komputerowych, w tym bezpieczeństwo poczty elektronicznej. Każda informacja jest zatem w spółce Engave odpowiednio klasyfikowana i chroniona – zarówno przed nieuprawnionym dostępem wewnętrznym, jak i niebezpieczeństwami dostępu do tej informacji z zewnątrz.

Engave zaznaczył, że mając na względzie wnioski wypływające z powołanej legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, poprawnie zakwalifikował informacje zawarte
we wskazanych dokumentach, jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa: (1) żadna
z informacji wyżej wymienionych nie była uprzednio znana albo łatwo dostępna osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, a także nie ma możliwości podjęcia o niej wiedzy tzw. „zwykłą" drogą; (2) zostały podjęte, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ww. informacji w poufności.

Zamawiający, pismem z 27 października 2020 r. poinformował Engave, że zakończył badanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa względem informacji przekazanych zamawiającemu w dniu 12 października 2020 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej,
w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 7 października 2020 r. znak: 993200/217/IN-807/2020. W konsekwencji uznał zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa względem informacji: (1) zawartych w referencji z 6 października 2020 r. wyłącznie w zakresie informacji, określających podmiot wydający referencje oraz osobę, która je podpisała; (2) zawartych w Załączniku nr 8 do SIWZ - wykaz usług – wyłącznie w zakresie informacji, wskazujących odbiorcę usługi - kolumna druga wykazu; (3) zawartych w pełnomocnictwie wyłącznie w zakresie informacji wskazujących osoby i podmiot, których dotyczy pełnomocnictwo. Jednocześnie nie uznał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie: (1) pozostałej treści referencji z dnia 6 października 2020 r.; (2) pozostałej treści Załącznika nr 8 do SIWZ - wykaz usług; (3) pozostałej treści pełnomocnictwa; (4) całej treści dokumentu zawierającego uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Skład orzekający ustalił ponadto, że zamawiający pismem z 4 listopada 2020 r. poinformował wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty złożonej przez Engave.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła
do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miały wpływ lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania
o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

<u>Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia
z postępowania wykonawcy Engave - zarzut potwierdził się</u>

Jak ustalił skład orzekający zamawiający prowadzi postępowanie, w którym przedmiot zamówienia opisany w SIWZ oraz wzorze umowy obejmuje: (i) świadczenie opieki serwisowej oprogramowania HP Data Protector, posiadanego przez zamawiającego wyszczególnionego w załączniku nr 2 do wzoru umowy w dodatku A (dalej łącznie „oprogramowanie") przez okres 36 miesięcy od daty zawarcia umowy; (ii) zakup licencji dla oprogramowania HP Data Protector, służącego do zarządzania kopiami bezpieczeństwa, wskazanych w załączniku nr 2 do wzoru umowy w dodatku B wraz z 36 miesięczną opieką serwisową od daty zawarcia umowy; (iii) świadczenie usług konsultacji w siedzibie zamawiającego w ilości 480 roboczogodzin. Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie dopuścił składania ofert częściowych. Świadczenie usług opieki serwisowej przewidziano, zgodnie z pkt 2.2.1.1. SIWZ na okres 36 miesięcy od daty zawarcia umowy.

Z kolei opisując warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej (pkt 4.1.1.4. SIWZ) zamawiający wskazał, iż uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert,
a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie należycie wykonał,
a w przypadku, gdy zamówienie jest w trakcie realizacji - należycie wykonuje, co najmniej dwa zamówienia, każde polegające na świadczeniu usług opieki serwisowej oprogramowania służącego do zarządzania kopiami bezpieczeństwa przez okres co najmniej kolejnych 12 miesięcy, przy czym wartość każdego z tych zamówień w okresie kolejnych 12 miesięcy wynosiła co najmniej 500 000,00 PLN netto (bez podatku VAT). Jednocześnie zaznaczył w treści warunku, że w przypadku zamówienia, które obejmowało również realizację innych świadczeń wymagał będzie, aby zakres zamówienia polegającego na świadczeniu usług opieki serwisowej oprogramowania służącego do zarządzania kopiami bezpieczeństwa obejmował okres co najmniej kolejnych 12 miesięcy, a jego wartość w tym okresie wyniosła co najmniej 500 000,00 PLN netto (bez podatku VAT).

W ocenie Izby, mając na uwadze zakres przedmiotowego zamówienia oraz sposób jego sformułowania w SIWZ, treść warunku była jednoznaczna i nie pozostawiała wątpliwości interpretacyjnych. Przypomnieć należy, że każdy warunek i każdy opis sposobu jego spełnienia musi być analizowany przez pryzmat jego związania z opisem przedmiotu zamówienia oraz proporcjonalności do tegoż. Nie może bowiem umykać cel, dla którego dany warunek został w SIWZ postawiony, a celem tym jest przecież weryfikacja zdolności wykonawcy do realizacji konkretnego zamówienia publicznego.

Zamawiający w treści SIWZ przewidział i wyodrębnił element opisu przedmiotu zamówienia, polegający na świadczeniu opieki serwisowej, opisując następnie zakres tych usług w załączniku nr 2 do umowy. Treść warunku należy odczytywać w ten sposób,
że wykonawca ubiegający się o zamówienie musiał udowodnić, że świadczył już opiekę serwisową w zakresie analogicznym, jaki przewidziany został w opisie przedmiotu zamówienia. Możliwe było zatem potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postepowaniu, w brzmieniu nadanym mu przez zamawiającego wyłącznie wykazując, że w ramach realizowanego zamówienia wykonawca świadczył usługi serwisowe oprogramowania służącego do zarządzania kopiami

bezpieczeństwa przez okres co najmniej 12 miesięcy
z zastrzeżeniem, że wartość usług w tym okresie wynosiła nie mniej niż 500 000,00 PLN netto, a nie, że dostarczał usługi serwisowe świadczone przez podmiot trzeci (producenta oprogramowania).

Inna interpretacja czy to wynikająca z odpowiedzi na odwołanie, czy też prezentowana na rozprawie - jest nieuprawniona. To bowiem wykonawca, który ubiegał się o zamówienie miał być tym podmiotem, który będzie posiadał odpowiednią wiedzę, doświadczenie i kompetencje, aby w sposób należyty realizować ten zakres zamówienia, a nie jedynie zapewnić dostęp do tych usług, świadczonych w efekcie przez producenta. Nie ulega także wątpliwości, że referencyjna wartość w kwocie 500 000,00 zł. odnosić się miała właśnie do czynności, które wyspecyfikowane zostały w ramach świadczenia usług opieki serwisowej. Przypomnieć należy, że zgodnie z załącznikiem nr 2 do umowy w ramach usługi serwisowej przewidziano szereg czynności, które realizować miał wykonawca, a które nie wymagały wsparcia producenta oprogramowania, takich jak np. rozwiązywanie awarii i problemów z oprogramowaniem oraz obsługa zgłoszeń ich dotyczących; wykonywanie cyklicznych przeglądów oprogramowania; udzielanie konsultacji zdalnych; zapewnienie koordynatora umowy serwisowej itp.

Wykonawca Engave na potwierdzenie, że spełnia warunek udziału w postępowaniu opisany w pkt 4.1.1.4. SIWZ przedłożył wykaz usług, sporządzony zgodnie z załącznikiem
nr 8 do SIWZ. W treści wykazu wymienił dwie usługi, jedną realizowaną przez niego, drugą wykonaną przez Veracomp. Jednocześnie, wraz z ofertą, złożone zostało pisemne zobowiązanie tego podmiotu, w trybie art. 22a ustawy Pzp. Zgodnie z nim podmiot trzeci zobowiązał się do udostępnienia przystępującemu swoich zasobów w postaci posiadanej wiedzy i doświadczenia, w zakresie dotyczącym spełnienia wymagań wskazanych w pkt 4.1.1.4. SIWZ.

Z treści złożonego wykazu usług wynikało, że Veracomp w okresie od 1 kwietnia
2020 r. do 31 marca 2021 r. realizuje usługę dla zamawiającego - Narodowego Funduszu Zdrowia polegającą na: „Dostawie usług wsparcia serwisowego oprogramowania służącego do zarządzania kopiami bezpieczeństwa, o wartości powyżej 500 000,00 zł.”. Zamawiający, oceniając to zamówienie zakwestionował przedmiotową usługę zwracając uwagę na dwie kwestie: zbyt krótki okres świadczenia usług oraz okoliczność, że z treści referencji nie wynika, że usługa ta świadczona była na rzecz odbiorcy usługi wymienionego w treści wykazu (NFZ).

Pismem z 7 października 2020 r. przystępujący został wezwany do uzupełnienia przedmiotowego wykazu. W treści uzupełnionego dokumentu wpisał zamówienie polegające na dostawie usług wsparcia systemu beckup, w opisie wskazał dodatkowo jakie oprogramowanie objęte było przedmiotowym wsparciem. Ponadto zadeklarował, że wartość netto usługi, wymienionej w tabeli wyniosła, w okresie od 1 stycznia 2018 r. do 31 grudnia 2018 r. ponad 500 000,00 PLN netto. Z kolei jako okres świadczenia usług wpisano: 1 stycznia 2015 r. - 31 grudnia 2018 r. Wymieniono również producenta oprogramowania - Veritas.

Z treści referencji, złożonej na potwierdzenie, że zamówienie zostało zrealizowane w sposób należyty wynika, że Veracomp realizował „dostawę usług trzyletniego wsparcia serwisowego dla oprogramowania Veritas NetBeckup Platform Base, służącego do zarządzania kopiami bezpieczeństwa”, w kwocie większej niż określona w treści warunku udziału w postępowaniu. Wystawca referencji stwierdza ponadto, że dostawa została wykonana należycie.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w treści wykazu, jak też referencji użyte zostało pojęcie „dostawa usług”. W niniejszym zamówieniu, mając na uwadze przedmiot zamówienia, nie sposób określenia tego interpretować inaczej niż jako zapewnienie dostępu do usług, które faktycznie świadczone były przez producenta tj. Veritas. W tym przypadku stwierdzić należało zatem, że rola Veracomp nie polegała na faktycznym świadczeniu przedmiotowych usług.

Wprawdzie przystępujący wyjaśniał na rozprawie, że w branży IT stosuje się pojęcia
z języka angielskiego, a zatem wymiennie używa się określeń „dostawa usług” i „wykonywanie usług” co oznacza, że dostawa jest tożsama z faktycznym ich świadczeniem to jednak zauważyć należy, że wystawcą referencji jest podmiot krajowy, który z pewnością dostrzega przedmiotową różnicę. Zdaniem Izby nie ulega wątpliwości, że pojęcie „dostawa usług” zostało w treści poświadczenia użyte w sposób zamierzony. Zarówno bowiem w referencji złożonej na potwierdzenie zamówienia wymienionego w pierwszym, jak też w treści drugiego wykazu - użyto określenia tożsamego.

Podkreślić należy także, że zarówno z treści wykazu, jak i z referencji nie wynika,
że możliwe jest interpretowanie tego pojęcia w inny sposób, niż zgodnie z jego literalnym brzmieniem. W obydwu dokumentach brak jest również opisu na czym owa dostawa usług polegała. Przypomnieć należy, że to rolą wykonawcy w postępowaniu jest potwierdzenie,
że spełniony został warunek udziału w postępowaniu w brzmieniu i zakresie opisywanym przez zamawiającego w SIWZ.

Również próba interpretacji treści referencji, dokonywana przez zamawiającego,
nie znajduje oparcia w literalnym jej brzmieniu. Zamawiający wywodzi bowiem jaki był rzeczywisty charakter czynności wchodzących w zakres zamówienia, ze wskazanej daty zakończenia usług, ustalonej na koniec trzeciego roku obowiązywania umowy. Formułując określone wnioski zamawiający nie opiera się jednak na złożonych w postępowaniu dokumentach. Z tych bowiem nie wynika, jak wywodzi zamawiający, że jego zakres
był odmienny od samej nazwy zamówienia tj. „dostawy usług” a polegał na faktycznym
ich świadczeniu. Co do okresu świadczenia usług, który miał dowodzić, że mamy do czynienia ze świadczeniem ciągłym to dostrzec należy, że sam wystawca referencji użył sformułowania: „spółka Veracomp w dniu 31 grudnia 2018 r. zrealizowała (…) dostawę usług”. Nie ma zatem mowy w treści poświadczenia należytego wykonania usługi o ich wykonywaniu w jakimś dłuższym okresie. Jak słusznie zauważył odwołujący nie jest rolą zamawiającego wywodzenie z treści dokumentów, składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu treści, które nie zostały w nim ujęte i na podstawie dokonywanych, własnych interpretacji dowodzić, że warunek został spełniony.

Izba nie podzieliła również argumentacji zamawiającego, że z treści wykazu, poprzez wpisanie jako przedmiot usługi: Wsparcie systemu beckup, Veracomp wykazał, że świadczył samodzielnie usługę wsparcia. Sam ogólny opis nie przesądza jeszcze w jaki sposób wsparcie to było realizowane. Z kolei w kontekście innych zapisów zawartych w wykazie tj. wskazania nazwy usługi oraz treści samej referencji, wywodzić raczej należy, że mamy do czynienia z dostawą usług producenta oprogramowania.

Odnosząc się z kolei do treści zobowiązania do udostępnienia niezbędnych zasobów, złożonego przez Veracomp tj. podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie, Izba
w pierwszej kolejności podkreśla, że podziela stanowisko odwołującego, że warunkiem skutecznego powołania się na potencjał podmiotu trzeciego jest udowodnienie, że potencjał tego podmiotu zostanie faktycznie wykorzystany podczas realizacji zamówienia publicznego. Dodatkowo, w sytuacji, gdy udostępnieniu podlega taki element, jakim jest wiedza
i doświadczenie, niezbędne do jego realizacji, a zatem element, którego w sposób łatwy nie można „przekazać” innemu wykonawcy, koniecznym stanie się udział podmiotu trzeciego
w realizacji tego zamówienia w zakresie, w jakim doszło do udostępnienia potencjału. Nie ulega również wątpliwości, że

oceniając realność udostępnienia zasobów, zamawiający bierze pod uwagę treść złożonego przez podmiot trzeci zobowiązania.

Zamawiający opisując w treści SIWZ kwestie polegania na zasobach podmiotu trzeciego przewidział, że wcelu oceny czy wykonawca, polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów - zobowiązany jest złożyć wraz z ofertą dokumenty, które określają w szczególności: (i) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;
(ii) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonaniu zamówienia publicznego; (iii) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego; (iv) czy podmiot na zdolnościach którego wykonawca polega
w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Wykonawca Engave, wraz z ofertą, złożył zobowiązanie z 25 maja 2020 r., wystawione przez Veracomp, w którym wskazano, że przedmiotem udostępnienia jest wiedza i doświadczenie w realizacji zamówienia spełniającego wymagania opisane w pkt 4.1.1.4 SIWZ, a zatem polegającego na świadczeniu usług opieki serwisowej oprogramowania. Jako zamówienie referencyjne wskazano w treści wykazu: Dostawa usług wsparcia serwisowego oprogramowania służącego do zarządzania kopiami bezpieczeństwa, o wartości powyżej 500 000,00 PLN netto. Termin w jakim realizowana jest usługa: 1 kwietnia 2020 r. do 31 marca 2021 r. Treść zobowiązania wskazuje zatem konkretne zamówienie, wyszczególnione w pierwszym wykazie złożonym na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, realizowane na rzecz NFZ. Przypomnieć należy w tym miejscu, żepolegało ono, na co Izba zwróciła uwagę wcześniej na „dostawie usług wsparcia oprogramowania", a nie na faktycznym realizowaniu tych usług przez podmiot udostępniający zasoby. W tym kontekście za zasadne należy uznać zastrzeżenia odwołującego, który wskazuje, że w przypadku, gdy Veracomp nie świadczył faktycznie przedmiotowej usługi, a jedynie zapewniał dostęp do świadczenia usług serwisowych przez inny podmiot - producenta, to nie można uznać, że możliwym jest transfer takiego doświadczenia przez Veracomp na rzecz Engave. Sam użyczający nie legitymuje się bowiem wymaganym przez zamawiającego doświadczeniem, niezbędnym do wykazania spełnienia warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu. Niniejsze dotyczy zarówno zamówienia wymienionego w pierwotnym wykazie, jak też w wykazie uzupełnionym
na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła natomiast zastrzeżeń w zakresie, w jakim odwołujący zwracał uwagę na brak aktualności zobowiązania w sytuacji, gdy w jego treści wymienione zostało określone zamówienie referencyjne. Samo wskazanie w zobowiązaniu nazwy zamówienia nie oznacza jeszcze, że traci aktualność samo oświadczenie podmiotu trzeciego, który deklaruje udostępnienie swoich zasobów. W okolicznościach niniejszej sprawy istotne jest natomiast, że owo zamówienie referencyjne, jak też wymienione w kolejnym wykazie zamówienie, realizowane przez Veracomp, swoim przedmiotem nie odpowiada treści ustalonego w niniejszym postępowaniu warunku, i wyłącznie z tego powodu treść złożonego oświadczenia może być kwestionowana.

Nie można również zgodzić się z tezą, że brak jest w treści zobowiązania informacji,
w jaki konkretnie sposób ma odbywać się udostępnienie potencjału w postaci doświadczenia. W dokumencie tym znajduje się czytelna i precyzyjna deklaracja, że owo udostępnienie następować będzie poprzez „faktyczny udział w realizacji zamówienia". Jest ono zatem w tym zakresie prawidłowe. Identyfikuje zarówno zamawiającego, jak też podmiot któremu udostępnione zostały zasoby, wskazuje jakiego postępowania dotyczy i w końcu określa także, że podmiot udostępniający zasoby będzie, jako podwykonawca, brał faktyczny udział w realizacji zamówienia.

Budzi natomiast wątpliwości, w kontekście deklaracji złożonej w treści zobowiązania do udostępnienia zasobów, że Veracomp swoją wiedzę i doświadczenie udostępni w zakresie, w jakim realizował usługi opieki serwisowej oprogramowania, służącego do zarządzania kopiami bezpieczeństwa, opisując jednocześnie swój udział jako podwykonawca, treść oświadczenia, które przystępujący złożył w formularzu oferty. Z Formularza oferty (pkt 2.3.) wynika, że podwykonawcami mają być: Hewlett Packard Enterprise oraz Microfocus. O ile w treści JEDZ faktycznie znajduje się zapis, że wykonawca zobowiązany jest wymienić nazwy podwykonawców, na zdolnościach których nie polegał, to powyższego nie można odnosić do treści pkt 2.3. formularza oferty. Zamawiający w pkt 1.8. SIWZ żądał, aby w przypadku powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom - wykonawca wymienił zakres powierzonej im części w formularzu. Przystępujący oprócz zakresu, opisanego jako „świadczenie usług serwisowych" wpisał także nazwy podwykonawców, którym zamierza powierzyć wykonanie zamówienia w tej części. Jak zauważył odwołujący Engave wymienił zatem jako podwykonawców wyłącznie producentów oprogramowania, pomijając całkowicie Veracomp, który przecież w treści zobowiązania zadeklarował swój udział jako podwykonawca.

Z kolei nie sposób zgodzić się z zamawiającym, że wypełnienie i złożenie formularza JEDZ dla Veracomp przesądza o udziale podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. JEDZ stanowi bowiem wyłącznie wstępne oświadczenie o braku podstaw wykluczenia tego podmiotu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, i należy oświadczenia w nim składane oceniać wyłącznie z tej perspektywy.

Tym samym, o ile z treści oświadczenia wykonawcy Veracomp wynika, że będzie brał udział w realizacji zamówienia, to oświadczenie złożone w formularzu oferty wskazuje
na faktyczny brak zamiaru powierzenia Veracomp usług opieki serwisowej.

Dodatkowo, o braku takiego zamiaru świadczy treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny, złożonych przez Engave na wezwanie zamawiającego 9 lipca 2020 r. Odnosząc się bowiem w treści wyjaśnień do ceny zakupu usług wsparcia przystępujący wyjaśnia, że „zadanie
to w całości realizowane jest przez producenta oprogramowania, w ramach ceny ofertowej". Pomija zatem koszty usług wsparcia w zakresie, w jakim świadczyć ma je sam wykonawca, czy też podmiot udostępniający zasoby tj. Veracomp.

Niezależnie od powyższego, ponownie należy podkreślić, że zasadnicze wątpliwości odnoszące się do treści złożonego oświadczenia dotyczą tego, że sam podmiot użyczający zasoby nie legitymował się takim doświadczeniem, jakie było wymagane w treści warunku udziału w postępowaniu, a zatem nie może być ono uznane za prawidłowe.

Mając zatem na uwadze treść warunku udziału w postępowaniu, w brzmieniu nadanym przez zamawiającego należało stwierdzić, że warunek ten nie został przez przystępującego spełniony. Ani z treści pierwszego, ani też drugiego, uzupełnionego wykazu nie wynika, że Engave zrealizował dwie usługi polegające na świadczeniu usług wsparcia w zakresie i kwocie wymaganej w SIWZ. Z uwagi na to, że zamawiający wzywał już przystępującego do uzupełnienia wykazu usług w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dokument ten nie podlega ponownie uzupełnieniu.

Wykonawca zdecydował się na zastąpienie pierwotnie wskazanego w treści wykazu zamówienia zrealizowanego przez Veracomp - innym zamówieniem, wykonanym przez ten sam podmiot chociaż, w myśl art. 22a ust. 6 ustawy Pzp mógł zastąpić go innym podmiotem, lub też zobowiązać się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, wykazując zdolności techniczne lub zawodowe wymagane w postępowaniu. Wyczerpana została zatem również podstawa, wynikająca z treści powyższego przepisu ustawy Pzp. W konsekwencji za zasadny należało uznać zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej - zarzut potwierdził się

Zgodnie z przepisem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

W toku postępowania odwoławczego potwierdziły się zarzuty odwołującego, dotyczące nieprawidłowego badania przez zamawiającego oferty złożonej przez przystępującego. Zamawiający zaniechał wykluczenia z postępowania wykonawcy Engave pomimo, że ten nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Gdyby zamawiający tą czynność wykonał - wynik oceny ofert, dokonany zgodnie z kryteriami byłby inny. Z powyższych powodów zarzut ten należało uznać za zasadny.

Zarzuty naruszenia art. 8 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK - zarzuty te zasługują na uwzględnienie

Izba zwraca na wstępie uwagę, że co do zasady postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Z treści art. 8 ust. 2 ustawy Pzp wynika, że zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie. Dalej ustawodawca, w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp precyzuje, jakie informacje nie są ujawniane do wiadomości publicznej. W przepisie tym czytamy, że 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 udostępnione oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z kolei art. 11 ust. 2 UZNK wprowadza definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa. Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które w całości lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności działania w celu utrzymania ich w poufności.

Co istotne w okolicznościach niniejszej sprawy, to po stronie wykonawcy zastrzegającego określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa, materializuje się obowiązek polegający na wykazaniu, że zastrzegane informacje taką tajemnicę stanowią.

W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: "Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3 ustawy Pzp). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane
do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji,
tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.". Dla zamawiającego z kolei oznacza to obowiązek leżący po jego stronie, polegający na konieczności badania i analizy uzasadnienia dotyczącego składanego przez wykonawcę zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

A zatem, jak wskazano powyżej z jednej strony na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, z drugiej zaś to rolą i obowiązkiem zamawiającego, w toku badania złożonych ofert (w tym przypadku dotyczących wykazu uzupełnionego na wezwanie oraz referencji) jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał. Zamawiający musi ocenić, czy zastrzeżenie informacji nastąpiło w sposób skuteczny, a zatem czy zostały spełnione (przy czym owe okoliczności muszą wystąpić łącznie) następujące przesłanki wynikające z definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: (i) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą; (ii) informacja w całości lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób; (iii) uprawniony podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Izba, po zapoznaniu się z treścią przedmiotowych wyjaśnień zastrzeżenia powyższych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, doszła do przekonania, że zastrzeżenie to należy uznać za bezskuteczne. Sformułowany bowiem przez ustawodawcę obowiązek „wykazania" istnienia powyższych przesłanek oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. A już
z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 UZNK. Analiza uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy wskazuje, że Engave ograniczył się jedynie do omówienia przepisów odnoszących się do tego zagadnienia, a także dodatkowo przytoczył poglądy doktryny i orzecznictwa. Dalej podkreślał, że u wykonawcy (Engave) obowiązują zasady określone w Polityce Bezpieczeństwa, kładąc nacisk na to, że żadna z informacji nie była uprzednio znana albo łatwo dostępna osobom zwykle zajmującym się tego rodzaju informacjami. Ponadto lektura przytoczonego uzasadnienia prowadzi do wniosku, że tylko nieliczne jego fragmenty miały charakter merytoryczny, ale i te uznać należy za nad wyraz ogólne, lakoniczne i nieprecyzyjne. Ponadto, oprócz samego zastrzeżenia wykonawca nie poparł zawartych w nim twierdzeń żadnymi dowodami, które mogłyby potwierdzać zasadność zastrzeżonych danych.

Nie sposób nie dostrzec również, że informacje zastrzeżone jako tajemnica dotyczą podmiotu, który udostępnił

wykonawcy swoje zasoby, a nie samego przystępującego. Brak jest dokumentu, z którego wynikałoby z jakich powodów zasadne jest zastrzeżenie jako tajemnicy, danych odnoszących się do wykazu usług i referencji Veracomp. Za nietrafioną należy uznać argumentację zamawiającego, że wynika to z treści zobowiązania
do udostępnienia zasobów. Po pierwsze samo upoważnienie do zastrzeżenia tych informacji w poufności nie przesądza jeszcze o zasadności dokonanego zastrzeżenia. Ponadto, jak słusznie zauważył odwołujący, zastrzeżeniu podlegał również sam fakt udostepnienia zasobów przez Veracomp, a dane te zostały przez zamawiającego ujawnione. Uznać należy zatem, że w tym zakresie nie uznano zasadności dokonanego zastrzeżenia.

W samym uzasadnieniu zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa Veracomp, znajduje się jedynie wzmianka na ten temat. Dotyczy ona tego, że podwykonawca zamieścił w ofercie następujące dokumenty, obejmując je tajemnicą przedsiębiorstwa: Wykaz wykonanych zamówień wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie. W dalszej części uzasadnienia brak jest szczegółowo opisanych powodów dokonanego zastrzeżenia, opisanych szczegółowo przesłanek wynikających z treści przepisów, poza zapewnieniem o tym, że przedsięwzięto środki ochrony w celu ochrony tych informacji, co również nie zostało poparte żadnymi dowodami.

Ponadto, co kluczowe w sprawie, zamawiający przeprowadził procedurę w zakresie skuteczności zastrzeżenia informacji przekazanych zamawiającemu 12 października 2020 r., o czym świadczy treść pisma skierowanego do Engave 27 października 2020 r. W swoim stanowisku zamawiający informuje, że zakończył procedurę weryfikacji złożonych dokumentów pod względem skuteczności ich zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa. W efekcie podjął decyzję o uznaniu za bezskuteczne utajnienie większość informacji zawartych w wykazie (załącznik nr 8 do SIWZ) oraz referencji. Z niewiadomych powodów, opierając się na tożsamym uzasadnieniu zastrzeżenia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa uznał, że ochronie podlega jedynie informacja znajdująca się w treści wykazu i referencji, odnosząca się do podmiotu wydającego referencję.

Przypomnieć należy, że skuteczność zastrzeżenia informacji badana jest na podstawie uzasadnienia, które w tym przypadku było jedno i odnosiło się do wszystkich danych zawartych w wykazie i referencji. Nie sposób zatem podzielić poglądu zamawiającego, że Engave skutecznie zastrzegł jedynie informacje dotyczące podmiotu trzeciego, na rzecz którego Veracomp świadczył przedmiotową usługę. Z treści uzasadnienia nie wynika w szczególności, że ta właśnie informacja winna podlegać szczególnej ochronie, gdyż posiada ona dla Veracomp wartość gospodarczą.

Zamawiający na rozprawie stwierdził, że uznał zasadność zastrzeżenia tej właśnie informacji gdyż okoliczność, że informacja dotycząca nazwy partnera handlowego ma dla wykonawcy wartość gospodarczą, jest wiedzą wręcz powszechną. Z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Przypomnieć należy, że podstawą ochrony informacji w postępowaniu jest wyłącznie uzasadnienie zastrzeżenia przedstawione przez wykonawcę oraz załączone do niego dowody. Zamawiający nie może zastępować wykonawcy i decydować, w sposób wybiórczy i nie oparty na argumentacji przez niego przedstawianej, które dane zasługują na ochronę, a które zastrzeżenia uznać należy za nieskuteczne. Z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu.

W tym kontekście zauważyć również należy, że poszukiwanie przez zamawiającego dodatkowych argumentów, nie znajdujących oparcia w dokumentacji postępowania, które mają uzasadniać skuteczność zastrzeżenia - jest działaniem nieprawidłowym. Okoliczność wskazywana w odpowiedzi na odwołanie, że nie było podstaw do podważenia skuteczności zastrzeżenia z tego powodu, że „z informacji dostępnej na stronie internetowej Veracomp wynika, że podmiot ten posiada prestiżowy certyfikat jakości ISO 9001:2015, który obejmuje także wewnętrzny system kontroli, jest bez znaczenia z dwóch powodów. Po pierwsze, jak wskazano powyżej, argumentacja ta nie wynika z treści uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Po drugie, nie sposób zgodzić się z tezą, że sam fakt posiadania takiego certyfikatu upoważnia do korzystania z ochrony informacji przez danego wykonawcę.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania skład orzekający uznał, że zarzuty naruszenia art. 8 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp znalazły potwierdzenie w zebranym w sprawie materiale dowodowym. Skutkiem bezzasadnego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest, leżący po stronie zamawiającego, obowiązek odtajnienia takich danych. Jak zauważył Sąd Najwyższy w uchwale z 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05 w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających z SIWZ. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Tym samym rezultatem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest odtajnienie danych nieskutecznie zastrzeżonych, o czym Izba orzekła w sentencji wyroku.

Nie sposób przy tym zgodzić się z argumentacją zamawiającego, że ujawnienie nazwy firmy, na rzecz której Veracomp świadczył usługi było bez znaczenia w tym sensie, że pomimo zastrzeżenia tej informacji odwołujący był w stanie wywieść obszerne i kompletne odwołanie, dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Mając na uwadze, że przedmiotem sporu była nie tylko treść samego warunku, ale też zakres usług, które Veracomp świadczył na rzecz podmiotu, którego dane zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, ich ujawnienie pozwoliłoby odwołującemu na weryfikację treści złożonego wykazu i referencji i bezsporne ustalenie czy zamówienie polegało wyłącznie na dostawie usług, a nie ich świadczeniu przez Veracomp. W konsekwencji pozwoliłoby na jednoznaczne sformułowanie zarzutów odwołania.

Z powyższych powodów Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

Przewodniczący: ……
Członkowie: ……
……