

Wyrok

z dnia 4 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Paulina Rypińska

po rozpatrzeniu na rozprawie dnia 30 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 czerwca 2022 r. przez wykonawcę Sutco-Polska Sp. z o.o., ul. Hutnicza 10, 40-241 Katowice w postępowaniu prowadzonym przez Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawa Sp. z o.o., ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa

przy udziale wykonawcy SIGMA S.A., Barak 6, 21-002 Jastków zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Sutco-Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt: KIO 1547/22

Uzasadnienie

Zamawiający: Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie sp. z o.o. ul. Obozowa 43, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa i montaż wraz z projektowaniem wykonawczym urządzeń wchodzących w skład linii technologicznej do segregacji odpadów surowcowych zbieranych selektywnie wraz z infrastrukturą towarzyszącą”, nr postępowania: SZP.27.55.2021.LK, Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano 24 grudnia 2021 r. w Dzienniku Urzędowym UE 2021 /S 250-660135.

Odwołujący: Sutco-Polska sp. z o.o. ul. Hutnicza 10, 40-241 Katowice wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego.

ZARZUTY. W toku Postępowania Zamawiający naruszył następujące przepisy:

art. 226 ust. 1 pkt 2a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8, 10 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art.

16 pkt 1-3 PZP przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy SIGMA S.A. z siedzibą w Jastkowie, dalej „Sigma”, mimo iż wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, co miało istotny wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje dotyczące oceny spełniania przez ww. wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do pkt 6.2.2.4.1 SWZ (doświadczenie wykonawcy) oraz pkt 6.2.2.4.2 lit a) SWZ (doświadczenie Przedstawiciela Wykonawcy);

oraz art. 128 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8, 10 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez bezzasadne wezwanie wykonawcy Sigma do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazu osób i doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Przedstawiciela Wykonawcy w przypadku, gdy ww. podmiot powinien być wykluczony z postępowania a jego oferta odrzucona z uwagi na spełnienie przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp, a w takim przypadku nie ma zastosowania procedura uzupełniania dokumentów; ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia ww. zarzutów:

art. 226 ust. 1 pkt 2b w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Sigma, mimo iż nie wykazał on spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej - 6.2.2.4.2 lit a) SWZ (doświadczenie Przedstawiciela Wykonawcy), bowiem doświadczenie

osoby wskazane w uzupełnionym we trybie art. 128 ust. 1 Pzp wykazie osób w zakresie Kontraktu nr 3 nie potwierdzenia spełniania warunku przez Sigmę;
oraz ewentualnie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp przez zaniechanie wezwania Sigma do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do pkt 6.2.2.4.1 SWZ (doświadczenie wykonawcy);

2. art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r („uznk”) przez zaniechanie ujawnienia dokumentów bezzasadnie zastrzeżonych przez wykonawcę Sigma jako tajemnica przedsiębiorstwa: dane zawarte w schemacie zamaszynowienia (schemat graficzny 3D w skali kompatybilnej do projektu budowlanego) stanowiący Załącznik nr 05A do OPZ oraz w treści Załącznika nr IB do Części II SWZ - Wykaz urządzeń wykorzystywanych w projekcie - tabele nr od 1 do 13, pomimo że zastrzeżone przez Sigma informacje nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również wykonawca nie wykazał zasadności zastrzeżenia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa;

ewentualnie w przypadku uznania przez Izbę, że ww. zarzut podlega oddaleniu:
art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty

Sigma, pomimo iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia - w zakresie opisanym w treści uzasadnienia odwołania.

ŻĄDANIA

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów odwołania;
3. odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu dokumentów Sigma zawierających dane zawarte w schemacie zamaszynowienia (schemat graficzny 3D w skali kompatybilnej do projektu budowlanego) stanowiący Załącznik nr 05A do OPZ oraz w treści Załącznika nr IB do Części II SWZ - Wykaz urządzeń wykorzystywanych w projekcie - tabele nr od 1 do 13;
4. odrzucenia oferty Sigma i unieważnienia czynności wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp (czynność z dnia 20 maja 2022 r.);
5. ewentualnie - w przypadku oddalenia odwołania w zakresie zarzutu związanego z odrzuceniem oferty wykonawcy - wezwania Sigma do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do pkt 6.2.2.4.1 SWZ (doświadczenie wykonawcy);

6. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwolujący jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu. Oferta Odwołującego jako jedyna pozostała powinna uzyskać najwyższą ilość punktów. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Skuteczność wykazania interesu we wniesieniu odwołania w przypadku bezzasadności utajnienia dokumentów, potwierdziła KIO, m.in. w wyroku KIO 2446/15.

UZASADNIENIE

Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Sigma na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b Pzp oraz zarzut ewentualny związany z zaniechaniem wezwania Sigma do uzupełnienia dokumentów w odniesieniu do doświadczenia wykonawcy zgodnie z pkt „6.2.2.4.1. swz idw (zarzut cofnięty).

Wskazano na wymaganie w zakresie realizacji co najmniej dwóch kontraktów postawione w odniesieniu do doświadczenia osoby wskazywanej na stanowisko Przedstawiciela Wykonawcy w pkt 6.2.2.4.2 lit. a swz:

„a) 1 (jedną) osobą, która zostanie skierowana do pełnienia funkcji Przedstawiciela Wykonawcy, która, (i) posiada wykształcenie wyższe techniczne, (ii) w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert pełniła funkcję Przedstawiciela Wykonawcy lub Dyrektora Budowy lub Menadżera Kontraktu lub funkcję równoważną do wymienionych, polegającą na zarządzaniu realizacją co najmniej 2 (dwóch) kontraktów na:

- dostawę i montaż instalacji sortowania odpadów komunalnych lub na - roboty budowlane dotyczące instalacji sortowania odpadów komunalnych, o wartości min. 19 000 000,00 PLN netto każdy.

Minimalny wymagany okres pełnienia powyższych funkcji przy zarządzaniu realizacją każdego z dwóch kontraktów to 6 miesięcy nieprzerwanie (...)

Na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy (zarzut cofnięty) Sigma wskazała dwa zamówienia - w tym jedno z nich dotyczyło projektu: „Zaprojektowanie linii składającej się z urządzeń i maszyn do mechanicznego przetwarzania odpadów, zaprojektowanie linii składającej się z urządzeń i maszyn do sortowania odpadów oraz dostawa, montaż i uruchomienie tych urządzeń i maszyn wraz z wykonaniem prac towarzyszących w hali sortowni i na terenie do niej przylegającym, na obszarze zakładu w Julkowie, gm. Skierniewice” - zamówienie zrealizowane w okresie 15.07.2015 r. - 12.08.2016 r. na rzecz EKO-REGION sp. z o.o.

To zamówienie zostało też powołane dla wykazania doświadczenia osoby wskazanej przez Sigma na stanowisko Przedstawiciela Wykonawcy - Pana M. T. . W przypadku wykazu osób ww. zamówienie zostało określone jako „Kontrakt nr 1”.

W dniu 2 maja 2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Sigma na podstawie art. 128 ust. 4 Pzp do udzielenia wyjaśnień w zakresie ww. zamówienia. Zamawiający powziął informację, że zamówienie dotyczące zakładu w Julkowie stanowiło dwa odrębne zamówienia realizowane w wyniku przeprowadzenia dwóch postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji zostało wykonane w oparciu o dwie umowy:

- Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia nr 2015/S 138-254542 „Dostawa i montaż urządzeń do mechanicznego przetwarzania odpadów wraz z projektem Julków/ 2015” - wartości netto 3.699.000,00 zł;

- Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia nr 2015/S 009-011516 „Dostawa i montaż urządzeń do segregacji odpadów - Julków/ 2015” - o wartości netto 15.800.000,00 zł.

Zamawiający wskazując na wątpliwości w odniesieniu do wykazu osób wezwał Sigmę do wyjaśnień czy zamówienie dotyczące zakładu w Julkowie było wykonane w oparciu o dwie umowy, a jeśli tak to jaki był zakres tych umów i na jaką kwotę opiewały poszczególne umowy.

W odpowiedzi (pismo z dnia 5 maja 2022 r.) Sigma przyznała, że „Kontrakt nr 1 został zrealizowany w ramach jednego zadania - kontraktu na gruncie dwóch umów”. Wykonawca wskazał, że umowy były ze sobą powiązane oraz stanowią inwestycję etapową. Jednocześnie Sigma uznała, że doświadczenie zdobyte w oparciu o dwie umowy jest prawidłowe w kontekście warunku, gdyż Zamawiający nie zdefiniował jak rozumieć pojęcie kontrakt i nigdzie nie zastrzegł, że taka forma wykazania spełniania warunku może być niewłaściwa.

W dniu 20 maja 2022 r. Zamawiający a podstawie art. 128 ust. 1 PZP wezwał wykonawcę Sigma do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazu osób i osoby wskazanej na stanowisko Przedstawiciela Wykonawcy. W uzasadnieniu wezwania Zamawiający wskazał, że nie uznaje wyjaśnień wykonawcy, iż na potwierdzenie spełniania wymagań można było wskazać doświadczenie obejmujące dwie umowy. Zamawiający stwierdził m.in., że:

a. ustawa Pzp definiuje zamówienie jako umowę (w liczbie pojedynczej) odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług (art. 7 pkt

32 Pzp);

b. definicja pojęcia kontrakt, której użyto w SWZ, jak i przyjęte w obrocie gospodarczym znaczenie tego słowa jednoznacznie wskazuje, że kontrakt to umowa a nie grupa umów czy zadanie;

c. mając na uwadze brzmienie pkt 2.19 i 31.1 SWZ oraz pkt 6.2.2.4.1 i 6.2.2.4.2 SWZ Zamawiający zrównuje pojęcie zamówienia z kontraktem, a zatem odrębne umowy realizowane przez wykonawcę nie mogą być uznane za jeden kontrakt - jedno zamówienie

d. każda z umów dotycząca zakładu w Julkowie miała odrębny zakres (umowa nr 1 dotyczyła projektu linii dla instalacji przetwarzania odpadów a umowa nr 2 dotyczyła projektu linii dla sortowania odpadów) i stanowiła odrębne zamówienie publiczne, które mogło być udzielone innemu wykonawcy.

1 2. W konsekwencji Zamawiający uznał, że Sigma powinna uzupełnić dokumenty potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie osoby Przedstawiciela Wykonawcy.

W odpowiedzi z 25 maja 2022 r. Sigma po raz kolejny zakwestionowała zasadność wezwania wskazując, że dopuszczalne było posłużenie się zadaniem realizowanym w oparciu o dwie umowy w celu wykazania doświadczenia osoby Przedstawiciela Wykonawcy. Jednocześnie, wykonawca uzupełnił wykaz osób wskazując w nim także kolejne zamówienie dla Przedstawiciela Wykonawcy Pana M. T. - Kontrakt nr 3, zamówienie zrealizowane na rzecz EKOPAK sp. z o.o.

Przedstawiony powyżej stan faktyczny potwierdza, iż wykonawca Sigma powinien zostać wykluczony z postępowania przede wszystkim z tego względu, iż podał zarówno w wykazie dostaw (poz. 1), jak w wykazie osób (Kontrakt 1) wprowadzające w błąd informacje sugerujące, że realizacja w zakładzie w Julkowie stanowiła zamówienie realizowane w oparciu o jeden kontrakt. W wykazie osób zamówienie zostało określone jako Kontrakt nr 1, co wskazuje, że było wykonywane w ramach jednej umowy. Okolicznością bezsporną test, że inwestycja w zakładzie w Julkowie nie była realizowana w oparciu o jeden kontrakt tylko zakres wskazany w wykazie przez Sigmę był realizowany w oparciu o dwa odrębne zamówienia.

15. Zamawiający w wezwaniu z dnia 20 maja 2022 r. opisał szeroko i wyczerpująco dlaczego doświadczenie zdobyte w oparciu o dwie umowy nie może być uznane za prawidłowe - Odwołujący również wskazuje na ww. argumenty jako uzasadniające odmowę uznania doświadczenia dotyczącego zakładu w Julkowie za prawidłowe. Skoro Zamawiający literalnie w treści SWZ wskazał tak w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej dotyczącego doświadczenia wykonawcy oraz doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Przedstawiciela Wykonawcy, iż powinno odnosić się do kontraktu, to nie sposób uznać, że ów kontrakt może być podzielony na kilka umów. Stanowisko Sigma nie tylko jest sprzeczne z literalną treścią warunku udziału w postępowaniu, ale także wypacza jego sens. Gdyby Zamawiający dopuszczał możliwość sumowania zakresów oraz wartości kilku umów to nie ulega wątpliwości fakt, że w SWZ nie doprecyzowałby, iż poprzez zamówienie należy rozumieć kontrakt. W przypadku, gdyby to z punktu widzenia Zamawiającego nie było istotne, opis warunku dotyczyłby zakresu wymaganych dostaw i instalacji bez zastrzeżenia czy powinny być rozumiane jako kontrakt. Sigma, która z tak sformułowanym warunkiem się nie zgadza była uprawniona wnieść odwołanie na jego nieproporcjonalność na etapie publikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz swz.

Warunek podlega wykładni językowej, a to oznacza, że powinien być interpretowany zgodnie z jego literalną treścią - ani na korzyść ani na niekorzyść wykonawcy, a obiektywnie.

Akceptacja stanowiska Sigma prowadzi natomiast do przyjęcia skrajnie korzystnej dla ww. podmiotu i niewynikającej z wykładni językowej treści warunku - tj. uznania, że kontrakt to w istocie nie umowa i może być wykazany poprzez zsumowanie dowolnej ilości umów. Innymi słowy, w ocenie Sigma (i Zamawiającego, który częściowo w odniesieniu do doświadczenia

wykonawcy takie stanowisko zaaprobował) można rozumieć dowolnie. Nie sposób zgodzić się z taką interpretacją - na etapie składania ofert nie można odchodzić od treści wymagań, które są wiążące tak dla wykonawców, jak i dla Zamawiającego. W wyroku KIO 1736/14 Izba stwierdziła, że „Udostępnienie siwz jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w siwz. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm siwz, jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wskazując na powyższe stwierdzić należy, iż zamawiający, na etapie oceny ofert, nie jest uprawniony do zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy nadawania jego zapisom innego znaczenia niż wynikająca z ich oczywistego brzmienia. Postanowienia specyfikacji są dla niego wiążące i wyłącznie na ich podstawie może on oceniać treść złożonych ofert. Możliwość zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest określona przepisami art. 36 ust. 4 i następne ustawy Pzp i może mieć miejsce wyłącznie przed upływem terminu składania ofert”.

Gdyby powyższe nie było istotne i w SWZ nie znajdowało się zastrzeżenie o konieczności odnoszenia zamówienia do kontraktu, to potencjalnie w postępowaniu mogłyby wziąć udział również inne podmioty. Skoro takie sformułowanie zostało uwzględnione w warunku zdolności technicznej i zawodowej to powinno być respektowane na etapie badania ofert. Jeżeli nawet przyjąć, iż Sigma miała wątpliwości w zakresie rozumienia warunku (choć jest on jednoznaczny dla przeciętnego odbiorcy), to powinna na etapie publikacji dokumentów zamówienia zadać właściwe pytania do treści ogłoszenia i SWZ lub zakwestionować warunek jako nadmierny, a nie dążyć do liberalizacji na etapie oceny ofert.

W odniesieniu do wyroku TSUE w sprawie C-387/14 powoływanego przez wykonawcę Sigma należy zauważyć, iż w tej sprawie rozpatrywana była sprawa, w której zamawiający nie wykluczył możliwości wskazywania doświadczenia zdobytego w ramach kilku umów („Dlatego też, jeżeli - tak jak w sprawie rozpatrywanej w postępowaniu głównym możliwości powołania się na doświadczenie zdobyte przy większej liczbie zamówień nie wykluczono ani w ogłoszeniu o zamówieniu, ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, instytucja zamawiająca pod kontrolą właściwych sądów krajowych powinna sprawdzić, czy połączone doświadczenie z dwóch umów tub z większej ich liczby, zważywszy na charakter danych prac oraz na przedmiot i cele danego zamówienia, pozwala zapewnić jego prawidłowe wykonanie”).

W niniejszej sprawie Zamawiający wyraźnie wskazał, że zamówienie należy rozumieć jak jeden kontrakt a zatem pierwszeństwo ma wykładnia literalna treści SWZ.

Należy uznać, że Sigma w taki sposób opisała doświadczenie w ramach wykazu dostaw jak i wykazu osób, który nie informował, że dostawy w ramach realizacji na rzecz zakładu w Julkowie były realizowane w oparciu o dwa kontrakty (umowy). Jak było wskazane w przypadku wykazu osób były nawet nazwane „Kontraktem nr 1”. Dopiero analiza doświadczenia przeprowadzona przez Zamawiającego doprowadziła do ujawnienia, że w tym przypadku nie mamy do czynienia z jednym kontraktem ale z odrębnymi umowami dotyczącymi dwóch odrębnych (choć wykonywanych na jednym zakładzie) zamówień publicznych. Nie sposób nie uznać, że Sigma nie zdawała sobie sprawy z literalnej treści SWZ - sposób opisanie ww. realizacji w wykazach wskazuje, że został on sporządzony w taki sposób celowo (w sposób sugerujący, że był to jeden kontrakt), a przynajmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa (poprzez dokonanie skrajnej nadinterpretacji warunku na korzyść tego wykonawcy). Wykonawca powinien być w wykazach wskazać, że jest to doświadczenie zdobyte w oparciu o dwie umowy, tak aby Zamawiający miał szansę ocenić ofertę zgodnie z faktycznym zakresem tego doświadczenia. Opisane powyżej okoliczności jako istotne z punktu widzenia oceny doświadczenia nie powinny być zatajone a fakt, że Zamawiający samodzielnie zorientował się o rzeczywistym zakresie doświadczenia nie zwalnia w żaden sposób wykonawcy z obowiązku przedkładania rzetelnych informacji. Profesjonalny charakter działalności wykonawcy wskazuje na rażące niedbalstwo, o ile nie celowe działanie wykonawcy, zmierzające do wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do spełniania warunku udziału w postępowaniu (art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp). Z całą pewnością działanie Sigma wypełnia znamiona co najmniej lekkomyślności i niedbalstwa w przedstawianiu informacji Zamawiającemu, które miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu (art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp). Informacje te dotyczą bowiem warunku udziału w postępowaniu i oceny doświadczenia wykonawcy oraz osób wskazywanych na potwierdzenie spełnienia wymagań.

W przypadku uznania, że doszło do wprowadzenia w błąd i wypełnienia przesłanek wykluczenia w ww. zakresie należy uznać, że bezzasadne było wezwanie Sigma 20 maja 2022 r. do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 Pzp. Nie sposób przepisu tego

wykorzystywać w celu sanowania błędu wykonawcy polegającego na próbie zatajenia istotnych dla oceny spełnienia warunku udziału informacji nie można zastąpić informacji nieprawdziwej prawdziwą.

W przypadku nieuwzględnienia ww. zarzutów wskazujemy, że zamówienie wskazane w uzupełnionym w trybie art. 128 ust. 1 PZP dla Pana M. T. wykazie osób - Kontrakt nr 3 wykonane na rzecz EKOPAK sp. z o.o. nie potwierdza spełnienia wymagań. Przedmiotowe zamówienie dotyczy doświadczenia realizowanego w okresie 04.2021 r. - 04.2022 r. To oznacza, że na dzień składania ofert (25.02.2022 r.) inwestycja nie była zakończona, a instalacja nie była w użytkowaniu. Należy wskazać, że np. w odniesieniu do doświadczenia innych osób np. - Kierownika montażu i rozruchu oraz Projektanta technologii sortowni Zamawiający wprost w treści SWZ oraz w udzielanych do SWZ odpowiedziach na pytania dopuszczał, aby instalacja była niefunkcjonująca (nie w stałym użyciu). W przypadku Przedstawiciela Wykonawcy takiego zastrzeżenia brak. Niezależnie od powyższego Przedstawiciel Wykonawcy pełni funkcję zarządzającą na całej inwestycji a warunek dotyczył kontraktu obejmującego dostawę i montaż instalacji. Nie sposób uznać, że wykonawca mógłby w tym kontekście wskazać doświadczenie, które na dzień składania ofert nie zostało zakończone. W odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 9 lutego 2022 r. zamawiający skrócił ilość nieprzerwanego doświadczenia przy konkretnym kontrakcie dla Przedstawiciela Wykonawcy z 10 do 6 miesięcy. W uzasadnieniu wniosku o zmianę SWZ jeden z wykonawców wskazał, że:

Jednocześnie uważamy, iż kryterium czasu realizacji przedsięwzięcia określonego na min. 10 miesięcy nie odzwierciedla możliwości potencjalnego Wykonawcy. Podobny zakres kontraktów (projektowanie, produkcja, wykonawstwo, montaż i uruchomienie linii technologicznych o podobnych parametrach jak w postępowaniu, byliśmy w stanie wykonać w czasie krótszym, tj. ok. 6 miesięcy, co daje gwarancję wykonania zakresu przetargu w okresie dłuższym, wymaganym przez Zamawiającego.

Powyższe wskazuje, że doświadczenie Przedstawiciela Wykonawcy należy interpretować jako odnoszące się do inwestycji zakończonej na dzień składania ofert. A zatem także z tego względu należy uznać, że Sigma nie wykazała spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Biorąc pod uwagę fakt, że jest to inwestycja „uzupełniona” w wykazie osób to brak jest możliwości ponownego wezwania do uzupełnienia w tym zakresie.

Z ostrożności, w przypadku oddalenia przez Izbę ww. zarzutów w zakresie zasadności wykluczenia wykonawcy Sigma wskazać należy, iż zasadne jest wezwanie wykonawcy Sigma do uzupełnienia wykazu dostaw - pkt 6.2.2.4.1 SWZ. Analogicznie jak w zakresie doświadczenia osoby wskazywanej na stanowisko Przedstawiciela Wykonawcy Zamawiający powinien dojść do wniosku, że to samo doświadczenie dotyczące zakładu w Julkowie z poz. 1 wykazu dostaw nie powinno być wykonane w oparciu o dwie umowy. Warunek udziału w postępowaniu w tym zakresie wyklucza możliwość sumowania kilku kontraktów. Nie można uznać, że jeden kontrakt może być rozumiany jako kilka umów. Skoro do takich wniosków doszedł Zamawiający w odniesieniu do tej samej inwestycji i analogicznego warunku w zakresie doświadczenia osoby na stanowisko Przedstawiciela Wykonawcy, to konsekwentnie powinien także uznać, że również doświadczenie z poz. 1 wykazu dostaw nie spełnia wymagań określonych w SWZ. W każdym z warunków jest zastrzeżenie, że doświadczenie powinno być odnoszone do kontraktu. Zamawiający w wezwaniach do wyjaśnień z dnia 2 maja 2022 r. oraz z dnia 12 maja 2022 r. wyraźnie wskazywał na wątpliwości dotyczące także warunku z pkt 6.2.2.4.1 SWZ. Niezrozumiałe jest zatem zakwestionowanie w wezwaniu z dnia 20 maja 2022 r. wyłącznie doświadczenia dotyczącego doświadczenia osoby Przedstawiciela Wykonawcy. Warto też wskazać, że w wyniku złożonych przez Sigmę wyjaśnień brak jest informacji czy cały zakres na potwierdzenie spełnienia warunku był wykonany w ramach jednego z kontraktów (np. w zakresie wydajności czy separatorów wymienionych w tiretach i-iv pkt 6.2.2.4.1 SWZ, w odpowiedzi z dnia 16 maja 2022 r. Sigma nie wskazał, że umowa nr 2 przykładowo obejmowała także kompletację urządzeń). Można przyjąć, że gdyby tak było to nie ulega wątpliwości fakt, że w wykazie nie zostałyby wpisane doświadczenie zsumowane z dwóch odrębnych umów. Z odpowiedzi udzielanych przez Sigmę wynika, że niezbędne jest łączne wykazywania doświadczenia.

Zasadne i konieczne jest zatem także wezwanie Sigma do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazu dostaw.

II. Zaniechanie odtajnienia dokumentów złożonych przez Sigma.

Zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, w związku z tym, przestanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp, Zamawiający jest uprawniony do zachowania - na wniosek wykonawcy - poufności informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust 2 uznk. W celu

skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest nie tylko wykazanie, iż dane informacje spełniają obiektywne przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 1 1 ust. 2 uznk, ale również - prawidłowe wykazanie tego faktu. Bezzasadność dokonanego zastrzeżenia, brak złożenia uzasadnienia lub też złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia albo niezłożenie dowodów potwierdzających podjęcie przez wykonawcę środków zmierzających do zachowania informacji w poufności musi skutkować odstąpieniem zastrzeganych informacji.

2. Obowiązek zbadania prawidłowości dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia spoczywa na Zamawiającym, który zgodnie z art. 18 ust. 1-3, jak również art. 16 Pzp, zobowiązany jest do rzetelnego przeprowadzenia tej czynności i ujawnienia informacji nieprawidłowo objętych przez wykonawcę klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie z poglądami doktryny: „W orzecznictwie KIO ugruntowało się stanowisko, że wymóg wykazania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oznacza, że nie składając wyjaśnień, a także w niezbędnym zakresie stosownych dowodów wykonawca rezygnuje w postępowaniu z ochrony informacji, które uprzednio, poza tym postępowaniem mogły spełniać przesłanki z art. 11 ust. 4 ZNKU (KIO 545/ 16, KIO 563/16, KIO 561/15, KIO 1730/15). Pogląd ten znajduje także odzwierciedlenie w orzecznictwie sądów - zob. wyr. SO w Przemyślu z 11.5.2015 r., I Ca 131/15, niepubl. ” (M. Jaworska (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 6, 2018 r.).

3. Stanowisko to zostało potwierdzone w orzeczeniach KIO 291 / 15, KIO 2475/16:

Zgodnie z art. 1 1 ust. 2 uznk przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość 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.

Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: a. ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób, podjęto w stosunku do niej działania w celu utrzymania ich w poufności.

Zastrzeżenie przez wykonawcę Sigma całości dokumentów ujawniających dane zawarte w schemacie zamaszynowania (schemat graficzny 3D w skali kompatybilnej do projektu budowlanego) stanowiący Załącznik nr 05A do OPZ oraz w treści Załącznika nr IB do Części II SWZ - Wykaz urządzeń wykorzystywanych w projekcie - tabele nr od 1 do 13 było bezpodstawne.

Z całą pewnością złożone przez Sigma wyjaśnienia tajemnicy są ogólne i w żaden sposób nie potwierdzają zasadności poczynionego utajnienia.

Odnosząc się do samego zastrzeżenia poufności dokumentów należy wskazać, że Sigma powołała bardzo ogólne okoliczności uzasadniające utajnienie dokumentów. Sformułowania wskazujące na uwzględnienie w dokumentach „unikalnych rozwiązań” czy rozwiązań „specjalistycznych, unikalnych usprawiedliwiających przypuszczenie, że inni wykonawcy mogą wykorzystać je w sposób nieuprawniony”, których ujawnienie mogłoby spowodować „zaburzenie konkurencji pomiędzy SIGMA S.A. a pozostałymi wykonawcami, którzy będą zainteresowani realizacją Etapu 2 inwestycji” nie są wystarczające do wyłączenia zasady jawności postępowania. Wyjaśnienie powinno być konkretne i nawiązujące do zastrzeganych informacji.

Nie sposób zgodzić się z treścią wyjaśnień wykonawcy, który wskazuje, że ochrona tajemnicy wynika z unikalnego i specjalistycznego charakteru rozwiązania oraz faktu doboru właściwego rozwiązania do wymagań SWZ na potrzeby tego postępowania. Należy wskazać, że umiejętność doboru rozwiązania w celu spełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego nie jest z automatu chroniona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Taka umiejętność stanowi bowiem niezbędne minimum, które powinien wykazać wykonawca, aby jego oferta nie została odrzucona z postępowania. Prawidłowy dobór urządzeń do wymagań dokumentacji postępowania jest wymagany od każdego wykonawcy w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Co więcej, jeżeli unikalne rozwiązanie zostało przygotowane na bazie doświadczeń na potrzeby tego postępowania, to tym bardziej nie stanowi ono tajemnicy gdyż dotyczy tego postępowania o udzielenie zamówienia i weryfikacji zgodności zaoferowanego rozwiązania w tym konkretnym postępowaniu przetargowym.

Co więcej, wykonawca Sigma wskazał na specjalistyczny charakter rozwiązania, jednak nie

określił nawet z jakiego rodzaju tajemnicą w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy mamy do czynienia. Co równie istotne Sigma nie wskazała na wartość gospodarczą zastrzeganych informacji. Nie każda informacja z punktu widzenia przedsiębiorstwa nawet jeżeli ma charakter techniczny lub technologiczny lub organizacyjny ma wartość gospodarczą, która jako odrębna przesłanka powinna być wykazana. Wykonawca dążąc zatem do zastrzeżenia informacji powinien także wykazać w stosunku do nich wartość gospodarczą.

W złożonych wyjaśnieniach nie podała wartości gospodarczej dla żadnej z zastrzeganych informacji, a co więcej nawet do wartości gospodarczej się nie odniosła, a tym samym zastrzeżenie jawności informacji jest nieskuteczne.

Lakoniczne wskazanie na możliwość zaburzenia konkurencji po odtajnieniu dokumentów ma charakter hipotetyczny i nie zostało w żaden sposób uprawdopodobnione. Sigma wyraziła jedynie przypuszczenie, że inni wykonawcy mogą wykorzystywać informacje w sposób nieuprawniony - nie wskazała nawet czy kiedykolwiek znajdowała się w takiej sytuacji. Nie można z definicji łączyć możliwości zapoznania się z dokumentami w celu oceny zgodności oferty wykonawcy z SWZ w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z bezprawnym wykorzystywaniem informacji przez inne podmioty. W odniesieniu do rozważań o zaburzeniu konkurencji w ramach Etapu 2 inwestycji należy wskazać ten argument za całkowicie bezzasadny. Etap 2 polegający na zwiększeniu wydajności w wyniku doposażenia instalacji (por. pkt 1.1 Załącznika nr 3 - Opis Procesu Sortowania) będzie realizowany w przyszłości w ramach odrębnego zamówienia, w ramach którego będą mogli wziąć udział wszyscy zainteresowani wykonawcy. Wykonawca nie wskazał w jaki sposób interes Sigma miałby być w takiej sytuacji naruszony. Można stwierdzić nawet, że to bezzasadne utajnienie informacji w Etapie 1 może zaburzyć konkurencję w planowanym postępowaniu w ramach Etapu 2.

12. Należy stwierdzić, że zasadność odtajnienia w odniesieniu do całości dokumentów uzasadnia nie tylko złożenie wyjaśnień ogólnych, a te również brak przedłożenia dowodów uzasadniających podjęcie działań mających na celu zachowanie informacji w poufności. W wyroku KIO z dnia 9 czerwca 2020 KIO 477/20, Izba wprost stwierdziła, że mimo iż zastrzeżone dokumenty co do zasady potencjalnie posiadały walor tajemnicy jednak w związku z brakiem dowodów odtajnieniu podlegała cała ich treść. Z dokumentów udostępnionych Odwołującemu wynika, że Sigma nie wykazała, że wykonawca podjął w stosunku do zastrzeżonych informacji kroki mające na celu zachowanie informacji w poufności - wykonawca nie przedstawił w wyjaśnieniach żadnych dowodów na tę okoliczność. Samo wskazanie, że cyt. „Wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, w szczególności poprzez zobowiązanie wszystkich pracowników, współpracowników i osób zaangażowanych w przygotowanie Oferty do zachowania poufności, nieujawnianie ich osobom postronnym, niepublikowanie na stronie internetowej, w mediach społecznościowych czy jakichkolwiek mediach branżowych”, bez złożenia jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie ww. twierdzeń, jest bezzasadne, ogólne i niewystarczające. Skoro wykonawca deklaruje, że stosuje w swoim przedsiębiorstwie szereg środków (w tym zobowiązania pracowników, współpracowników, wszystkich podmiotów zaangażowanych w przygotowanie oferty) to nie ulega wątpliwości, że mógł i powinien je przedstawić w toku postępowania przetargowego.

Jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie Izby przedstawienie samych wyjaśnień tajemnicy (zwłaszcza ogólnych) bez dołączenia do nich odpowiednich dowodów jest niewystarczające:

Poza tym nie wszystkie informacje objęte wyjaśnieniami mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa - wobec czego tak dokonane zastrzeżenie poufności jest działaniem bezpodstawnym.

Za nieuzasadnione należy uznać zastrzeżenie całości dokumentu, w sytuacji, gdy może on zawierać także informacje nie zasługujące na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności całości dokumentów jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji jej prawidłowości, a w konsekwencji weryfikacji działań Zamawiającego polegających na ocenie zgodności zaoferowanego rozwiązania z SWZ, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie zostało dokonane bezzasadnie i w sposób niezgodny z wymaganiami a zatem oferta powinna być odtajniona w celu m.in. umożliwienia Odwołującemu jej weryfikacji ewentualnie skorzystania ze środków ochrony prawnej jeżeli część techniczna będzie zawierała do tego podstawy. Utrzymanie zastrzeżenia, stanowi naruszenie nie tylko art. 18 ust. 1-3 Pzp, ale również zasady równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 16 pkt 1 Pzp.

Tym samym, zasadne i konieczne jest odtajnienie dokumentów bezzasadnie objętych

poufnością przez wykonawcę Sigma.

III. Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Sigma z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia - zarzut ewentualny do zarzutu tajemnicy.

Odwolującemu nie zostały udostępnione dokumenty dołączone do oferty Sigma. Powyższe uniemożliwia szczegółowe odniesienie się do ich treści oraz weryfikację zgodności zaoferowanego rozwiązania z wymaganiami. Niemniej jednak w przypadku oddalenia przez Izbę zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia oferty Sigma wskazujemy, że oferta ww. wykonawcy jako niezgodna z SWZ powinna zostać od rzucona.

2. Zamawiający w treści SWZ oraz odpowiedziach na pytania postawił jednoznaczne wymagania dotyczące procesu technologicznego sortowania odpadów i oczekiwał jednoznacznych efektów technologicznych, które miała zapewnić linia oferowana przez wykonawców linia sortownicza.

3. Przykładowo Zamawiający oczekiwał:

a. Zgodnie z odpowiedzią z dnia 09.02.2022 r. na pytania 8 i 9 oraz wymaganiami na str. 26 OPZ Zamawiający wymagał wydzielanie w kabinie wstępnej do osobnych kontenerów o poj. min. 32 m³ :

1) Gabarytowego balastu, 2/ folii, 3) Kartonu

b. Zgodnie z odpowiedzią z dnia 09.02.2022 r. na pytanie 1 oraz zawarty na stronie 93 OPZ wymóg wydzielania >80% papieru z frakcji 50/60-340 mm Zamawiający wymagał zapewnienia odzysku papieru z całego strumienia frakcji średniej, a nie tylko ze strumienia 2D po separacji balistycznej.

c. Zgodnie z odpowiedzią z dnia 09.02.2022 r. na pytanie 5 oraz zgodnie z odpowiedzią z dnia 04.02.2022 r. na pytanie 17 wykonawcy miał wskazać urządzenia kluczowe dla instalacji, które to urządzenia zgodnie z zapisem na str. 9 OPZ mają oferować parametry zapobiegające konieczności ich wymiany lub dublowania przy rozbudowie instalacji.

d. W odpowiedzi z dnia 04.02.2022 r. na pytanie 18 Zamawiający wymaga automatycznego wydzielania jako osobnych i niezmiśnanych produktów (tj. frakcji surowcowych) przez separatory optyczne zgodnie z zapisami ujętymi w Części III SWZ OPZ Część A.

Na str. 93 i 94 Części III SWZ OPZ Część A wśród parametrów gwarantowanych Zamawiający wymaga wydzielania w procesie automatycznej segregacji:
o min. 9 jednorodnych frakcji materiałowych tworzyw sztucznych o min. 2 jednorodnych frakcji metali, tj. metali żelaznych i nieżelaznych o min. 2 jednorodnych frakcji papieru, tj. karton i papier mix, o kartoników wielomateriałowych.

Ponadto na str. 14 Części III SWZ OPZ Część A Zamawiający wskazuje wymagane frakcje surowcowe do wydzielania.

g. Zgodnie z pkt 3.2.B.(v) OPZ str. 14 Zamawiający wymaga wydzielania mieszaniny frakcji materiałowych energetycznych przeznaczonych do termicznego przetwarzania i skierowania ich opcjonalnie na instalację ponowne zawrócenie do procesu celem pogłębienia poziomów odzysku frakcji utraconych na sprawnościach urządzeń.

h. Zgodnie z pkt 4.3.3.4. OPZ str. 26 Zamawiający wymaga, aby separatory optyczne umożliwiały wydzielanie zarówno pozytywne, jak i negatywne tworzyw sztucznych, papieru i kartonu, PCV oraz kartoników na napojach.

Zgodnie z odpowiedzią z dnia 09.02.2022 r. na pytanie 2 Zamawiający oczekuje od Wykonawców wskazania jakie frakcje i na jakich urządzeniach, względnie kabinach sortowniczych zostaną wydzielone na przedstawionej przez Wykonawców instalacji.

W celu weryfikacji treści ofert Zamawiający wymagał załączenia do oferty FORMULARZA TECHNICZNEGO zgodnie z Załącznik nr IB do części II SWZ - wzór Formularza Technicznego Oferty. Zgodnie z treścią Formularza Technicznego oferta powinna obejmować schematy zamaszynowania dla Etapu 1 oraz Etapu 2 inwestycji, jak również wykaz urządzeń wykorzystanych w projekcie oraz inne informacje pozwalające na ocenę, czy zawarte w ofercie rozwiązania spełniają wymagania określone w treści OPZ. W pkt 4 na str. 1 Formularza Oferty Technicznej Zamawiający wyraźnie wskazał, że „Zamawiający wymaga zawarcia w ofercie rozwiązań wymaganych w treści OPZ”. Jednocześnie zgodnie z pkt 12.5.3 SWZ wypełniony formularz techniczny wraz ze schematem zamaszynowania stanowił merytoryczną treść oferty.

W ocenie Odwołującego wymagania techniczne nie zostały spełnione przez wykonawcę Sigma. W szczególności nie zostały najprawdopodobniej uwzględnione w Formularzu Technicznym (np. na schematach) mimo, iż stanowią one istotne z punktu widzenia realizacji przedmiotu zamówienia wymagania. W przypadku odpowiedzi na pytanie nr 2 z dnia 9.02.2022 r. Zamawiający wskazywał nawet wprost, że oczekuje przedstawienia jakie frakcje i na jakich urządzeniach (względnie kabinach sortowniczych) zostaną wydzielone.

Podsumowując, argumentacja wyżej przedstawiona potwierdza zasadność i konieczność wniesienia niniejszego odwołania.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Uzasadniając stanowisko wskazał, co następuje.

I. ZARZUT nr 1

1. [Warunki udziału] Zamawiający w pkt 6.2.2.4. Części I SWZ postawił warunki dotyczące zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy w zakresie odnoszącym się do doświadczenia wykonawcy (pkt 6.2.2.4.1. SWZ) oraz osób skierowanych do realizacji zamówienia (pkt 6.2.2.4.2. SWZ) na funkcji: a) „Przedstawiciela Wykonawcy”, b) „Kierownika montażu i rozruchu”, c) „Projektanta technologii sortowni”, d) „Menadżera BIM” (lit. d).

Po zmianie SWZ dnia 09.02.2022 r. (pismo SZP.27.55.2021.8.LK) dotyczącej warunku sformułowanego w odniesieniu do osoby skierowanej do pełnienia funkcji „Przedstawiciela Wykonawcy” (pkt 6.2.2.4.2. a, Zamawiający oczekiwał od wykonawców wykazaniem się: a) 1 (jedną) osobą, która zostanie skierowana do pełnienia funkcji Przedstawiciela Wykonawcy, która:

(i) posiada wykształcenie wyższe techniczne,

(ii) w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert pełniła funkcję Przedstawiciela Wykonawcy lub Dyrektora Budowy lub Menadżera Kontraktu lub funkcję równoważną do wymienionych, polegającą na zarządzaniu realizacją co najmniej 2 (dwóch) kontraktów na: - dostawę i montaż instalacji sortowania odpadów komunalnych lub na - roboty budowlane dotyczące instalacji sortowania odpadów komunalnych, o wartości min. 19 000 000,00 PLN netto każdy.

Minimalny wymagany okres pełnienia powyższych funkcji przy zarządzaniu realizacją każdego z dwóch kontraktów to 6 miesięcy nieprzerwanie.

2. [Podmiotowe środki dowodowe]. Na potwierdzenie spełniania ww. warunków udziału, przewidziano w pkt 7.3.1.3. i 7.3.1.4. SWZ obowiązek złożenia następujących dokumentów: a) „wykaz dostaw wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane lub są wykonywane oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. (...) Wykaz powinien być zgodny z wymaganiami określonymi w pkt. 6.2.2.4.1. IDW i sporządzony wg wzoru Wykazu w Załączniku nr 3 do Części II SWZ. b) wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności:

- Przedstawiciela Wykonawcy odpowiedzialnego w szczególności za kierowanie realizacją przedmiotu zamówienia, /.../ Wzór wykazu stanowi Załącznik 4 do Części II SWZ.”

3. [Pojęcia „zamówienie” i „kontrakt” w SWZ i wzorach oświadczeń]

Warunki w zakresie doświadczenia (pkt 6.2.2.4.1. SWZ) odnosiły się do wymogu wykazania się zrealizowanymi „zamówieniami” a w odniesieniu do doświadczenia osób (pkt 6.2.2.4.2 lit. a) SWZ) - doświadczenia w zarządzaniu „kontraktami”.

Sformułowanie ujęte w pkt 6.2.2.4.1. SWZ „zamówienie (kontrakt)” miało na celu doprecyzowanie, iż chodzi o jedno zamówienie realizowane na rzecz jednego zamawiającego, który dostarczył w sposób kompleksowy całą instalację sortowni odpadów komunalnych. Z reguły kompleksowe dostawy instalacji realizowane są na podstawie jednego kontraktu, jednak celem Zamawiającego nie było ograniczenie wykazywania się

doświadczeniem wykonawcom, którzy dostarczyli kompleksowo instalację na rzecz jednego zamawiającego, tyle że na podstawie odrębnych umów. Z tego względu, takie ograniczenie w warunku 6.2.2.4.1. SWZ się nie znalazło a Zamawiający użył pojęcia „zamówienia”.

W odniesieniu natomiast do warunku pkt 6.2.2.4.2a SWZ warunek dotyczący osób delegowanych na funkcję Przedstawiciela Wykonawcy, został sformułowany odmiennie i ograniczał się jedynie do doświadczeniu w co najmniej 6-miesięcznym (nieprzerwanym) zarządzaniu „kontraktami” (nie „zamówieniami”) obejmującymi wskazany w warunku przedmiot zamówienia (dostawa i montaż instalacji sortowania lub roboty dotyczące instalacji sortowania) o wartości min. 19 000 000 zł netto. Zamawiający, odmiennie niż w warunku doświadczenia wykonawcy 6.2.2.4.1 SWZ, w warunku 6.2.2.4.2.a SWZ odnoszącego się do Przedstawiciela Wykonawcy nie użył sformułowania „zamówienie” jak i formułował wymóg nieprzerwanego zarządzania kontraktem, co oznaczało, iż warunek ten odnosi do zarządzania jednym kontraktem (umową). Stąd też, w ocenie Zamawiającego, z treści warunku wynikało ograniczenie możliwości wykazywania się doświadczeniem przez Przedstawiciela Wykonawcy tylko do doświadczenia zdobytego na podstawie jednego kontraktu (umowy).

Powyższe nazewnictwo znalazło swój wyraz w treści wzorcowych oświadczeń. Konsekwentnie, wzór oświadczenia „Wykaz wykonanych dostaw” zobowiązywał wykonawców do podania informacji o realizowanych „zamówieniach” (Kolumna 2, 5 i 6 odpowiednio „Nazwa i przedmiot zamówienia”, „Podmiot na rzecz którego zamówienie zostało wykonane” i „Data wykonania zamówienia”) jak stanowił pkt 6.2.2.4.1. SWZ. W odniesieniu natomiast do oświadczenia osób, „Wykaz osób” przewidywał wskazanie doświadczenia osób w zakresie zarządzania „kontraktami”.

Zamawiający w warunkach stosował odmienne terminy „zamówienia” oraz „kontraktu”.

4. [Podmiotowe środki dowodowe SIGMA] SIGMA w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych przewidzianych w SWZ, pismem z 11.04.2022 r. (wpływ do Zamawiającego 12.04.2022 r.) złożył m.in.:

1) Oświadczenie „Wykaz wykonanych dostaw” wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 3 do Części II SWZ wskazując w nim nazwy i przedmiot dwóch referencyjnych „zamówień” (kolumna 2), w tym w poz. 1 zamówienie w przedmiocie „Zaprojektowanie linii składającej się z urządzeń i maszyn do mechanicznego przetwarzania odpadów, zaprojektowanie linii składającej się z urządzeń i maszyn do sortowania odpadów oraz dostawa, montaż i uruchomienie tych urządzeń i maszyn wraz z wykonaniem prac towarzyszących w hali sortowni i na terenie do niej przylegającym, na obszarze zakładu w Julkowie, gm. Skierniewice”.

Ponadto, wraz z informacją o przedmiocie zamówień, SIGMA w oświadczeniu przedstawił informacje o wydajności sortowni (kolumna 4), wyposażenia sortowni (kolumna 5), podmiotu

na rzecz którego „zamówienie” zostało wykonane - „EkoRegion” Sp. z o.o. z/s w Bełchatowie (kolumna 6), daty wykonania „zamówienia” - od 15.07.2015 r. do 12.08.2016 r.

(kolumna 7).

2) Referencje „Eko-Region” wykonania zamówienia z poz. 1 „Wykazu dostaw”.

Treść dołączonych referencji wskazywała, iż przedmiot zamówienia realizowany był w dwóch etapach, których wartość została połączona: „Całość przedmiotu zamówienia (etap I i II) wykonana została w terminie od dnia 15 lipca 2015 roku do dnia 12 sierpnia 2016 roku. Łączna wartość wykonanych robót to 19 499 000,00 PLN netto.”

3) Oświadczenie „Wykaz osób” wg wzoru Zał 3 do Części II SWZ wskazując w poz. 1 osobę na stanowisko Przedstawiciela Wykonawcy z informacją o doświadczeniu

zawodowym (kolumna 5).

SIGMA składając oświadczenie posłużył się terminem „kontrakt” zgodnie z terminami przyjętymi we wzorze oświadczenia. SIGMA przedstawił informacje o realizowanych „kontraktach” wskazując, iż Przedstawiciel Wykonawcy posiada doświadczenie w realizacji „kontraktu” wskazanego w pkt 1 „Wykazu wykonanych dostaw” (jako „zamówienie”).

Tym samym, SIGMA w treści składanych oświadczeń przyjął odmienne terminy „zamówienia” i „kontraktu”, których sam Zamawiający używał w warunkach i wzorach oświadczeń.

5. [Wątpliwości Zamawiającego] Złożony dokument referencyjny wskazywał, iż referencyjne zamówienie w pozycji 1 „Wykazu wykonanych dostaw” wskazane jednocześnie

jako „Kontrakt 1” zarządzany przez wskazanego w „Wykazie osób” Przedstawiciela Wykonawcy, realizowane było w dwóch etapach.

Powyższe potwierdzała dokonana przez Zamawiającego analiza ogłoszeń o udzielonych zamówieniach nr 2015/S 138-254542 z 21.07.2015 r. oraz nr 2016/S 009-011516 z 14.01.2016 r., która również wskazywała, iż referencyjne dostawy ujęte w poz. 1 „Wykazu dostaw” realizowane były na podstawie dwóch odrębnych umów.

Powyższe wzbudziło wątpliwości, stąd Zamawiający 02.05.2022 r. oraz z 12.05.2022 r. wezwał SIGMA do wyjaśnienia powyższych wątpliwości.

6. [Wyjaśnienia SIGMA] W odpowiedzi SIGMA (pisma z 05.05.2022 r. i 16.05.2022 r.) wyjaśnił, iż realizowane zamówienie (kontrakt) wykonywane było w oparciu o dwie umowy tj. 1) umowę na zadanie pn. „Zaprojektowanie linii składającej się z urządzeń i maszyn do mechanicznego przetwarzania odpadów oraz o dostawę, montaż i uruchomienie tych

urządzeń i maszyn wraz z wykonaniem prac towarzyszących, w hali sortowni i na terenie do niej przylegającym, na obszarze zakładu w Julkowie, gm. Skierniewice” o wartości 3 699 000,00 PLN + VAT.

2) umowę na zadanie pn. „Zaprojektowanie linii składającej się z urządzeń i maszyn do sortowania odpadów oraz o dostawę, montaż, uruchomienie, przeprowadzenie pracy próbnej tych urządzeń i maszyn wraz z wykonaniem prac towarzyszących, w hali sortowni i na terenie do niej przylegającym, na obszarze zakładu w Julkowie, gm. Skierniewice” o wartości 15 800 000,00 PLN + VAT.

Jak wynikało z treści udzielanych wyjaśnień, obie umowy obejmowały wykonanie jednego zamówienia w dwóch etapach. Powyższe znajdowało swe jednoznaczne potwierdzenie w

cytowanej treści referencji przez „Eko-Region” Sp. z o.o.

7. [Pozycja 1 w „Wykazie wykonanych dostaw” - jedno zamówienie]

Na podstawie (1) treści oświadczenia „Wykaz wykonanych dostaw”, (2) treści referencji (3) treści udzielonych wyjaśnień SIGMA jak i (4) treści ogłoszeń publikowanych w DzUUE (5) treści uzupełnionego oświadczenia „Wykaz osób”, Zamawiający uznał, iż okoliczności faktyczne wskazują, iż zamówienie wskazane w pozycji 1 złożonego „Wykazu wykonanych dostaw” do którego odnosi się „Kontrakt nr 1” wskazany w „Wykazie osób” było jednym zamówieniem, tyle że realizowanym w częściach.

W ocenie Zamawiającego spełnione zostały przesłanki definiujące jedno zamówienie a więc przesłanki tożsamości przedmiotowej, czasowej i podmiotowej, tyle że formalnie realizacja obu etapów zamówienia miała miejsce na podstawie dwóch odrębnych umów.

1) Przesłanka przedmiotowa.

Jak wynika z treści ogłoszeń o zamówieniu obie umowy dotyczą „podobnego” przedmiotu realizowanego dla tego samego zamawiającego („EkoRegion Sp. z o.o. Przedmiotem pierwszej umowy było: „Wykonawca w ramach przedmiotu zamówienia zobowiązany jest do wykonania projektu linii składającej się z urządzeń i maszyn do mechanicznego przetwarzania odpadów oraz do dostawy, montażu i uruchomienia tych urządzeń i maszyn wraz z wykonaniem prac towarzyszących - w hali sortowni i na terenie do niej przylegającym, na obszarze zakładu w Julkowie, gm. Skierniewice.” Kod CPV: 42417200 Przenośniki, 43411000 Maszyny sortujące i przesiewające. (pkt II.1.5. i II.1.6. ogło o zamówieniu z 27.05.2015 r.. Natomiast przedmiotem drugiej umowy było „Wykonanie przez Wykonawcę projektu linii składającej się z urządzeń i maszyn do sortowania odpadów oraz do dostawy, montażu, uruchomienia i przeprowadzenia pracy próbnej tych urządzeń i maszyn wraz z wykonaniem prac towarzyszących - w hali sortowni i na terenie do niej przylegającym, na obszarze zakładu w Julkowie,” Kod CPV: 42417200 Przenośniki, 43411000 Maszyny sortujące i przesiewające, 51500000 Usługi instalowania maszyn i urządzeń. (pkt II.1.5. i II.1.6. ogło z 24.10.2015 r. nr 2015/S 207-375369). Przedmiot obu umów realizowany był w tym samym miejscu - Zakład/Instalacja Przetwarzania Odpadów w Julkowie, gm. Skierniewice - na terenie planowanego do wybudowania budynku hali sortowni (pkt II.1.2 ww. ogłoszeń).

2) Przesłanka czasowa. Postępowania były wszczęte w tym samym czasie - publikacja obu ogłoszeń o zamówieniu odpowiednio w dniach 25.05.2015 r. oraz 24.10.2015 r.

3) Przesłanka podmiotowa. Obie części zamówienia skierowane były do tej samej grupy przedsiębiorców, którzy w zakresie swej działalności oferowali wykonanie jednego jak i drugiego przedmiotu zamówienia, o czym świadczy choćby fakt, iż obie części zamówienia pozyskał ten sam wykonawca.

8. [Uzasadnienie uznania warunków za spełnione przez SIGMA]

1) Odnośnie warunku doświadczenia wykonawcy (pkt 6.2.2.4.1 SWZ) - dotyczy zarzutu cofniętego.

2) Odnośnie warunku doświadczenia Przedstawiciela Wykonawcy (pkt 6.2.2.4.2.a SWZ).

W odpowiedzi na argumentację Odwołującego ewentualnego zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 pzp (pkt 27 uzasadnienia odwołania) wskazującą na brak konsekwencji Zamawiającego, który w analogicznej sytuacji wezwał do uzupełnienia „Wykazu osób” uznając, iż jego doświadczenie jest niewystraszające, Zamawiający chciałby wskazać na różnice pomiędzy warunkiem doświadczenia wykonawcy (pkt 6.2.2.4.1. SWZ a warunkiem dotyczącym doświadczenia Przedstawiciela Wykonawcy (pkt 6.2.2.4.2. lit. a) SWZ). Zamawiający w warunku pkt 6.2.2.4.2a dotyczącym Przedstawiciela Wykonawcy nie użył terminu „zamówienie” jak i formułował wymóg nieprzerwanego zarządzania kontraktem, co oznaczało, iż warunek ten odnosi do zarządzania jednym kontraktem (umową). Stąd też, w ocenie Zamawiającego, z treści warunku wynikało ograniczenie możliwości wykazywania się doświadczeniem przez Przedstawiciela Wykonawcy tylko do doświadczenia zdobytego na podstawie jednego kontraktu (umowy).

Z tego powodu Zamawiający uznał, iż SIGMA nie potwierdziła spełnienia warunku zarządzania kontraktem (umową), którego wartość wynosiła minimum 19 000 000 zł netto, albowiem wartość poszczególnych umów stanowiących przedmiot zamówienia wskazanego w poz. 1 „Wykazu osób” była niższa niż kwota wskazana w warunku. Konsekwentnie, Zamawiający zobligowany był wezwać SIGMA do uzupełniania dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 pzp (wezwanie z dnia 20.05.2022 r. znak: SZP.27.55.2021.23.LK).

9. [Zarzut główny naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10, art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 16 pkt 1-3 - dalej: „zarzut główny”]

W odniesieniu do zarzutu głównego w związku z wprowadzeniem w błąd przy przedstawianiu informacji że spełnia ww. warunki, Odwołujący dopatruje się podstaw wykluczenia SIGMA z postępowania z tego względu, iż SIGMA „podał zarówno w Wykazie dostaw (poz. 1), jak w Wykazie osób (Kontrakt 1) wprowadzające w błąd informacje sugerujące, że realizacja w zakładzie w Julkowie stanowiła zamówienie realizowane w oparciu o jeden kontrakt. W wykazie osób zamówienie zostało określone jako jeden Kontrakt nr 1, co wskazuje że było wykonane w ramach jednej umowy.” (pkt 14 uzasadnienia odwołania)

Aby wykluczyć wykonawcę z postępowania w oparciu o jedną z podstaw prawnych, Odwołujący zobowiązany jest wykazać łączne spełnienie przesłanek ujętych w w zarzucie odwołania przepisów.

10. [Wprowadzenie w błąd] Przesłanką konieczną dla zastosowania przywołanych podstaw wykluczenia jest przedstawienie informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd.

Mając na względzie orzecznictwo, Zamawiający, oceniając czy informacje wykonawcy wprowadzają go w błąd, powinien ograniczyć się do ustalenia, czy dana informacja jest prawdziwa, czy nieprawdziwa.

SIGMA podając informację o wykonawstwie jednego „zamówienia” (pkt 1 „Wykazu wykonanych dostaw”) oraz przywołując to zamówienie jako Kontrakt nr 1 w „Wykazie osób”, które realizowane było w dwóch etapach (informacja wynikająca z treści referencji) podał informacje prawdziwe. Powyższe potwierdziła analiza ogłoszeń o zamówieniach.

Wprawdzie SIGMA nie podał informacji o „umowach” stanowiących części wskazanego przedmiotu „zamówienia”, niemniej jednak SWZ jak i wzorcowe dokumenty nie formułowały jednoznacznie obowiązku podania informacji w stosunku do „umowy”. Warunki udziału odnosiły się do „zamówienia”.

Złożony „Wykaz dostaw” i „Wykaz osób”, jest odpowiedzią na sformułowane przez Zamawiającego wymaganie w takim brzmieniu, jak interpretował je SIGMA. Z tego powodu, nie było podstaw do stosowania sankcji przewidzianych w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 pzp. Zamawiający podkreśla także, iż treść referencji wskazywała, iż zamówienie realizowane jest w dwu etapach. Stwierdzenie tego faktu zostało dokonane w oparciu o dokumenty przedstawione przez SIGMA. Potwierdzenie realizacji zamówienia na podstawie dwóch umów zostało potwierdzone.

Nawet, gdyby hipotetycznie założyć - z czym Zamawiający się nie zgadza - że SIGMA nie złożyła informacji o umowach stanowiących podstawę wykonania zamówienia (kontraktu) w sposób nieprawidłowy, SIGMA nie ponosi w tym zakresie winy z uwagi na treść warunku SWZ pkt 6.2.2.4.1. i treść wzorcowego oświadczenia „Wykaz dostaw”, które nie odnosiły się

do wymogu realizacji wymaganych dostaw na podstawie „umowy” lecz „zamówienia”.

W stosunku do warunku 6.2.24.2.a (Przedstawiciel Wykonawcy) niezależnie od formułowanego przez Zamawiającego stanowiska utożsamiającego „kontrakt” z „umową”, wywiedzenie zasady dokonywania oceny spełniania wymogu posiadania doświadczenia Przedstawiciela Wykonawcy w oparciu o „umowę” wymagało od wykonawców zastosowania zabiegów interpretacyjnych, których wynik może być błędny i nie zawsze zbieżny z wynikiem wykładni Zamawiającego. Pojęcie „kontraktu” nie zostało zdefiniowane wprost w SWZ przez to Zamawiający dopuszcza sytuację, w której wykonawcy przedstawiając informacje dotyczące doświadczenia Przedstawiciela Wykonawcy na potwierdzenie spełnienia warunku, działali w błędnym przekonaniu, iż informacje te potwierdzają spełnienie warunków. Z tego powodu, trudno wykonawcy przypisać winę w sformułowaniu Wykazu, który odnosił się do realizacji „zamówienia” złożonego z dwu umów, a nie w odniesieniu do poszczególnych umów.

Pogląd ten znajduje swe uzasadnienie w orzecznictwie. Zatem odpadają podstawy wykluczenia tego wykonawcy w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 pzp.

Niezależnie od powyższego nie została spełniona kolejna przesłanka „istotnego wpływ na decyzje zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia” wynikająca z braku informacji o dwu umowach stanowiących podstawę dla wykonania referencyjnego zamówienia wskazywanego w poz. 1 „Wykazu wykonanych dostaw” jak i w pkt 1 „Wykazu osób”. Normy zawarte w pkt art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 nakazują ustalić, czy doszło w realiach konkretnej sprawy do wprowadzenia w błąd, a jeśli tak, to czy był to błąd „istotny”.

W odniesieniu do warunku dot. Przedstawiciela Wykonawcy (pkt 6.2.2.4.2.a SWZ) ocena umów przez Zamawiającego doprowadziła do wniosku, iż „Wykaz osób” wymaga uzupełnienia, co SIGMA uczyniła wskazując, iż osoba wskazana na funkcję Przedstawiciela Wykonawcy, poza wskazanymi w pierwotnym oświadczeniu „Wykaz osób”, zrzędała także innym (trzecim) „kontraktem”, który potwierdzał spełnianie warunków o których mowa w pkt 6.2.2.4.2.a SWZ. Tym samym, ta sama osoba wskazana na funkcję Przedstawiciela Wykonawcy, spełniała warunek.

W tych okolicznościach wykluczenie SIGMA stanowiłoby środek nieproporcjonalny do znaczenia informacji dotyczących poszczególnych umów stanowiących „zamówienie”.

13. Wobec braku podstaw do wykluczenia SIGMA na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10

ppz, Zamawiający miał tym samym podstawy prawne do wezwania SIGMA na podstawie art. 128 ust. 1 pzp do uzupełniania „Wykazu osób” (pismo z 20.05.2022 r.).

14. [Zarzut ewentualny - naruszenie art. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b)w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy pzp - zaniechanie wykluczenia]

Odwolujący w pkt 25 uzasadnienia odwołania zarzuca nie wykazanie spełnienia warunku udziału określonego w pkt 6.2.2.4.2a SIWZ przez osobę wskazaną na funkcję Przedstawiciela Wykonawcy z tego powodu, iż zamówienie wskazane w uzupełnionym „wykazie osób” wykonane na rzecz EKOPAK Sp. z o.o. nie potwierdza spełnienia warunków albowiem doświadczenie w nieprzerwanym zarządzaniu kontraktem przez okres 6 miesięcy odnosi się do kontraktu realizowanego w okresie 04.2021 - 04.2022 r., a więc częściowo po upływie terminu składania ofert (25.02.2022 r.). Zgodnie z pkt 6.2.2.4.2.a SWZ w odniesieniu do osoby skierowanej do pełnienia funkcji „Przedstawiciela Wykonawcy” Zamawiający oczekiwał wykazaniem się:

1 (jedną) osobą, która zostanie skierowana do pełnienia funkcji Przedstawiciela Wykonawcy, która:

(i) posiada wykształcenie wyższe techniczne,

(ii) w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert pełniła funkcję Przedstawiciela Wykonawcy /.../ lub funkcję równoważną polegającą na zarządzaniu realizacją co najmniej 2 (dwóch) kontraktów na: - dostawę i montaż instalacji sortowania odpadów komunalnych lub na - roboty budowlane dotyczące instalacji sortowania odpadów komunalnych, o wartości min. 19 000 000,00 PLN netto każdy.

Minimalny wymagany okres pełnienia powyższych funkcji przy zarządzaniu realizacją każdego z dwóch kontraktów to 6 miesięcy nieprzerwanie.

Tym samym, brak jest zastrzeżenia, aby sprawowanie funkcji zarządzania kontraktem ograniczało się do kontraktu zakończony czy też dotyczyło instalacji funkcjonującej (będącej w użyciu). Wymóg ciągłego 6-miesięcznego zarządzania kontraktem odnosił się do określonych rodzajowo kontraktów, natomiast z warunku SWZ nie wynika aby wymóg sprawowania funkcji zarządzania kontraktem dotyczył całego okresu w którym kontrakt obowiązywał. Wbrew stanowisku Odwołującego w pkt 19 uzasadnienia odwołania o konieczności literalnego czytania warunków, Odwołujący uzasadniając w pkt 25 zarzut, odchodzi od literalnego brzmienia warunków udziału (pkt 6.2.2.4.2.a)-c) SWZ). Odwołujący powołuje się na treść innych warunków, sformułowanych w odniesieniu do pozostałych funkcji, tj. „Kierownika montażu i rozruchu” pkt 6.2.2.4.2. lit. b) SWZ) oraz „Projektanta technologii sortowni” (pkt 6.2.2.4.2. lit. c) SWZ), wskazując, iż skoro w warunku dotyczącym tych funkcji znalazło się zastrzeżenie, iż instalacja może nie funkcjonować (nie być w stałym użyciu), to brak takiego zastrzeżenia w odniesieniu do funkcji Przedstawiciela Wykonawcy oznacza, iż warunek należy interpretować jako odnoszący się do inwestycji zakończonej na dzień składania ofert.

W kontekście takiego argumentu istotne jest również przywołanie warunków odnoszących się do funkcji „Kierownika montażu i rozruchu” oraz „Projektanta technologii sortowni”. Zgodnie z pkt 6.2.2.4.2. lit. b) i c) SWZ:

b) 1 (jedną) osobą, która zostanie skierowana do pełnienia funkcji Kierownika montażu i rozruchu, która:

(i) posiada wykształcenie wyższe techniczne,

(ii) w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert pełniła funkcję Kierownika montażu i rozruchu oraz uczestniczyła w próbach eksploatacyjnych przy realizacji co najmniej 2 (dwóch) kontraktów na dostawę instalacji sortowni odpadów komunalnych spełniającej wymagania określone w warunku, o którym mowa w pkt 6.2.2.4.1. z wyłączeniem konieczności spełniania wymagania, iż kontrakt obejmował również wykonanie wykonawczego projektu technologicznego instalacji oraz wymagania, aby instalacja sortowni odpadów była aktualnie funkcjonująca (będąca w stałym użyciu). Minimalny wymagany okres pełnienia funkcji Kierownika montażu i rozruchu przy realizacji każdego z dwóch kontraktów to 6 miesięcy nieprzerwanie.

Warunek odnoszący się do funkcji Przedstawiciela wykonawcy nie odwoływał się do instalacji spełniającej wymogi określone w warunku doświadczenia wykonawcy o którym mowa w pkt 6.2.2.4.1. SWZ, a więc instalacji funkcjonującej. Tym samym, dokonanie takiego zastrzeżenia w warunku dotyczącym Przedstawiciela Wykonawcy było zbędne, inaczej niż w odniesieniu do funkcji pozostałych. Zamawiający nie sformułował także warunku, aby pełnienie funkcji przy zarządzaniu kontraktami dotyczyło całego kontraktu lub poszczególnych etapów. Zamawiający określił jedynie, iż doświadczenie w zarządzaniu dotyczyć ma kontraktów dotyczących określonego przedmiotu zamówienia.

Zamawiający zauważa, iż w celu zapewnienia konkurencji w dniu 09.02.2022 r. dokonał zmiany warunku 6.2.2.4.1.a) swz przez obniżenie warunku zarządzania kontraktem o wartości oraz skróceniu okresu zarządzania kontraktem do 6 miesięcy. Zmiany nie należy utożsamiać z potwierdzeniem wykładni SWZ zaprezentowanych w pytaniu jednego z wykonawców.

Tym samym, mając na względzie, iż SIGMA wykazał w stosunku do Przedstawiciela Wykonawcy spełnienie warunku pkt 6.2.2.4.2. lit. a) SWZ, Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu ewentualnego odwołania.

15. [Zarzut ewentualny - naruszenie art. 128 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ZamPublU - zaniechanie wezwania do uzupełnienia]

Podstawę dla oceny spełnienia warunków stanowią wymogi SWZ. Zamawiający uzasadnił motywy którymi kierował się uznając spełnienie przez SIGMA warunku doświadczenia. Zamawiający nie miał podstaw prawnych do stwierdzenia braku środków dowodowych, co rodziłoby obowiązek wezwania do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia.

II. ZARZUT nr 2 Odwołujący upatruje naruszenia zasady jawności postępowania (art. 18 ust. 1 pzp) i wskazał na naruszenie jedynie zasady udzielania zamówień publicznych z, określonymi w jej ramach, ustawowymi wyjątkami. Odwołujący nie podniósł formalnego zarzutu naruszenia przepisów materialnych pzp związanych z dostępem do dokumentacji postępowania - protokołu i jego załączników, tj. art. 74 ust. 1 i 2 w związku art. 73 ust. 1 pzp oraz przepisami Rozporządzenia w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przywołane przepisy pzp stanowią konkretny przejaw realizacji zasady jawności postępowania i ustanawiają - z jednej strony

określone uprawnienia, które w tym zakresie ustawodawca przypisał wykonawcom, a z drugiej strony konkretne obowiązki przypisane zamawiającym. Zasada jawności postępowania, poprzez dookreślenie sposobu dostępu do dokumentacji postępowania, znajduje swoją emanację właśnie w przywołanych przepisach pzp i Rozporządzenia w sprawie protokołu, których naruszenia w postaci konkretnego zarzutu odwołujący nie podniósł.

Bez odniesienia się do zasad udostępniania dokumentacji i naruszenia w tym zakresie konkretnych obowiązków, nie można mówić o poprawnym sformułowaniu zarzutów co do naruszenia zasady jawności. Odwołujący, formułując samodzielnie zarzut naruszenia zasady jawności i nie łącząc go z zarzutem związanym z zaniechaniem realizacji konkretnych obowiązków wynikających z art. 74 ust. 1 i 2 w związku art. 73 ust. 1 pzp i przepisów Rozporządzenia, de facto nie wskazał żadnych okoliczności faktycznych.

Biorąc pod uwagę powyższe już tylko z tego względu przedmiotowy zarzut odwołania powinien zostać oddalony jako niezasadny.

2. Odnosząc się formalnie do zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk w zakresie zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa wskazanych elementów oferty Przystępujący wskazano, że zarzut jest spóźniony. Otwarcie ofert miało miejsce 25 lutego 2022 r. Odwołujący zwrócił się o udostępnienie oferty wraz z załącznikami w dniu 2 marca 2022 r.

Zamawiający udzielił odpowiedzi 7 marca 2022 r., gdzie wskazał, że przekazuje ofertę w części jawnej, a więc w zakresie niezastrzeżonym jako tajemnica przedsiębiorstwa: „Treść: Dzień dobry, w odpowiedzi na Państwa wniosek o udostępnienie oferty wykonawcy SIGMA S.A., Barak 6, 21-022 Jastków, w załączeniu przesyłam część jawną oferty złożonej przez w. Wykonawcę. Uprzejmie proszę o potwierdzenia otrzymania korespondencji”. 7 marca 2022 r. Zamawiający przekazał również zał 10 do oferty SIGMA, który zawierał uzasadnienie zastrzeżenia dokumentów i informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Tym samym już 7 marca 2022 r. r. Odwołujący miał świadomość, że zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa danych zawartych w schemacie zamaszynowania (schemat graficzny 3D w skali kompatybilnej do projektu budowlanego) Załącznik nr 05A do OPZ oraz w treści Załącznika nr 1B do Części II SWZ i w wykazie urządzeń wykorzystywanych w projekcie - tabele nr od 1 do 13, zostało ocenione przez Zamawiającego za skuteczne i prawidłowe. Gdyby tak nie było, Zamawiający udostępniłby przedmiotowe załączniki do oferty. Zamawiający wprost oświadczył Odwołującemu, że przekazuje mu jawną treść oferty. Powyższe potwierdza, że już w tym dniu Zamawiający zakończył czynność badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do oferty SIGMA i od tego dnia Odwołujący miał wiedzę co do tego, jakie informacje ujęte w ofercie SIGMA Zamawiający ocenił za skutecznie zastrzeżone. Zamawiający nie dał żadnych podstaw do uznania, że kwestia ta nie została przez niego ostatecznie rozstrzygnięta, czy też, że będzie ona jeszcze podlegać dalszemu badaniu. Zamawiający wprost udzielił odpowiedzi, że udostępnia ofertę w części jawnej. Zamawiający ocenił zastrzeżenie przedmiotowych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne, czemu dał wyraz w odpowiedzi na wniosek SUTCO o udostępnienie z dnia 7 marca 2022 r. Od tego dnia zaczął więc biec termin na wniesienie odwołania od czynności Zamawiającego polegającej na odmowie udostępnienia Odwołującemu załącznika do oferty w postaci danych zawartych w schemacie zamaszynowania oraz w treści Załącznika nr 1B do Części II SWZ i w wykazie urządzeń wykorzystywanych w projekcie - tabele nr od 1 do 13 złożonych przez SIGMA. W zakresie, który dotyczy przedmiotowej sprawy, termin na wniesienie odwołania określa art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ZamPublU. Z uwagi na upływ przedmiotowego terminu w dniu 17 marca 2022 r., zarzut naruszenia art. 18 ust. 1-3 ZamPublU w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy ZamPublU w zw. z art. 11 ust. 2 uznk poprzez nieudostępnienie Odwołującemu ww. dokumentów SIGMA należy uznać za spóźniony. W odniesieniu do przedmiotowego zarzutu ziściły się przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 pzp, który stanowi, że Izba odrzuca odwołanie wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Odwołujący SUTCO powziął informacje o zaniechaniu udostępnienia mu zastrzeżonych elementów oferty już w dniu 7 marca 2022 r., co powoduje, że omawiany zarzut stawiany na obecnym etapie, należy uznać za spóźniony.

Jedynie na wypadek nieuznania przez Izbę ww. argumentacji, jest spóźniony, Zamawiający wskazuje, że Odwołujący kwestionuje ich zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa SIGMA z opisanych niżej powodów. W ocenie Odwołującego skuteczność zastrzeżenia schematu i wykazu urządzeń jako tajemnicy przedsiębiorstwa dyskwalifikuje fakt, że SIGMA: a. złożyła „lakończe i ogólne zastrzeżenie”, które nie jest zdaniem Odwołującego wystarczające do wyłączenia zasady jawności; b. nie określiła charakteru informacji, które miały podlegać ochronie; c. nie wykazała wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji; d. nie załączyła do uzasadnienia tajemnicy dowodów w postaci dokumentów własnych na podejmowanie deklarowanych w nich środków zabezpieczających poufność zastrzeganych

informacji. e. zastrzegła całość schematu zamaszynowania i wykazu urządzeń, podczas gdy „może on zawierać także informacje nie zasługujące na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa”.

Zamawiający wskazuje, że z dochowaniem należytej staranności dokonał czynności badania i oceny ofert i w ramach tej czynności ocenił również zasadność i skuteczność zastrzeżenia przez każdego z wykonawców informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W tym miejscu zaznaczyć należy, że:

- 1) zarówno SIGMA, jak i SUTCO dokonali zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do schematu zamaszynowania (3D) dla Etapu I oraz Etapu II i wykazu urządzeń wykorzystanych w projekcie zgodnie z formularzami maszyn i urządzeń wg załączonych wzorów do załącznika nr 1B do Części II SWZ.
- 2) zarówno SIGMA, jak i SUTCO powołali się w swoich wyjaśnieniach na techniczny, technologiczny charakter informacji, które nie powinny podlegać ujawnieniu z uwagi na objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa;
- 3) zarówno SIGMA, jak i SUTCO zastrzegli całość schematu zamaszynowania i wykazu urządzeń.

Zamawiający dokonał badania oświadczeń i doszedł do uzasadnionego wniosku, że obydwaj wykonawcy skutecznie zastrzegli objęte oświadczeniem informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przedmiotowe oświadczenia są w istocie analogiczne i brak jest podstaw do stawienia zarzutu nierównego traktowania wykonawców, czy zasady uczciwej konkurencji.

Zdaniem Zamawiającego, zastrzegane informacje mają charakter techniczny i technologiczny. Wykonawca wskazuje bowiem wprost, że chodzi o unikalne rozwiązania odnoszące się do układu linii technologicznej i dedykowane rozwiązania sprzętowe „sprawdzone we wcześniejszych realizacjach” oraz dobrane do niniejszego postępowania przy uwzględnieniu jego parametrów. W wyjaśnieniach wskazano, że wykonawca SIGMA, bazując na zrealizowanych wcześniej kontraktach, zaoferował - przygotowany pod potrzeby Zamawiającego uzewnętrznione w SWZ w Postępowaniu - schemat układu linii technologicznej zbudowany w oparciu o dobrane indywidualnie specjalistyczne urządzenia.

To zadaniem wykonawcy było więc autorskie zaprojektowanie technologiczne instalacji, dobór poszczególnych urządzeń i ich ilości, sposobu ich połączenia w ciągu technologicznym³. Nie mamy tutaj więc do czynienia ze zwykłą odpowiedzią na zdefiniowane precyzyjnie potrzeby zamawiającego, ale z ofertą mającą charakter autorski, gdyż przedmiotowy schemat zamaszynowania będzie stanowił podstawę do przygotowania na etapie realizacji zamówienia projektu technologicznego instalacji, zaś tabele sprzętowe określają rodzajowo urządzenia, którymi hala ma być zabudowana.

Zdaniem Zamawiającego nie sposób zgodzić się z Odwołującym (pkt 10 uzasadnienia zarzutu odwołania), że wykonawca zobowiązany był do wskazania, a wręcz udowodnienia konkretnej wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Należy zaznaczyć, że wykazanie, iż określone informacje mają wartość gospodarczą nie sprowadza się co do zasady do wskazania skonkretyzowanej wartości wyrażonej w określonej sumie pieniężnej. Wykazanie wartości gospodarczej określonych informacji nie wymaga wskazywania Zamawiającemu określonej kwoty, czy też udowadniania takiej wartości. Oczywiście jest, że nie jest możliwym na etapie postępowania o udzielenie zamówienia (tj. a priori, przed ujawnieniem i poniesieniem strat) wskazanie precyzyjnej kwoty, w jakiej wyraża się wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji.

Biorąc pod uwagę powyżej przedstawioną argumentację, jak również treść wyjaśnień w zakresie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy SIGMA, nie można zgodzić się z twierdzeniem, jakoby nie wykazano przesłanki dotyczącej charakteru informacji, w szczególności nie wykazano, aby informacje posiadały wartość gospodarczą. Odnosząc się z kolei do kwestii rzekomego obowiązku przedkładania dowodów potwierdzających stosowane działania (pkt 12-13 uzasadnienia zarzutu odwołania), procedury mające na celu zachowanie informacji w tajemnicy, Zamawiający wskazuje, że przepis art. 18 ust. 3 ustawy ZamPublU nie nakazuje wykonawcy udowodnić zamawiającemu zaistnienia tajemnicy przedsiębiorstwa - zgodnie z tym przepisem wykonawca ma jedynie wykazać tajemnicę przedsiębiorstwa. Powyższe oznacza, że każdorazowo oczekiwanie od wykonawcy złożenia w takim przypadku konkretnych dowodów nie jest wymagane. Pojęcie „wykazanie”, o którym mowa w art. 18 ust. 3 ustawy, a którym posługuje się ustawodawca, nie może być zdaniem Zamawiającego utożsamiane z pojęciem

„udowodnienie”, ponieważ takie podejście do przedmiotowego zagadnienia przeczyłoby zasadzie racjonalnego ustawodawcy, który w pzp posługuje się zarówno pojęciem „wykazanie”, jak i „udowodnienie”.

Ww. definicje wskazują więc na obowiązek podjęcia rozsądnych działań w celu utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności. Uznaje się, że muszą one być „odpowiednie” i „rozsądne” w danych okolicznościach.

Również sam Odwołujący w uzasadnieniu zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa schematu i wykazów urządzeń nie przedstawił żadnych dowodów, potwierdzających podjęcie środków mających na celu utrzymanie informacji w tajemnicy.

4. W zakresie zarzutu ewentualnego do zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia schematu i wykazu urządzeń, tj. zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty SIGMA z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia Zamawiający odnosząc się do postawionych zarzutów, wskazuje, że zgodnie z pkt 12.5. SWZ wskazano zawartość oferty. Zamawiający w ramach oferty wymagał złożenia Załącznika nr 1B do Części II SWZ - wzór Formularza Technicznego Oferty.

Wykonawca SIGMA złożył ofertę, która jest zgodna z warunkami zamówienia określonymi w SWZ. SIGMA złożył Formularz A, w którym oświadczył, że oferuje realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ oraz zgodnie z Formularzem cenowym i Formularzem Technicznym, jak również zadeklarował, spełnienie wszystkich wymagań Zamawiającego określonych w specyfikacji warunków zamówienia (SWZ). Wykonawca SIGMA oświadczył jednocześnie, że zapoznał się z SWZ i przyjął warunki tam określone do stosowania i ścisłego przestrzegania. Ponadto, zgodnie z wytycznymi SWZ, Wykonawca SIGMA złożył wypełniony w sposób prawidłowy Formularz cenowy oferty (przygotowany zgodnie ze stosownym wzorem), a także wypełniony Formularz techniczny oferty (według wzoru określonego w Załączniku 1B do Części II SWZ) wraz ze schematem zamaszynowania hali. Co istotne, przedstawiony przez Wykonawcę SIGMA schemat zamaszynowania spełnia wszystkie wymagania postawione dla tego dokumentu w Formularzu Technicznym, tj.: - stanowi schemat graficzny 3D w skali kompatybilnej do projektu budowlanego stanowiącego załącznik nr 05A do OPZ; - przedstawia rozmieszczenie urządzeń hali i zawiera rozmieszczenie wszystkich urządzeń będących przedmiotem oferty;

- zawiera rozwiązania przedstawiające układ linii technologicznej dla zakresu dostaw będącego przedmiotem zamówienia Etapu 1, tj. dla wydajności instalacji wynoszącej 30 000 Mg/rok oraz dla Etapu 2 inwestycji, po zrealizowaniu którego moc przerobowa wzrośnie do docelowej wartości 60.000 Mg rocznie. - zawiera miejsce umieszczenia i wielkość bufora na przyjęcie odpadów wraz ze wskazaniem jego powierzchni oraz lokalizację bram hali koniecznych do obsługi instalacji technologicznej.

Jednocześnie wykonawca wymagane tabele zawierające określenie oferowanych urządzeń i ich parametrów, zgodnie z wzorami. W tabelach wykonawca uzupełnił wszystkie wymagane dane. W oparciu o informacje Zamawiający dokonał weryfikacji wskazanych urządzeń pod względem spełnienia wymagań ujętych w pkt. 4.3.2.1 OPZ, Zamawiający stwierdził, że zaoferowane przez Wykonawcę SIGMA urządzenia spełniają wymagania.

Twierdzenia, wedle których na schemacie zamaszynowania hali powinny być przedstawione jeszcze inne informacje, niewynikające z opisu wymagań, które schemat niniejszy ma spełniać, są nieuprawnione i nie znajdują podstawy w SWZ.

Niezależnie od powyższego, informujemy, iż oferta spełnia parametry kwestionowane w pkt 3 uzasadnienia zarzutu odwołania. Wskazują na to schematu, tabele i deklaracje wykonawcy.

SUTCO przedstawia własną interpretację postanowień SWZ oderwaną od ich literalnego brzmienia, jakoby wykonawcy mieli prezentować na schemacie jeszcze jakieś dodatkowe elementy wynikające z OPZ, poza tymi, które w opisowej części Formularza Technicznego ujął Zamawiający. Takich wymagań Zamawiający nie sformułował. Na obecnym etapie wskazywanie przez Odwołującego, że jego zdaniem na schemacie powinny znaleźć się jeszcze wybrane przez niego elementy dotyczące opisu przedmiotu zamówienia jest nieuprawnione. Co więcej, niezrozumiałe jest dlaczego akurat te, wybrane przez Odwołującego elementy, miałyby się tam znaleźć, a nie inne, wynikające z OPZ, czy odpowiedzi udzielanych przez Zamawiającego. Gdyby przyjąć optykę Odwołującego, w dokumentach technicznych, czy schemacie zamaszynowania, wykonawcy powinni potwierdzać wszystkie wymagania OPZ. Zdaniem Zamawiającego jest to o tyle błędne, że elementem świadczenia, które oferuje wykonawca jest wykonanie projektu technologicznego sortowni. Skoro wykonanie projektu technologicznego sortowni stanowi przedmiot zamówienia, to Zamawiający nie może wymagać jego wykonania już na etapie składania

ofert, a do tego w istocie prowadzą się zarzuty Odwołującego. Zamawiający określił cel,

jaki przyświecał mu przy żądaniu schematu zamaszynowania - oczekiwał m.in. potwierdzenia, że wszystkie planowane urządzenia tworzące ciąg technologiczny mieszczą się w hali (również w przypadku realizacji Etapu 2). Nie było natomiast celem Zamawiającego potwierdzanie wszystkich, czy wybranych elementów i wymagań OPZ poprzez ujmowanie określonych dodatkowych informacji, rysunków, czy danych na przedmiotowym schemacie zamaszynowania. Te szczegółowo wskazywać będzie dopiero projekt technologiczny, który w toku realizacji umowy opracuje wykonawca. Na marginesie, wskazać należy, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób mieszany, ujmując w nim nie tylko poszczególne wymogi co do danych urządzeń, ale również określając precyzyjnie wymagania funkcjonalne i wydajnościowe, które ma osiągnąć instalacja. Brak spełniania tych gwarantowanych wymagań wydajnościowych przez zaprojektowaną przez Wykonawcę instalację, skutkować będzie nieodebraniem przedmiotu zamówienia.

Treść oferty wykonawcy referująca do ogółu wymagań określonych w warunkach zamówienia, w tym OPZ stanowiących ich część, potwierdza spełnienie przez wykonawcę SIGMA parametrów wydajnościowych. Zamawiający jasno opisał i wylistował dokumenty i oświadczenia, które składają się na treść oferty, jak również sformułował precyzyjne wymagania co do ich treści i formy. Wymogom tym sprostał wykonawca SIGMA, tym samym brak jest podstaw do odrzucenia jego oferty z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia z uwagi na niespełnianie wymagań określonych w OPZ. Na potwierdzenie powyższego.

Oferta może zostać uznana za niezgodną z warunkami zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp m.in. wówczas, gdy z jej treści wynika, że nie obejmuje swoim zakresem całości prac składających się na przedmiot zamówienia lub oferowany sposób, czy termin wykonania tych prac nie odpowiada wymaganemu. Tym samym podstawą odrzucenia oferty ze względu na niezgodność z warunkami zamówienia jest niezgodność oferty z postanowieniami SWZ o charakterze merytorycznym. Zamawiający, aby miał obowiązek skorzystania z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, musi w pierwszej kolejności ustalić bezsporną treść oferty oraz jednoznaczną i niebudzącą wątpliwości treść warunków zamówienia jako wzorca, do którego porównywać będzie można treść oferty. Kluczowe znaczenie przy badaniu prawidłowości oceny ofert przez zamawiającego mają więc warunki zamówienia określone w SWZ. To bowiem SWZ jest podstawowym dokumentem zamówienia kształtującym reguły obowiązujące w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. SWZ jest dokumentem zamówienia, którego postanowienia są wiążące w równym stopniu zarówno dla wykonawców biorących udział w postępowaniu, jak i dla zamawiającego. Podkreślić jednakże należy, że interpretacja zapisów SWZ winna być dokonana w oparciu o całość zapisów zawartych w dokumencie, nie zaś na podstawie wybranych przez wykonawcę fragmentów, wyrwanych z kontekstu całego dokumentu. Dla odrzucenia oferty z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia nie może być żadnych wątpliwości co do tego, że treść złożonej oferty jest z nimi niezgodna. Niewystarczające jest powzięcie co do tego wątpliwości, które nie są poparte dowodami jednoznacznie na to wskazującymi. Jednocześnie treść oferty wykonawcy należy odczytywać, uwzględniając, że wolą wykonawcy jest złożenie oferty zgodnej z treścią warunkami zamówienia.

Odrzucenie oferty z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia może mieć miejsce wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający ma pewność, że oferta danego wykonawcy jest z nimi niezgodna, przy czym określające warunki zamówienia postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne, a jakiegokolwiek wątpliwości w wykładni postanowień zawartych w SWZ w tym zakresie nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy. Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp nie można bowiem interpretować w sposób rozszerzający, co oznacza, że odrzucenie oferty wymaga wykazania ponad wszelką wątpliwość, że zaistniały ku temu podstawy.

Mając na względzie z uwagi na brak podstaw do zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ZamPublU, wnoszę o oddalenie zarzutu jako całkowicie niezasadnego.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Sigma S.A. w Jastkowie i wniósł o oddalenie odwołania i pozostawienie bez rozpoznania zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa lub jego oddalenie.

W uzasadnieniu stanowiska wskazał, że kontrakt nr 1 oraz kontrakt nr 2 został zrealizowany w ramach jednego zadania - kontraktu na gruncie dwóch umów, z których wartość umowy nr 1 wyniosła 3 6999 000 zł + vat, a drugiej 15 800 000 + vat.

Wskazane umowy są funkcjonalnie połączone biorąc pod uwagę m.in. przedmiot zamówienia i w obrocie występują jako jedno zamówienie publiczne (zadanie-kontrakt) -

stanowiąc inwestycję etapowa. Tym samym, nie było możliwe wykonanie zamówienia w całości, zgodnie z dokumentacją, stanowiącą jedną - funkcjonalną całość - na gruncie wykonania jedynie jednego etapu. Dla osiągnięcia faktycznej realizacji zamówienia publicznego (zadania) - konieczne było ukończenie obu etapów inwestycji.

Wskazał, iż brak jest podstaw do twierdzenia, iż z treści dokumentacji postępowania wynika, że jedną umowę należy postrzegać jako jedno zamówienie. W żadnym punkcie specyfikacji czy załączników zamawiający nie wyjaśnił, co należy rozumieć pod pojęciem „zamówienia”, a obecne zdefiniowanie na tym etapie godziłoby w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W IDW w słowniczku nie opisano pojęcia zamówienia bądź kontraktu.

Na etapie oceny ofert nie ma możliwości interpretacji postanowień SWZ i to na niekorzyść wykonawców, a warunki udziału w postępowaniu winny być czytane literalnie.

W ocenie przystępującego nie można postrzegać jednej umowy jako jednego zamówienia na gruncie dokumentacji przedmiotowego postępowania. Wskazano na wyrok KIO 21/18 i TSUE Esaprojekt z 4 maja 2017 r.

Uznał, że skoro zamawiający ani nie wyjaśnił pojęcia „zamówienia”, ani nie wyłączył możliwości powoływania się na dwie lub większą liczbę umów jako na jedno zamówienie należy mieć na uwadze zamówienie z racji swojej charakterystyki powstałe na gruncie wieloetapowych inwestycji które nie stanowią odrębnego zadania, zatem funkcjonalne połączenie umów w ramach konkretnych etapów składa się na jedno zadanie inwestycyjne.

W ocenie przystępującego błędna jest analiza odwołującego w zakresie utożsamiania pojęcia umowy, kontraktu oraz zamówienia. Przypomniął brak definicji tych pojęć i fakt, że zamawiający nie wyłączył możliwości powoływania się na dwie lub większą liczbę umów jako na jedno zamówienie.

Wobec tego nie ma podstaw do twierdzenia o jakimkolwiek wprowadzeniu w błąd zamawiającego. Przystępujący bezpośrednio wskazał, że przedłożone pierwotnie oświadczenie zostało zrealizowane w ramach jednego zadania, zamówienia - na podstawie dwóch umów. Wykonawca nigdy nie ukrywał faktu, że zamówienie stanowiło funkcjonalnie połączoną całość na gruncie dwóch odrębnych umów. Podkreśla, że sposób jego działania przesądza, że nie można mu przypisać zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa tj. winy umyślnej lub nieumyślnej.

Przytoczył treść warunku z pkt 6.2.2.4.2a stwierdzając, że wskazano w nich m.in. wartość nieprzerwany okres pełnienia funkcji i brak zapisów, które wskazywałyby na konieczność, aby przedmiotowe instalacje znajdowały się na etapie funkcjonowania.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania przedstawione w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, stwierdziła, iż odwołania w zakresie podtrzymanych przez odwołujących zarzutów, nie zasługują na uwzględnienie.

Skład orzekający nie podziela stanowiska zamawiającego i przystępującego po jego stronie uczestnika o formalnych brakach zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1-3 ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 11 ust. 2 uznk dotyczącego zaniechania ujawnienia dokumentów

zastrzeżonych przez wykonawcę przystępującego zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa. Słusznie zauważył zamawiający, że odwołujący sformułował zarzut podając jako podstawę prawną przepis art. 18 ustanawiający zasadę jawności w systemie zamówień publicznych bez wskazania przepisu art. 73, 74 ust. 1 i 2 ustawy pzp oraz przepisów rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania. W ocenie Izby twierdzenie o braku powołania wskazanych przepisów materialnych związanych z dostępem do dokumentacji mające stanowić podstawę oddalenia zarzutu jako niezasadnego, jest nieprawidłowe.

Stwierdzić należy, że przepis art. 18 jest przepisem prawa materialnego i stanowi samodzielną podstawę oceny zachowań zamawiającego w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Niewątpliwie fakt oznaczenia przepisu jako zasady udzielania zamówień nie odbiera mu przymiotu przepisu prawa materialnego, który może, a w sprawie rozpoznawanej został, wskazany jako przepis prawa naruszony zaniechaniem zamawiającego.

Odnosząc się do kolejnego formalnego zastrzeżenia w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk zamawiający stwierdził, że zarzut jest spóźniony wobec faktu, że oferty otwarto 25 lutego 2022 r., odwołujący zwrócił się o udostępnienie oferty wraz z załącznikami w dniu 2 marca 2022 r., a zamawiający udzielił odpowiedzi 7 marca 2022 r. o treści: „Dzień dobry, w odpowiedzi na Państwa wniosek o udostępnienie oferty wykonawcy SIGMA S.A., Barak 6, 21-022 Jastków, w załączeniu przesyłam część jawną oferty złożonej przez w. Wykonawcę. Uprzejmie proszę o potwierdzenia otrzymania korespondencji”. 7 marca 2022 r. Zamawiający przekazał również zał 10 do oferty SIGMA, który zawierał uzasadnienie zastrzeżenia dokumentów i informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie zamawiającego, 7 marca 2022 r. r. odwołujący miał świadomość, że zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa danych zawartych w schemacie zamaszynowania Załącznik nr 05A do OPZ oraz w treści Załącznika nr 1B do Części II SWZ i w wykazie urządzeń wykorzystywanych w projekcie - tabele nr od 1 do 13, zostało ocenione przez zamawiającego za skuteczne i prawidłowe. „Gdyby tak nie było, Zamawiający udostępniłby przedmiotowe załączniki. Zamawiający wprost oświadczył Odwołującemu, że przekazuje mu jawną treść oferty. Powyższe potwierdza, że już w tym dniu Zamawiający zakończył czynność badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do oferty SIGMA i od tego dnia Odwołujący miał wiedzę co do tego, jakie informacje ujęte w ofercie SIGMA Zamawiający ocenił za skutecznie zastrzeżone. Zamawiający nie dał żadnych podstaw do uznania, że kwestia ta nie została przez niego ostatecznie rozstrzygnięta, czy też, że będzie ona jeszcze podlegać dalszemu badaniu. Zamawiający wprost udzielił odpowiedzi, że udostępnia ofertę w części jawnej. Zamawiający ocenił zastrzeżenie przedmiotowych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne, czemu dał wyraz w odpowiedzi na wniosek SUTCO o udostępnienie z dnia 7 marca 2022 r. Od tego dnia zaczął więc biec termin na wniesienie odwołania od czynności Zamawiającego polegającej na odmowie udostępnienia Odwołującemu /.../ W odniesieniu do przedmiotowego zarzutu ziściły się przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 pzp, który stanowi, że Izba odrzuca odwołanie wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Odwołujący SUTCO powziął informacje o zaniechaniu udostępnienia mu zastrzeżonych elementów oferty już w dniu 7 marca 2022 r., co powoduje, że omawiany zarzut stawiany na obecnym etapie, należy uznać za spóźniony.” (cytaty z odpowiedzi na odwołanie).

Skład orzekający nie podziela powyższego stanowiska zamawiającego. Fakt udostępnienia części oferty ze sformułowaniem w piśmie przewodnim „przesyłam część jawną oferty” nie przesądza, zdaniem Izby o fakcie przeprowadzenia przez zamawiającego oceny zasadności zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i podjęciu decyzji o odmowie udostępnienia takich informacji. W kontekście sytuacyjnym, czasowym i zacytowanej treści pisma wnioskowanie przedstawione przez zamawiającego Izba ocenia jako nadmierny. Nie ma oczywiście podstaw do oczekiwania, że zamawiający miałby użyć wprost słowa „odmawiam” lub jego synonimu, jednakże fakt przekazania części treści bez skomentowania powodu wykonania takiej czynności, jest niewystarczający do uznania czynności za zakończoną i ostateczną w stosunku do treści wniosku. Zatem termin podniesienia zarzutu w tym zakresie rozpoczął bieg wraz z decyzją o wyniku postępowania tj. wyboru oferty najkorzystniejszej i został dochowany.

W konsekwencji zasadne jest odniesienie się do zarzutu przedmiotowo.

W tym zakresie skład orzekający podziela stanowisko zamawiającego i jego uzasadnienie co do zasadności i zakresu zastrzeżenia przez przystępującego wykonawcę informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, a w konsekwencji niezasadność zarzutu o zaniechaniu zamawiającego udostępnienia informacji zastrzeżonych.

Kolejny zarzut dotyczący zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy w zakresie odnoszącym się do doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia (pkt 6.2.2.4.2. SWZ) na funkcji „Przedstawiciela Wykonawcy” Izba uznaje za niezasadny w kontekście wymogów swz, przedstawionych prac referencyjnych, rozumienia pojęć użytych w specyfikacji (zamówienie, kontrakt) i ich odniesienia do charakteru prac, w tym etapowości, tożsamości stron umowy, za dopuszczalne uznać należało doświadczeniem wykonawcy, który dostarczył kompleksowo instalację na rzecz jednego zamawiającego, tyle że na podstawie odrębnych umów.

Izba oddala zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10, art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 16 pkt 1-3 wobec niewykazania spełniania przesłanek zawartych w przepisie ustawy pzp, w tym wprowadzenia w błąd, złożenia nieprawdziwych informacji, strony podmiotowej w postaci braku winy wykonawcy.

Stwierdza się brak podstaw do wykluczenia wykonawcy, a w konsekwencji także do wezwania u uzupełnienia dokumentów wobec wykazania wymaganego doświadczenia.

W zakresie pozostałych zarzutów określonych jako ewentualne skład orzekający oddala je jako niezasadne i niedowiedzione. Z zastrzeżeniem stanowiska w części wstępnej dotyczącego oceny formalnej wniosku o udostępnienie dokumentacji ofertowej, Izba podziela stanowisko zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie.

W takim stanie rzeczy orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: