Sygn. akt KIO 1915/22

WYROK

z dnia 5 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie 3 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego

20 lipca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: Stowarzyszenie SWI z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu pn. Świadczenie usług inżyniera kontraktu w ramach realizacji projektu pn.: „Podniesienie efektywności i dostępności e-usług w Zespole Opieki Zdrowotnej w Dębicy, współfinansowanego ze środków UE z EFS w ramach RPR Woj. Podkarpackiego

2014-2020, Działanie 2.1 Podniesienie efektywności i dostępności e-usług - Typ 7: Projekty z zakresu wytworzenia / modernizacji / rozwoju e-usług w ramach PSIM" (nr postępowania ZP-TP-10/2022)

prowadzonym przez zamawiającego: Zespół Opieki Zdrowotnej w Dębicy [„Zamawiający"]

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:
Red Ocean sp.k. z siedzibą w Warszawie, Red Code S.K.A. z siedzibą w Gdyni

[„Przystępujący"] - zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie wycofanego drugiego zarzutu.

2. Uwzględnia odwołanie w zakresie trzeciego zarzutu i nakazuje Zamawiającemu: po pierwsze - unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, po drugie - odtajnienie i udostępnienie Odwołującemu dokumentów oferty Przystępujących, na których podstawie Zamawiający przyznał punktację w innych niż cena kryteriach oceny ofert, a także złożonych przez Przystępujących wyjaśnień dotyczących ceny oferty.

3. Oddala odwołanie w zakresie pierwszego zarzutu.

4. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i Zamawiającego po połowie i:

   1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

   2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3750 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy) odpowiadającą połowie kwoty uiszczonej tytułem wpisu,

   3) znosi wzajemnie między stronami koszty poniesione z tytuły wynagrodzenia pełnomocników.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

U z a s a d n i e n i e

Zespół Opieki Zdrowotnej w Dębicy {dalej: „Zamawiający"} prowadzi na podstawie

ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp" lub „pzp"} w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. Świadczenie usług inżyniera kontraktu w ramach realizacji projektu pn.: „Podniesienie efektywności i dostępności e-usług w Zespole Opieki Zdrowotnej w Dębicy, współfinansowanego ze środków UE z EFS w ramach RPR Woj. Podkarpackiego 2014-2020, Działanie 2.1 Podniesienie efektywności i dostępności e-usług - Typ 7: Projekty z zakresu wytworzenia / modernizacji / rozwoju e-usług w ramach PSIM" (nr postępowania ZP-TP-10/2022).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 15 marca 2022 r. zostało zamieszczone w Biuletynie

Zamówień Publicznych pod nr 00086419/01.

Wartość tego zamówienia nie przekracza progów unijnych.

15 lipca 2022 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej wspólnie przez Red Ocean sp.k. z siedzibą w Warszawie,

Red Code S.K.A. z siedzibą w Gdyni {dalej: „Konsorcjum" lub „Przystępujący"}.

20 lipca 2022 r. Stowarzyszenie SWI z siedzibą w Warszawie {dalej również:

„Odwołujący"} wniosło odwołanie od powyższej czynności, a także od zaniechań objętych poniższymi zarzutami.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp

{jeżeli poniżej nie wskazano na inne akty prawne}:

1. Art. 226 ust 1 pkt 2 lit b oraz art. 16 ust 2 w zw. z art. 112 ust 2 pkt 4 oraz art. 128 ust. 1 - przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum w sytuacji, gdy nie wykazało ono spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

2. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c oraz 16 ust. 2 w zw. z art. 107 ust. 1 i 3 oraz art. 239 ust. 1 - przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum w sytuacji, gdy nie złożyło ono wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych, oraz przez przyznanie ofercie Konsorcjum punktów niezgodnie z zasadami opisanymi w dokumentacji zamówienia.

3. Art. 16 ust. 2 w zw. z art. 18 ust. 1 oraz w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - przez utajnienie w całości, a w konsekwencji odmowę udostępnienia: po pierwsze - przedmiotowych środków dowodowych złożonych na potwierdzenie, że oferowane przez Konsorcjum usługi są zgodne z opisem kryteriów oceny ofert, po drugie - wyjaśnień Konsorcjum

dotyczących ceny jego oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.

2. Odrzucenia oferty Konsorcjum jako złożonej przez wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

3. Ponownego badania i oceny ofert.

Odwołujący sprecyzował dwa zarzuty, których nie wycofał przed otwarciem rozprawy, przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

{ad pkt 1. listy zarzutów, czyli zarzut 1.}

W części IV A SWZ - Informacji o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w pkt 1 ppkt 1 lit. B Zamawiający określił następujące warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej: wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym

okresie, wykonał lub wykonuje:

- co najmniej 2 usługi polegające na świadczeniu usług Inżyniera Kontraktu lub Projektu przy realizacji projektu informatycznego lub teleinformatycznego, w tym: 1 usługę, która dotyczy projektu obejmującego wdrożenie e-usług o wartości co najmniej 2 mln PLN

- co najmniej 2 usługi polegające na kompleksowym przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z ustawą Pzp przy realizacji projektu informatycznego lub teleinformatycznego, w tym 1 usługi dotyczącej przygotowania postępowania zgodnie z nową ustawą Pzp (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 2019), której przedmiot zamówienia był związany z projektem wdrożeniem e-usług, o wartości zamówienia co najmniej 2 mln PLN.

Konsorcjum dla wykazania spełnienia powyższych warunków postawionych wskazało następujące zamówienia:

1. Inżynier kontaktu w projekcie: „Poprawa dostępności do świadczeń medycznych poprzez modernizację i rozwój e-usług w Wojewódzkim Szpitalu Podkarpackim im. Jana Pawła II w Krośnie II" (publikacja ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2021/BZP 00118845/01). Informacja o udzieleniu zamówienia na stronie szpitala. Usługa dotyczy świadczenia usług Inżyniera Kontraktu w projekcie informatycznym zawierający wdrożenie e-usług na ponad 2 mln zł wraz z usługą polegającą na kompleksowym przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z nową ustawą Pzp (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 2019), której przedmiot zamówienia był związany z projektem wdrożeniem e-usług , o wartości zamówienia co najmniej 2 mln zł. Podmiot na rzecz którego została wykonana usługa - Wojewódzki Szpital Podkarpacki im. Jana Pawła II w Krośnie ul. Korczyńska 57, 38-400 Krosno.

2. Inżynier Kontraktu w projekcie: „Rozbudowa i modernizacja infrastruktury

teleinformatycznej i Audio-Video w Hali Widowiskowo-Sportowej SPODEK

w Katowicach" Usługa dotycząca świadczenia usług Inżyniera Kontraktu w projekcie informatycznym na ponad 2 mln zł wraz z usługą polegającą na kompleksowym przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z nową ustawą Pzp (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 2019), której przedmiot zamówienia był związany z projektem wdrożeniem e-usług , o wartości zamówienia co najmniej 2 mln zł. Podmiot na rzecz którego została wykonana usługa - Miasto Katowice, ul. Młyńska 4, 40-098 Katowice.

3. Inżynier projektu przy realizacji projektu: pn. „eGeodezja - cyfrowy zasób geodezyjny powiatów: Sandomierskiego, Opatowskiego i Staszowskiego" zgodnie z umową ZP/2/2019 z dnia 04.02.2019. Usługa dotyczy świadczenia usług Inżyniera Kontraktu w projekcie informatycznym zawierający wdrożenie e-usług o wartości 8,64 mln wraz z usługą polegającą na kompleksowym przygotowaniu i przeprowadzeniu dwóch postępowań o udzielenie zamówienia zgodnie z nową ustawą Pzp (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 2019), której przedmiot zamówienia był związany z projektem wdrożeniem e-usług , o wartości zamówienia powyżej 2 mln zł każde. Podmiot na rzecz którego została wykonana usługa - Powiat Sandomierski (Lider projektu) z siedzibą ul. Mickiewicza 34 , 27-600 Sandomierz.

{ad poz. 1. wykazu - Krosno}

Z opisu przedmiotu zamówienia dla tego zamówienia nie wynika, że do zadań wykonawcy należało kompleksowe przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z ustawą pzp, w tym przygotowanie postępowania zgodnie z nową ustawą Pzp (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 2019) [dowód nr 1 - opis przedmiotu zamówienia stanowiący załącznik nr 6 do SWZ].

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 6 do SWZ [załączonym jako dowód nr 1 do odwołania] do zadań inżyniera kontraktu w ramach wskazanego zamówienia należało: a) zarządzanie rzeczowe projektem, b) nadzór i kontrola wykonawców projektu, c) usługi doradcze we wszelkich aspektach technicznych, formalnych i finansowych wiązanych z realizacją projektu, d) przygotowanie specyfikacji technicznych, opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału, e) świadczenie usług doradczych w okresie obowiązywania gwarancji i rękojmi wykonawców rzeczowej części projektu.

Z przestawionego opisu wynika, że wskazana usługa obejmowała jedynie sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia oraz wskazanie warunków udziału w postępowaniu, co nie jest równoznaczne z kompleksowym przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania zgodnie z nową ustawą Pzp.

Poświadcza to również pośrednio, że wśród osób wymaganych przez zamawiającego w tamtym postępowaniu nie było osób o kompetencjach pozwalających na przygotowanie postępowania.

Ponadto Konsorcjum jako dowód potwierdzający należyte wykonanie usługi złożyło protokół odbioru z 01.07.2022 r., z którego wynika jedynie, że w okresie jednego wskazanego miesiąca Wykonawca wykonał prawidłowo usługi polegające na: poprawkach harmonogramu, obsłudze fakturowania, poprawkach do protokołu odbioru i odbiorze licencji teleradiologicznych.

Tymczasem zgodnie z informacją podaną przez Konsorcjum w wykazie usług ta usługa wykonywana była od 24.08.2021 r. do 31.10.2022 r.

{ad poz. 2. wykazu - Katowice}

Ze złożonej przez Konsorcjum jako dowód należytego wykonania tej usługi referencji wynika, że wykonawca pełnił jedynie rolę członka komisji przetargowej - biegłego, co nie jest równoznaczne z kompleksowym przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z nową ustawą pzp.

Ponadto - jak wynika ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącej postępowania o udzielenie tamtego zamówienia [załączonej jako dowód nr 2 do odwołania] - postępowanie prowadzone było w oparciu o ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.). Wobec tego usługa wykonana przez członka Konsorcjum nie mogła polegać na kompleksowym przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z nową ustawą pzp.

{ad poz. 3. wykazu usług - Sandomierz, Opatów i Staszów}

Z informacji posiadanych przez Odwołującego i znajdujących potwierdzenie w treści referencji wynika, że u podmiotu, na rzecz którego usługa była realizowana, nie uruchomiono jeszcze e-usług, tym samym nie można zakwalifikować tej usługi jako wykazanie spełnienia warunku.

Ponadto z referencji przedstawionych przez Konsorcjum wynika, że dotychczas przygotowało cztery postępowania, przedmiotem których było: 1) dostawa sprzętu IT, 2) budowa bazy danych rejestrów przestrzennych, 3) utworzenie bazy inicjalnej GESUT oraz

bazy BDOT500, 4) kompleksowy nadzór techniczny nad tworzonymi bazami.

Przy czym dwa pierwsze przeprowadzone zostały na podstawie poprzedniej ustawy pzp, co potwierdzają SIWZ dla tych postępowań [załączone do odwołania jako dowody nr 3 i 4]

Z kolei pozostałe dwa zostały wprawdzie przeprowadzone w oparciu o nową ustawę

pzp, jednak - jak wynika z przedstawionych przez Konsorcjum referencji - w ramach tych postepowań odpowiadało ono tylko za ich przygotowanie.

{ad pkt 3. listy zarzutów, czyli zarzut 3.}

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązuje zasada jawności, co wynika wprost z dyspozycji art. 18 ust 1 ustawy pzp. Jedyne ograniczenie tej zasady wynika z art. 18 ust 3 pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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.

W konsekwencji dla skutecznego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca musi spełnić łącznie następujące warunki: po pierwsze - musi wskazać (oświadczyć), które konkretnie informacje są objęte takim zastrzeżeniem tajemnicy; po drugie - musi wyjaśnić (omówić) dlaczego (w jaki sposób) wskazane informacje wypełniają wszystkie znamiona tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przywołanego powyżej przepisu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czyli że: 1) są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, 2) informacje te 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, 3) uprawniony do korzystania z tych informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności; po trzecie - musi wykazać, że wskazane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa np. dzięki przedłożenie stosownych dowodów). Reasumując, wykonawca musi wykazać zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób wyraźny, skonkretyzowany i niebudzący wątpliwości.

Nie są natomiast wystarczające ogólnikowe oświadczenia czy lakoniczne twierdzenia, jak to ma miejsce w przypadku Konsorcjum, które ograniczyło się do złożenia następujących oświadczeń:

1) w załączniku nr 2 do oferty: Informacje znajdujące się w tabeli poniżej stanowią

tajemnicę przedsiębiorstwa Red Code sp.k. i SKA;

2) w wyjaśnieniach dotyczących ceny oferty z 3 czerwca 2022 r.: Spółki dochowały wszelkich starań aby poniższa informacja nie była ujawniana do publicznej wiadomości...

- nie wskazując nawet, jakie to informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, i dlaczego. Odwołujący zrelacjonował ponadto, że 18 lipca 2022 r. zwrócił się do Zamawiającego

o odtajnienie zastrzeżonych przez Konsorcjum informacji, wskazując argumenty przemawiające za nieskutecznością tej czynności. Zamawiający w piśmie z 19 lipca 2022 r. oświadczył, że uznał zastrzeżenie za skuteczne.

Odwołujący stwierdził, że nie może nawet zapoznać się z uzasadnieniem zastrzeżenia powyższych dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa, co w świetle orzecznictwa Izby jest niedopuszczalne, gdyż jest ono elementem jawnym, który ma służyć weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składanych dokumentów (por. uzasadnienie wyroku z 17 grudnia 2018 r. sygn. akt KIO 2498/18). Jak stwierdziła jeszcze bardziej dobitnie Izba w uzasadnieniu wyroku z 23 listopada 2018 r. sygn. akt KIO 2314/18: Uznaje się zastrzeganie wyjaśnień podstaw dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za szczególnie naganne. Jest to działanie ograniczające jawność postępowania o udzielenie zamówienia oraz możliwość kontroli czynności zamawiającego w postępowaniu odwoławczym.

Odwołujący podniósł, że zastrzeżenie przez Konsorcjum informacji zawartych w załącznikach do oferty od 2 do 4, stanowiących podstawę do oceny złożonej oferty w kryteriach oceny ofert, służy wyłącznie uniemożliwieniu weryfikacji przez Odwołującego i pozostałych uczestników postępowania weryfikacji prawidłowości przyznanych Konsorcjum punktów w poszczególnych kryteriach.

W odpowiedzi na odwołanie z 1 sierpnia 2022 r. Zamawiający wniósł o jego oddalenie, w szczególności następująco ustosunkowując się do poszczególnych zarzutów.

{ad zarzutu nr 1}

Zamawiający potwierdził, że w części IV A SWZ, w pkt 1 ppkt 1 lit. B określił warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, a Konsorcjum dla wykazania ich spełnienia złożyło wykaz trzech usług dołączając do niego referencje podmiotów, na rzecz których usługi były świadczone.

Zamawiający nadmienił, że zgodnie z częścią V B SWZ dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej. wykonawca miał złożyć następujące podmiotowe środki dowodowe:

1. Wykaz usług wykonanych lub również wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Dowodami o których mowa powyżej, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane lub wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku usług wykonywanych referencje bądź Inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy. Wzór: ZAŁĄCZNIK NR 3 do SWZ.

Przy czym tak opisane podmiotowe środki dowodowe zostały określone zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415).

Ponieważ Konsorcjum złożyło zarówno wykaz wykonanych lub wykonywanych usług, jak również dołączyło referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane lub są wykonywane, nie było żadnych podstaw do wezwania Konsorcjum do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ust. 1 pzp. Tym bardziej nie można uznać, aby oferta Konsorcjum mogła zostać odrzucona jako złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b pzp.

{ad zarzutu nr 2}

Zamawiający podniósł, że ponieważ w ramach zmiany treści SWZ z 31 marca 2022 r. odstąpił od żądania złożenia przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że oferowane usługi są zgodne z opisem kryteriów oceny ofert, zarzut odwołania jest bezzasadny.

{ad zarzutu nr 3}

Zamawiający oświadczył, że podejmując decyzję o nieudostępnieniu wyjaśnień dotyczących ceny oferty Konsorcjum kierował się treścią art. 18 ust. 3 pzp. Według Zamawiającego Konsorcjum zastrzegło i wykazało, że przekazane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający oceniając złożone zastrzeżenie wziął pod uwagę, że dotyczą one szczegółowej kalkulacji ponoszonych przez wykonawcę kosztów realizacji usługi. W ocenie Zamawiającego sposób wyliczenia kosztów wykonania usługi jest tajemnicą przedsiębiorstwa i nie może być ujawniany (zwłaszcza podmiotom konkurującym ze sobą).

Zamawiający powołał się na to, że pochopne ujawnienie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa nie tylko prowadzi do naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy pzp, ale na podstawie art. 23 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi przestępstwo zagrożone karą grzywny, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia

wolności do lat 2.

W piśmie z 2 sierpnia 2022 r. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, w szczególności następująco ustosunkowując się do poszczególnych zarzutów.

{ad zarzutu nr 1}

W odniesieniu do wszystkich zakwestionowanych pozycji wykazu usług Przystępujący zauważył, że zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej stanowiskiem wykaz usług oraz złożone dokumenty potwierdzające należyte wykonanie tych usług trzeba odczytywać łącznie. Stąd w wykazie usług w kolumnie pn. „Przedmiot usługi" szczegółowo opisał zakres oraz czynności, jakie wykonywał, natomiast przedłożone dokumenty, takie jak referencja, poświadczenie czy protokół częściowy mają jedynie potwierdzać należyte wykonanie tych usług. Co więcej, skoro Zamawiający nie wzywał do złożenia wyjaśnień czy uzupełnień, zapewne uznał, że złożone dokumenty są wystarczające dla potwierdzenia spełniania warunków udziału, które określił.

{ad poz. 1. wykazu usług - Krosno}

Z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy wynika, że dowodami potwierdzającymi należyte wykonywanie usług, w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy (co zostało potwierdzone przez Zamawiającego w odpowiedzi z 31.03.2022 r. na pytanie 2.).

Złożony przez Przystępującego dokument mieści się w kategorii innych dokumentów wystawionych w okresie ostatnich 3 miesięcy.

Niezależnie od powyższego Przystępujący powołał się na nowo uzyskane poświadczenie [stanowiące załącznik nr 1 do pisma] potwierdzające: 1) kompleksowość świadczonych usług w zakresie przygotowania i przeprowadzenia postępowania zgodnie z aktualnie obowiązując ustawą pzp, gdzie wartość zamówienia wyniosła ok. 6,6 mln zł,

2) wartość zrealizowanego projektu będącego przedmiotem usług inżyniera kontraktu,

3) należyte wykonanie tych usług.

Przystępujący podkreślił, że usługi te były wykonane znacznie wcześniej niż data złożenia oferty w niniejszym postępowaniu, czego dowodem jest zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w tamtym postępowaniu [stanowiące załącznik nr 2 do pisma].

Przystępujący wyjaśnił, że pomimo ogólnego określenia opisu przedmiotu tamtego zamówienia, które zostało zacytowane w odwołaniu, świadczone usługi polegały na kompleksowym przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowania zgodnie z nową ustawą pzp, co potwierdza powyżej wspomniany dowód.

Przystępujący zwrócił uwagę, że Odwołujący ograniczył się do powołania się na treść opisu przedmiotu zamówienia, co nie dowodzi zakresu usług, które rzeczywiście były świadczone przez inżyniera kontraktu w tamtym zamówieniu.

{ad poz. 2. wykazu usług - Katowice}

Przystępujący zwrócił uwagę, że usługa ta została wykazana na poczet spełniania pierwszego z warunków, co łącznie wraz z poprzednio omówioną usługą jest wystarczające dla wykazania obu warunków.

Niezależnie od powyższego Przystępujący powołał się na nowo uzyskane poświadczenie [stanowiące załącznik nr 3 do pisma] potwierdzające: 1) kompleksowość świadczonych usług w zakresie przygotowania i przeprowadzenia postępowania zgodnie z poprzednią ustawą pzp, 2) należyte wykonanie usług inżyniera kontraktu.

Przystępujący zwrócił uwagę, że również w tym przypadku Odwołujący ograniczył się do powołania się na treść opisu przedmiotu zamówienia, co nie dowodzi zakresu usług, które rzeczywiście były świadczone przez inżyniera kontraktu w tamtym zamówieniu.

{ad poz. 3. wykazu usług - Sandomierz, Opatów i Staszów}

Przystępujący zwrócił uwagę, że brzmienie przedstawionej przez niego referencji z 26.04.2022 r. [Eurogrant Sp. z o.o. w toku realizacji usług przygotował i przeprowadził cztery postępowania w oparciu o ustawę Pzp, które zakończyły się podpisaniem umów z wykonawcami.] jednoznacznie wskazuje na to, że usługi świadczone przez inżyniera kontraktu obejmowały zarówno przygotowane, jak i przeprowadzenie postępowań o udzielenie zamówień.

Niezależnie od powyższego Przystępujący powołał się na nowo uzyskane poświadczenie [stanowiące załącznik nr 4 do pisma], które w sposób jednoznaczny opisuje kompleksowy charakter usług świadczonych przez inżyniera kontraktu.

Przystępujący zwrócił uwagę, że w przypadku usług ciągłych, które nadal są wykonywane elementem warunku, jaki należy spełnić jest próg kwotowy (min. 2 mln zł) oraz wykonywanie usługi dotyczących projektu obejmującego wdrożenie e-usług.

Natomiast interpretacja zaprezentowana w odwołaniu, zgodnie z którą należało wykazać, że wdrożenie e-usług zostało wykonane na dzień wystawienia poświadczenie dla nadal wykonywanego zamówienia, oznaczałoby że dopuszczenie usług nadal wykonywanych ma charakter czysto teoretyczny, gdyż w zdecydowanej większości projektów wdrożenie e-usług następuje na ostatnim jego etapie. Jednocześnie etap wdrożenia e-usług występuje od początku realizacji projektu informatycznego w szeregu zamówień dotyczących

dostosowania, udostępniania baz danych oraz dostaw sprzętowych i konfiguracji systemów IT, które mają zasadniczo większe znaczenie i wymagają większego nakładu i doświadczenia każdej ze stron projektu, niż samo uruchomienie e-usług. Trudno zatem nie uznać takich usług jako spełniających warunek zdolności technicznej i zawodowej, czego dobrym przykładem jest złożone przez Przystępującego poświadczenie wydane przez Powiat Sandomierski. Podane tam informacje jednoznacznie wskazują, iż projekt jest w fazie końcowej, zostały wykonane lub są na ukończeniu najważniejsze i najtrudniejsze zadania. Stąd biorąc pod uwagę marginalną wartość wdrożenia e-usług - 280 tys. zł, wobec 8,6 mln zł wartości całego projektu, należy uznać taką referencję za właściwą i spełniającą wymagania Zamawiającego.

{ad zarzutu nr 3}

Przystępujący zrelacjonował, że w wyjaśnieniach dotyczących ceny wskazał, co następuje: Poniższe informacje stanowią tajemnice przedsiębiorcy Red Ocean i Red Code i są kierowane wyłącznie do Zamawiającego. Spółki dochowały wszelkich starań aby poniższa informacja nie była ujawniona do publicznej wiadomości, stanowi sposób rozumienia zakresu i charakteru postępowania, a ujawnienie jej może doprowadzić do przekazania osobom niepowołanym informacji handlowych i personalnych, mogących doprowadzić do nieuczciwej konkurencji.

Niezależnie od powyższego Przystępujący wywiódł, że wyjaśnienia w głównej mierze dotyczą wynagrodzeń za usługi intelektualne (wynagrodzenia specjalistów), co stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi na możliwość podkradania tych specjalistów przez innych wykonawców w razie ujawnienia stawek wynagrodzenia.

Ponadto według Przystępującego wartość gospodarcza złożonych przez niego wyjaśnień wynika z tego, że dotyczą organizacji przedsiębiorstwa, a także zawierają informacje stanowiące wynik negocjacji oraz umów zawartych z kontrahentami. Przy czym informacje nie zostały podane do wiadomości publicznej, gdyż ich rozpowszechniane mogłoby zagrażać konkurencyjnej pozycji Przystępującego na rynku zamówień publicznych.

Przystępujący stwierdził, że ponieważ wskazał w wyjaśnieniach na metody kalkulacji cen, stawki, marżę oraz inne pozycje cenotwórcze, mając na uwadze utrwaloną linię orzeczniczą [zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest ceną rażąco niska, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu... - z uzasadnienia wyroku Izby z 14 maja 2013 r. sygn. akt KIO 908/13, w którym powołano się na wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 8 maja 2007 r. sygn. akt XIX Ga 167/07] można zasadnie twierdzić, że informacje te mogą być zakwalifikowane jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Z kolei brak odtajnienia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Zamawiającego oznacza, że sam fakt utajnienia tych wyjaśnień uznany został za wystarczająco potwierdzający, że mają one walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

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

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu

Na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępującego Odwołujący oświadczył do protokołu, że wycofuje odwołanie w zakresie drugiego zarzutu.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego w całości, Izba skierowała sprawę w zakresie niewycofanym do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowisko i argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może

ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zarówno zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, jak i zaniechanie udostępnienia dokumentów tej oferty i wyjaśnień dotyczących ceny uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia w częściach, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

{umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie zarzutu nr 2}

Jak to już powyżej odnotowano, Odwołujący jeszcze przed otwarciem rozprawy wycofał odwołanie w zakresie zarzutu nr 2.

Art. 520 ustawy pzp stanowi, że: w ust 1 - odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a w ust. 2 - cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby. Skoro możliwe jest wycofanie odwołania w całości, tym bardziej dopuszczalne jest częściowe wycofanie odwołania, co pośrednio potwierdza również art. 522 ust. 2 pzp, który reguluje sytuację, w której na skutek częściowego uwzględnienia odwołania przez zamawiającego, odwołujący w pozostałym zakresie, czyli również częściowo, wycofuje odwołanie.

Stąd Izba, stosując odpowiednio art. 568 pkt 1 ustawy pzp - orzekła, jak w pkt 1. sentencji orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze w rozpoznawanych sprawach, umarzając postępowanie odwoławcze w zakresie wycofanego zarzutu odwołania.

{rozpatrzenie zarzutu nr 3}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Pomimo pewnej nieścisłości terminologicznej, która wynika zresztą z tego, że de lege lata dokumenty, które na tle poprzedniego stanu prawnego określane były mianem tzw. przedmiotowych, zaliczane się do podmiotowych środków dowodowych, z uzasadnienia odwołania wprost wynika, że zarzut dotyczy wszystkich złożonych przez Konsorcjum dokumentów, na których podstawie Zamawiający przyznał punktację w pozacenowych kryteriach oceny ofert. Z kolei pomimo niewysłowienia wprost takiego żądania, z końcowej części uzasadnienia da się wywieść, że postawiony zarzut służy uzyskaniu dostępu do tych dokumentów w celu zweryfikowania, czy Zamawiający prawidłowo ocenił ofertę Konsorcjum.

Spośród dokumentów oferty zawierających informacje, na których podstawie przyznawane miały być punkty w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert, wyłącznie w tabeli załącznika nr 2 zamieszczone zostało zastrzeżenie w następującym brzmieniu: Informacje znajdujące się w tabeli poniżej stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Red Code sp.k. i SKA

Z kolei na wstępie pisma z 3 czerwca 2022 r., obejmującego wyjaśnienia dotyczące ceny złożonej oferty znajduje się następująco sformułowane zdania: Poniższe informacje stanowią tajemnice przedsiębiorcy Red Ocean i Red Code i są kierowane wyłącznie do Zamawiającego. Spółki dochowały wszelkich starań aby poniższa informacja nie była ujawniona do publicznej wiadomości, stanowi sposób rozumienia zakresu i charakteru postępowania, a ujawnienie jej może doprowadzić do przekazania osobom niepowołanym informacji handlowych i personalnych, mogących doprowadzić do nieuczciwej konkurencji. Z kolei na końcu pisma zamieszczono następującą uwagę: Koniec tajemnicy przedsiębiorstwa.

W przypadku wspomnianych dokumentów oferty, gdyby nie wydzielenie plików zawierających załączniki nr 2, 3, 4 do formularza ofertowego oraz pliku obejmującego referencje i certyfikaty do odrębnego folderu nazwanego „Tajemnicą przedsiębiorstwa”, nie wiadomo by było nawet, jakie dokumenty zostały zastrzeżone przez Konsorcjum jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z kolei o ile wola utajnienia w całości wyjaśnień dotyczących ceny została wyrażona

przez Konsorcjum jednoznacznie, o tyle uzasadnienie ma charakter szczątkowy, nie tylko z powodu niezrozumiałości fragmentu zdania, w którym powołano się na to, że informacje jakoby stanowią „sposób rozumienia zakresu i charakteru postępowania". W szczególności zamiast skonkretyzowania, na czym polega wartość gospodarcza informacji zawartych w wyjaśnieniach, enigmatycznie powołano się na to, że ich ujawnienie może doprowadzić do nieuczciwej konkurencji.

Nie dziwi zatem konfuzja Odwołującego, który na etapie sporządzania odwołania najwyraźniej miał wątpliwości, czy Zamawiający nie utajnił przed nim również uzasadnień poczynionych przez Konsorcjum zastrzeżeń, gdyż ich po prostu nie było.

W sytuacji, gdy zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący w toku postępowania nie zaprzeczali, że przytoczone powyżej sformułowania sprowadzają się wyłącznie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, brak przekazania wraz z nim uzasadnienia dla tej czynności Konsorcjum należy uznać de facto za niesporne.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach zarzut odwołania jest zasadny.

Jawność postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, wyrażoną w art. 18 ust. 1 pzp, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest art. 18 ust. 3 pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Należy zaznaczyć, że w poprzednio obowiązującej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „ustawa pzp z 2004 r.} analogiczne uregulowania zostały zawarte odpowiednio w art. 8 ust. 1-3 w wyniku nowelizacji wprowadzonej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1153 ze zm.), gdyż pierwotnie ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak to zauważono w uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, nr druku 1653) odnośnie wprowadzenia obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (czyli zmiany art. 8 ust. 3 pzp): Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.

Stąd w znowelizowanym art. 8 ust. 3 pzp na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu ad casu spełnienia przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert lub wniosków jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał, udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Już w uchwale Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05 przesądzono, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. A następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.

Art. 18 ust. 3 pzp nakłada zatem na wykonawcę obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Natomiast zamawiający w toku prowadzonego przez siebie postępowania ma ocenić, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał. Przy czym użyte przez ustawodawcę sformułowanie, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania", oznacza coś więcej aniżeli

samo wyjaśnienie (uzasadnienie) powodów objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Z pewnością za owo „wykazanie" nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej aktualnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.).

Jak to ujął Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 1 października 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 53/21, przewidziany przez ustawodawcę obowiązek „wykazania" winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia" w rozumieniu Kodeksu postępowania cywilnego. Natomiast sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych nie jest wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałoby to zwolnienie wykonawcy z wykazywania tej pierwszej i podstawowej przesłanki wynikającej z art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wbrew brzmieniu art. 8 ust. 3 ustawy pzp z 2004 r. [aktualnie art. 18 ust. 3 pzp].

Wykonawca, który chce skutecznie utajnić przed innymi wykonawcami i osobami trzecimi informacje przedstawiane zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zobowiązany jest wykazać łączne wystąpienie przesłanek wynikających z definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czyli że te informacje: po pierwsze - mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, po drugie - jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, po trzecie - że uprawniony do korzystania z nich lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Nie budzi wątpliwości w doktrynie i orzecznictwie, że warunkiem sine qua non w ramach pierwszej przesłanki jest posiadanie przez daną informację wartości gospodarczej. Innymi słowy nie każda informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym (lub jeszcze innym) dla przedsiębiorstwa może być przedmiotem tajemnicy, ale wyłącznie taka, która ma pewną wartość gospodarczą (w szczególności jest źródłem zysku lub pozwala na zaoszczędzenie kosztów) dla przedsiębiorcy dzięki temu, że pozostanie poufna.

Skoro - jak to powyżej ustalono - Przystępujący nie był w stanie wykazać nawet wartości gospodarczej informacji, ani w odniesieniu do dokumentów złożonych w celu uzyskania punktacji w pozacenowych kryteriach oceny ofert, ani w odniesieniu do wyjaśnień dotyczących ceny, Zamawiający bezprawnie zaniechał odtajnienia i udostępnienia wszystkich tych dokumentów Odwołującemu.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 18 ust. 1 i 3 ustawy pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego - działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp - orzekła, jak w pkt 2. sentencji.

{rozpoznanie zarzutu nr 1}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zarzut, a właściwie zarzuty sprecyzowane w uzasadnieniu odwołania odnośnie sposobu wykazania przez Konsorcjum warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia wymaganych od wykonawcy ubiegającego się o udzielenie tego zamówienia okazały się być bezprzedmiotowe.

Już z załączonego do odwołania jako dowód nr 1 wyciągu z SWZ wynika, że zarzut względem poz. 1. wykazu usług Konsorcjum opiera się na wybiórczym zacytowaniu jednego postanowienia, nota bene wskazującego ogólny zakres usług inżyniera kontraktu, z pominięciem dalszej treści opisu przedmiotu zamówienia, w której szczegółowo i znacznie szerzej określono zakres jego udziału w przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowań o udzielenie zamówień publicznych w ramach zamówienia na rzecz szpitala w Krośnie [por. w szczególności pkt III pkt 1 lit e oraz f załącznika nr 6 do SWZ].

Od początku bezprzedmiotowe było podnoszenie względem usługi z poz. 2 wykazu usług Konsorcjum zarzutu, że nie mogła obejmować przygotowania i prowadzenia postępowań według aktualnie obowiązującej ustawy pzp, gdyż nie było to sporne

ani konieczne dla wykazania spełniania warunków z uwagi na pozostałe wykazane usługi.

Na rozprawie niesporna okazała się z okoliczność, że treść wykazu usług, czyli oświadczenia własnego Konsorcjum, wręcz posługuje się sformułowaniami warunków, których spełnienie opis danej usługi ma potwierdzić. Z kolei żadne ze zgłaszanych zastrzeżeń co do załączonych do tego wykazu dowodów na potwierdzenie należytego wykonania tych usług, nie zostało udowodnione. Jak wykazał natomiast to Odwołujący, sprowadzają się one do wybiórczego powołania się na treść tych dokumentów, które w rzeczywistości potwierdzają należyte wykonanie lub należyte wykonywanie usług w zakresie odpowiadającym treści danego warunku. Szczególnie jaskrawym przykładem jest tu stawianie zarzutu, że usługa z poz. 3. wykazu usług nie obejmowała przygotowania i przeprowadzenia postępowań o udzielenie zamówień publicznych, podczas gdy w rzeczywistości wprost zostało to potwierdzone w treści odnośnych referencji.

Jednocześnie Odwołujący uznał na rozprawie za właściwe stanowisko, które uprzednio de facto kwestionował w odwołaniu, zgodnie z którym o ile z treści wykazu usług ma wynikać, że zakres danej usługi odpowiada zakresowi usługi opisanej w ramach warunku, o tyle z załączonych dokumentów podmiotów trzecich ma wynikać należyte wykonanie zamówień opisanych w wykazie.

Niezależnie od powyższego Odwołujący nie podjął nawet próby zakwestionowania któregokolwiek z dokumentów pozyskanych dodatkowo przez Przystępującego od zamawiających usługi z poz. 1. i 2. wykazu usług Konsorcjum, czym de facto potwierdził bezzasadność zarzutów zawartych w odwołaniu, które zmierzać miały do wykazania, że oferta Konsorcjum podlega odrzuceniu z uwagi na definitywne niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach zarzut odwołania jest niezasadny.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 lit. b ustawy pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Przy czym z art. 128 ust. 1 ustawy pzp wynika, że jeżeli wykonawca nie złożył podmiotowych środków lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

W ustalonych powyżej okolicznościach zarzut niespełniania przez Przystępującego warunków udziału okazał się być bezzasadny. Z kolei nie sposób stwierdzić na podstawie treści odwołania, w którym Odwołujący domaga się nakazania odrzucenia oferty, do czego odnosi się wskazywanie na wstępie art. 128 ust. 1 pzp, zwłaszcza że żadna z podnoszonych dla uzasadnienia zarzutu okoliczności nie nawiązuje do tego przepisu.

Mając powyższe na uwadze Izba - działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp - orzekła, jak w pkt 3. sentencji.

{rozstrzygnięcie o kosztach tej sprawy odwoławczej}

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis oraz koszty zastępstwa Stron przez Izbą (potwierdzone złożonymi do zamknięcia rozprawy rachunkami), orzeczono - w pkt 4. sentencji - stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 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 od odwołania (Dz. U. poz. 2437) - obciążając po połowie Zamawiającego i Odwołującego kosztami wpisu oraz znosząc wzajemnie między nimi koszty zastępstwa przed Izbą.