

WYROK
z dnia 22 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 maja 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 maja 2017 r. przez Wykonawcę **C. P. Spółka Akcyjna** z siedzibą w K. przy Al. (...) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **G. U. G. i K. w W.** przy ul. (...) przy udziale

Wykonawcy **A. P. Spółka Akcyjna** z siedzibą w R. przy ul. (...) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

Wykonawcy **S. S. P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w W. przy ul. (...) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie

2.1 Kosztami postępowania obciąża Wykonawcę C. P. S.A. z siedzibą w K. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę C. P. S.A. tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – G. U. G. i K. i w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usługi *utrzymania administrowania i eksploatacji infrastruktury programowo-sprzętowej składającej się na rozwiązanie SIG* (nr ref. ...), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 31.12.2016 r., 2016/S 253-466029, Wykonawca C. P. S.A. z siedzibą w K. (dalej jako Odwołujący), wniósł w dniu 8 maja 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 926/17). Odwołaniem objęto czynność zaniechania ujawnienia dokumentów, nieskutecznie zastrzeżonych przez A. P. S.A. z siedzibą w W. oraz S. S. P. Sp. z o.o. z siedzibą w W., skutkujące naruszeniem art. 8 ust. 1 i 3 Pzp oraz z ostrożności zaniechania wezwania wykonawcy A. P. S.A. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz oceny oferty Wykonawcy A. P. S.A., wezwania tego Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, udostępnienia Odwołującemu wszystkich złożonych w postępowaniu przez A. P. S.A. dokumentów, ze względu na brak zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorca nie później niż w terminie składania ofert, a także dokumentów dotyczących podmiotów trzecich, na których zasoby powołuje się wykonawca S. S. P. Sp. z o.o., ze względu na nieskuteczność ich zastrzeżenia, dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej (A. P. S.A.) w dniu 28.04.2017 r.

Odwołujący wskazał, iż w ofercie A. P. S.A. nie zastrzegła w terminie składania ofert żadnej informacji. W dniu 5.05.2017 r. Zamawiający, na wniosek Odwołującego, udostępnił część dokumentów, odmawiając udostępnienia części ze wskazaniem na tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 10.04.2017 r. Zamawiający wezwał A. P. S.A. do złożenia na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, które następnie A. P. S.A. zastrzegła jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego, w sytuacji gdy na etapie składania ofert wykonawca wie, iż będzie zobowiązany do złożenia określonych dokumentów, nie później niż w terminie składania ofert (wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), powinien zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa. Przy braku zastrzeżenia jakichkolwiek dokumentów w ofercie, Zamawiający powinien

3

udostępnić Odwołującemu wszystkie dokumenty, które zostały złożone po terminie składania ofert, w szczególności w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Ustawy.

W dniu 5.05.2017 r. Zamawiający udostępnił na wniosek Odwołującemu część dokumentów złożonych w ofercie S. S. P. Sp. z o.o. i odmówił udostępnienia pozostałych, powołując się na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca ten w ofercie (pkt 7, str. 4) zastrzegł w terminie składania ofert, że dokumenty dotyczące podmiotów trzecich, na zasoby których się powołał w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca ten uzasadniał konieczność zastrzeżenia informacji o podmiotach z jakimi współpracuje. Jednocześnie na stronie 5 oferty Wykonawca ten wymienia podwykonawców: F. Sp. z o.o. oraz B. K. S.A., a na str. 10 – w części C formularza JEDZ oświadcza, iż polega na zdolnościach innych podmiotów w celu spełniania kryteriów kwalifikacji. Ponieważ w części D formularza JEDZ nie zaznaczył żadnej odpowiedzi należy uznać, iż podwykonawcy wykazani na str. 5 oferty są podmiotami udostępniającymi zasoby w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ujawnił tym samym z jakimi podmiotami współpracuje ubiegając się o udzielenie tego konkretnego zamówienia, co stanowi o braku podstaw do nieudostępnienia dokumentów dotyczących tych podmiotów, na zasoby których się powołuje.

W odniesieniu do oferty A. P. S.A. Odwołujący z ostrożności wskazuje na naruszenie art. 26 ust. 3 Ustawy, gdyż nie zostały mu udostępnione wszystkie dokumenty dotyczące tego Wykonawcy. Z posiadanych przez Odwołującego informacji wynika na chwilę obecną, że Wykonawca ten nie był wzywany do uzupełnienia dokumentów mimo, iż złożone przez niego dokumenty nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający w rozdziale V pkt 1, ppkt 1.2.3 siwz wymagał wykazania się należytych wykonaniem między innymi, co najmniej: *1 usługi o wartości minimum 500 000,00 PLN brutto, w której skład wchodziło zarządzanie zvirtualizowanymi środowiskami aplikacyjnymi (lit. b); 1 usługi o wartości minimum 500 000,00 PLN brutto, w której skład wchodziło zarządzanie infrastrukturą sieciową, w tym urządzeniami NLB, urządzeniami bezpieczeństwa, routerami z BGP, terminatorami VPN (lit.c).*

Wykonawca dla tych usług wskazał usługę wykonaną na rzecz:

- A. – Z. III (poz. 3 wykazu, str. 140), wskazując w kolumnie „data wykonania”, że usługa ta jeszcze się nie zakończyła – jest świadczona od marca 2015 r. do chwili obecnej. W celu potwierdzenia należytego wykonania tej usługi załączył dwa raporty miesięczne, które potwierdzają tylko to co jest napisane. Ponadto, dotyczą one tylko dwumiesięcznego okresu

4

świadczenia usługi, która jeszcze się nie zakończyła i nie potwierdzają należytego wykonania usługi.

- A. – S. (poz. 2 wykazu, str. 21) - na potwierdzenie spełnienia warunku określonego pod lit. b, której dotyczy raport miesięczny, a w ocenie Odwołującego nie należytego wykonania usługi. W odniesieniu do obu warunków Wykonawca powinien być wezwany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających ich spełnianie na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy.

Do postępowania odwoławczego przystąpili w dniu 11 i 12 maja 2017 r. po stronie Zamawiającego Wykonawcy: Wykonawcy A. P. S.A. z siedzibą w R. (dalej określane jako A.), S. S. P. Sp. z o.o. z siedzibą w W. (dalej jako S.). Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, w rozumieniu art. 179 ust. 1 Ustawy należało uznać, iż w świetle stanu faktycznego postępowania, w którym Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, po stronie każdego wykonawcy, który złożył ważną ofertę może zistoczyć się potrzeba ochrony interesu w postępowaniu, co realizowane jest poprzez wniesienie odwołania. Ponieważ w postępowaniu czynności związane z badaniem i oceną ofert w procedurze odrzuconej mają ten skutek, iż tylko wobec oferty najwyższej ocenionej można przyjąć, iż zamawiający przeprowadził kompleksową weryfikację wybranego wykonawcy, stąd w przypadku wzruszenia wyników tego badania, nie można przesądzić, która z ofert zostanie uznana za najkorzystniejszą. Może bowiem okazać się, iż w wyniku badania kolejnych ofert to ostatnia, na jaką wskazywałby wstępny ranking ofert, może okazać się najkorzystniejsza, w sytuacji gdy pozostałe oferty zostaną uznane za odrzucone. Mając zatem na uwadze zakres zarzutów, w których Odwołujący wskazywał między innymi na uchybienia dotyczące oceny dokumentów złożonych przez wybranego wykonawcę (A.), jego odwołanie ma na celu wzruszenie wyniku postępowania i doprowadzenie do ponownego przeprowadzenia czynności związanych z badaniem i oceną ofert. Izba uznała na tej podstawie, iż Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, jako Wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu zakończonym

5

wyborem oferty konkurencyjnej. Na ocenę istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia nie może wpływać wynik rozstrzygnięcia do jakiego doprowadzić może rozpoznanie zarzutów podniesionych w odwołaniu, a jedynie ocena, czy środek ochrony prawnej może doprowadzić do sytuacji, w której konieczne będzie podjęcie przez Zamawiającego nowych czynności, które mogą doprowadzić do uzyskania przez Odwołującego zamówienia. W świetle powyższego nie można również odmówić istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia, jeżeli część zarzutów dotyczy braku udostępnienia pełnej treści ofert (dokumentów), które mogą być oceniane przy ponownych czynnościach w postępowaniu i decydować o uznaniu oferty, w części niejawniej, za najkorzystniejszą. W świetle powyższego, należało przyjąć, iż sytuacja Odwołującego wymagała podjęcia czynności prawnych w postaci wniesienia odwołania, które służy ochronie jego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz przeciwdziała niekorzystnym dla tego Wykonawcy czynnościom Zamawiającego podjętym w postępowaniu (art. 179 ust. 1 Ustawy).

Na podstawie protokołu postępowania, ofert A. wraz z dokumentami, S. oraz Odwołującego, a także prezentowanych na rozprawie stanowisk, Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów. W dniu 24.02.2017 r. o godzinie 12.:30 w siedzibie Zamawiającego miało miejsce otwarcie ofert. Oferty złożyło czterech wykonawców: A., Odwołujący, S. oraz E. Sp. z o.o. Zgodnie z siwz i ogłoszeniem w ofertach wykonawcy składali oświadczenie w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ), celem potwierdzenia wykazania warunku o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający załączył do siwz JEDZ w postaci pliku elektronicznego do wypełnienia. Dopiero na wezwanie Zamawiającego wykonawca wezwany miał złożyć wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu dokumenty (sekcja III.1.1 ogłoszenia).

A. w JEDZ w części IV *Kryteria kwalifikacji* zamieścił ogólne oświadczenie (potwierdzenie) dotyczące wszystkich kryteriów kwalifikacji, zawierające się w odpowiedzi TAK (str. 22). W ten sam sposób formularz JEDZ został sporządzony przez Odwołującego (str. 14). Natomiast Wykonawca S. zamieścił dalszy opis dla tej części, w którym prezentował *Kompetencje* (A), *Zdolność techniczną i zawodową* (C).

Pismem z dnia 02.03.2017 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 1 Ustawy wezwał Wykonawcę E. Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów wskazanych w ogłoszeniu w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca ten był również wzywany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (pismo z 7.03.2017 r.) oraz wyjaśnienia treści oferty (pismo z 24.03.2017 r.).

6

W dniu 10.04.2017 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 1 Ustawy wezwał A. do uzupełnienia dokumentów mających potwierdzić oświadczenie wstępne złożone w formularzu JEDZ o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia.

W odpowiedzi na wezwanie pismem z dnia 12.04.2017 r. A. przedłożyło dokumenty zastrzegając część informacji, jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Klauzulą objęte zostały:

- wykaz wykonanych usług zawarty na stronach od 5 do 6 i na stronie 161 oraz dowody wskazujące, że usługi zostały wykonane należycie zawarte na stronach od 7 do 20 i stronach od 162 do 166;
- wykaz osób zawarty na stronach od 171 do 192.

A. w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu opisanych w rozdziale rozdziale V pkt 1, ppkt 1.2.3 siwz, lit. b i c wskazał w uzupełnionych dokumentach usługi realizowane na rzecz:

- A – Z III (poz. 3 wykazu, str. 140),- realizowana „od 03.2015 – obecnie” wraz z czterema raportami miesięcznymi do umowy nr 10/DI/2015/2610 (dokumenty jawne). Raporty prezentują wskaźnik jakości usługi w ujęciu procentowym (od 99,59% do 100%), wysokości wynagrodzenia bazowego i należnego oraz brak kar umownych. Raporty zostały zatwierdzone przez przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy.
- A – S. (poz. 2 wykazu, str. 21) – realizowana od 12.2013 r. do 12.2016 r. wraz z dwoma raportami miesięcznymi do umowy nr 72/DI/2013/2618 – 63 strony i 55 stron (dokumenty jawne). Na stronie 59 raport zawiera podsumowanie poziomu jakości dla poszczególnych grup usług G1, G2 i G3 opisany jako *zadawający* wraz z podsumowaniem wypełnienia definicji poziomu jakości (sumy przekroczonych czasów SLA). Podobne informacje zamieszczone są w drugim raporcie (str. 50). Raporty zostały zatwierdzone przez przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy.

Wykonawca S. w ofercie zastrzegł część informacji z formularza JEDZ dotyczącą pracowników technicznych lub służb technicznych (pkt 2 i 6), z których usług będzie mógł skorzystać. W części wskazani pracownicy stanowią zasób własny Wykonawcy, a w części, zasób innych podmiotów. Jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegł dokumenty dotyczące podmiotów trzecich (zobowiązania do udostępnienia zasobów oraz dokumenty dotyczące tych podmiotów). W części jawnej formularza JEDZ, część II lit. C Wykonawca wskazał, iż polega na zdolnościach innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych w części IV. W załączniku nr 1 do formularza ofertowego (str. 5 oferty) S. oświadczył, iż zamierza powierzyć dwóm wskazanym podwykonawcom (F. I. Sp. Z o.o. i B.T. K. S.A) wykonanie części zamówienia: asysta techniczna, obszar utrzymania (częściowo).

7

Uwzględniając powyższe Izba zważyła.

Odwolanie podlega oddaleniu w całości.

Zarzuty kierowane wobec czynności Zamawiającego związane są z badaniem oferty wybranej (A.), a także uznaniem za skuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji przedstawionych przez A. oraz S.

Na wstępie należy wskazać, iż przy obecnych zasadach oceny ofert, w niniejszym postępowaniu jedynie oferty najwyżej ocenione (E. Sp. z o.o. oraz A.) były przez Zamawiającego badane w oparciu o oświadczenia wstępne złożone w JEDZ oraz uzupełnione w trybie art 26 ust. 1 Ustawy dokumenty, mające potwierdzać oświadczenie Wykonawców o braku podstaw do wykluczenia z postępowania i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Po przeprowadzeniu czynności badania ofert Zamawiający wskazał, jako najkorzystniejszą ofertę A. W stosunku do dwóch pozostałych ofert, w tym oferty Odwołującego, Zamawiający nie podejmował czynności mających na celu potwierdzenie oświadczeń złożonych w formularzu JEDZ (nie wzywał na podstawie art 26

ust. 1 Ustawy do uzupełnienia dokumentów). Rozpoznając zarzuty skierowane wobec ofert A. i S. Izba miała na uwadze, iż przy braku pełnej weryfikacji oferty S. i oferty Odwołującego, istotnym dla ustalenia wpływu na wynik postępowania będzie rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów skierowanych wobec wyników badania oferty najkorzystniejszej. Ponieważ ustawodawca nałożył obowiązek przeprowadzenia czynności sprawdzających wobec oferty najwyżej ocenionej, ewentualne uchybienia, jakie mogą dotyczyć innych ofert (np. podlegających odrzuceniu), zasadniczo nie mogą mieć wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż nie mogą wpłynąć ani na wskazanie oferty najkorzystniejszej, ani sam ranking ofert. Ranking ofert, w postaci w jakiej występował dotychczas stanowił wynik badania wszystkich ważnych ofert w oparciu o kryteria oceny ofert. Zamawiający prezentował wynik po zakończeniu czynności badania wszystkich ofert, co pozwalało na etapie postępowania odwoławczego wskazać na te czynności, które zamawiający przeprowadził nieprawidłowo, lub zaniechał ich dokonania, w kategorii naruszenia przepisów Ustawy. Obecnie, bez wzruszenia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, nie dojdzie do zmiany wyniku postępowania, który wcześniej był utożsamiany również ze zmianą w rankingu ofert, gdyż wykonawca wskazany na drugiej pozycji miał szansę uzyskać zamówienie w przypadku odmowy zawarcia umowy przez wybranego wykonawcę. W takiej sytuacji zamawiający bez przeprowadzania ponownego badania i oceny ofert, dokonywał wyboru oferty najkorzystniejszej. Rankin z jakim obecnie mamy do czynienia ma na celu wyłącznie wskazanie oferty najwyżej ocenionej według kryteriów oceny ofert, tak aby ustalić, którego wykonawcę należy wezwać do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Obecnie,

8

Zamawiający przed wyborem kolejnej oferty musi uzupełnić postępowanie o czynności dotyczące jej badania, przede wszystkim wezwać wykonawcę do złożenia dokumentów (jeżeli były one wymagane). Jeżeli w odwołaniu nie jest kwestionowane to, czy oferta wybrana powinna być najwyżej oceniona, o zmianie wyniku postępowania będzie można mówić wówczas, gdy zachodzić będzie podstawa do zmiany decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Dopiero wówczas będzie możliwe przeprowadzenie czynności badania innych ofert/oferty, w oparciu o ustalony wcześniej ranking ofert ocenionych według kryteriów. Można zatem postawić tezę, iż przy braku skutecznego podważenia czynności związanej z badaniem oferty wybranej, odwołanie nie może odnieść skutku, gdyż wynik postępowania pozostanie niezmieniony.

Mając powyższe na uwadze, od oceny zasadności zarzutów skierowanych wobec oceny oferty A., uzależniony jest wynik postępowania odwoławczego. Zarzuty dotyczące zastrzeżenia informacji w JEDZ przez S. nie mogą mieć wpływu na wynik postępowania, gdyż zaniechanie ich udostępnienia nie ma związku ze wskazaniem oferty najkorzystniejszej. Odwołujący nie wykazał, aby informacje zastrzeżone przez S. (dotyczące kryteriów kwalifikacji, czyli spełnienia warunków udziału w postępowaniu), wpływały na wskazanie oferty najwyżej ocenionej oraz ocenę dokumentów uzupełnionych przez A. W tych okolicznościach uznanie, iż Odwołujący nie miał możliwości zapoznania się z pełną treścią oświadczeń w JEDZ S., nie mogło podważać decyzji Zamawiającego o wyborze tej oferty. Przechodząc zatem do oceny zasadności zarzutów skierowanych wobec oferty A. Izba uznała, iż nie zasługiwały one na uwzględnienie. Zarzut naruszenia art 8 ust. 1 i 3 Ustawy zasadniczo Odwołujący opierał na założeniu, iż nie mogło być skuteczne zastrzeżenie jawności części dokumentów przedłożonych na podstawie art 26 ust. 1 Ustawy, w sytuacji gdy Wykonawca nie zawarł stosownej informacji już w ofercie (formularzu JEDZ). Odwołujący wogóle nie odnosił się do zawartości dokumentów, ani ich znaczenia z punktu widzenia wartości gospodarczej, jaką mogą one mieć dla Wykonawcy (wykaz wykonanych usług wraz z dowodami oraz wykaz osób). Odnosząc się zatem do argumentacji Odwołującego Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, iż nie było potrzeby zastrzeżenia informacji, których w ofercie nie prezentował. W przedłożonym formularzu JEDZ w części IV *Kryteria kwalifikacji* oświadczenie Asseco obejmowało wszystkie warunki udziału w postępowaniu, których spełnienie potwierdził zaznaczając odpowiedź TAK (str. 22). Formularz w tej części nie zawierał dalszego opisu, jak miało to miejsce np. w formularzu JEDZ Wykonawcy S., który opisał Kompetencje (A), zdolność techniczną i zawodową (C). Przy takim sposobie wypełnienia formularza JEDZ, żadne informacje związane z doświadczeniem oraz personelem nie zostały ujawnione w ofercie i dopiero składając dokumenty na wezwanie Zamawiającego A. prezentowało informacje,

które w części stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W tej sytuacji argument Odwołującego o potrzebie zastrzeżenia informacji już w ofercie nie potwierdził się. Dopiero bowiem w uzupełnionych dokumentach A. prezentowało informacje o osobach oraz usługach. Na marginesie należy zauważyć, iż sam Odwołujący podobnie sporządził formularz JEDZ, ograniczając się w części IV do udzielenia odpowiedzi twierdzącej. Można również zastanowić się, w jaki sposób Zamawiający miałby ocenić zasadność zastrzeżenia w ofercie informacji, których faktycznie wykonawca nie prezentuje. W ocenie Izby, brak takiego zastrzeżenia w ofercie, nie czyni nieskutecznym zastrzeżenia dokonane dopiero przy złożeniu informacji, co jest ostatnim momentem, w którym skutecznie można chronić informacje niejawną. W świetle powyższego Izba uznała, iż argumentacja Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się natomiast do zarzutu naruszenia art 26 ust. 3 Ustawy, podniesionego z ostrożności Izba uznała, iż Odwołujący nie podołał ciężarowi dowodowemu, gdyż nie wykazał prawdziwości tezy, iż przedłożone przez A. dokumenty – raporty miesięczne, nie są dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usługi. Na tej ocenie opierał zarzut i formułował żądanie wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów. Ponieważ obie usługi były realizowane na rzecz podmiotu publicznego jakim jest A., informacja dotycząca sposobu wykonania umowy, stanowi informację jawną, a Odwołujący w trybie dostępu do informacji publicznej mógł uzyskać dowody, które mogłyby podważać ocenę prezentowaną w raportach miesięcznych. Zastrzeżenia jakie formułował Odwołujący powinny być poparte dowodami, np. umową, czy też informacją uzyskaną od Zamawiającego, które pozwoliłyby uznać, iż stwierdzenie o braku kar umownych, czy też zadawalającej jakości usługi, nie daje podstawy do przyjęcia, iż usługa została wykonana należyście.

Odnosnie usługi z poz. 3, świadczonej w ramach niezakończonych jeszcze umowy, argumentacja Odwołującego opierała się na wykładni treści siwz, w której Zamawiający wskazywał na usługę wykonaną, a nie wykonywaną. Izba uznała, iż wykładnia zapisów siwz nie mogła być dokonana z pominięciem charakteru referencyjnej usługi, która miała walor usługi ciągłej. Usługa była rozliczana miesięcznie, co wymagało oceny dokonywanej każdorazowo pod kątem jakości i mogło prowadzić do zmiany wysokości wynagrodzenia. Przedłożone raporty prezentowały pozytywną ocenę zamawiającego, co pozwalało przyjąć, iż usługa, w zakresie w jakim odpowiadała ona warunkowi udziału w postępowaniu, została wykonana należyście. Przy braku dowodu wskazującego, iż usługa realizowana w innych miesiącach, niż prezentowane w raportach, nie była świadczona należyście, nie było podstaw do uznania, iż złożone Zamawiającemu dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym, zarzuty skierowane wobec oferty S., nawet gdyby potwierdziły się, również nie mogły wpłynąć na wynik rozstrzygnięcia. Na marginesie należy zauważyć, iż Odwołujący w ogóle nie odnosił się do charakteru informacji zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa, budując argumentację wyłącznie na stwierdzeniu, iż identyfikacja podwykonawcy pozwala ustalić informacje o pracownikach technicznych lub służbach technicznych. W ocenie Izby, wniosek ten był zbyt daleko idący, gdyż samo ustalenie że Wykonawca będzie korzystał z potencjału podmiotu trzeciego nie pozwala na identyfikację konkretnych osób, których dane personalne Wykonawca chroni. Ponieważ Odwołujący w ogóle nie kwestionował, iż informacje te mogą mieć wartość gospodarczą (sam również zapowiedział konieczność zastrzeżenia informacji o osobach skierowanych do realizacji zamówienia), odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W świetle powyższego odwołanie w całości oddalono.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.). Izba zaliczyła do

kosztów postępowania wpis uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący: