

Sygn. akt: KIO 3357/24

Sygn. akt: KIO 3371/24

WYROK

Warszawa, dnia 14 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmína Pawlik

Aleksandra Patyk Michał Pawłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 października 2024 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2024 r. przez:

- A. wykonawcę URKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze – sygn. akt KIO 3357/24,
- B. wykonawcę Voltar System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach – sygn. akt KIO 3371/24,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestników po stronie zamawiającego:

- A. wykonawcy Voltar System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach – sygn. akt KIO 3357/24,
- B. wykonawcy URKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze – sygn. akt KIO 3371/24,

orzeka:

Sygn. akt: KIO 3357/24

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 3 odwołania w części, w jakiej zamawiający uwzględnił odwołanie i zakomunikował zamiar odtajnienia dokumentów złożonych przez wykonawcę Voltar System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach na wezwanie dotyczące wyliczenia ceny (tj. wyjaśnienia rażąco niskiej ceny – w części, załączniki nr 1-6 do wyjaśnień – w całości, załącznik nr 8 do wyjaśnień – w części, załączniki nr 11-14 - w całości, załącznik nr 18 - w całości);
2. uwzględnia zarzut nr 3 odwołania w pozostałym zakresie i nakazuje zamawiającemu Skarbowi Państwa – Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą

w Warszawie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia przez wykonawcę Voltar System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach jako tajemnicy przedsiębiorstwa pozostałej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz załączników do wyjaśnień (tj. wyjaśnienia rażąco niskiej ceny – w pozostałej części, załącznik nr 7 w całości, załącznik nr 8 - w pozostałej części, załącznik nr 10 - w całości, załączniki nr 15-17 - w całości);

3. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

4. kosztami postępowania obciąża odwołującego URKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze w 2/3 oraz zamawiającego Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w 1/3 i: 4.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

- 4.2. zasądza od zamawiającego Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie na rzecz odwołującego URKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze kwotę 3 800 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące osiemset złotych zero groszy).

Sygn. akt: KIO 3371/24

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Voltar System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach i:
 - 2.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 2.2. zasądza od odwołującego Voltar System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach na rzecz zamawiającego Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 3357/24

Sygn. akt: KIO 3371/24

Uzasadnienie

Zamawiający Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Kompleksowe utrzymanie systemów bezpieczeństwa i urządzeń obsługi tuneli TS-26 i TS-32 w ciągu drogi ekspresowej S3 od węzła Bolków do węzła Kamienna Góra Północ, wraz z przynależną infrastrukturą i obsługą Centrum Zarządzania Tunelami przy Obwodzie Utrzymania Dróg Bolków” (nr ref. O/WR.D-3.2421.3.2024). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S: 60/2024 z dnia 25 marca 2024 r. pod numerem 175980-2024. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Sygn. akt KIO 3357/24

W dniu 16 września 2024 r. wykonawca URKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze (dalej jako „Odwołujący URKOM”) wniósł odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej w ww. postępowaniu oferty wykonawcy Voltar System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach (dalej jako „Przystępujący Voltar”), wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, wobec zaniechania poprawienia w ofercie Odwołującego oczywistej omyłki pisarskiej oraz wobec zaniechania uznania za bezskuteczne zastrzeżenia przez Przystępującego Voltar jako tajemnicy przedsiębiorstwa części wyjaśnień rażąco niskiej ceny i zaniechania ich udostępnienia Odwołującemu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo tego, że oferta Odwołującego jest zgodna z przepisami ustawy, a podmiot udostępniający Odwołującemu zasoby tj. Yunex zobowiązał się do wykonania usług, do realizacji których wymagane są udostępnione przez ten podmiot zdolności, a nadto z treści złożonej przez Odwołującego oferty, przy uwzględnieniu jej całokształtu wynika, że Yunex wykona w charakterze podwykonawcy zakres prac wymagany do udostępnienia zasobów;
2. art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności poprawienia w ofercie Odwołującego oczywistej omyłki pisarskiej w trybie art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp pomimo

tego, że w świetle treści zobowiązania Yunex do oddania do dyspozycji Odwołującego niezbędnych zasobów jest oczywiste, że wskazany w pkt. 5 Formularza ofertowego Odwołującego zakres prac, który ma zostać powierzony Yunex do wykonania zawiera oczywistą omyłkę pisarską polegającą na pominięciu wynikającej ze zobowiązania Yunex treści „Systemy: SCADA i PLC, LAN, CCTV i AID, SOS, DSO, SSP”;

3. art. 18 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego czynności uznania za bezskuteczne zastrzeżenia przez Przystępującego Voltar jako tajemnicy przedsiębiorstwa pismem z dnia 13 czerwca 2024 r. wyjaśnień rażąco niskiej ceny Przystępującego Voltar wraz z załącznikami i w konsekwencji zaniechania czynności udostępnienia Odwołującemu całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny Przystępującego Voltar wraz z załącznikami, pomimo tego, że Przystępujący nie wykazał, że zastrzeżone informacje spełniają przesłanki wynikające z art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: 1. unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego Voltar jako najkorzystniejszej; 2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty

Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp;

3. poprawienie treści oferty Odwołującego w trybie art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez dodanie w treści pkt 5 Formularza ofertowego treści: „Systemy: SCADA i PLC, LAN, CCTV i AID, SOS, DSO, SSP”;
4. uznania za bezskuteczne zastrzeżenia przez Przystępującego Voltar pismem z dnia 13 czerwca 2024 r. części wyjaśnień rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa i udostępnienia Odwołującemu całej treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny Przystępującego wraz z wszystkimi załącznikami;
5. dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

Odwołujący wniósł ponadto o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Zamawiający w dniu 4 października 2024 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której poinformował, że w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania przez Zamawiającego czynności uznania za bezskuteczne zastrzeżenia przez Voltar jako tajemnicy przedsiębiorstwa pismem z dnia 13 czerwca 2024r. wyjaśnień rażąco niskiej ceny Voltar wraz z załącznikami uwzględnił w części zarzut Odwołującego i odtajnił następujące dokumenty: Lista załączników: - Wyjaśnienie rażąco niskiej ceny: częściowo odtajniono, Zał. 1 – odtajniono w całości, Zał. 2 – odtajniono w całości, Zał. 3 – odtajniono w całości, Zał. 4 – odtajniono w całości, Zał. 5 – odtajniono w całości, Zał. 6 – odtajniono w całości, Zał. 8 – odtajniono w całości, Zał. 9 – odtajniono w całości, Zał. 11 – odtajniono w całości, Zał. 12 – odtajniono w całości, Zał. 13 –

odtajniono w całości, Zał. 14 – odtajniono w całości, Zał. 18 – odtajniono w całości. W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania oraz o obciążenie kosztami postępowania Odwołującego.

Przystępujący Voltar w dniu 4 października 2024 r. złożył pismo procesowe, w którym wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu nr 3 na podstawie art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, ewentualnie o oddalenie odwołania w całości, w zakresie części niepodlegającej odrzuceniu.

W dniu 7 października 2024 r. Odwołujący złożył pisemną replikę w sprawie, podtrzymując dotychczasowe stanowisko.

Sygn. akt KIO 3371/24

W dniu 16 września 2024 r. wykonawca Voltar System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach (dalej jako „Odwołujący Voltar”) wniósł odwołanie wobec zaniechania Odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę URKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze (dalej jako „Przystępujący URKOM”) na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp z powodu niezłożenia przez wykonawcę wyjaśnień co do ceny rażąco niskiej oraz wobec odrzucenia oferty złożonej przez ww. wykonawcę tylko na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty URKOM, podczas gdy oferta ta winna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę, ze względu na niezłożenie przez wykonawcę URKOM wyjaśnień oraz dowodów, które uzasadniałyby podaną w ofercie cenę. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie odrzucenia oferty URKOM również na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty URKOM jako oferty z rażąco niską ceną. Odwołujący wniósł także o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Zamawiający w dniu 25 września 2024 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie Odwołującego kosztami postępowania.

W dniu 27 września 2024 r. pismo procesowe w sprawie złożył wykonawca URKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 7 października 2024 r. Odwołujący złożył pisemną replikę w sprawie,

podtrzymując dotychczasowe stanowisko.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Voltar System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach – w sprawie o sygn. akt KIO 3357/24 oraz przez wykonawcę URKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze – w sprawie sygn. akt KIO 3371/24.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 568 pkt 3 ustawy Pzp w

zakresie zarzutu nr 3 odwołania - w części, w jakiej zamawiający uwzględnił odwołanie i zakomunikował zamiar odtajnienia dokumentów złożonych przez wykonawcę Voltar na wezwanie dotyczące wyliczenia ceny (tj. wyjaśnienia rażąco niskiej ceny – w części, załączniki nr 1-6 do wyjaśnień – w całości, załącznik nr 8 do wyjaśnień – w części, załączniki nr 11-14 - w całości, załącznik nr 18 - w całości). Powyższe znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 sentencji wyroku.

Zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględnił w części zarzut nr 3 i odtajnił wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (w części), załączniki nr 1-6 w całości, załącznik nr 8 w części, załączniki nr 9, 11-14 i 18 w całości. Wykonawca, który przystąpił po jego stronie do postępowania odwoławczego (Przystępujący Voltar) nie wniósł sprzeciwu wobec tej czynności. Powyższe wyczerpuje dyspozycję ww. przepisu i powoduje zakończenie postępowania odwoławczego we wskazanym powyżej zakresie bez merytorycznego rozpoznania zarzutów.

W pozostałym zakresie odwołanie zostało skierowane do rozpoznania na rozprawie.

Izba rozstrzygając sprawę uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności treść SWZ, oferty wykonawców, wezwania Zamawiającego i wyjaśnienia składane przez wykonawcę URKOM w zakresie dotyczącym polegania na zasobach podmiotu trzeciego, wezwania Zamawiającego i wyjaśnienia wykonawców w przedmiocie wyliczenia ceny, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy URKOM.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest kompleksowe utrzymanie systemów bezpieczeństwa i urządzeń obsługi tuneli TS-26 i TS-32 w ciągu drogi ekspresowej S3 od węzła Bolków do węzła Kamienna Góra Północ, wraz z przynależną infrastrukturą i obsługą Centrum Zarządzania Tunelami przy Obwodzie Utrzymania Dróg Bolków. Szczegółowo przedmiot zamówienia opisany został w Tomie II, III oraz IV SWZ.

W pkt 8 SWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu, w tym pkt 8.2.4 lit. a) ppkt 1) SWZ w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącej wykonawcy, wskazując, że wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu lub wykonywaniu, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: co najmniej 1 zadania obejmującego budowę lub eksploatację i utrzymanie przez 24 godziny na dobę 7 dni w tygodniu, przez okres min. 6 miesięcy, łącznie co najmniej pięciu systemów z wymienionych poniżej w tunelu drogowym o długości powyżej 500 m: - sygnalizacji pożaru, - wentylacji bytowej i pożarowej, - zasilania wyposażenia tunelu, - nagłośnienia, - telefonów alarmowych, - oświetlenia wjazdowego, przejazdowego, awaryjnego, - monitoringu wizyjnego i wideodetekcji, - sterowania systemami automatyki opartej o sterowniki PLC, - sterowania i zarządzania ruchem, - łączności radiowej służb ratunkowych. Uwaga: W przypadku zadań wykonywanych, okres 6 miesięcy dotyczy już zrealizowanej części zadania. Podmiotowym środkiem dowodowym wymaganym na potwierdzenie spełnienia ww. warunku, zgodnie z pkt 10.9 lit. b) SWZ był wykaz usług.

W postępowaniu oferty złożyli wykonawca URKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze oraz wykonawca Voltar System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach.

Wykonawca URKOM w ofercie wskazał, że zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie następujących części zamówienia:

- „Zdalny support do systemów 24h/7 dni w tygodniu z zaangażowaniem inżynierów IT/Automatyki
- System Sterownia Tunelem TS2-26 i TS-32.”

Do oferty wykonawcy URKOM załączono zobowiązanie firmy Yunex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „PUZ” lub „Yunex”, w którym wskazano, że ww. podmiot zobowiązuje się do oddania na potrzeby realizacji zamówienia zasobów związanych ze zdolnością techniczną lub zawodową dotyczącą wiedzy i doświadczenia zgodnie z SWZ 8.2.4 – referencji / protokołów. Ww. podmiot oświadczył, że udostępni ww. zasoby, w następującym zakresie: „Utrzymanie systemów tunelowych wraz z systemami budynków technicznych” od 1.2023 – 1.2024 dla Trasy Łagiewnickiej S.A w Krakowie zadanie obejmowało eksploatację i utrzymanie przez 24 godziny na dobę 7 dni w tygodniu, przez okres roku systemów wymienionych poniżej w tunelu drogowym o długości powyżej 500 m: Sygnalizacja pożaru, Nagłośnienia, Telefonów alarmowych, Monitoringu wizyjnego i wideodetekcji, Sterowania systemami automatyki opartej o sterowniki PLC, Sterowania i zarządzania ruchem oraz Operator „Zintegrowanego Systemu Zarządzania Ruchem wraz z systemami Tunelu Zagłębienia Wisłostrady w Warszawie” od 10.2017 – 12.2025 dla Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie, zadanie obejmuje eksploatację i utrzymanie przez 24 godziny na dobę 7 dni w tygodniu, przez okres ponad roku między innymi systemów wymienionych poniżej w tunelu drogowym o długości powyżej 500 m: Sygnalizacja pożaru, Nagłośnienia, Monitoringu wizyjnego i wideodetekcji, Sterowania systemami automatyki opartej o sterowniki PLC, Sterowania i zarządzania ruchem. W zobowiązaniu wskazano, że sposób i okres udostępnienia oraz

wykorzystania ww. zasobów będzie następujący: „przez udział firmy YUNEX sp z o.o. w realizacji projektu w charakterze podwykonawcy przez cały okres trwania kontraktu”. Yunex wskazał ponadto, że zrealizuje roboty budowlane, których ww. zasoby (zdolności) dotyczą, w zakresie:

„Zdalny support do systemów 24h/7 dni w tygodniu. Systemy: SCADA i PLC, LAN, CCTV i AID, SOS, DSO, SSP.”

Zamawiający pismami z 6 czerwca 2024 r. wezwał wykonawcę URKOM i wykonawcę Voltar na podstawie art. 223 ust. 1 oraz 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), zwraca się o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny Państwa oferty oraz wyjaśnień dotyczących treści oferty. W wezwaniach poproszono o wyjaśnienie czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania opisane w SWZ, a cena oferty uwzględnia wszystkie związane z tym koszty oraz złożenie wyjaśnień, obliczeń, kalkulacji oraz innych dowodów, odnoszących się do elementów oferty mających wpływ na cenę, a w szczególności w zakresie pozycji nr 1-8, 10-15 oraz pozycja 19 formularza cenowego. Zamawiający poprosił o przedłożenie szczegółowej kalkulacji dla ceny za realizację przedmiotu zamówienia z pokazaniem składowych poszczególnych kosztów, w tym m.in.

kosztów dojazdu, kosztu ubezpieczenia, kosztów płacy zatrudnionych. Zamawiający poprosił o wyczerpującą i szczegółową informację na temat sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na cenę, co najmniej w kwestiach wskazanych powyżej, ale także w innych, które wykonawca uważa za istotne, mając na uwadze m.in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe i finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty a także zakładany poziom zysku oraz zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Oceniając przedłożone przez Wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami na ich potwierdzenie, Zamawiający będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki, a w szczególności wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo korzystne warunki związane z realizacją usług oraz zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie a także zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawcy złożyli wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny.

Wykonawca Voltar zasadniczą część wyjaśnień oraz załączniki nr 2-18 do wyjaśnień zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa, przedstawiając uzasadnienie ww. zastrzeżenia stanowiące załącznik nr 1 do wyjaśnień.

Zamawiający pismem z 19 czerwca 2024 r. wezwał wykonawcę URKOM na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści oferty. Zamawiający wskazał na oświadczenie zawarte w pkt 5 formularza oferty o zamiarze powierzenia podwykonawcom wykonania części zamówienia, na treść zobowiązania firmy Yunex do oddania URKOM zasobów oraz na art. 118 ust. 2 ustawy Pzp prosząc o przedstawienie wyjaśnień w następującym zakresie:

1. Opisanie na czym będzie polegał zdalny support do systemów 24h/7 dni w tygodniu z zaangażowaniem inżynierów IT/Automatyki.
2. Określenie jakich systemów będzie dotyczył zdalny support.
3. Rozwinięcie skrótów systemów i opisanie zakresu zdalnego suportu dla poszczególnych systemów: SCADA i PLC, LAN, CCTV i AID, SOS, DSO, SSP, tj. systemów wymienionych w formie skrótów w formularzu 3.2. „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia”.

W odpowiedzi na to pismo wykonawca URKOM przedstawił następujące wyjaśnienia:

Ad. 1

„Tytułem wyjaśniania sposobu użyczenia zasobów przez firmę YUNEX informuję, że oferta YUNEX zawiera:

- Zdalne wsparcie (support) 24h/7 dni w tygodniu dla utrzymania systemów tunelowych (opisanych w pkt 2 poniżej) w zakresie 2 i 3 linii utrzymania z zapewnieniem inżynierów IT/automatyki do czynności wymaganych w ramach przetargu.

Wyjaśniam, iż 1 linię utrzymania wraz z ciągłą obecnością 24h/7 zgodnie z postawionymi przez Zamawiającego wymaganiami na obiekcie zapewnia URKOM ze spełnieniem wymaganych w przetargu kryteriów osobowych.

- YUNEX wspólnie z Urkom będzie brał udział w przeglądach konserwacyjnych/gwarancyjnych poszczególnych systemów objętych wsparciem (opisanych w pkt 2 poniżej) zgodnie ze zmienioną treścią punktu 5.5OPZ, który stanowi: Planowane czynności bieżącego utrzymania „Wykonawca będzie zobowiązany do realizacji wszystkich czynności związanych z eksploatacją systemów i urządzeń według zbioru „Instrukcji Obsługi” stanowiących załącznik nr 2 do niniejszego OPZ, dalej zwanego „Instrukcjami”. Harmonogram czynności będzie wynikał z Instrukcji (pkt 6 Instrukcji), a szczegółowe terminy czynności bieżącego utrzymania będą ustalone w

Harmonogramach miesięcznych, podlegających zatwierdzeniu przez Przedstawiciela Zamawiającego. Harmonogramy będą wykonane zgodnie z pkt 5.2. Ponadto Wykonawca, jako przedstawiciel Zamawiającego, będzie brał udział w przeglądach konserwacyjnych/ gwarancyjnych poszczególnych systemów."

- YUNEX będzie brał również udział w niezbędnych czynnościach wymaganych na obiekcie z udziałem inżynierów IT/automatyki YUNEX, które zostały określone w przetargu w instrukcjach eksploatacji.

Dodatkowo zwracamy uwagę, iż w swoich odpowiedziach na pytania wykonawców (nr 21 i 22) Zamawiający określił poziom diagnostyki na poziomie danych widocznych z poziomu Systemu Zarządzania Tunelem. Treść pytań i odpowiedzi jak niżej:

Pytanie 21

Wykonawca zwraca się o: podanie programów konfiguracyjnych, monitorujących

i diagnostycznych z przypisaniem do wszystkich samodzielnych urządzeń elektronicznych jak i wszystkich systemów zainstalowanych w tunelu.

Wyjaśnienie 21

Niezbędne sygnały i dane diagnostyczne będą dostępne z poziomu Systemu Zarządzania Tunelem.

Pytanie 22

Wykonawca zwraca się o: Potwierdzenie, że Zamawiający posiada programy konfiguracyjne, monitorujące i diagnostyczne zainstalowanych w tunelu systemów i urządzeń.

Wyjaśnienie 22

Zamawiający informuje, że niezbędne sygnały i dane diagnostyczne będą dostępne z poziomu Systemu Zarządzania Tunelem.

Mając na uwadze wieloletnie doświadczenie firm Urkom i Yunex oraz interes Zamawiającego - w ramach zdalnego supportu - chcielibyśmy Państwu zapewnić dodatkowy głębszy poziom diagnostyki niż ten opisany przez Zamawiającego w jego odpowiedziach na pytania wykonawców nr 21 i 22 (patrz powyżej).

Dzięki temu będą mogli Państwo sprawniej przekazywać informacje do Wykonawcy Wyposażenia/Gwaranta oraz uzyskiwać na bieżąco informacje w zakresie cyberbezpieczeństwa systemów, objętych wsparciem.

Dlatego w ramach zdalnego supportu chcielibyśmy zaoferować Państwu dodatkowo:

- informowanie o dostrzeżonych lukach w obszarze cybersecurity,
- informowanie o pojawiających się aktualizacjach dla systemów i nowych firmwarach produktowych,
- dokonywanie inwentaryzacji stanu przekazania Państwu wszystkich programów i konfiguracji źródłowych wraz z loginami i hasłami,
- dokonywanie częstszych niż wymagane przez Zamawiającego backupów systemów na potrzeby usuwania dużych awarii.

AD 2.

Zdalny support będzie dotyczył systemów:

System Sterowania Tunelu

System Przesyłu Danych

System Monitoringu Wizyjnego i Wideodetekcji

Punkty alarmowe

System Nagłośnienia Tunelowego

System Wykrywania i Sygnalizacji Pożaru

AD 3.

Poniżej przedstawiamy wyjaśnienie do użytych skrótów:

System Sterowania Tunelu - SCADA i PLC

System Przesyłu Danych – LAN

System Monitoringu Wizyjnego i Wideodetekcji - CCTV i AID

Punkty alarmowe – SOS

System Nagłośnienia Tunelowego – DSO

System Wykrywania i Sygnalizacji Pożaru – SSP.”

Pismem z 4 lipca 2024 r. Zamawiający wezwał wykonawcę URKOM na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych. W odpowiedzi na to wezwanie URKOM złożył m.in. wykaz zdolności technicznej lub zawodowej, w którym wskazał w poz. 1 usługę wykonywaną przez Yunex Sp. z o.o. na rzecz M.st. Warszawy – Zarząd Dróg Miejskich pn. „Pełnienie funkcji Operatora Zintegrowanego Systemu Zarządzania Ruchem oraz operatora systemów bezpieczeństwa i odwodnienia w Tunelu Zagłębienia Wisłostrady na terenie m. st. Warszawy” (Umowa nr DZP/59/PN/53/17), realizowaną od 29 września 2017 r. do chwili obecnej (realizacja do 31 grudnia 2025 r.), zaś w poz. 2 usługę wykonaną przez Yunex Sp. z o.o. na rzecz Trasa Łagiewnicka S.A. pn. „Utrzymanie systemów tunelowych wraz z systemami budynków technicznych” (dot. sprawy nr WP.271.9.22.BO), realizowaną od 1 lutego 2023 r. do 1 lutego 2024 r.

Zamawiający pismem z 12 lipca 2024 r. wezwał wykonawcę URKOM na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień dotyczących podmiotowych środków dowodowych, tj. zobowiązania do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia oraz wyjaśnień co do treści tego zobowiązania złożonych pismem z dnia 20 czerwca 2024r., w którym wykonawca pisze: „Tytułem wyjaśniania sposobu użyczenia zasobów przez firmę YUNEX informuję, że oferta YUNEX zawiera: Zdalne wsparcie (support) 24h/7 dni w tygodniu dla utrzymania systemów tunelowych (opisanych w pkt 2 poniżej) w zakresie 2 i 3 linii utrzymania z zapewnieniem inżynierów IT/automatyki do czynności wymaganych w ramach przetargu. Wyjaśniam, iż 1 linię utrzymania wraz z ciągłą obecnością 24h/7 zgodnie z postawionymi przez Zamawiającego wymaganiami na obiekcie zapewnia URKOM ze spełnieniem wymaganych w przetargu kryteriów osobowych.” W nawiązaniu do powyższego Zamawiający poprosił o wyjaśnienie, co wykonawca rozumie pod pojęciem 1,2 i 3 linii utrzymania oraz o wskazanie jakie czynności wymagane w Opisie Przedmiotu Zamówienia będą wykonywane w ramach poszczególnych linii utrzymania.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca URKOM wskazał:

„L1 - Informujemy, że pod pojęciem pierwszej linii utrzymania rozumiemy ciągłą obecność przedstawicieli Wykonawcy 24H/7 wraz z zapewnieniem serwisantów i kontrolerów technicznych zgodnie z postawionymi przez Zamawiającego wymaganiami i ze spełnieniem wymaganych w przetargu kryteriów osobowych.

L2 - Informujemy, że pod pojęciem drugiej linii utrzymania rozumiemy zapewnienie dostępności inżyniera IT /automatyki: - zdalne wsparcie przez inżyniera IT/ automatyki nie wymaganego formalnie kontraktem – do czynności wymaganych w ramach przetargu, - udział oprócz poziomu L1 jako przedstawiciel Zamawiającego w przeglądach konserwacyjnych/ 13

gwarancyjnych poszczególnych systemów, - udział w niezbędnych czynnościach na obiekcie dla czynności określonych w instrukcjach eksploatacyjnych

L3 – wsparcie zespołu multidyscyplinarnego zespołu inżynierskiego w sytuacji wystąpienia krytycznych awarii. Poziom zespołu inżynierskiego - nie wymagany kontraktem

Poziomy L1 i L2 wypełniają wszystkie czynności wymagane w Opisie Przedmiotu Zamówienia. Dodatkowo przesyłamy zestawienie czynności z „Instrukcji Obsługi” z wyszczególnieniem poziomów L1 i L2 zgodnie z punktem w OPZ – wersja 2 punkt 5.5 „Planowane czynności bieżącego utrzymania. (...)”.

W dalszej części pisma przedstawiono wyciąg z Instrukcji Obsługi z zaznaczonymi poziomami L1 i L2.

Zamawiający pismem z dnia 1 sierpnia 2024 r. wezwał URKOM w oparciu o art. 128 ust. 4 i art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących rozbieżności pomiędzy dokumentami Wykonawcy tj. formularzem oferty, dokumentem JEDZ oraz zobowiązania do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji (formularz 3.2). W formularzu oferty Wykonawca wskazał, że zamierza powierzyć podwykonawcom (Yunex Sp. z o.o.) wykonanie następujących części zamówienia: - Zdalny support do systemów 24h/7 dni w tygodniu z zaangażowaniem inżynierów IT/Automatyki; -System Sterownia Tunelem TS2-26 i TS-32. Natomiast w zobowiązaniu firma Yunex oświadcza, że c) zrealizuje roboty budowlane, których ww. zasoby (zdolności) dotyczą, w zakresie: „Zdalny support do systemów 24h/7 dni w tygodniu. Systemy: SCADA i PLC, LAN, CCTV i AID, SOS, DSO, SSP.” Dodatkowo w dokumencie JEDZ oświadczył, że nie będzie korzystał z podwykonawców. Zamawiający poprosił o wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy złożonymi dokumentami oraz wyjaśnienie dlaczego w formularzu oferty Wykonawca wskazał, że powierzy podwykonawcy (Yunex Sp. z o.o.) wykonanie części zamówienia tj. tylko jednego systemu sterowania tunelem, a w zobowiązaniu firma Yunex zostały wskazane systemy: SCADA i PLC, LAN, CCTV i AID, SOS, DSO, SSP.

W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca URKOM wyjaśnił, że „zakres prac wymieniony w oświadczeniu Podwykonawcy pokrywa się ze wskazaną w formularzu oferty częścią zamówienia, którą Wykonawca zamierza powierzyć Podwykonawcy. Przez wskazany w formularzu oferty zdalny support do systemów 24h/7 dni w tygodniu z zaangażowaniem inżynierów IT/Automatyki należy rozumieć zdalny support do systemów: SCADA i PLC, LAN, CCTV i AID, SOS, DSO, SSP, co stanowi cały zakres prac wymieniony przez firmę Yunex w oświadczeniu. Jednocześnie,

Wykonawca wskazuje, iż System Sterownia Tunelem TS2-26 i TS-32 jest systemem składającym się z SCADA oraz PLC i tym samym mieści się on w pozycji „Zdalny support do systemów 24h/7 dni w tygodniu z zaangażowaniem inżynierów IT/Automatyki”. Wyodrębnienie Systemu Sterowania Tunelem TS2-26 i TS-32 w formularzu

oferty nie miało na celu zawężenia zakresu części zamówienia, mającego zostać powierzonym Podwykonawcy, a zmierzało jedynie do podkreślenia, że System Sterowania Tunelem (SCADA i PLC), będący kluczowym systemem w tunelach, ponad wszelką wątpliwość jest objęty zakresem prac firmy Yunex. Ww. twierdzenia potwierdza fakt, iż oba zakresy, tj. „Zdalny support do systemów 24h/7 dni w tygodniu z zaangażowaniem inżynierów IT/Automatyki” oraz „System Sterownia Tunelem TS2-26 i TS-32”, wymienione zostały od równorzędnych jednostek redakcyjnych, tj.: „-”. W przypadku gdy System Sterowania Tunelem TS2-26 i TS-32 miałby stanowić doprecyzowanie zdalnego supportu do systemów 24h/7 dni w tygodniu z zaangażowaniem inżynierów IT/Automatyki, użyta zostałaby inna jednostka redakcyjna, wskazująca na podrzędność wyliczenia. (...) W odniesieniu do Części II litery D formularza JEDZ, wyjaśniam, iż zaznaczenie opcji „NIE” stanowiło oczywistą omyłkę Wykonawcy. Jak wynika z przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów, Wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo części zamówienia, w związku z czym w ww. części formularza winno zostać zaznaczone „TAK”.

Zamawiający pismem z dnia 7 sierpnia 2024 r. wezwał wykonawcę URKOM na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt. 8.2.4a) IDW, do uzupełnienia/złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych tj. Wykazu zdolności technicznej lub zawodowej – Wykaz usług. Zamawiający wskazał, że na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu Wykonawca przedłożył zadania wykonywane przez firmę Yunex Sp. z o.o. o nazwie: „Pełnienie funkcji Operatora Zintegrowanego Systemu Zarządzania Ruchem oraz operatora systemów bezpieczeństwa i odwodnienia w Tunelu Zagłębienia Wisłostrady na terenie m. st. Warszawy (Umowa nr DZP/59/PN/53/17)”, „Utrzymanie przez 24 godziny na dobę 7 dni w tygodniu, przez okres 96 miesięcy Tunelu Zagłębienia Wisłostrady w Warszawie składającej się z tunelu drogowego o długości ok.900 m.” oraz „Utrzymanie przez 24 godziny na dobę 7 dni w tygodniu, przez okres min. 12 miesięcy w ciągu Trasy Łągiwnickiej składającej się z trzech tuneli drogowych i jednego tunelu tramwajowego, w tym: - jednego tunelu drogowego o długości ok.700 m. - jednego tunelu drogowego o długości ok. 600 m. -jednego tunelu drogowego o długości ok. 400 m”. W formularzu oferty Wykonawca wskazał, że zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie następujących części zamówienia: -Zdalny support do systemów 24h/7 dni w tygodniu z zaangażowaniem inżynierów IT/Automatyki, - System Sterownia Tunelem TS2-26 i TS-32. Podmiot udostępniający zasoby - firma Yunex oświadczyła, że zrealizuje usługę, których ww. zasoby (zdolności) dotyczą, w zakresie: - Zdalny support do systemów 24h/7 dni w tygodniu. Systemy: SCADA i PLC, LAN, CCTV i AID, SOS, DSO, SSP. W związku z tym, że w formularzu oferty wykonawca określił zakres prac do wykonania za pomocą podwykonawców jedynie w zakresie Systemu

Sterownia Tunelem TS-26 i TS-32, a jednocześnie wykonawca polega na zdolnościach podmiotu trzeciego w zakresie systemów: SCADA i PLC, LAN, CCTV i AID, SOS, DSO, SSP 1 (co jest zakresem szerszym niż wskazany do wykonania za pomocą podwykonawców, a jednocześnie w takiej sytuacji wymagany jest udziału podmiotu udostępniającego zasoby -dalej jako PUZ - w realizacji zadania w całym zakresie, którego udostępnienie dotyczy), a także mając na uwadze: [1] niemożliwość realizacji zadania przez PUZ w formie zdalnego wsparcia, [2] niedopuszczalność zmiany przez wykonawcę treści oferty na etapie jej oceny w zakresie w jakim wykonawca określa zakres zamówienia powierzony do wykonania za pomocą podwykonawców (niemożliwość rozszerzenia zakresu podwykonawstwa), [3] konstrukcję warunku udziału w postępowaniu tj. wymóg wykazania się doświadczeniem w wykonaniu zadania obejmującego budowę lub eksploatację i utrzymanie przez 24 godziny na dobę 7 dni w tygodniu, przez okres min. 6 miesięcy, łącznie co najmniej pięciu systemów (...) w tunelu drogowym o długości powyżej 500 m: Wykonawca winien, na obecnym etapie postępowania, wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający zwrócił się o uzupełnienie doświadczenia posiadanego przez URKOM Sp. z o.o. w zakresie potwierdzającym spełnienie warunku opisanego w SWZ pkt 8.2.4.a) tj. Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu lub wykonywaniu, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: 1) co najmniej 1 zadania obejmującego budowę lub eksploatację i utrzymanie przez 24 godziny na dobę 7 dni w tygodniu, przez okres min. 6 miesięcy, łącznie co najmniej pięciu systemów z wymienionych poniżej w tunelu drogowym o długości powyżej 500 m: - sygnalizacji pożaru, - wentylacji bytowej i pożarowej, - zasilania wyposażenia tunelu, - nagłośnienia, - telefonów alarmowych, - oświetlenia wjazdowego, przejazdowego, awaryjnego, - monitoringu wizyjnego i wideodetekcji, - sterowania systemami automatyki opartej o sterowniki PLC, - sterowania i zarządzania ruchem, - łączności radiowej służb ratunkowych. Uwaga: W przypadku zadań wykonywanych, okres 6 miesięcy dotyczy już zrealizowanej części zadania.

W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca URKOM wskazał że Zamawiający dysponuje już dokumentami wykazującymi spełnienie przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4a) IDW. Ponadto wskazał, że z ostrożności przedkłada – wypełniając wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazania spełnienia określonego w pkt. 8.2.4a) IDW warunku udziału w postępowaniu - w załączeniu do pisma: zobowiązanie Yunex Sp. z o.o. do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na rzecz Urkom Sp. z o.o., w którym sprecyzowano zakres i sposób udostępnienia zasobów w trybie podwykonawstwa części zamówienia; poprawiony Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ) dla Urkom Sp. z o.o.

wskazujący na zakres zamówienia, który zostanie powierzony Yunex Sp. z o.o., jako podwykonawcy Urkom Sp. z o.o. Dalej wykonawca podniósł:

„Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, tj. wykazania się doświadczeniem w wykonywaniu „zadania obejmującego budowę lub eksploatację i utrzymanie przez 24 godziny na dobę 7 dni w tygodniu, przez okres min. 6 miesięcy, łącznie co najmniej pięciu systemów (...) w tunelu drogowym o długości powyżej 500 m”, Wykonawca przedłożył Wykaz usług (pkt 10.9b) IDW), w którym powołał się na dwa zadania wykonane przez podmiot udostępniający

zasoby (dalej „PUZ”) Yunex Sp. z o.o. (Podwykonawcę): 1) „Pełnienie funkcji Operatora Zintegrowanego Systemu Zarządzania Ruchem oraz operatora systemów bezpieczeństwa i odwodnienia w Tunelu Zagłębia Wisłostrady na terenie m. st. Warszawy (Umowa nr DZP/59/PN/53/17)”, „Utrzymanie przez 24 godziny na dobę 7 dni w tygodniu, przez okres 96 miesięcy Tunelu Zagłębia Wisłostrady w Warszawie składającej się z tunelu drogowego o długości ok. 900 m.” oraz 2) „Utrzymanie przez 24 godziny na dobę 7 dni w tygodniu, przez okres min. 12 miesięcy w ciągu Trasy Łągowieckiej składającej się z trzech tuneli drogowych i jednego tunelu tramwajowego, w tym: jednego tunelu drogowego o długości ok. 700 m, jednego tunelu drogowego o długości ok. 600 m, jednego tunelu drogowego o długości ok. 400 m”. Powyższe zadania odpowiadają swoim zakresom wymaganiom określonym w pkt. 8.2.4a) IDW. Do oferty Wykonawca załączył zaś zobowiązanie PUZ do oddania Wykonawcy zasobów w celu wykazania spełniania określonego w pkt. 8.2.4a) IDW warunku udziału w postępowaniu.

Niezależnie od powyższego, celem uczynienie zadość żądaniu Zamawiającego, Wykonawca ponownie przedkłada zobowiązanie PUZ do oddania zasobów Wykonawcy, wykazujące dysponowanie przez Urkom Sp. z o.o. zasobami Yunex Sp. z o.o. w postaci doświadczenia w wykonaniu „zadania obejmującego budowę lub eksploatację i utrzymanie przez 24 godziny na dobę 7 dni w tygodniu, przez okres min. 6 miesięcy, łącznie co najmniej pięciu systemów (...) w tunelu drogowym o długości powyżej 500 m” niezbędnych do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 8.2.4a) IDW. Jednocześnie, Wykonawca z całą stanowczością zaprzecza, jakoby w zakresie w jakim podlega na zdolnościach PUZ, nie określił on w formularzu oferty przedmiotowych prac do wykonania za pomocą PUZ, a także jakoby forma realizacji zadania przez PUZ nie odpowiadała warunkom zamówienia. Podniesione przez Zamawiającego zarzuty budzą niezrozumienie Wykonawcy przede wszystkim z tego względu, iż Wykonawca w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego udzielał licznych, kompleksowych wyjaśnień w przedmiocie zakresu prac, mających być realizowanymi przez PUZ oraz sposobu i formy ich realizacji przez PUZ. Zamawiający w wezwaniu z dnia 7 sierpnia 2024 r. wydaje się zaś zupełnie pomijać prezentowane dotychczas przez Wykonawcę i PUZ stanowisko oraz formułuje wręcz odwrotne, niczym niepoparte wnioski.

W pierwszej kolejności Wykonawca kwestionuje, jakoby w formularzu oferty określił zakres prac do wykonania za pomocą PUZ jedynie w zakresie Systemu Sterowania Tunelem TS-26 i TS-32. Jak wynika z formularza oferty, Wykonawca zamierza powierzyć PUZ wykonanie następujących części zamówienia: „Zdalny support do systemów 24h/7 dni w tygodniu z zaangażowaniem inżynierów IT/Automatyki” „System Sterowania Tunelem TS2-26 i TS-32.” W oświadczeniu, PUZ wskazał zaś, iż będzie realizować usługę w zakresie: „- zdalny support do systemów 24h/7 dni w tygodniu. Systemy: SCADA i PLC, LAN, CCTV i AID, SOS, DSO, SSP”. Z uwagi na wzajemne stosunki prawne Wykonawcy oraz PUZ, a także zamiar realizacji zadań składających się na jedno przedsięwzięcie, oczywistym pozostaje, iż ww. oświadczenia należy interpretować łącznie i wzajemnie się uzupełniające. Przy czym w zakresie zakresu udostępnionych Wykonawcy przez PUZ zasobów prymat ma oświadczenie PUZ, a nie oświadczenie Wykonawcy wynikające z Formularza oferty. Zestawienie treści przywołanych oświadczeń Wykonawcy i PUZ złożonych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, w sposób niebudzący wątpliwości świadczy o zamiarze powierzenia PUZ zadania w postaci zdalnego supportu do systemów SCADA i PLC, LAN, CCTV i AID, SOS, DSO, SSP. Powyższe potwierdzone zostało w piśmie Wykonawcy z dnia 2 sierpnia 2024 r., w którym to Wykonawca wprost oświadczył, iż przez wskazany w formularzu oferty zdalny support do systemów 24h/7 dni w tygodniu z zaangażowaniem inżynierów IT/Automatyki należy rozumieć zdalny support do systemów: SCADA i PLC, LAN, CCTV i AID, SOS, DSO, SSP. Jednocześnie, w ww. piśmie Wykonawca zawarł wyjaśnienia w przedmiocie odrębnego wskazania w formularzu oferty w części dotyczącej zadań powierzonych Podwykonawcy Systemu Sterowania Tunelem TS2-26 i TS-32. System Sterowania Tunelem TS2-26 oraz TS-32 jest systemem składającym się z systemu SCADA oraz PLC i mieści się on w pozycji „Zdalny support do systemów 24h/7 dni w tygodniu z zaangażowaniem inżynierów IT/Automatyki”. Wyodrębnienie Systemu Sterowania Tunelem (SCADA i PLC) zmierzało tym samym jedynie do podkreślenia, iż przedmiotowy system ponad wszelką wątpliwość mieści się w zakresie prac, które mają zostać powierzone PUZ. Potrzeba zaakcentowania, iż System Sterowania Tunelem TS2-26 oraz TS-32 bezsprzecznie objęty jest zakresem prac PUZ wynikała z faktu, iż Zamawiający udzielając wyjaśnień na kierowane pytania wielokrotnie podkreślał, że System Sterowania Tunelem jest kluczowym i nadrzędnym systemem z punktu widzenia obsługi tunelów. Zamawiający wskazywał, że niezbędne sygnały i dane diagnostyczne dostępne są z poziomu Systemu Zarządzania Tunelami. Stanowczo wskazane zostało także, iż wyodrębnienie Systemu Sterowania Tunelem TS2-26 oraz TS-32 nie miało na celu zawężenia zakresu części zamówienia, mającego być realizowanym przez PUZ. Świadczy o tym fakt, iż System Sterowania Tunelem TS2-26 oraz TS-32 wymieniony został w formularzu oferty od równorzędnej względem zakresu prac „Zdalny support do systemów 24h/7 dni w tygodniu z zaangażowaniem inżynierów IT/Automatyki” jednostki redakcyjnej, tj.

„•”. W przypadku gdyby „System Sterowania Tunelem TS2-26 i TS-32” miał stanowić doprecyzowanie zakresu prac „Zdalny support do systemów 24h/7 dni w tygodniu z zaangażowaniem inżynierów IT/Automatyki”, przed „System Sterowania Tunelem TS2-26 i TS-32” użyta zostałaby inna jednostka redakcyjna, wskazująca na podrzędność wyliczenia lub zastosowano by po zakresie prac „Zdalny support do systemów 24h/7 dni w tygodniu z zaangażowaniem inżynierów IT/Automatyki” znak interpunkcyjny w postaci dwukropka, tj. „;”, celem zasygnalizowania rozpoczęcia wyliczenia.

Wobec powyższego, oczywistym pozostaje, iż zakres prac, mających być realizowanymi przez PUZ, wskazany w formularzu oferty obejmuje zdalny support 24h/7 dni w tygodniu z zaangażowaniem inżynierów IT/Automatyk do systemów: SCADA i PLC, LAN, CCTV i AID, SOS, DSO, SSP. Tym samym, za zupełnie bezzasadny uznać należy zarzut Zamawiającego, jakoby Wykonawca w formularzu oferty określił zakres prac do wykonania za pomocą PUZ jedynie w zakresie Systemu Sterowania Tunelem TS-26 i TS-32. Wymaga wskazania, że twierdzenie Zamawiającego zupełnie pomija kontekst złożonej oferty wraz z zobowiązaniem PUZ i konieczność ich spójnej interpretacji.

W konsekwencji twierdzenie Zamawiającego, iż zakres w jakim Wykonawca polega na zdolnościach PUZ jest szerszy niż wskazany do wykonania za pomocą PUZ jest błędne. PUZ w swoim zobowiązaniu wskazał, że zobowiązuje się do wykonania zamówienia w zakresie: „zdalny support do systemów 24h/7 dni w tygodniu. Systemy: SCADA i PLC, LAN,

CCTV i AID, SOS, DSO, SSP” to Wykonawca w Formularzu 3.3. do oferty wskazał, że zamierza zlecić PUZ usługi w zakresie: „Zdalny support do systemów 24h/7 dni w tygodniu z zaangażowaniem inżynierów IT/Automatyki” oraz „System Sterowania Tunelem TS2-26 i TS-32”. Łączna lektura Formularza oferty wraz z Zobowiązaniem PUZ musi prowadzić do wniosku o spójności tych dokumentów i wzajemnym ich uzupełnianiu się. Stąd też wskazanie przez Zamawiającego w wezwaniu na „niedopuszczalność zmiany przez wykonawcę treści oferty na etapie jej oceny w zakresie w jakim wykonawca określa zakres zamówienia powierzony do wykonania za pomocą podwykonawców (niemożliwość rozszerzenia zakresu podwykonawstwa)” jest nieadekwatny. Wykonawca wskazał w Formularzu oferty na zamiar powierzenia PUZ usług tożsamy z zakresem wynikającym z Zobowiązania PUZ do udostępnienia zasobów. Zamawiający błędnie także kwalifikuje Formularz oferty w zakresie wskazującym na zakres podwykonawstwa, jako niezmienną treść oferty Wykonawcy.

Zamawiający zdaje się mylić wynikający z art. 123 ustawy Pzp zakaz powoływania się po upływie terminu składania ofert na zasoby podmiotu udostępniającego zasoby w przypadku, gdy w odniesieniu do danego warunku udziału w postępowaniu wykonawca nie powoływał się na zasoby podmiotu udostępniającego zasoby, od określonego w ofercie zakresu zamówienia, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom. Z przepisu art. 462 ust. 2 ustawy Pzp

wynika uprawnienie Zamawiającego do żądania od wykonawców wskazania w ofercie części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom. Wskazanie przez wykonawcę zakresu podwykonawstwa w ofercie ma jednak charakter informacyjny i nie ogranicza wykonawcy w powierzeniu szerszego nie wynikający z treści tego wskazania zakresu zamówienia do wykonania podwykonawcom. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 22 marca 2024 r. (sygn. akt KIO 780/24) „skoro Zamawiający nie określił obowiązku osobistego wykonania części zamówienia, kwestia zakresu i sposobu podwykonawstwa nie stanowi treści oferty, która nie może ulegać zmianom po terminie składania ofert. Przewiduje to art. 464 Pzp oraz następne, w ramach których określony jest mechanizm zgłaszania oraz zmian umów podwykonawczych, bez ograniczenia co do pierwotnie zadeklarowanego zakresu. W konsekwencji, oświadczenie dotyczące podwykonawstwa (stanowiące oświadczenie wiedzy, a nie woli) może ulegać zmianom stosownie do okoliczności faktycznych, jak również podlega wyjaśnieniom w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Sam fakt, że oświadczenie tego rodzaju składane jest w formularzu oferty nie może przesądzać o charakterze tego oświadczenia, ponieważ uprawnienie wykonawcy do korzystania z podwykonawców doznaje ograniczenia jedynie w przypadku zastrzeżenia osobistego wykonania niektórych części zamówienia. Z mocy art. 223 ust. 1 zdanie drugie Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany jej treści - a tym samym oferty sensu stricte, dotyczącej przyszłego zobowiązania wykonawcy, jakie na siebie przyjmie składając ofertę. Warto także wskazać, że zgodnie z art. 123 Pzp wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. Przepis ten wyraźnie dotyczy jedynie sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu, nie zaś zakresu podwykonawstwa. W aspekcie podniesionych przez Odwołującego zarzutów naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp oraz art. 128 ust. 1 Pzp - sprowadzających się mimo różnych podstaw prawnych do słusznego podniesionego zaniechania wezwania do wyjaśnienia lub poprawienia oświadczenia wykonawcy – wskazać należy, że zarówno informacja dotycząca podwykonawców, jak i kwestie związane z udostępnieniem zasobów podlegają wyjaśnieniu czy też ewentualnemu poprawieniu w trybie art. 128 ust. 1 Pzp, zarówno w części zobowiązania podmiotu trzeciego, jak i tzw. wstępnego oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp. Odmienne sytuacja by zachodziła, gdyby został przewidziany obowiązek osobistego spełniania warunków udziału w postępowaniu. (...) przepisy powszechnie obowiązujące nie wiążą immanentnie instytucji podwykonawstwa oraz polegania na zasobach podmiotu trzeciego, o którym mowa art. 118 Pzp. Jedynie w przypadku jeżeli zmiana albo 20

rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 Pzp, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykonawca jest obowiązany wykazać zamawiającemu, że proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż podwykonawca, na którego zasoby wykonawca powoływał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia (art. 462 ust. 7 Pzp). Jednocześnie, art. 118 ust. 2 Pzp przewiduje, że wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Wykonanie robót budowlanych czy usług nie zawsze musi mieć podstawę prawną w postaci umowy podwykonawczej, chociaż najczęściej taką postać przyjmuje - gdyby było odmiennie, ustawodawca ograniczyłby wprost do tych słów udział podmiotu trzeciego. Możliwe są także inne formy udostępnienia zasobów, chociażby w postaci konsultacji i doradztwa, za pomocą których może równie skutecznie dojść do rzeczywistego udostępnienia zasobu, jak i do czynnego udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. O spełnieniu tych warunków przesądza treść udzielonego zobowiązania i nie można stawiać odgórnie tezy o tym, że jedynie stosunek podwykonawstwa pozwala na to, by mogło dojść do realnego przekazania przez jeden podmiot swojej wiedzy i doświadczenia na rzecz drugiego podmiotu (wykonawcy).” Powyższe odzwierciedla zasadniczo utrwalony od lat dorobek orzecznictwa Izby (patrz np. wyrok Izby z dnia 22 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 351/23, wyrok Izby z dnia 2 kwietnia 2024 r., sygn. akt KIO 883/24 i KIO 896/24, a także inne liczne orzecznictwo prezentujący jednolity pogląd).

Analogicznie w niniejszej sprawie, Zamawiający bez wskazania jakiegokolwiek podstawy prawnej ogranicza zakres zasobów udostępnionych przez PUZ na rzecz Wykonawcy z uwagi na wskazany w Formularzu oferty zakres podwykonawstwa. Pomijając okoliczność, że Zamawiający błędnie interpretuje treść Formularza oferty – o czym mowa była wyżej – to za wskazanym powyżej wyrokiem Izby wydanym w istocie tożsamej sprawie, Zamawiający nie jest uprawniony do ograniczenia zakresu udostępnionych Wykonawcy przez PUZ zasobów z powołaniem się na zadeklarowany – informacyjnie – w Formularzu oferty zakres podwykonawstwa. Wymaga wskazania, że w przypadku, gdyby wskazany zakres podwykonawstwa był węższy niż zakres zasobów udostępnionych Wykonawcy przez PUZ, podlega on zmianie – analogicznie jak odpowiednia treść JEDZ dotycząca podwykonawstwa – na zasadach

wynikających z przepisów ustawy Pzp tj. w wyniku wyjaśnień treści oferty lub jej poprawy w trybie art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp tj. oczywista omyłka pisarska. Stąd też twierdzenie Zamawiającego wskazujące na „[2] niedopuszczalność zmiany przez wykonawcę treści oferty na etapie jej oceny w zakresie w jakim wykonawca określa zakres zamówienia powierzony do wykonania za pomocą podwykonawców (niemożliwość rozszerzenia zakresu

podwykonawstwa)” jest bezpodstawne i stanowi o wadliwości wezwania do uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Wymaga podkreślenia raz jeszcze, że nieuprawnione jest ograniczanie zakresu udostępnionych Wykonawcy przez PUZ zasobów na potwierdzenie spełniania określonego w pkt. 8.2.4a) IDW warunku udziału w postępowaniu z uwagi na zadeklarowany przez Wykonawcę w Formularzu oferty zakres podwykonawstwa – ten ma bowiem charakter informacyjny i nie determinuje zakresu i sposobu udostępnienia zasobów przez PUZ. Wykonawca jednocześnie wskazuje, że do oferty omyłkowo załączył Formularz 3.3. i wskazał w nim tożsamy zakres prac mających być zleconych Yunex, jako podwykonawcy, gdy tymczasem Formularz 3.3. dotyczy wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zatem Formularz 3.3. nie powinien być brany pod uwagę przy ocenie oferty Wykonawcy i spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu.

W tym miejscu wyjaśnienia wymaga także używane przez Wykonawcę i PUZ sformułowanie „zdalny support” i odróżnienie przedmiotowego pojęcia od sformułowania „zdalny dostęp”. Przez pojęcie „zdalny support” należy rozumieć wsparcie systemów poprzez dostęp do urządzeń w sposób uwarunkowany budową i charakterystyką systemów informatycznych i automatyki. „Zdalny support” oznacza tym samym dostęp do całej infrastruktury z pewnego konkretnego, dedykowanego miejsca, zlokalizowanego jednak w granicach, w zasięgu obsługiwanej infrastruktury. Tym samym, „zdalny support” mający być realizowany przez PUZ, wiąże się z obecnością pracowników PUZ na obiekcie i realizacją przez PUZ jako podwykonawcy obowiązków związanych z utrzymaniem systemów: (I) sygnalizacji pożaru, (II) nagłośnienia, (III) telefonów alarmowych, (IV) monitoringu wizyjnego i wideodetekcji, (V) sterowania systemami automatyki opartej o sterowniki PLC, (VI) systemu przesyłu danych, w zakresie związanym z diagnostyką i utrzymaniem tychże systemów. Tylko sieci obsługiwanej infrastruktury umożliwia realizację zdalnego supportu w powyższym rozumieniu. Przykładem „zdalnego supportu” jest sytuacja, w której pracownik obecny na obiekcie, na przykład w budynku technicznym albo dyspozytorni, loguje się z komputera serwisowego do kamery zlokalizowanej na obiekcie. Takie działanie jest działaniem zdalnym, gdyż pracownik nie podjął czynności bezpośrednio względem danej kamery, poprzez jej demontaż i manualną obsługę, tylko podłączył się do niej poprzez infrastrukturę sieciową.

Przechodząc na grunt okoliczności niniejszego zamówienia, odnieść należy się do oprogramowania typu SCADA. Przedmiotowe oprogramowanie zainstalowane jest na systemie operacyjnym, systemy operacyjne oparte są na wirtualizacji, a dopiero przedmiotowe środowisko wirtualne wykorzystuje sprzęt serwerowy bezpośrednio. W ramach rozwiązań technologicznych serwery posiadają specjalne konsole zarządcze (GUI – np. iDRAC), które pozwalają na pełną diagnostykę z poziomu dowolnego komputera mającego dostęp do siedzi zarządczej (mgmt). Manualna (a zatem nie zdalna) obsługa sprzętu w ramach podłączonego monitora i komputera ograniczona jest tylko i wyłącznie do konfiguracji IP wizualizatora.

Dostęp zaś do maszyn wirtualnych (VMare, PProxmox) nie jest natomiast możliwy w sposób fizyczny (manualny), konieczne jest połączenie się poprzez konsolę zdalną VMare, ssh (zdalny support). Celem jednoznacznego objaśnienia sformułowania „zdalny support”, należy w sposób wyraźny odróżnić go od pojęcia „zdalny dostęp”, w ramach do którego realizowana jest praca zdalna. „Zdalny dostęp” oznacza zdalne zarządzanie i kontrolowanie przez Internet innego komputera. Za pomocą „zdalnego dostępu” osoba siedząca przy komputerze w dowolnym miejscu na świecie może używać myszki i klawiatury do korzystania z oprogramowania innego komputera, pobierania plików, wprowadzania zmian i rozwiązywania problemów technicznych. Zamawiający w warunkach zamówienia wprost wyłączył możliwość realizacji części zamówienia w formie pracy zdalnej pewnych kategorii pracowników. Wykonawca oraz PUZ nigdy nie wskazywali jednak na zamiar realizacji zamówienia poprzez pracę zdalną. W przypadku, w którym Zamawiający wyłączyłby możliwość realizacji zadania w formie „zdalnego supportu”, wykonywanie przedmiotu zamówienia byłoby niemożliwe – dostęp do części systemów możliwy jest wyłącznie w jego ramach. Sposób, w jaki Zamawiający, w przypadku jakichkolwiek wątpliwości, powinien rozumieć „zdalny support” wynikał wprost z licznych wyjaśnień składanych przez Wykonawcę. O ciągłej obecności w ramach „zdalnego supportu” pracowników kierowanych przez PUZ na obiekcie, świadczy między innymi pismo Wykonawcy z dnia 20 czerwca 2024 r., w którym wprost wskazano, iż obok „zdalnego supportu”, PUZ będzie brał udział w przeglądach konserwacyjnych/gwarancyjnych systemów, a także innych niezbędnych czynnościach, które zostały określone w instrukcjach eksploatacji systemów. Udział w przedmiotowych czynnościach niewątpliwie wymaga obecności pracowników PUZ, a w żadnym złożonym na potrzeby postępowania dokumencie nie zawarto sformułowania świadczącego o konieczności uprzedniego poinformowania pracowników PUZ o czynności i potrzebie przyjazdu na obiekt. Oczywistym pozostaje zatem, iż udział pracowników w przeglądach i innych działaniach odbywać miałby się w ramach ich stałej obecności na obiekcie, w trakcie świadczenia zdalnego wsparcia systemów 24h/7 dni w tygodniu. Z pisma Wykonawcy z dnia 17 lipca 2024 r. można zaś w sposób jednoznaczny wydedukować potrzebę podkreślenia, iż zapewniani przez Podwykonawcę PUZ pracownicy obecni na obiekcie wykonują usługi w ramach „zdalnego supportu”. Posłużenie się sformułowaniem „zdalnego supportu” miało też na celu odróżnienie pracowników zapewnianych przez Podwykonawcę, zajmujących się bardziej zaawansowanymi i skomplikowanymi czynnościami, tj. systemami od strony „software’u” i konfiguracji, od pracowników zapewnianych przez Wykonawcę, którym to zamierza się powierzyć czynności zasadniczo czysto fizyczne, polegające m. in. na kontrolach wizualnych. Wobec powyższego, Wykonawca stanowczo zaprzecza, aby wskazany przez niego i PUZ „zdalny support” oznaczał, niedopuszczalną z punktu widzenia warunków zamówienia, pracę zdalną. Tym samym, wskazany dla PUZ przez Wykonawcę w formularzu oferty zakres prac 23

jest zgodny z warunkami zamówienia i w niniejszym postępowaniu nie zachodzi przywołana przez Zamawiającego okoliczność „niemożliwości realizacji zadania przez PUZ”. Dla rozwiania wszelkich wątpliwości Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedkłada poprawioną i sprecyzowaną treść Zobowiązania PUZ do oddalania

Wykonawcy zasobów na potrzeby wykazania spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 8.2.4a) IDW. Wykonawca przedkłada także skorygowaną treść JEDZ w zakresie wskazującym na zakres prac, który zamierza zlecić podwykonawcy Yunex Sp. z o.o.

Powyższa argumentacja w sposób jednoznaczny potwierdza, iż przedłożenie przez Wykonawcę wykazu zadań wykonanych przez PUZ realizuje wymóg wykazania się doświadczeniem w wykonaniu zadania obejmującego budowę lub eksploatację i utrzymanie przez 24 godziny na dobę 7 dni w tygodniu, przez okres min. 6 miesięcy, łącznie co najmniej pięciu systemów (...) w tunelu drogowym o długości powyżej 500 m. W konsekwencji, uwzględniając powyższe wyjaśnienia oraz uzupełnione wraz z niniejszym pismem doprecyzowane Zobowiązanie Yunex do udostępnienia Wykonawcy niezbędnych zasobów, z pewnością Wykonawca wykazał spełnianie określonego w pkt. 8.2.4a) IDW warunku udziału w postępowaniu."

Zamawiający pismem z 4 września 2024 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty wykonawcy Voltar jako najkorzystniejszej. Jednocześnie Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty wykonawcy URKOM na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał:

„Zgodnie z zapisami SWZ, Zamawiający w niniejszym postępowaniu wymagał od wykonawców wykazania się doświadczeniem w wykonaniu lub wykonywaniu, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej 1 zadaniem obejmującym budowę lub eksploatację i utrzymanie przez 24 godziny na dobę 7 dni w tygodniu, przez okres min. 6 miesięcy, łącznie co najmniej pięciu systemów z wymienionych w pkt. 8.2.4 a) SWZ. Wykonawca Urkom Sp. z o.o. celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania wiedzą i doświadczeniem przedłożył zobowiązanie firmy YUNEX Sp. z o.o. (dalej jako PUZ) do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia przedkładając jednocześnie wykaz zdolności technicznej lub zawodowej ww. podmiotu. Z uwagi na wskazanie przez PUZ, że wykonywanie czynności zamówienia polegać będzie na - zdalnym supportcie do systemów 24h/7 dni w tygodniu. Systemy: SCADA i PLC, LAN, CCTV i AID, SOS, DSO, SSP, Zamawiający w dniu 19.06.2024r. wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty poprzez wskazanie na czym będzie polegał zdalny support do systemów 24h/7 dni w tygodniu z zaangażowaniem inżynierów IT/Automatyki, określenie jakich systemów będzie dotyczył zdalny suport oraz rozwinięcie skrótów systemów i opisanie

zakresu zdalnego suportu dla poszczególnych systemów: SCADA i PLC, LAN, CCTV i AID, SOS, DSO, SSP. W dniu 4 lipca 2024r. pismem nr O/WR.D-3.2421.3.2024.11.ii Wykonawca został wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków uczestnictwa w postępowaniu. W odpowiedzi na przedłożone dokumenty Zamawiający wezwał Urkom Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień co wykonawca rozumie pod pojęciem 1, 2 i 3 linii utrzymania oraz o wskazanie jakie czynności wymagane w Opisie Przedmiotu Zamówienia będą wykonywane w ramach poszczególnych linii utrzymania z uwagi, iż Zamawiający takich pojęć nie wskazał w Opisie Przedmiotu Zamówienia. W dniu 01.08.2024r. Wykonawca został poproszony o wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy złożonymi dokumentami oraz wyjaśnienie dlaczego w formularzu oferty Wykonawca wskazał, że powierzy podwykonawcy (Yunex Sp. z o.o.) wykonanie części zamówienia tj. tylko jednego systemu sterowania tunelem, a w zobowiązaniu firma Yunex zostały wskazane systemy: SCADA i PLC, LAN, CCTV i AID, SOS, DSO, SSP. Wykonawca w odpowiedzi na pismo wskazał, iż zakres prac wymieniony w oświadczeniu Podwykonawcy pokrywa się ze wskazaną w formularzu oferty częścią zamówienia, którą Wykonawca zamierza powierzyć

Podwykonawcy oraz, że System Sterownia Tunelem TS-26 i TS-32 jest systemem składającym się z SCADA oraz PLC i tym samym mieści się on w pozycji „Zdalny support do systemów 24h/7 dni w tygodniu z zaangażowaniem inżynierów IT/Automatyki”, a wyodrębnienie Systemu Sterowania Tunelem TS2-26 i TS-32 w formularzu oferty nie miało na celu zawężenia zakresu części zamówienia, mającego zostać powierzonym Podwykonawcy, a zmierzało jedynie do podkreślenia, że System Sterowania Tunelem (SCADA i PLC), będący kluczowym systemem w tunelach, ponad wszelką wątpliwość jest objęty zakresem prac firmy Yunex W dniu 6 sierpnia 2024r. Wykonawca został wezwany do złożenia, poprawienia podmiotowych środków dowodowych tj. Wykazu zdolności technicznej lub zawodowej – Wykaz usług lub wykazania, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, w związku z tym, że w formularzu oferty wykonawca określił zakres prac do wykonania za pomocą podwykonawców jedynie w zakresie Systemu Sterowania Tunelem TS-26 i TS-32, a jednocześnie wykonawca polega na zdolnościach podmiotu trzeciego w zakresie systemów: SCADA i PLC, LAN, CCTV i AID, SOS, DSO, SSP 1, co jest zakresem szerszym niż wskazany do wykonania za pomocą podwykonawców. W związku z tym, że Wykonawca wyczerpał możliwości uzupełniania podmiotowych środków dowodowych w zakresie potwierdzenia spełniania warunków udziału, nie wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu i w pozostałym zakresie będzie mógł samodzielnie realizować usługę, oferta złożona przez Urkom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zaoferowany przez Wykonawcę sposób realizacji zamówienia prowadzi do wniosku, iż podmiot trzeci, który posiada zdolności (doświadczenie) do realizacji usługi, dla której te zdolności są wymagane, nie będzie realizował tej usługi 25

w zakresie odpowiadającym warunkowi udziału w postępowaniu. Zdalny support, który oferuje Wykonawca nie był wymagany przez Zamawiającego, co potwierdza sam Wykonawca w piśmie z dnia 17.07.2024 r."

W uzasadnieniu prawnym Zamawiający wskazał:

„Stosowanie do art. 226 ust. 1 pkt. 3 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy. Niezgodność oferty z przepisami ustawy to niezgodność z przepisami Prawa zamówień publicznych oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie, a także z innymi przepisami, do których odsyła się w przepisach Prawa zamówień publicznych. Zdaniem Zamawiającego w niniejszym przypadku oferta wykonawcy jest niezgodna z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 118 ust. 2 Pzp „W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji

zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane". Jeżeli wykonawca w całości wykazuje spełnienie warunku doświadczenia przez wskazanie prac referencyjnych wykonanych przez inny podmiot, to ta część zamówienia, która wymaga określonego doświadczenia, powinna być przez niego (ten podmiot) wykonywana. W przypadku udostępnienia zasobów niezbędnych do wykazania zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia w postępowaniach na usługi lub roboty budowlane ustawa zakłada obowiązkowy udział podmiotu udostępniającego potencjał w wykonywaniu tej części zamówienia, do której dane zdolności są niezbędne. Powstaje więc zobowiązanie wykonawcy – gdyż to on jest stroną umowy w sprawie zamówienia publicznego – do powierzenia wykonania odpowiedniej części zamówienia innemu podmiotowi. W związku z tym zamawiającemu przysługuje uprawnienie do żądania wykonania tej części zamówienia przez wskazany podmiot trzeci, którego podstawy prawnej należy poszukiwać bezpośrednio w przepisach ustawy – nie jest więc niezbędne regulowanie tej kwestii w umowie. Przepis ma charakter *ius cogens*, w związku z czym stronom umowy nie przysługuje uprawnienie do innego uregulowania udziału podmiotu trzeciego w opisanej sytuacji. (...). Takie stanowisko potwierdza również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, która wskazuje, że zdolność zawodowa w postaci wiedzy i doświadczenia powinna być realnie udostępniona przez bezpośredni udział podmiotu udostępniającego w takiej części zamówienia lub w takim zakresie, w jaki wykonawca deklaruje udostępnienie zasobów niezbędnych do realizacji tej części lub zakresu zamówienia (KIO 978/21 z 28.04.2021r.). Zgodnie z powyższym wykonawca, który samodzielnie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w SWZ, a który na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu polega na zasobach innego podmiotu, oferuje realizację przedmiotu zamówienia przez ten podmiot w granicach mniejszych, niż

doświadczenie wymagane do realizacji tego zamówienia narusza przepis art. 118 ust. 2 ustawy Pzp (KIO 1174/20).

Izba zważyła, co następuje:

Sygn. akt KIO 3357/24

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Izba uznała, że Odwołujący, jako podmiot, który wnosząc odwołanie dąży do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz do unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Przywołując treść przepisów o znaczeniu istotnym dla rozstrzygnięcia należy wskazać, że stosownie do:

- art. 18 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne;
- art. 18 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5;
- art. 74 ust. 1 ustawy Pzp protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek;
- art. 74 ust. 2 ustawy Pzp załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że: 1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie, 2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków -przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu;
- art. 118 ust. 2 ustawy Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach 27

podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane;

- art. 123 ustawy Pzp wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby;
- art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki

pisarskie;

- art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna

z przepisami ustawy;

- art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233, dalej „u.z.n.k.”) 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.

Izba za bezzasadne uznała zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo tego, że oferta Odwołującego jest zgodna z przepisami ustawy, a podmiot udostępniający Odwołującemu zasoby tj. Yunex zobowiązał się do wykonania usług, do realizacji których wymagane są udostępnione przez ten podmiot zdolności, a nadto z treści złożonej przez Odwołującego oferty, przy uwzględnieniu jej całokształtu wynika, że Yunex wykona w charakterze podwykonawcy zakres prac wymagany do udostępnienia zasobów (zarzut nr 1) oraz art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego oczywistej omyłki pisarskiej pomimo tego, że w świetle treści zobowiązania Yunex do oddania do dyspozycji Odwołującego niezbędnych zasobów jest oczywiste, że wskazany w pkt 5 Formularza ofertowego Odwołującego zakres prac, który ma zostać powierzony Yunex do wykonania zawiera oczywistą omyłkę pisarską polegającą na pominięciu wynikającej ze zobowiązania Yunex treści „Systemy: SCADA i PLC, LAN, CCTV i AID, SOS, DSO, SSP” (zarzut nr 2).

W ramach uwag wstępnych należy zauważyć, że w świetle art. 118 ust. 2 ustawy Pzp możliwość powołania się na wykształcenie, kwalifikacje zawodowe lub doświadczenie podmiotu trzeciego warunkowana jest wykonaniem przez tego wykonawcę tych robót

budowlanych lub usług, do realizacji których dane doświadczenie, wykształcenie, czy kwalifikacje są wymagane. Istotne znaczenie dla dokonywanej przez Zamawiającego w tym zakresie oceny ma treść oświadczenia składanego przez wykonawcę wraz z ofertą o zakresie, w jakim zamierza korzystać z potencjału podmiotu trzeciego. To właśnie ww. oświadczenie w zestawieniu z innymi podmiotowymi środkami dowodowymi składanymi w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, umożliwia Zamawiającemu weryfikację, czy planowany sposób wykonania zamówienia zapewnia realne wykorzystanie na etapie realizacji zamówienia deklarowanych zasobów podmiotu trzeciego. Pomiędzy oświadczeniem wykonawcy oraz podmiotowymi środkami dowodowymi wykazującymi spełnienie warunków udziału w postępowaniu musi zachodzić korelacja, pozwalająca na właściwe przyporządkowanie określonych elementów zamówienia temu podmiotowi, który legitymuje się wymaganymi zdolnościami. Składane przez wykonawcę oświadczenie o zakresie udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia powinno zatem jednoznacznie wskazywać, jakie elementy zamówienia będzie realizował podmiot trzeci, na którego potencjał powołano się w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Oświadczenie to ma charakter wiążący. Przy czym to wykonawca powołujący się na potencjał podmiotu udostępniającego zasoby zobowiązany jest wykazać, że udostępnienie tych zasobów ma charakter realny, że zostaną one faktycznie wykorzystane podczas realizacji zamówienia w takim zakresie, jaki jest wymagany w świetle warunku udziału w postępowaniu.

Na potrzeby rozpoznawanej sprawy należy zwrócić także uwagę na art. 123 ustawy Pzp stanowiący, że wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. Ww. przepis wdraża wytyczne wynikające z wyroku TSUE w sprawie C-387/14 Esaprojekt v. Województwo Łódzkie, w którym wskazano na zakaz powoływania się przez wykonawcę na zasoby podmiotu trzeciego w zakresie, w jakim wykonawca składając ofertę polegał jedynie na własnych zdolnościach. Jak wskazał Trybunał tego rodzaju zmiana stanowi istotną zmianę oferty w aspekcie podmiotowym, której nie da się pogodzić z zasadą równego traktowania wykonawców. W orzecznictwie Izby zwraca się uwagę, że z art. 123 ustawy Pzp wynikają dwa istotne ograniczenia dla wykonawców: po pierwsze nie jest dopuszczalne powołanie się po upływie terminu składania ofert na zasoby podmiotu trzeciego w przypadku, gdy składając ofertę wykonawca zadeklarował, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, a po drugie nie jest dopuszczalne powołanie się po upływie terminu składania ofert na zasoby podmiotu trzeciego w szerszym zakresie niż został zadeklarowany w ofercie. Jak stwierdzono m.in. w wyroku z dnia 15 lutego

2023 r., sygn. akt KIO 284/23, „wskazanie w ofercie nazwy i zakresu robót, który wykona podwykonawca, w związku z tym, że jest to podmiot, który używa wykonawcy swoje doświadczenie dla wykazania spełnienia warunku udziału w przetargu dotyczącego doświadczenia, jest istotnym elementem treści oferty. Informacja ta bezpośrednio dotyczy sposobu realizacji umowy, zgodnie zaś z art. 118 ust. 2 p.z.p. podmiot udostępniający wykonawcy swoje zasoby winien wykonać te roboty budowlane, co do których udostępniane zdolności są wymagane.” Izba w ww. sprawie wskazała, że „po upływie terminu na składanie ofert w postępowaniu obowiązuje zasada niezmienności treści oferty, w tym co do istotnych jej elementów, tu w zakresie sposobu realizacji umowy, więc ustawodawca dopuszcza zmianę podmiotu udostępniającego zasoby zgodnie z ograniczeniem określonym w art. 123 p.z.p. Oznacza to, że w takiej sytuacji - w przeciwieństwie do możliwości szerokiego poprawienia, uzupełnienia i wyjaśniania oświadczeń z art. 125 ust. 1 p.z.p., mamy znaczący ustawowy zakaz dotyczący zasad posługiwania się potencjałem podmiotu trzeciego. Ograniczenie dotyczy czasu - uprawnienie do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego przysługuje do upływu terminu składania ofert, i ograniczenie dotyczące zakresu - uprawnienie do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego w zakresie, który wykonawca wskazał na etapie składania ofert. Znaczące rozszerzenie zakresu robót budowlanych zleczanych

podwykonawcy, który udostępnia zasoby dotyczące spełnienia warunku posiadania właściwej zdolności technicznej i zawodowej w postaci doświadczenia dla wykonawcy (...) o prace inne niż wskazane w ofercie roboty wykończeniowe, jest zatem niedopuszczalne na gruncie art. 123 p.z.p." Podobne stanowisko zaprezentowane zostało w wyroku z dnia 15 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 281/23, KIO 282/23, czy w wyroku z dnia 18 marca 2022 r., sygn. akt KIO 510/22.

Ponadto w ślad za wyrokiem z dnia 18 stycznia 2024 r., sygn. akt KIO 3909/23, zauważenia wymaga, że w przypadku polegania na zdolnościach podmiotu trzeciego „to podmiot udostępniający zasoby będzie musiał zrealizować daną część zamówienia, art. 118 ust. 2 ustawy Pzp wymaga bowiem, aby podmiot udostępniający zasoby w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wykonał roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. (...) w przypadku powołania się przez wykonawcę na zasoby podmiotu trzeciego zdefiniowany w ofercie zakres udostępnienia zasobów będzie miał znaczenie dla oceny spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i podlegać będzie ocenie w kontekście realności udostępnienia zasobów. Innymi słowy nie może dojść do sytuacji, w której zadeklarowany zakres udziału w realizacji zamówienia podmiotu udostępniającego zasoby będzie węższy niż zakres tych robót budowlanych lub usług, do realizacji których wymagane są zdolności, na których wykonawca polega w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia. Mieć na uwadze

w tym przypadku należy także art. 123 ustawy Pzp, który zakazuje powoływania się w toku postępowania o udzielenie zamówienia na zasoby podmiotu trzeciego w szerszym zakresie niż oświadczone w ofercie. Tym samym w kontekście udziału podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia kluczowe jest to czy w ofercie zadeklarowano udział tego podmiotu w pełnym zakresie, jaki jest konieczny z perspektywy warunku udziału w postępowaniu, w celu spełnienia którego powołano się na zdolności podmiotu trzeciego.”

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy Izba stwierdziła, że Zamawiający prawidłowo przyjął, że zakres prac podmiotu udostępniającego zasoby zadeklarowany przez Odwołującego w formularzu ofertowym jest węższy niż zakres, jaki podmiot ten powinien wykonać z uwagi na udostępnienie doświadczenia w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.2.4 lit. a) SWZ, a zatem węższy niż zakres wymagany w celu stwierdzenia realności udostępnienia zasobów na potrzeby wykazania spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby powyższe wynika jednoznacznie z oświadczeń i dokumentów składanych przez Odwołującego URKOM w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wskazać należy, że Odwołujący URKOM powołał się na zasoby podmiotu trzeciego (Yunex) w zakresie dotyczącym warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.2.4 lit. a) SWZ. Zamawiający na potrzeby ww. warunku udziału w postępowaniu wymagał wykazania się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu lub wykonywaniu 1 zadania obejmującego budowę lub eksploatację i utrzymanie przez 24 godziny na dobę 7 dni w tygodniu, przez okres min. 6 miesięcy, łącznie co najmniej pięciu z wymienionych w opisie warunku systemów w tunelu drogowym o długości powyżej 500 m (tj. sygnalizacji pożaru, wentylacji bytowej i pożarowej, zasilania wyposażenia tunelu, nagłośnienia, telefonów alarmowych, oświetlenia wjazdowego, przejazdowego, awaryjnego, monitoringu wizyjnego i wideodetekcji, sterowania systemami automatyki opartej o sterowniki PLC, sterowania i zarządzania ruchem, łączności radiowej służb ratunkowych). W oparciu o treść zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby oraz wykazu usług złożonego przez Odwołującego nie było sporne, że Odwołujący powołał się w celu wykazania spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu wyłącznie na doświadczenie Yunex, które obejmowało usługi eksploatacji i utrzymania przez 24 godziny na dobę 7 dni w tygodniu, przez okres minimum 6 miesięcy, minimum 5 wymaganych systemów w tunelu drogowym o długości powyżej 500 m. Powyższe w świetle art. 118 ust. 2 ustawy Pzp oznaczało, że Odwołujący powinien zagwarantować, że firma Yunex wykona usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane, czyli że Yunex będzie czynnie uczestniczyć w realizacji na rzecz Zamawiającego usługi utrzymania minimum 5 systemów bezpieczeństwa i urządzeń obsługi tuneli TS-26 i TS-32 w trybie 24/7.

Tymczasem zakres prac podmiotu udostępniającego zasoby wskazany przez Odwołującego URKOM w formularzu ofertowym został zdefiniowany jako „Zdalny support do systemów 24h/7 dni w tygodniu z zaangażowaniem inżynierów IT/Automatyki. „System Sterownia Tunelem TS2-26 i TS-32”. Po pierwsze zatem Odwołujący zawęził zakres systemów, w jakich utrzymaniu uczestniczyłby podmiot udostępniający zasoby do „Systemu Sterowania Tunelem”, podczas gdy w świetle warunku udziału w postępowaniu wymagane było doświadczenie w utrzymaniu co najmniej pięciu systemów w tunelu drogowym. Po drugie Odwołujący ograniczył uczestnictwo firmy Yunex w realizacji zamówienia wyłącznie do zdalnego supportu z zaangażowaniem inżynierów, co z kolei nie koreluje ani z treścią warunku, ani z przedmiotem zamówienia. Wyjaśnienia składane następnie przez wykonawcę na wezwania Zamawiającego tylko ten fakt potwierdziły. Jak zaś wynika z przywołanego wcześniej orzecznictwa nie może mieć miejsca sytuacja, w której zadeklarowany zakres udziału w realizacji zamówienia podmiotu udostępniającego zasoby będzie węższy niż zakres usług, do realizacji których wymagane są zdolności, na których wykonawca polega. Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie.

Odnosząc się do aspektu dotyczącego opisanego systemów, w jakich utrzymaniu uczestniczyć miałby podmiot udostępniający zasoby, Izba za niezasadne uznała twierdzenia Odwołującego URKOM, że po stronie Odwołującego doszło do omyłki w pkt 5 formularza ofertowego przy opisywaniu zakresu prac Yunex poprzez wskazanie „Systemu Sterowania Tunelem TS2-26 i TS-32” zamiast systemów „SCADA i PLC, LAN, CCTV i AID, SOS, DSO, SSP”. Odwołujący podnosił, że skoro firma Yunex w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów wymieniła systemy SCADA i PLC, LAN, CCTV i AID, SOS, DSO, SSP, to było oczywiste, że zamiarem Odwołującego było zaangażowanie tej firmy jako podwykonawcy usług w zakresie utrzymania wszystkich ww. systemów. W ocenie Izby jednak rekonstruowanie zamiaru Odwołującego co do zakresu podwykonawstwa podmiotu trzeciego z oświadczenia tego podmiotu nie jest prawidłowe. To wykonawca składając ofertę wskazuje, jaką część zamówienia zamierza powierzyć do wykonania podmiotowi trzeciemu, z którego doświadczenia korzysta, deklarując tym samym określony sposób realizacji

zamówienia. Wbrew stanowisku Odwołującego URKOM nie jest wcale oczywiste, że Odwołujący zamierzał zlecić podmiotowi trzeciemu utrzymanie systemów SCADA i PLC, LAN, CCTV i AID, SOS, DSO, SSP, a nie jedynie „Systemu Sterowania Tunelem” (przez który należy rozumieć SCADA i PLC, co wynika z wyjaśnień Odwołującego z 20 czerwca 2024 r. oraz 5 sierpnia 2024 r.). Odwołujący nie wskazał dlaczego przy wykładni jego własnego oświadczenia definiującego zakres udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, należałoby przypisać prymat informacjom zawartym nie w tym oświadczeniu, lecz w oświadczeniu podmiotu trzeciego. W ocenie Izby nie byłoby to działaniem uprawnionym. Nie jest przy tym dla Izby przekonująca

argumentacja Odwołującego URKOM zawarta w wyjaśnieniach z 5 sierpnia 2024 r., że miał on zdecydować się wyodrębnić w formularzu ofertowym „System Sterowania Tunelem TS2-26 i TS-32” wyłącznie z tego powodu, że jest to system kluczowy. Literalna treść złożonego w pkt 5 formularza ofertowego oświadczenia prowadzi do wniosku, że Odwołujący dokonał dookreślenia systemów, których dotyczyć miał zdalny support firmy Yunex poprzez wskazanie na „System Sterowania Tunelem TS2-26 i TS-32”.

W świetle powyższego nie sposób także stwierdzić, że mamy tu do czynienia z oczywistą omyłką pisarską. Jak wskazuje się w orzecznictwie „istotą oczywistej omyłki pisarskiej jest niezamierzona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń. Może to być błąd literowy, widoczne niezamierzone opuszczenie wyrazu czy inny błąd, wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. Immamentną cechą omyłki pisarskiej jest również jej oczywistość. Omyłka oczywista musi być widoczna „na pierwszy rzut oka”, nie budząca wątpliwości, a jej poprawienie powinno być możliwe bez konieczności dokonywania dodatkowych ustaleń. Zamawiający powinien wiedzieć jak należy poprawić omyłkę.” (tak m.in. wyrok z dnia 29 grudnia 2023 r., sygn. akt KIO 3767/23). Błędu Odwołującego nie można zidentyfikować jako oczywistej omyłki pisarskiej, gdyż brak jest tutaj przymiotu „oczywistości”. Nie jest to omyłka widoczna na pierwszy rzut oka, prosta do identyfikacji, nie jest możliwe jednoznaczne i nie budzące wątpliwości zidentyfikowanie zamiaru Odwołującego dotyczącego zakresu podwykonawstwa podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji usług objętych przedmiotem zamówienia. Zauważyć przy tym należy, że Odwołujący URKOM nie użył w formularzu oferty określenia „system SCADA i PLC”, lecz używał całkiem innej nomenklatury niż podmiot udostępniający zasoby, co dodatkowo wskazuje, że składając oświadczenie w formularzu ofertowym Odwołujący URKOM nie posiłkował się bezpośrednio treścią zobowiązania tego podmiotu.

Odnosząc się do kwestii ograniczenia przez URKOM w treści oferty uczestnictwa firmy Yunex w realizacji zamówienia do zdalnego supportu, Izba stwierdziła, że nie było w sprawie sporne, że w świetle opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający nie dopuszczał wykonywania usług utrzymania z użyciem zdalnego dostępu do systemów, lecz dostęp taki był możliwy wyłącznie z Centrum Zarządzania Systemem. Z oświadczenia zawartego w treści formularza ofertowego URKOM jednoznacznie natomiast wynikało, że zamierzał on korzystać z podwykonawstwa podmiotu udostępniającego zasoby (Yunex) wyłącznie w zakresie „zdalnego supportu do systemów 24h/7 dni w tygodniu z zaangażowaniem inżynierów IT/Automatyki”. Potwierdzeniem tego faktu są wyjaśnienia złożone przez URKOM w piśmie z 20 czerwca 2024 r., gdzie wykonawca wprost przyznał, że firma Yunex będzie świadczyła usługi utrzymania zdalnie, a przy tym jedynie w zakresie tzw. drugiej i trzeciej linii wsparcia.

Odwołujący URKOM w wyjaśnieniach jednoznacznie wskazał, że samodzielnie będzie zapewniał tzw. pierwszą linię wsparcia wraz z ciągłą obecnością na obiekcie. W ramach dalszych wyjaśnień (pismo z 17 lipca 2024 r.) URKOM dodatkowo wskazał, że pod pojęciem pierwszej linii utrzymania rozumie ciągłą obecność przedstawicieli wykonawcy 24/7 wraz z zapewnieniem serwisantów i kontrolerów technicznych, a druga linia utrzymania obejmuje zapewnienie dostępności inżyniera IT/automatyki w zakresie: zdalnego wsparcia przez inżyniera IT/automatyki niewymaganego kontraktem, udziału w przeglądach konserwacyjnych/gwarancyjnych, udziału w niezbędnych czynnościach na obiekcie. Trzecia linia utrzymania obejmować miała wsparcie multidyscyplinarnego zespołu inżynierskiego w sytuacji wystąpienia krytycznych awarii, które to czynności nie wchodziły w zakres przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby wyjaśnienia wykonawcy jasno wskazują, że to URKOM miał realizować zasadnicze usługi utrzymania systemów tuneli objętych przedmiotem zamówienia wraz z ciągłą obecnością serwisantów i kontrolerów na obiekcie. Potwierdzeniem powyższego jest pozostała część wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w piśmie z 17 lipca 2024 r., gdzie znalazło się szczegółowe przyporządkowanie czynności wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia (instrukcja obsługi) do czynności zaliczanych do poziomu L1 i L2. Przeważająca część wskazanych tam czynności, zwłaszcza związanych z codzienną, bieżącą obsługą, została opatrzona adnotacją „L1”. W oparciu o treść wyjaśnień URKOM Izba stwierdziła, że wykonawca ten wyraźnie rozróżniał usługi utrzymania z obecnością na obiekcie od usług zdalnego wsparcia. W wyjaśnieniach pominięto jednak fakt, że dostęp do systemów jest możliwy wyłącznie z poziomu Centrum Zarządzania Systemem. Za niewiarygodne Izba uznała twierdzenia Odwołującego, że wskazując w treści oferty na „zdalny support” firmy Yunex nie miał on na myśli pracy zdalnej i zakładał obecność pracowników na obiekcie. Z wyjaśnień złożonych przez Odwołującego URKOM w piśmie z 17 lipca 2024 r. wprost wynika, że wykonawca zakładał na obiekcie obecność, ale własną, w ramach pierwszej linii wsparcia, natomiast uczestnictwo firmy Yunex w realizacji zamówienia zostało opisane jako wsparcie zdalne, dodatkowo w ograniczonym zakresie (druga linia wsparcia). W potocznym rozumieniu słowo „zdalny” niewątpliwie zakłada komunikację na odległość i trudno uznać, aby Zamawiający miał w takiej sytuacji stwierdzić, że „zdalny support” oznacza obecność pracowników Yunex w Centrum Zarządzania Systemem. Argumentacja URKOM stoi w sprzeczności z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Trudno także interpretować pojęcie „zdalnego supportu” jako swojego rodzaju sposób na określenie prac bardziej zaawansowanych, w odróżnieniu od prostszych czynności wykonywanych fizycznie, na co wykonawca URKOM wskazywał w piśmie z 12 sierpnia 2024 r.

Mając powyższe na uwadze, w świetle faktu, że URKOM samodzielnie nie wykazywał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.2.4 lit. a) SWZ, lecz powołał się w tym zakresie na doświadczenie firmy Yunex, to

Yunex powinien czynnie brać udział w wykonaniu czynności utrzymania przez 24 godziny na dobę 7 dni w tygodniu wymaganych pięciu systemów. Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego wskazują zaś, że udział ten nie został zagwarantowany, a zasadniczo usługi utrzymania systemów miał świadczyć sam Odwołujący. Udział podmiotu trzeciego, posiadającego wymagane doświadczenie, byłby w tym przypadku co najmniej istotnie ograniczony, jeśli nie pozorny, a przeważającą część usług realizowałby podmiot nieposiadający odpowiedniego doświadczenia. Prawdopodobnie zatem uznał Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego URKOM, że w świetle oświadczeń i dokumentów złożonych przez Odwołującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, podmiot trzeci, który posiada zdolności do realizacji usługi, nie będzie jej realizował w zakresie odpowiadającym warunkowi udziału w postępowaniu, co stoi w sprzeczności z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Zamawiający wzywając Odwołującego URKOM do wyjaśnień podkreślał znaczenie art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, jak i wielokrotnie dopytywał wykonawcę o kwestie istotne z punktu widzenia oceny realności udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci. Wyjaśnienia udzielane przez wykonawcę nie wykazywały tej realności w pełnym wymaganym w świetle warunku udziału w postępowaniu zakresie. Zgodnie z wynikającym z ustawy Pzp obowiązkiem Zamawiający ostatecznie wezwał Odwołującego URKOM do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując dlaczego uznaje, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt 8.2.4 lit. a) SWZ, w tym podkreślając brak możliwości świadczenia wsparcia zdalnie. Wykonawca w odpowiedzi na to wezwanie jedynie wdał się w polemikę ze stanowiskiem Zamawiającego. Przedstawienie wówczas zmienionego zobowiązania podmiotu trzeciego nie może mieć wpływu na uznanie, że zdefiniowany w ofercie zakres udziału podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji usług był niedostateczny. Przy czym jedynie na marginesie Izba wskazuje, że nawet uzupełniając to zobowiązanie nie dochowano należytej staranności, bowiem firma Yunex w dalszym ciągu oświadczała, że zrealizuje usługi „w szczególności poprzez zdalny support”, mimo że w świetle opisu przedmiotu zamówienia zdalne utrzymanie systemów nie było możliwe.

Skład orzekający w przedmiotowej sprawie nie podziela ponadto stanowiska Odwołującego URKOM, że w przypadku wskazania w ofercie węższego zakresu udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia niż zakres usług, do realizacji których wymagane są zdolności, na których wykonawca polega w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia, to może on podlegać zmianie w wyniku wyjaśnienia treści oferty lub

uzupełnienia JEDZ. W ocenie Izby oświadczenie zawarte w ofercie dotyczy bezpośrednio sposobu realizacji umowy i ma znaczenie z perspektywy zdefiniowania faktycznego zakresu korzystania z zasobów podmiotu trzeciego oraz realności udostępnienia potencjału przez ten podmiot. Jego następcza zmiana polegająca na rozszerzeniu zakresu udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia o usługi pierwotnie nie zdefiniowane w ofercie stałaby w sprzeczności z art. 123 ustawy Pzp, który zakazuje powoływania się w toku postępowania o udzielenie zamówienia na zasoby podmiotu trzeciego w szerszym zakresie niż oświadczone w ofercie. W tym zakresie Izba odsyła do orzecznictwa przywołanego we wstępnej części uzasadnienia wyroku, przyjmując wskazane tam poglądy za własne. Ponadto Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 15 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 281/23, KIO 282/23, gdzie stwierdzono, że „uprawnienie do powołania się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby po upływie terminu składania ofert ograniczone jest do zakresu, w którym wykonawca na etapie składania wniosków albo ofert korzystał z udostępnianych zasobów. Nie sposób zgodzić się zatem z odwołującym, który domaga się, aby zamawiający skierował do niego wezwanie do uzupełnienia dokumentów podmiotowych w postaci zobowiązania podmiotu trzeciego, z którego to musiałoby wynikać, że zakres powierzony temu podmiotowi będzie szerszy, niż ten wskazany pierwotnie w treści Formularza ofertowego i zadeklarowany w treści zobowiązania (...). W istocie czynność ta prowadziłaby, jak to również dostrzegł zamawiający, do zmiany treści Formularza ofertowego w zakresie, w jakim zadeklarowane zostało w jaki sposób Konsorcjum (...) zrealizuje zamówienie. Izba nie podziela w tym zakresie oceny odwołującego, który uznaje dokonanie takiej zmiany za dopuszczalną i opartą na treści wskazywanych przez niego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby w tym przypadku dokonana w taki sposób zmianę należy uznać za zmianę istotną, gdyż prowadzącą do zmiany treści oferty w zakresie, w jakim treść tej oferty stanowi o sposobie realizacji zamówienia i referuje do obszaru, decydującego o sposobie spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.”

Mając na uwadze powyższe Izba oddaliła zarzuty nr 1 i 2 odwołania, co znalazło odzwierciedlenie w pkt 3 sentencji wyroku.

Izba za zasadny uznała natomiast zarzut nr 3 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 18 oraz art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez zaniechanie uznania za bezskuteczne zastrzeżenia przez Przystępującego Voltar jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami i w konsekwencji zaniechania czynności udostępnienia Odwołującemu całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny Przystępującego Voltar wraz z załącznikami, pomimo tego, że Przystępujący nie wykazał, że zastrzeżone informacje spełniają przesłanki wynikające z art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

Izba rozstrzygając przedmiotowy zarzut miała na względzie okoliczność, że Odwołujący wnosząc odwołanie nie otrzymał dostępu do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stanowiącego załącznik nr 1 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Voltar, mimo że załącznik ten nie został objęty przez Voltar tajemnicą przedsiębiorstwa, co wynikało wprost z oświadczenia Voltar i co wykonawca ten potwierdził podczas rozprawy. W konsekwencji Odwołujący nie był w stanie podnieść w odwołaniu argumentacji odnoszącej się bezpośrednio do treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a wyłączną przyczyną takiego stanu rzeczy było zaniechanie Zamawiającego. W ocenie Izby spostrzeżenia Odwołującego – siłą rzeczy ograniczone z uwagi na ww. okoliczności stanu faktycznego - okazały się na tyle trafne, że przesądziły o zasadności zarzutu. Odwołujący prawidłowo podniósł, że Przystępujący Voltar nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, w tym przedstawionych kalkulacji.

Art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wprost wskazuje, że jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest wykazanie przez wykonawcę, że informacje te w rzeczywistości taką tajemnicę

przedsiębiorstwa stanowią. Oznacza to, że informacje złożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawnie tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania spełnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Przystępujący Voltar objął tajemnicą przedsiębiorstwa zasadniczą część wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz wszystkie merytoryczne załączniki (nr 218), przedstawiając przy tym zbiorcze, ogólne uzasadnienie dlaczego informacje tam zawarte należy uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Izba stwierdziła, że uzasadnienie to w zakresie dotyczącym wartości gospodarczej informacji sprowadza się wyłącznie do nieskonkretyzowanych, ogólnych twierdzeń oraz przywołania orzecznictwa. Uzasadnienie w ogóle nie identyfikuje konkretnych informacji, które wykonawca chciałaby objąć poufnością, nie odnosi się ani do konkretnych fragmentów wyjaśnień, ani bezpośrednio do żadnego z załączników do wyjaśnień. Wykonawca jedynie ogólnie wskazuje na kalkulację ceny, współpracę z innymi podmiotami czy listę personelu, stwierdzając z góry że są to informacje, którym przysługuje walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Argumentacja Przystępującego Voltar jest do tego stopnia hasłowa i nieindywidualizowana, że nie sposób przypisać jej nawet do tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia.

W tym stanie rzeczy uzasadnione wątpliwości budzi działanie Zamawiającego, który w oparciu o tak ogólne i zbiorcze, nie odnoszące się do konkretnych informacji i załączników uzasadnienie, stwierdził arbitralnie, że część informacji zawartych w wyjaśnieniach, a także część załączników (dotyczących głównie kalkulacji ceny ofertowej) stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, pozostała zaś część takiej tajemnicy nie stanowi. W ocenie Izby uzasadnienie, jakie przedstawił Przystępujący Voltar zastrzegając wyjaśnienia rażąco niskiej

ceny wraz z załącznikami nie daje żadnych podstaw do różnicowania sytuacji wykonawcy w zależności od kategorii zastrzeżonych informacji. Samo wskazanie w uzasadnieniu zastrzeżenia na daną kategorię informacji (jak kalkulacja ceny czy współpraca z kontrahentami) wcale nie przesądza o tym, że określone informacje mają wartość gospodarczą, wartość taką należy wykazać. Wykonawca Voltar tego nie uczynił. Przy czym słusznie podniósł Odwołujący, że co do zasady każde zamówienie charakteryzuje się innymi uwarunkowaniami wpływającymi na sposób kalkulacji ceny ofertowej, dlatego trudno uznać, że w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny przekazywany jest jakiś szczególny pomysł na realizację zamówienia i unikalna metodologia kalkulacji ceny. Automatyczne uznawanie każdorazowo informacji związanych z czynnikami kosztotwórczymi za tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest prawidłowe. Z kolei sama okoliczność, że konkurencyjni wykonawcy mogliby poznać sposób, w jaki wykonawcę skalkulował cenę na potrzeby tego konkretnego postępowania nie przesądza o tym, że doszłoby do zagrożenia interesów wykonawcy Voltar i zmniejszenia jego przewagi konkurencyjnej w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Nie zostało przez wykonawcę Voltar wykazane, że informacje zawarte w samych wyjaśnieniach oraz w załącznikach do wyjaśnień faktycznie prezentują jakąś unikalną strategię budowania ceny.

W ocenie Izby argumentacja zawarta w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa została oparta w zasadniczej mierze na zwykłych zapewnieniach, które nie są w jakikolwiek sposób weryfikowalne oraz na subiektywnym przekonaniu wykonawcy Voltar, że objęte tajemnicą przedsiębiorstwa dokumenty zawierają informacje stanowiące taką tajemnicę. Tymczasem samo subiektywne przekonanie wykonawcy o wartości posiadanych przez niego informacji nie stanowi dostatecznego uzasadnienia dla zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Jak wskazano m.in. w wyroku KIO z dnia 20 marca 2023 r., sygn. akt KIO 623/23 „przesłanki uznania określonej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa mają charakter obiektywne. Stwierdzenie ich istnienia nie może się opierać wyłącznie na przekonaniu samego przedsiębiorcy, wymaga odwołania się obiektywnych kryteriów i poddania ich analizie w okoliczności faktycznych konkretnej sprawy. Okoliczności te winny być wykazane przez wykonawcę w treści uzasadnienia składanego zamawiającemu uzasadniającego zastrzeżone określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. O tym czy coś może stanowić prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa przesądza nie tylko wola przedsiębiorcy utajnienia danej informacji (element subiektywny), lecz także występowanie obiektywnie akceptowanych wartości, których ochrona uzasadnia objęcie danych informacji tajemnicą. (...) Gdyby przyjąć odmienne założenie, to tajemnicą przedsiębiorstwa byłoby wszystko, co arbitralnie dany przedsiębiorca za nią uzna. Przyjęcie

takiego stanowiska czyniłoby fikcyjnym wynikającą z ustawy Pzp jawność postępowania przetargowego.”

Izba podkreśla, że uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być traktowane przez wykonawców jako narzędzie mające na celu uniemożliwienie pozostałym uczestnikom postępowania zapoznania się z treścią konkurencyjnych ofert i dokumentów, a jedynie winno być ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji. Przystępujący Voltar w żaden sposób nie wykazał, że na skutek ujawnienia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa mógłby ponieść jakąkolwiek realną szkodę.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła zarzut nr 3 odwołania w zakresie podlegającym rozpoznaniu na rozprawie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia przez wykonawcę Voltar jako tajemnicy przedsiębiorstwa pozostałej (nieobjętej zamiarem odtajnienia w świetle odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie) części wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz załączników do wyjaśnień (tj. wyjaśnienia rażąco niskiej ceny – w pozostałej części, załącznik nr 7 w całości, załącznik nr 8 - w pozostałej części, załącznik nr 10 - w całości, załączniki nr 15-17 - w całości). Powyższe znalazło odzwierciedlenie w pkt 2 sentencji wyroku.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu w części i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1, § 7 ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania

wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „Rozporządzenie”).

Zgodnie z art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Jak stanowi § 7 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części. Zgodnie z § 7 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia w takim przypadku Izba rozdziela wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali,

obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła. Z kolei zgodnie z pkt 2 tego przepisu Izba rozdziela koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw.

Izba do kosztów postępowania zaliczyła kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, udokumentowaną fakturą oraz kwotę 3 600 zł poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, udokumentowaną rachunkiem. Łącznie wysokość kosztów postępowania odwoławczego w sprawie KIO 3357/24 wyniosła 22 200 zł. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18 600 zł, tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, podczas gdy odpowiadał za nie jedynie do wysokości 14 800 zł (2/3 z 22 200 zł). W konsekwencji Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3 800 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego (18 600 zł), a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku (14 800 zł).

Powyższe znalazło odzwierciedlenie w pkt 4 sentencji wyroku.

Sygn. akt KIO 3371/24

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący Voltar na moment wniesienia odwołania nie spełniał materialnoprawnych przesłanek określonych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z ww. przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołujący Voltar uzasadniając swoją legitymację czynną wskazał, że „złożył prawidłową ofertę (niepodlegającą odrzuceniu) przed terminem wyznaczonym przez Zamawiającego na składanie ofert oraz nie podlega wykluczeniu. Oferta odwołującego okazała się ofertą najkorzystniejszą w prowadzonym postępowaniu, jednak istnieje kwalifikowana możliwość poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych czynności Zamawiającego. W wyniku nieprawidłowych czynności i zaniechań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów 40

ustawy, bowiem oferta Wykonawcy URKOM została co prawda odrzucona, jednak na podstawie tylko jednej z przesłanek do odrzucenia, które istniały w trakcie prowadzenia postępowania. Pokłosiem powyższego jest z kolei możliwość wniesienia przez Wykonawcę URKOM odwołania co do niezgodnych z prawem działań Zamawiającego. Dodatkową okolicznością przemawiającą za interesem Wykonawcy jest kwestia terminu do wniesienia odwołania wynikająca z art. 515 ust. 1 pkt 1a PZP. Termin ten biegnie od dnia 4 września 2024 r. Nie składając odwołania na decyzję Zamawiającego, Wykonawca Voltar System naraża się na hipotetyczną sytuację złożenia odwołania przez Wykonawcę URKOM zarzucającego Zamawiającemu dokonanie czynności niezgodnych z ustawą. Wówczas ze względu na termin do wniesienia odwołania, który upływa 16 września 2024 r., późniejsze odwołanie Wykonawcy Voltar System byłoby uznane za bezskuteczne.”

W ocenie Izby stanowisko Odwołującego Voltar nie uzasadnia jego legitymacji czynnej w przedmiotowym postępowaniu. Należy wskazać, że oferta Odwołującego Voltar została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, a oferta Przystępującego URKOM została przez Zamawiającego odrzucona. W konsekwencji, w tym konkretnym stanie faktycznym, w dacie wnoszenia odwołania – a to na ten moment Izba ocenia wypełnienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp – wykonawca nie poniósł ani nie może ponieść szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty URKOM na dodatkowej podstawie prawnej.

Izba podziela pogląd wyrażony w wyroku z dnia 13 września 2022 r., sygn. akt KIO 2238/22, KIO 2255/22, że „szkodę, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, zarówno zaistniałą, jak i potencjalną, należy odnosić do sytuacji w postępowaniu, jaka ma miejsce w dacie wniesienia odwołania. Przez możliwość poniesienia szkody nie powinno się natomiast rozumieć możliwości, która dopiero mogłaby powstać w hipotetycznym przypadku dokonania nowych czynności, czy to na mocy wyroku Izby, czy też z inicjatywy własnej Zamawiającego. Dopuszczenie korzystania ze środków ochrony prawnej przez wykonawcę, którego oferta została wybrana i podnoszenia zarzutów przeciwko wykonawcom, których oferty zostały już odrzucone stałoby w sprzeczności z ratio legis przywołanego wyżej przepisu. Przesłanka szkody, o której mowa w tym przepisie, ma bowiem na celu niedopuszczenie do wnoszenia odwołań, które w

sytuacji istniejącej w dacie ich wniesienia nie mają realnego przełożenia na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie.” (podobnie. m.in. wyrok z dnia 26 marca 2021 r., sygn. akt KIO 306/21). Odwołujący Voltar zdaje się uzależniać swoje uprawnienie do wniesienia odwołania od tego czy jego konkurent skorzysta ze środków ochrony prawnej, a zatem od zachowania innego podmiotu, a nie taki jest cel art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Wystąpienie szkody nie może być rozpatrywane hipotetycznie w zależności od tego, czy inny

wykonawca uczestniczący w postępowaniu złożył odwołanie, które może podważyć dotychczasowy wynik postępowania.

Nie zasługuje na aprobatę także stanowisko Odwołującego Voltar, że nie składając odwołania obecnie na decyzję Zamawiającego, naraża się na sytuację, że ewentualne późniejsze odwołanie byłoby uznane za bezskuteczne. Jak zauważono w wyroku z dnia 10 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 241/22, „wykładnia art. 515 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp nie może prowadzić do sytuacji, w której wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, musi na wszelki wypadek wnieść odwołanie na czynność zaniechania odrzucenia oferty swojego konkurenta tylko po to, by nie ryzykować, że w razie zmiany decyzji zamawiającego, jego późniejsze odwołanie zostanie uznane za spóźnione. Wykonawca nie powinien być zmuszany do korzystania z tych środków w sytuacji, gdy jego pozycja w postępowaniu jest dla niego obiektywnie korzystna, a jedynie zakładając możliwość zmian, jakie mogą nastąpić w postępowaniu, wnosi on odwołanie na czynności bądź zaniechania dotyczące jego konkurentów, mimo że w tym konkretnym momencie postępowania nie ma to wpływu na jego pozycję w postępowaniu.”

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że Odwołujący Voltar nie wypełnił przesłanek wskazanych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, jako że na datę wnoszenia odwołania nie została wykazana możliwość poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miałyby polegać na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy URKOM na dodatkowej podstawie prawnej niż zakomunikowana w piśmie z 4 września 2024 r.

Powyższe stanowi samoistną przesłankę do oddalenia odwołania, wobec czego Izba na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w punkcie 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono w punkcie 2 sentencji wyroku, stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Z uwagi na oddalenie odwołania w całości Izba kosztami postępowania obciążyła Odwołującego, zasądzając od niego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca: