

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Mateusz Paczkowski

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2024 r. przez wykonawcę **Konica Minolta Business Solutions Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa** przy udziale uczestnika po stronie odwołującego – wykonawcy **Super Kopia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **BESTCAN sp. j. T.F., J.R., P.F. z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 4 w części dotyczącej pkt 2 tego zarzutu wobec jego wycofania,
2. uwzględnia odwołanie w części, tj. w zakresie:
 - zarzutu nr 3 w części dotyczącej zaniechania wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych złożonych przez wykonawcę BESTCAN sp. j. T.F., J.R., P.F. z siedzibą w Warszawie na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w stosunku do wskazanego w wykazie usług zamówienia na rzecz Zakładu Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Śródmieście m. st. Warszawy
 - oraz zarzutu nr 4 w części dotyczącej pkt 1 tego zarzutu i nakazuje zamawiającemu w zakresie części 2 zamówienia: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny ofert, wezwanie wykonawcy BESTCAN sp. j. T.F., J.R., P.F. z siedzibą w Warszawie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych przedstawionych na potwierdzenie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 12.2.2 SWZco do wskazanego w wykazie usług zamówienia na rzecz Zakładu Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Śródmieście m. st. Warszawy, uznanie za bezskutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny złożonych przez wykonawcę BESTCAN sp. j. T.F., J.R., P.F. z siedzibą w Warszawie,
3. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
4. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Konica Minolta Business Solutions Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w części 1/2 i zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa w części 1/2 i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Konica Minolta Business Solutions Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.2. zasądza od zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa na rzecz wykonawcy Konica Minolta Business Solutions Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 9 300 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) tytułem proporcjonalnego rozdzielenia kwoty wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 4.3. zasądza od wykonawcy Konica Minolta Business Solutions Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz zgłaszającego sprzeciw wykonawcy BESTCAN sp. j. T.F., J.R., P.F. z siedzibą w Warszawie kwotę 900 zł 00 gr (słownie: dziewięćset złotych zero groszy) tytułem proporcjonalnego rozdzielenia kosztów 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.

Przewodniczący:.....

UZASADNIENIE

Zamawiający: Miasto Stołeczne Warszawa (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie

o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Serwis i eksploatacja urządzeń wielofunkcyjnych w UM” (znak postępowania: ZP/MB/271/III-1/24). Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 stycznia 2024 r. pod nr 00034304-2024.

W dniu 25 marca 2024 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu w zakresie Części 2 złożył wykonawca Konica Minolta Business Solutions Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec czynności Zamawiającego i zaniechań czynności, tj.:

- 1) czynności wyboru oferty wykonawcy BESTCAN sp. j. T.F., J.R., P.F. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Bestcan”) jako najkorzystniejszej w postępowaniu dla Części 2 zamówienia,
- 2) zaniechania odrzucenia oferty Bestcan z postępowania w zakresie Części 2 zamówienia, jako niezgodnej warunkami zamówienia,
- 3) zaniechania wezwania Bestcan do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu – jedynie w przypadku brak stwierdzenia przez Izbę dopuszczenia się przez Zamawiającego zaniechania z pkt 2) powyżej,
- 4) zaniechania odtajnienia i udostępnienia pełnej treści wyjaśnień ceny oferty (wraz załącznikami) Bestcan (dalej „RNC”) złożonych przez Bestcan w postępowaniu dla Części 2 zamówienia oraz zaniechania udostępnienia Odwołującemu Informacji z KRK w sposób w który pozwoliłby Odwołującemu na zapoznanie się z treścią tych dokumentów.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 1)–3) ustawy Pzp oraz w zw. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Bestcan, pomimo, że wykonawca ten podał w treści przedmiotowego środka dowodowego niepodlegającego uzupełnieniu, tzn. w dokumencie WYKAZ OFEROWANYCH URZĄDZEŃ, akapit Urządzenie zapewniające wydruk czarno-biały nieistniejące urządzeń Typ/model iR AV DX 5850i producenta Canon, co nie może być potrąconane jako omyłka pisarska, rachunkowa oraz jako tzw. „inna omyłka” i podlegać poprawie oraz nie może podlegać wyjaśnieniu w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i skutkuje niezgodnością oferty Bestcan z warunkami zamówienia,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b), c) ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 1, 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Bestcan:
 - a) pomimo, że Bestcan nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu przedstawiając w Wykazie usług dwa zamówienia, które nie spełniają warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 12.2.2. SWZ dla Części 2 zamówienia oraz
 - b) pomimo, że w Wyjaśnieniach z dnia 8 marca 2024 r. dot. podmiotowych środków dowodowych Bestcan wskazał informacje, których brakuje w złożonym uprzednio Wykazie usług i referencjach, a które były niezbędne do oceny przez Zamawiającego spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, przez co Bestcan dokonał uzupełnienia Wykazu usług o brakujące w nim informacje oraz wyczerpał możliwość dalszego uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, zgodnie z zasadą jednokrotności uzupełnienia lub poprawienia dokumentów,
- 3) ewentualnie, jedynie w przypadku niepotwierdzenia się zarzutu z pkt 2) powyżej – art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b), c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Bestcan na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, pomimo że Bestcan wskazał w Wykazie usług dwa zamówienia, które nie spełniają warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 12.2.2. SWZ dla Części 2 zamówienia, gdyż nie dotyczą serwisowania urządzeń marki Konica Minolta, a także nie spełniają progu kwotowego 500 000 zł wskazanego w warunku,
- 4) art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233, dalej jako: „uznk”) w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez:
 1. zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień ceny oferty z dnia 8 marca 2024 r. (wraz z załącznikami) złożonych przez Bestcan („Wyjaśnienia RNC”), podczas gdy ze złożonego przez Bestcan Uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień ceny oferty wynika, że:
 - a) nie dotyczy ono konkretnych informacji znajdujących się w wyjaśnieniach Bestcan z dnia 8 marca 2024;
 - b) jako wykonawca został oznaczony zarówno Bestcan, jak i podmiot udostępniający zasoby - Copy Control Service spółka cywilna, ul. Żelazna 67, lok. PAW 31L, 00 871 Warszawa („CCS”), uzasadnienie zostało podpisane nie tylko przez Bestcan, lecz również przez wspólników CCS;
 - c) nie dotyczy ono okoliczności właściwych dla Bestcan, a dla podmiotu udostępniającego Bestcan zasoby - CCS;

d) dotyczy ono wąskiego zakresu informacji – tzw. kosztu osobowego wykonania zamówienia;

e) Bestcan nie wykazał łącznego spełnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 uznk, w związku z czym informacje zawarte w wyjaśnieniach RNC nie zostały zastrzeżone w sposób skuteczny,

2. zaniechania udostępnienia Odwołującemu Informacji z KRK dot. zarówno Bestcan, jak i CCS w sposób w który pozwoliłby Odwołującemu na zapoznanie się z treścią tych dokumentów, pomimo, że są to dokumenty jawne, które nie zostały zastrzeżone przez Bestcan jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk,

co doprowadziło do naruszenia zasady jawności postępowania, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Bestcan jako najkorzystniejszej w postępowaniu,

2) dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,

3) odrzucenia oferty Bestcan z postępowania,

4) w przypadku braku nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty Bestcan przez Izbę - wezwania Bestcan do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych przedstawionych na potwierdzenie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 12.2.2 SWZ,

5) odtajnienia wyjaśnień RNC (wraz z załącznikami) złożonych przez Bestcan i udostępnienia ich Odwołującemu oraz udostępnienie informacji z KRK, w sposób, który pozwoli Odwołującemu zapoznać się z ich treścią,

6) a ponadto o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z fakturą, która zostanie przedłożona na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ złożył w postępowaniu ofertę niepodlegającą odrzuceniu, zgodną ze wszystkimi wymaganiami SWZ oraz nie podlega wykluczeniu z postępowania. Odwołujący ma realne szanse na uzyskanie zamówienia i zawarcie umowy z Zamawiającym, pomimo, że jego oferta znajduje się obecnie na drugiej pozycji w rankingu ofert złożonych w postępowaniu.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał w dniu 13 marca 2024 r. (zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 25 marca 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 złotych (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Stanowisko Odwołującego:

W odniesieniu do zarzutu nr 1 Odwołujący stwierdził w szczególności, że Bestcan podał w Wykazie oferowanych urządzeń w pozycji Urządzenie zapewniające wydruk czarno-biały nieistniejące urządzenie Typ/model iR AV DX 5850i producenta Canon. Z informacji dostępnych na stronie producent Canon wynika, że producent Canon nie posiada w swojej ofercie urządzenia czarnobiałego o takim modelu. Jedyny typ urządzeń Canon, który ma w oznaczeniu modelu symbol „5850i” to urządzenie kolorowe, a nie czarno-białe, a do tego symbol „5850i” poprzedza lit. „C” – jest to urządzenie Typ/model iR AV DX C5850i producenta Canon. Wydaje się, że Bestcan jest również świadomy tego, że dla urządzeń kolorowych producent Canon stosuje oznaczenie z lit. „C”, gdyż w pozycji Urządzenie zapewniające wydruk kolorowy wskazał następujący model urządzenia Typ/model iR AV DX C 3926i producenta Canon. Wykaz oferowanych urządzeń, który należało złożyć wraz z ofertą zawiera dokładne dane dot. oferowanych urządzeń, a także ich parametrów, przez to stanowi treść oferty i zgodnie z decyzją Zamawiającego nie podlega on uzupełnieniu. Odwołujący wskazuje przy tym, że Bestcan składając wadliwy w swej treści Wykaz uniemożliwił Zamawiającemu możliwość weryfikacji oferty pod kątem wymagań zamówienia, przez co należy uznać ofertę Bestcan jest niezgodną z warunkami zamówienia. Jeżeli w złożonych wyjaśnieniach ceny oferty Bestcan wskazał urządzenie inne niż Typ/model iR AV DX 5850i oznaczałoby to tyle, że Bestcan w sposób niedozwolony zmienił treść swojej oferty po dniu składania ofert.

Uzasadniając zarzuty nr 2 i 3 Odwołujący wskazał, że na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 12.2.2 SWZ, w złożonym Wykazie usług Bestcan przedstawił dwa zamówienia, oba realizowane przez podmiot udostępniający zasoby – firmę CCS.

Odwołujący wskazuje, że zamówienie realizowane dla ZGN nie obejmowało swym zakresem obsługi serwisowej urządzeń marki Konica Minolta, a urządzenia marki Develop. Z informacji dot. postępowania organizowanego przez ZGN, między innymi na dostawę materiałów eksploatacyjnych dla urządzeń drukujących A3 wynika, że podmiot ten posiada urządzenia wielu producentów, lecz nie posiada urządzeń marki Konica Minolta, na co wskazuje lista urządzeń i producentów przedstawiona w formularzu cenowym dla tego postępowania. Kluczowym dowodem uzyskanym przez

Odwołującego jest zaś Odpowiedź ZGN na wniosek Odwołującego o udostępnienie informacji publicznej. ZGN w swojej odpowiedzi potwierdza, że umową objęte było 7 wielofunkcyjnych urządzeń drukujących model Develop Ineo+250i. Wniosek, ww. umowa nie dotyczyła urządzeń marki Konica Minolta. Wydaje się, że również CCS, który udostępnił Bestcan zasoby rozróżnia marki Develop od Konica Minolta, co choćby widać na jego oficjalnej stronie, klikając w zakładkę marki. Bezsprzecznie urządzenia Develop i Konica Minolta to urządzenia dwóch odrębnych, konkurencyjnych dla siebie marek, co również bardzo ważne, serwisowanie tych urządzeń różni się od siebie, inne są choćby tonery do urządzeń marki Develop, a inne do urządzeń Konica Minolta.

W opinii Odwołującego należy domniemywać, że Bestcan podał nieprawdziwe informacje również w zakresie zamówienia realizowanego przez Enter Air. Co prawda przedstawiona referencja wskazuje na wynajem i obsługę serwisową urządzeń Konica Minolta, ale w ocenie Odwołującego, podobnie jak przy zamówieniu realizowanym dla ZGN, nie są to urządzenia marki Konica Minolta, a marki Develop. Ponadto, Odwołujący zwraca uwagę na treść wyjaśnień złożonych przez Bestcan w zakresie zamówienia realizowanego dla Enter Air, z których wynikałoby, że CCS realizując zamówienie dla Enter Air, które trwało dotychczas ponad 6,5 roku, tylko w okresie ostatnich 3 lat osiągnął wartość 60% łącznej kwoty 1 206 852,85 zł, co już samo w sobie winno rodzić wątpliwości Zamawiającego. Odwołujący, bazując choćby na swoim doświadczeniu może stwierdzić, że podane przez Bestcan kwoty w Wykazie usług oraz w wyjaśnieniach z dnia 8 marca 2024 r. są niewiarygodne. Należy przy tym wziąć pod uwagę, że Enter Air to przewoźnik czarterowy, znacznie mniejszy od LOT oraz to, że wspomniany okres w Wykazie Usług (01.08.2017 r. – 15.02.2024 r.) dot. okresu pandemii Covid-19, a więc również okresu, w którym Enter Air w ogóle nie mógł funkcjonować na rynku z uwagi na obostrzenia pandemiczne i brak lotów, zamknięte biura. Należy także zwrócić uwagę, że końcowa data 3 letniego okresu wskazana w wyjaśnieniach z dnia 8 marca 2024 r. – 15.02.2024, wykracza poza datę 08.02.2024 r., którą wskazał Bestcan w Wykazie usług i która to data jest jednocześnie datą wystawienia referencji przez Enter Air. Odwołujący zwraca przy tym uwagę, że przedstawiona referencja z Enter Air nie operuje w żaden sposób wartościami wykonanych usług. Reasumując, w ocenie Odwołującego realizacja zamówienia dla Enter Air nie dot. urządzeń marki Konica Minolta, być może dot. urządzeń marki Develop, zaś kwota realizacji zamówienia dla Enter Air, zwłaszcza ta w okresie 3 letnim, jest kwotą zawyżoną w celu spełnienia progu kwotowego 500 000 zł, który został wskazany w wymogu z pkt. 12.2.2 SWZ.

W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego Bestcan nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu dla Cześci 2-giej Zamówienia, gdyż nie przedstawił 2 zamówień, które spełniałyby postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu. Kluczowym jest to, że wyjaśnienia Bestcan z dnia 8 marca 2024 r. nie są jedynie wyjaśnieniem wątpliwości Zamawiającego w zakresie przedstawionych uprzednio w Wykazie usług informacji, a prowadzą do wytworzenia nowej treści Wykazu usług. Dla przykładu, warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 12.2.2 SWZ dot. doświadczenia w obsłudze i serwisie konkretnych urządzeń – A3. Zarówno Wykaz usług, jak i złożona referencja z ZGN nie zawierają informacji dot. urządzeń A3, co zauważył sam Zamawiający zadając w piśmie z dnia 5 marca 2024 r. pytanie a). Dopiero w złożonych wyjaśnieniach z dnia 8 marca 2024 r. Bestcan wskazał, że zamówienie dla ZGN dot. właśnie tego rodzaju urządzeń korytarzowych A3, przez co doszło do wygenerowania informacji która nie została pierwotnie wskazana w Wykazie usług i referencjach złożonych w odpowiedzi na wezwanie z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, a która była kluczowa pod kątem oceny spełnienia warunku. Podobnie rzecz się ma z kwestią podania szczegółowych wartości wykonania usługi w okresie 3 lat, tych informacji nie było w pierwotnej treści Wykazu usług, nie znajdowały się one również w złożonych referencjach. Z uwagi na zasadę jednokrotności uzupełnienia lub poprawienia dokumentów, Bestcan nie może już uzupełnić podmiotowego środka dowodowego w postaci Wykazu usług i przedstawić nowych zamówień wraz z referencjami na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co skutkuje odrzuceniem oferty tego wykonawcy z postępowania z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. Z daleko posuniętej ostrożności Odwołujący wskazuje, że jeżeli Izba uznałaby, że złożonych przez Bestcan wyjaśnień z dnia 8 marca 2024 r. w zakresie podmiotowych środków dowodowych nie należy traktować jako uzupełnienia lub poprawienia uprzednio złożonych dokumentów podmiotowych, a jedynie ich wyjaśnienie, w takim przypadku Bestcan winien zostać wezwany na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia Wykazu usług o zamówienia spełniające warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 12.2.2 SWZ oraz do przedstawienia odpowiednich referencji potwierdzających należyte wykonanie tych zamówień.

W zakresie zarzutu nr 4 Odwołujący wskazał, że z Zastrzeżenia z dnia 8 marca 2024 r. wynika, że:

- a) dokument ten nie dotyczy Bestcan, który składał ofertę w postępowaniu, gdyż zostało w nim wskazanych dwóch wykonawców - Bestcan i CCS, co widać już po oznaczeniu pisma,
- b) załącznikiem do Zastrzeżenia jest Regulamin ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa obowiązujący w CCS, a nie w Bestcan. Odwołujący podkreśla, że ofertę składał Bestcan, zaś CCS jest podmiotem udostępniającym zasoby.

Dokument Zastrzeżenie został podpisany przez osoby upoważnione do reprezentacji Bestcan i CCS.

- c) Zastrzeżenia z dnia 27 lutego 2024 r. i 8 marca 2024 r. są identycznej treści, pomimo, że dotyczą wyjaśnień dla różnego przedmiotu zamówienia, np. w zakres Części 2 zamówienia oprócz serwisu i eksploatacji urządzeń wchodzi jeszcze najem urządzeń.

Zatem Zastrzeżenie z dnia 8 marca 2024 r. ma charakter fasadowy i ogólnikowy, nie dot. konkretnych informacji przedstawionych w wyjaśnieniach Bestcan z dnia 8 marca 2024 r. Wskazane powyżej przez Odwołującego okoliczności winny być dla Zamawiającego wystarczającym powodem do odtajnienia całości wyjaśnień RNC złożonych przez Bestcan, nie mówiąc już o kwestii braku wykazania łącznego spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk przez Bestcan. W ocenie Odwołującego Zamawiający odstąpił od badania prawidłowości zasadności zastrzeżenia utajnionych informacji przez Bestcan znajdujących się w wyjaśnieniach ceny oferty. Zamawiający winien był odtajnić pełną treść wyjaśnień RNC Bestcan, zwłaszcza mając na uwadze fakt, że Bestcan próbował utajnić pozostałą część wyjaśnień z dnia 8 marca 2024 r., nie składając przy tym żadnego uzasadnienia zastrzeżenia. Odwołujący stoi na stanowisku, że o ile pierwsza z przesłanek została spełniona przez Bestcan, nie sposób uznać, by wykonawca ten skutecznie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowić powinny tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk. Odwołujący, po analizie Zastrzeżenia z dnia 8 marca 2024 r. stwierdza, że:

- a) Zastrzeżenie ma charakter blankietowy, nie odnosi się do informacji zastrzeżonych przez Bestcan w wyjaśnieniach z dnia 8 marca 2024 r.
- b) Bestcan nie wykazał, że zastrzegane przez niego informacje mają dla niego wartość gospodarczą. Oprócz wskazania pustych ogólników i nieaktualnych wyroków KIO i wyroków sądowych, Bestcan skupił się w Zastrzeżeniu na wykazywaniu wartości gospodarczej w odniesieniu jedynie do kosztu zatrudnienia, podczas gdy przedmiotem zamówienia dla Części 2-giej jest „Serwis i eksploatacja urządzeń wielofunkcyjnych oraz najem urządzeń”, a nie tylko sam serwis urządzeń, w którym może istotne znaczenie mieć koszt ludzki, co pokazuje, że Zastrzeżenie z dnia 8 marca 2024 r. nie dot. przedmiotu zamówienia określonego w Części 2-giej Zamówienia;
- c) Bestcan nie wykazał przesłanki podjęcia działań w celu zachowania informacji w poufności, nie przedstawiając jakichkolwiek dowodów na ogólnikową próbę wykazania tej przesłanki. Co więcej, analiza załącznika do Zastrzeżenia - Regulamin ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa obowiązujący w CCS może wskazywać, że całe Zastrzeżenie dot. czynników właściwych dla CCS, a nie Bestcan, który złożył ofertę w postępowaniu.

Samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ma w przypadku Bestcan charakter fasadowy i jego wyłącznym celem jest ograniczenie innym wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia dostępu do wyjaśnień, kalkulacji dokonanej przez Bestcan, weryfikacji przedmiotowej kalkulacji oraz ewentualnego zakwestionowania ceny oferty w zakresie Części 2-giej zamówienia, co narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Bestcan nie podał wartości gospodarczej dla żadnej z zastrzeganych informacji w akapicie - Przesłanka numer 1. Owszem, są w tych wyjaśnieniach nierzadkie zapewnienia o ich wartości, lecz nie pada ani jedna kwota, ani jeden przedział wartości. Skoro przepis art. 18 ust. 3 ustawy Pzp mówi o wykazaniu to samo zapewnienie o istnieniu konkretnej cechy nie jest wystarczające. Odwołujący zwraca uwagę, że pierwsza część akapitu „Przesłanka numer 1” jest zbiorem ogólników, który odnosi się do podglądów doktryny i orzecznictwa nie odnosi się zaś do konkretnych informacji wskazanych w wyjaśnieniach z dnia 8 marca 2024 r. przez Bestcan wymienionych przez tego wykonawcę. W ocenie Odwołującego Zastrzeżenie dot. jedynie kwestii utajnienia informacji dot. kosztów pracowników i żadnych innych informacji.

Jak wskazywał dalej Odwołujący, informacje na temat rzekomego wykazania przesłanki podjęcia działań w celu zachowania informacji w poufności znajdują się w akapicie Przesłanka numer 3. Zastrzeżenia. Zastrzeżenie wskazuje w kontekście tej przesłanki, że Bestcan podjął działania organizacyjne i prawne, informatyczne które wymienił w Zastrzeżeniu. Załącznikiem do Zastrzeżenia jest Regulaminochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, jednakże jak wspomniał powyżej Odwołujący jest to regulamin CCS, a nie Bestcan. Ponadto, nie został przedstawiony żaden dowód na rzekome Pouczenie pracowników i stałych współpracowników o obowiązku zachowania informacji w tajemnicy, nie mówiąc już o kwestii zobowiązania ich do zachowania informacji w poufności. Bestcan nie wskazał również żadnego dowodu na podjęcie współpracy z Kancelarią Prawną, o której wspomina. Jeżeli chodzi o wskazane działania informatyczne, organizacyjne, w Zastrzeżeniu nie ma choćby cienia dowodu na to, że faktycznie zostały podjęte, są tylko gołosłowne zapewnienia. Powyższe wskazuje na fasadowość wykazania również tej przesłanki z art. 11 ust. 2 uznk i pokazuje, że wskazane w akapicie Przesłanka numer 3 okoliczności nie dotyczą Bestcan, a podmiotu udostępniającego zasoby - CCS. Bestcan nie wykazał przy tym (vide „nie udowodnił”), że:

- a) podmioty trzecie od których otrzymał oferty zastrzegły, że przekazane mu informacje stanowią ich tajemnicę

przedsiębiorstwa, nie mówiąc już o przedstawieniu fragmentów umów, czy klauzul zobowiązujących Bestcan do zachowania otrzymanych informacji w poufności;

b) zobowiązał swoich pracowników do zachowania informacji w poufności, nie mówiąc już o przedstawieniu fragmentów umów z pracownikami, które by takowe klauzule o zachowaniu informacji w poufności zawierały;

c) że posiada np. udokumentowany system bezpieczeństwa informacji – Załącznik do Zastrzeżenia dot. CCS, a nie Bestcan.

Odwołujący podał też, że Bestcan nie przedstawił wraz z Zastrzeżeniem ani jednego dowodu na podjęcie działań w celu zachowania informacji w poufności, co dla Zamawiającego winno być wystarczającą podstawą do odtajnienia i udostępnienia wyjaśnień tego wykonawcy. A contrario, Załącznik Nr 1 do Zastrzeżenia może być dowodem na to, że akapit Zastrzeżenia Przesłanka numer 3 dot. okoliczności, działań podjętych przez CCS – podmiotu udostępniającego zasoby, a nie Bestcan – wykonawcy, który złożył ofertę i to w ograniczonym zakresie – w zakresie informacji dot. kosztów pracowników.

Odwołujący wskazał ponadto, że w paczce udostępnionych mu przez Zamawiającego dokumentów znajduje się plik krk.7z. Odwołujący podejrzewa, że jest to spakowany w pliku zip folder, w którym znajdują się Informacje z KRK przesłane przez Bestcan. Niestety przy próbie rozpakowania tego pliku program rozpakowujący wymaga podania hasła. Co ciekawe w przypadku innych plików skompresowanych za pomocą programu zip, udostępnionych przez Zamawiającego, taka sytuacja nie występuje. Zgodnie z wymogiem z pkt. 14.3.2 SWZ Informacje z KRK winny dotyczyć zarówno wykonawcy składającego ofertę, jak i podmiotu udostępniającego zasoby – w tym przypadku CCS. Odwołujący zwraca uwagę, że z przesłanych przez Zamawiającego Zastrzeżeń nie wynika by Bestcan utajniał jakiegokolwiek informacje z KRK. Zatem Zamawiający przekazując zahasłowany plik bez podania hasła zaniechał udostępnienia Odwołującemu jawnych dokumentów w sposób który umożliwiłby mu zapoznanie się z ich treścią, naruszając przy tym zasadę jawności postępowania i zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W sposób oczywisty, brak prawidłowego udostępnienia tych dokumentów skutkuje brakiem możliwości weryfikacji przez Odwołującego tego, czy zarówno Bestcan, jak CCS wykazali, że nie podlegają wykluczeniu z postępowania.

Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający pismem z dnia 11 kwietnia 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego w zakresie zarzutu nr 1, 3 i 4. Ponadto Zamawiający oświadczył, że uwzględnia zarzut nr 2 w części odnoszącej się do usługi wykonywanej na rzecz ZGN, w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie zarzutu nr 2 jako bezzasadnego.

Stanowisko Przystępującego Super Kopia

Wykonawca Super Kopia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Super Kopia”) pismem z dnia 11 kwietnia 2024 r. wskazał, że popiera w całości zarzuty odwołania, jak również argumentację Odwołującego wskazaną w odwołaniu oraz wniósł o uwzględnienie odwołania.

Stanowisko Przystępującego Bestcan:

Wykonawca Bestcan pismem z dnia 11 kwietnia 2024 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i uczestników postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła ponadto, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał przesłanki skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie zgłosili: Super Kopia po stronie Odwołującego oraz Bestcan stronie Zamawiającego. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpień ani opozycji przeciw przystąpieniom do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba stwierdziła skuteczność przystąpień do postępowania odwoławczego zgłoszonych przez: Super Kopia po stronie Odwołującego oraz Bestcan po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, załączone do odwołania, do odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego Bestcan, a także dowody przedłożone przez Strony na posiedzeniu i zgłoszony przez Bestcan dowód z oględzin dwóch urządzeń: model C302301 (nazwa handlowa) INEO+258 należące do i model C302301 (nazwa handlowa) BIZHUB C 258 przeprowadzony na rozprawie.

Bestcan wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu nr 2 w części odnoszącej się do usługi wykonywanej na rzecz ZGN, wobec czego Izba w całości rozpoznała merytorycznie ten zarzut.

Stan faktyczny sprawy nie był sporny i został wyczerpująco przytoczony przez Strony i uczestnika postępowania Bestcan, wobec czego nie będzie on powielany przez Izbę.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestników postępowania odwoławczego i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało w zakresie zarzutu nr 3 w części dotyczącej zaniechania wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Bestcan na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu co do wskazanego w wykazie usług zamówienia na rzecz Zakładu Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Śródmieście m. st. Warszawy (dalej „ZGN”) i zarzutu nr 4 pkt 1. W pozostałym zaś zakresie Izba uznała odwołanie za niezasadne.

Natomiast wobec złożenia przez Odwołującego oświadczenia o wycofaniu zarzutu nr 4 w części oznaczonej pkt 2 tego zarzutu, tj. zaniechania udostępnienia Odwołującemu Informacji z KRK dot. zarówno Bestcan, jak i CCS w sposób, który pozwoliłby Odwołującemu na zapoznanie się z treścią tych dokumentów, postępowanie odwoławcze podlegało w tym zakresie umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1) ustawy Pzp stosowanego odpowiednio w sytuacji wycofania części zarzutów odwołania.

Zarzut nr 1

Oceniając ten zarzut, Izba na wstępie podkreśla, że nowe okoliczności faktyczne podnoszone dopiero na rozprawie stanowią nowe zarzuty, które nie były zawarte w odwołaniu. Nie mogą one zatem być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę. Zarzut postawiony w odwołaniu sprowadzał się więc do zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Bestcan, pomimo, że wykonawca ten podał w treści przedmiotowego środka dowodowego niepodlegającego uzupełnieniu, tzn. w dokumencie WYKAZ OFEROWANYCH URZĄDZEŃ, aka Urządzenie zapewniające wydruk czarno-biały nieistniejące urządzenie Typ/model iR AV DX 5850i producenta Canon, co nie może być potrątwane jako omyłka pisarska, rachunkowa oraz jako tzw. „inna omyłka” i podlegać poprawie oraz nie może podlegać wyjaśnieniu w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i skutkuje niezgodnością oferty Bestcan z warunkami zamówienia. Izba przy ocenie brała pod uwagę właśnie tę okoliczność („zaoferowanie nieistniejącego modelu urządzenia Canon przez Bestcan”), pomimo tego, że Odwołujący podnosił na rozprawie dodatkowo inne, nieznanne odwołaniu okoliczności (jak choćby zaoferowanie jako urządzenie zapewniające wydruk czarno-biały urządzenia z możliwością wydruku kolorowego i płynące z tego tytułu dodatkowe koszty realizacji zamówienia).

Okolicznością bezsporną przy tym zarzucie było to, że Bestcan w wykazie oferowanych urządzeń w pozycji 2) *Urządzenie zapewniające wydruk czarno-biały* podał: *Typ/model iR AV DX 5850i producent Canon*. Podobnie bezspornym między Stronami i uczestnikiem Bestcan było to, że pełna oficjalna nazwa tego urządzenia brzmi: *iR AV DX C 5850i*. Niemniej jednak, zdaniem Izby, nie sposób w tym stanie faktycznym wywieść, iż nieumieszczenie litery C w nazwie modelu urządzenia, nie pozwalało na jednoznaczną identyfikację, jakie urządzenie w tej pozycji zaoferował Bestcan. Podkreślić trzeba, że sam Odwołujący potwierdził w odwołaniu, że: *„Jedyny typ urządzeń Canon, który ma w oznaczeniu modelu symbol „5850i” to urządzenie kolorowe, a nie czarno-białe, a do tego symbol „5850i” poprzedza lit. „C” – jest to urządzenie Typ/model iR AV DX C5850i producenta Canon”*. Takie samo stanowisko wyrazili również Zamawiający oraz Bestcan. Nie mogło być zatem mowy o tym, że brak podania w nazwie litery C (która to wskazuje, że urządzenie pozwala na wydruk kolorowy, co także nie było okolicznością sporną), prowadził do jakiegokolwiek wieloznaczności, uniemożliwiającej Zamawiającemu identyfikację urządzenia i zarazem zbadanie i ocenę zgodności urządzenia z postawionymi w SWZ wymaganiami. Podniesiona okoliczność nie stanowi zatem podstawy do odrzucenia oferty Bestcan. Nie można się też zgodzić z twierdzeniem Odwołującego, iż brak podania w nazwie urządzenia litery C: *„nie może być potrątwane jako omyłka pisarska, rachunkowa oraz jako tzw. „inna omyłka” i podlegać poprawie oraz nie może podlegać wyjaśnieniu w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp”*. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, co wpisuje się w przedmiotowy stan faktyczny, o innej omyłce można by było mówić w sytuacji, gdy na rynku istniałby tylko jeden model urządzenia o określonych oznaczeniach, a błąd dotyczyłby np. podania niewłaściwej cyfry czy litery tego oznaczenia (tak KIO w wyroku z dnia 19 listopada 2019 r., sygn. akt: KIO 2218/19).

W konsekwencji powyższego zarzut ten nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zarzuty nr 2 i 3

W ocenie Izby zarzut nr 2 nie zasługiwał na uwzględnienie, wobec czego rozpoznaniu podlegał zarzut nr 3, podniesiony przez Odwołującego jako zarzut ewentualny na wypadek nie uwzględnienia zarzutu nr 2. Z racji tego, iż zarówno sam Odwołujący, jak też pozostali, przedstawiali wspólne uzasadnienie dla obu zarzutów, zdaniem Izby, słusznym będzie również poczynienie wspólnych rozważań dla obu tych zarzutów.

W pierwszej kolejności Izba przystąpiła do oceny, czy podane przez Bestcan w wykazie usług zamówienia, potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 12.2.2 SWZ.

W ocenie Izby, wykazana przez Bestcan usługa realizowana na rzecz ZGN nie potwierdza spełnienia warunku udziału w

postępowaniu, o którym mowa w pkt 12.2.2 SWZ. Okolicznościami bezspornymi dla Stron i uczestnika Bestcan było to, że ww. warunek udziału w postępowaniu wymagał wykazania się przez wykonawcę doświadczeniem w obsłudze serwisowej urządzeń marki Konica Minolta, jak również to, że Bestcan w tym zakresie powoływał się na doświadczenie w obsłudze urządzeń o nazewnictwie Develop. Istota sporu sprowadzała się więc do tego, czy to doświadczenie w obsłudze serwisowej urządzeń o nazewnictwie Develop można zakwalifikować jako doświadczenie w obsłudze serwisowej urządzeń marki Konica Minolta, zgodne z warunkiem udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 12.2.2 SWZ. W ocenie Izby należy przyznać rację Odwołującemu i stwierdzić, że Bestcan nie potwierdził spełnienia warunku w tym zakresie, a Develop to oddzielna marka od marki Konica Minolta. Izba nie ocenia przy tym potencjalnych powiązań pomiędzy markami, podobieństw zarówno wizualnych, jak i technicznych, które starał się wykazać Bestcan, jak również nie odnosi się do niewątpliwego braku konsensusu pomiędzy Odwołującym a Bestcan co do podobieństw i różnic choćby w serwisowaniu obu urządzeń. Zdaniem Izby najistotniejszą kwestią było rozstrzygnięcie, czy urządzenia Develop to urządzenia marki Konica Minolta. Bowiem ocenę zasadności zarzutu determinowało nie wykazanie pewnych podobieństw pomiędzy urządzeniami, a brzmienie treści warunku, a ten wyraźnie wskazywał na urządzenia marki Konica Minolta. Z przedstawionych przez Odwołującego dowodów jasno wynika, iż Develop funkcjonuje jako oddzielna marka. W szczególności zwrócić uwagę trzeba, że sam podmiot udostępniający Bestcan zasoby – Copy Control Service, na swojej stronie internetowej w zakładce „marki” odróżnia produkty Konica Minolta od Develop. To jednoznacznie wskazuje, że Develop to marka. Zarazem do odmiennych wniosków nie prowadzą przedstawione przez Bestcan informacje na tablicy znamieniowej urządzenia o nazewnictwie Develop. Zamieszczenie tam nazwy „Konica Minolta, Inc.” to dane producenta, a marką urządzenia jest Develop. W opinii Izby, Zamawiający sprecyzował i ograniczył spełnienie warunku do wykazania się obsługą serwisową urządzeń wyłącznie jednej marki, tj. marki Konica Minolta. Gdyby w treści warunku nie zawarł słowa „marka”, sprowadzając warunek do urządzeń danego producenta, wówczas można by mówić o wykładni dopuszczającej wszystkie urządzenia produkowane przez tego producenta, bez względu pod jaką marką wprowadza on daną grupę produktów na rynek.

Natomiast w odniesieniu do wskazanej w wykazie usług usługi realizowanej na rzecz Enter Air sp. z o.o., Izba nie znalazła podstaw do podważenia przedstawionego przez Bestcan doświadczenia na okoliczność wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Po pierwsze co do oceny Odwołującego, że podobnie jak przy zamówieniu realizowanym dla ZGN nie są to urządzenia marki Konica Minolta, a marki Develop, należy stwierdzić, iż ta ocena jest nieoparta żadnym dowodem i nie sposób wyprowadzać tu analogii względem usługi na rzecz ZGN. Przechodząc dalej, Odwołujący podnosił, że kwota realizacji zamówienia, zwłaszcza ta w okresie 3 letnim, jest kwotą zawyżoną w celu spełnienia progu kwotowego 500 000 zł, który został wskazany w warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 12.2.2 SWZ. Również w tym zakresie twierdzenia Odwołującego są nieoparte konkretnymi dowodami podważającymi, że podana przez Bestcan wartość usługi na rzecz Enter Air sp. z o.o. realizowanej od dnia 1 sierpnia 2017 r. w kwocie 1 206 852,85 zł, w rzeczywistości opiewała na inną kwotę, w domyśle mniejszą niż 500 000 zł. Dodatkowo wskazać należy, że według ugruntowanego od lat orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (tak choćby KIO w wyrokach: z dnia 10 października 2013 r. sygn. akt: 2325/13, z dnia 11 maja 2023 r. sygn. akt: 1176/23) oraz sądów powszechnych (np. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 11 kwietnia 2019 r. sygn. akt: I GSK 2523/18), okres ostatnich 3 lub 5 lat, o których mowa w § 9 ust. 1 pkt 1) i 2) rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415), należy rozumieć w ten sposób, że aby uznać, że określone w wykazie zamówienie mieści się odpowiednio w okresie 5 lub 3 lat (ewentualnie w okresie prowadzonej działalności), wystarczające jest, aby zakończenie realizacji tego zamówienia nastąpiło w tym okresie (lub – w przypadku dostaw lub usług o charakterze powtarzającym się lub ciągłym – nadal trwało), nawet jeśli rozpoczęcie jego realizacji miało miejsce wcześniej. (tak M. Jaworska (red.), Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Komentarz [w:] M. Jaworska (red.), Zamówienia publiczne. Akty wykonawcze. Komentarz, Warszawa 2023). Biorąc powyższe pod uwagę, należy w ocenie Izby zauważyć, iż nie ma podstaw do uznania, że wartość usługi, którą miał wykazać się wykonawca, musi odnosić się do wartości usługi w części wykonanej w okresie ostatnich trzech lat od upływu terminu składania ofert. Brak jest zatem przeszkód w ocenie Izby, aby uznać, że wykonawca może skutecznie wykazać się doświadczeniem wynikającym ze świadczenia przez niego odpowiedniej usługi zrealizowanej na podstawie umowy przewyższającej wymaganą kwotę, której świadczenie rozpoczęło się wcześniej, ale nadal trwa.

Mając powyższe na uwadze, należy wskazać, że zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie,

uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Natomiast wedle art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Odnosząc się do najpierw zarzutu nr 2, Izba wskazuje, iż wezwanie do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń lub dokumentów, określonych w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny, co oznacza, że odrzucenie oferty ze względu na okoliczności, o których mowa w art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, bez uprzedniego wezwania z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp – byłoby przedwczesne i niezgodne z przepisami ustawy Pzp. Z uwagi na swój jednorazowy charakter względem tej samej nieprawidłowości dotyczącej określonego oświadczenia lub dokumentu, sformułowanie wezwania przez zamawiającego powinno być na tyle precyzyjne, aby wykonawca wiedział między innymi, czego dotyczą stwierdzone przez zamawiającego uchybienia oraz w jaki sposób należy je usunąć. Podkreślenia wymaga, że w przeciwnym razie, gdy przykładowo wezwanie było niekompletne lub nieprecyzyjne, niezbędnym jest ponowne wezwanie. Od wezwania, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp odróżnić należy określoną w art. 128 ust. 4 ustawy Pzp możliwość żądania wyjaśnień dotyczących treści oświadczeń lub dokumentów określonych w tym przepisie. Żądanie to ma co do zasady charakter fakultatywny.

W zaistniałym stanie faktycznym bezspornym było to, iż w dniu 5 marca 2024 r. Zamawiający dokonał względem Bestcan wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp. Tym samym, wobec braku wezwania z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, nie można mówić o wyczerpaniu możliwości uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Z tego tytułu, zarzut nr 2 w postaci zaniechania odrzucenia oferty Bestcan nie mógł zostać uwzględniony, gdyż, jak wspomniano wyżej, odrzucenie oferty ze względu na okoliczności, o których mowa w art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, bez uprzedniego wezwania z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp – byłoby przedwczesne.

Niemniej jednak, w konsekwencji powyżej stwierdzonego niewykazania przez Bestcan spełnienia warunku, o którym mowa w pkt 12.2.2 SWZ, Izba uznała zarzut nr 3 w części jako zasadny, tj. w zakresie zaniechania wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Bestcan na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w stosunku do wskazanego w wykazie usług zamówienia na rzecz ZGN.

Na marginesie należy tylko dodać, że w ocenie Izby częściowe uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutu nr 2 było nie do końca zrozumiałe. Zamawiający uwzględniając ten zarzut wskazał, że w konsekwencji unieważni czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, dokona ponownej oceny ofert i wezwie Bestcan do uzupełnienia oferty w trybie przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Izba zwraca uwagę, iż zarzut nr 2 sprowadzał się do zaniechania odrzucenia oferty ze względu na niepotwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu i brak możliwości wezwania Bestcan do uzupełnienia w tym zakresie braków. Owszem, negatywna ocena wykazanej przez Bestcan usługi na rzecz ZGN była związana zarówno z zarzutem nr 2, jak i zarzutem, nr 3, niemniej jednak Zamawiający stał na stanowisku, potwierdzonym zresztą w trakcie rozprawy, iż możliwość wezwania Bestcan z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jest dopuszczalna. Prowadzić to może do wniosku, że intencją Zamawiającego było jednak uwzględnienie w części zarzutu nr 3, a nie zarzutu nr 2.

Zarzut nr 4

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny złożonych przez Bestcan należy po pierwsze zauważyć, iż w tym zakresie badaniu przez Izbę podlega czynność Zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez Bestcan uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zarazem Izba nie ocenia, czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie. Nie jest też rolą Zamawiającego ocena, czy określone informacje mogą potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Zadaniem Zamawiającego jest natomiast zbadanie, czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji. Izba rozstrzyga zatem, czy Zamawiający słusznie ocenił, że Bestcan uzasadnił w sposób wystarczający dokonane zastrzeżenie. To właśnie treść uzasadnienia ma kluczowy wpływ na to, czy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dojdzie do odstąpienia od zasady jawności poprzez powstanie elementów traktowanych jako informacje niejawne. Z takiego uzasadnienia ma zatem wynikać, czy spełnione zostały przesłanki uznania danego rodzaju kategorii danych za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z 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, dalej „uznk”), 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 ustawy Pzp.

Przy czym, przez tajemnicę przedsiębiorstwa, według art. 11 ust. 2 uznk 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.

Jak podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, to na wykonawcy ciąży obowiązek przekonywującego i terminowego wykazania, że zastrzegane przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przy czym podkreślić trzeba, że użycie przez ustawodawcę sformułowania nakładającego na wykonawcę obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej niż samo oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Niewątpliwie jako „wykazanie” nie można kwalifikować ogólnego zapewnienia, że przedstawione informacje spełniają określone w art. 11 ust. 2 uznk przesłanki, czy też przedstawienia ogólnikowych twierdzeń mających uzasadnić zastrzeżenie. Przykładowo, jak wskazała Izba w wyroku z dnia 17 grudnia 2019 r. sygn. akt: KIO 2440/19: „Użyte przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy Prawo zamówień publicznych [obecnie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp] sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do „wykazania”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć jako obowiązek „dowodzenia”, że informacje te mają właśnie taki charakter. Podkreślić należy, że jawność postępowania jest zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorących udział w postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji zawartych w ofertach w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznałoby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i - jako takie - byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.”.

Wskazać zatem należy, że Bestcan, aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji zawartych w piśmie z dnia 8 marca 2024 r. zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk:

- 1) informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Mając powyższe na uwadze, Izba wskazuje, że Bestcan nie wykazał, że zastrzegane przez niego wyjaśnienia ceny oferty z dnia 8 marca 2024 r. spełniają przesłanki niezbędne do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym czynność Zamawiającego utrzymująca w mocy dokonane zastrzeżenie była błędna.

Po pierwsze, w zastrzeżeniach Bestcan nie wykazał, że zastrzegane informacje posiadają wartość gospodarczą. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa do wartości gospodarczej odnosi się w zasadzie tylko w jednym fragmencie, tj. gdy Bestcan wskazuje, że: *„W zamówieniach w przedmiocie takim jak to prowadzone przez Zamawiającego głównymi czynnikami kształtującymi cenę są ustalone przez Wykonawcę strategie organizacyjne dotyczące współpracy ze specjalistami. Zauważyć zatem należy, że koszt zatrudnienia jest ustalany indywidualnie przez każdego przedsiębiorcę w oparciu o umowy z współpracownikami. Utrzymanie w tajemnicy wysokości wynagrodzeń współpracowników pozwala zachować w poufności politykę cenową przedsiębiorcy. Co za tym idzie, konkurencja znając koszt zatrudnienia pracowników mogłaby w oparciu o dokumenty konkretnego zamówienia wyliczyć cenę oferty Wykonawcy. W konsekwencji doprowadziłoby do oferowania przez konkurencję cen zawsze niższych niż oferty Wykonawcy. Taki rezultat spowodowałby szkody w postaci utraty szans na uzyskanie zamówienia oraz zmusiłoby Wykonawcę do oferowania niższych cen, by znów uzyskać szansę na uzyskanie zamówień, co z kolei doprowadziłoby do wyliczania mniejszych narzutów i marży. Co za tym idzie Wykonawca poniósłby szkodę w postaci utraconych korzyści. Zastrzegane przez Wykonawcę informacje posiadają istotną wartość gospodarczą. Z pozostawienia w poufności tych informacji Wykonawca uzyskuje konkretne korzyści. Koszt robocizny jest cechą indywidualną, obliczoną według specjalnego wzoru przez Wykonawcę, który uwzględnia wiele różnych czynników i zmiennych. Ujawnienie tego sposobu obliczania roboczogodzin wyrządziłoby Wykonawcy szkodę. Wykonawca obliczając należycie koszt wynagrodzenia oparł się również na indywidualnych cechach i strategiach, które pozwalają należycie skalkulować ten koszt oraz wpływają na jego preferencyjną cenę i wysoki stopień rzetelności obliczeń”.* Jednakże samo zapewnienie nie jest elementem wystarczającym, aby zakwalifikować, że informacje te mają wartość gospodarczą. Jak wskazywał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 30 maja 2022 r., sygn. akt: XXIII Zs 69/22, w którym stwierdzono, że: *„Nie wystarcza zatem samo stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi ona także*

przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy umówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie głośnie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. Nie wystarczy samo przeświadczenie zastrzegającego, że każda informacja z zakresu funkcjonowania przedsiębiorstwa ma jakąś (choćby niewielką) wartość gospodarczą, dlatego nie ma potrzeby jej wykazywać". Należy też zaznaczyć, że co do zasady, kalkulacja ceny oferty nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa, chyba że wykonawca będzie w stanie wykazać zasadność objęcia tego zakresu tajemnicą przedsiębiorstwa. Jednorazowy charakter kalkulacji nie został jednak przez Bestcan wykazany. Zapewnienia Bestcan nie tłumaczą, w jaki sposób ujawnienie informacji mogłoby faktycznie wpłynąć na jego pozycję konkurencyjną, są one hipotetyczne i nie wykazane. Twierdzenia mają uniwersalny charakter, który adekwatny byłby w jakimkolwiek postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe pozwala na uznanie, że Bestcan nie wykazał przesłanki wartości gospodarczej zastrzeganych informacji.

Bestcan nie wykazał również przesłanki, że zastrzeżone informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Uzasadnienie spełnienia tej przesłanki sprowadzało się właściwie do lakonicznego wskazania, że Bestcan: „nie ujawnia tych informacji ani w kontaktach z podmiotami prywatnymi, ani innymi podmiotami publicznymi”, co w ocenie Izby jest niewystarczające.

Przechodząc zaś do trzeciej przesłanki, tj. podjęcia, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania informacji w poufności, Bestcan nie wykazał również tej okoliczności. Bestcan w tym zakresie pobieżnie powołał się na szereg podjętych działań prawnych, organizacyjnych i informatycznych. Nadto załączył kopię „Regulaminu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa obowiązująca u Wykonawcy”. Niemniej jednak zwrócić należy uwagę, iż wspomniany regulamin nie odnosi się do Bestcan, a do podmiotu udostępniającego Bestcan zasoby, tj. Copy Control Service s.c. Nie można zatem uznać, że załączono jakikolwiek dowód odnoszący się bezpośrednio do Bestcan, z którego wynikałoby choćby podjęcie któregoś z działań w celu utrzymania poufności informacji. Nie można więc w obiektywny sposób potwierdzić zapewnień przedstawionych przez Bestcan, a Zamawiający nie powinien bezrefleksyjnie przychylić się do tego stanowiska.

Podsumowując należy podzielić stanowisko wyrażone przez Odwołującego, że Bestcan nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a ponadto nie wykazał w tym zakresie staranności poprzez zaniechanie przedstawienia jakichkolwiek dowodów. Zastrzeżenia te mają charakter ogólny, blankietowy – możliwy do zastosowania w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia i nie odnoszą się w sposób zindywidualizowany do zastrzeganych informacji. Zatem stanowisko Zamawiającego o objęciu tych informacji poufnością jest nieprawidłowe, a informacje powinny zostać ujawnione. Mając na uwadze powyższe, zarzut zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 3) w zw. z § 7 ust. 4 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:.....