

WYROK
z dnia 24 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Krzysztof Wasilewski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 maja 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Fotokart Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, X-Geo Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie** w postępowaniu prowadzonym przez **Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa**,

przy udziale:

A. wykonawcy **Polskie Przedsiębiorstwo Geomatyki Sp. z o.o., Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 733/16 po stronie zamawiającego

B. wykonawcy **Wrocławski Instytut Zastosowań Informacji Przestrzennej i Sztucznej Inteligencji Sp. z o.o., Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 733/16 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Fotokart Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, X-Geo Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie**, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Fotokart Sp. z o.o., X-Geo Sp. z o.o.**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia

1

jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 733/16

2

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Prowadzenie i optymalizację LPIS w zakresie opracowania ortofotomapy na podstawie scen satelitarnych*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 lutego 2016 roku pod numerem 2016/S 029-047006.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie:

I. w zakresie części 2 zamówienia wobec:

- 1) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Wrocławski Instytut Zastosowań Informacji Przestrzennej i Sztucznej Inteligencji Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (zwanej „WIZIPiS”),
- 2) zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę WIZIPiS jako niejawnych wyjaśnień wraz z dowodami złożonymi

przez tego wykonawcę w wyniku wezwania Zamawiającego w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp pomimo, że informacje zawarte w tym oświadczeniu i dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

- 3) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy WIZIPiSI na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp pomimo, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 4) zaniechania wykluczenia wykonawcy WIZIPiSI z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp pomimo, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 5) zaniechania wykluczenia wykonawcy Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych Pryzmat Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanej dalej: „Pryzmat”) z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp pomimo, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania,
- 6) z ostrożności - od zaniechania czynności wezwania przez Zamawiającego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wykonawcy WIZIPiSI do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 7) z ostrożności - zaniechania czynności wezwania przez Zamawiającego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wykonawcy Pryzmat do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

II. w zakresie części 3 zamówienia wobec:

3

-
- 1) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Polskie Przedsiębiorstwo Geomatyki Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanej „PPG”),
 - 2) zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę PPG jako niejawnych wyjaśnień wraz z dowodami złożonymi przez tego wykonawcę, w wyniku wezwania Zamawiającego, w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp pomimo, że informacje zawarte w tym oświadczeniu i dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
 - 3) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PPG na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp pomimo, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
 - 4) zaniechania wykluczenia wykonawcy PPG z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp pomimo, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu,
 - 5) z ostrożności - zaniechania wezwania przez Zamawiającego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wykonawcy PPG do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wskazując na powyższe Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

I. w zakresie części 2 zamówienia:

- 1) naruszenie w szczególności przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez podjęcie niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy WIZIPiSI jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę WIZIPiSI wyjaśnień wraz z dowodami złożonymi przez tego wykonawcę w wyniku wezwania Zamawiającego, w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp pomimo, że informacje zawarte w tym oświadczeniu i dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 3) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Pryzmat, pomimo że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania,
- 4) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp związku z naruszeniem przepisu art. 24

wykonawcy WIZIPiSI, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu,

- 5) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy WIZIPiSI, pomimo że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 6) z ostrożności - naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy WIZIPiSI do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 7) z ostrożności - naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Pryzmat do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

II. w zakresie części 3 zamówienia:

- 1) podjęcie niezgodnej z przepisami ustawy Pzp, w szczególności z przepisem art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, czynności przez Zamawiającego, polegającej na wyborze oferty wykonawcy PPG jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę PPG wyjaśnień wraz z dowodami złożonymi przez tego wykonawcę w wyniku wezwania Zamawiającego, w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp pomimo, że informacje zawarte w tym oświadczeniu i dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 3) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy PPG, pomimo że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje, które miały wpływ na wynik postępowania,
- 4) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy PPG, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 5) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PPG, pomimo że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 6) z ostrożności - naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy PPG do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

I. w zakresie części 2. zamówienia:

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) odtajnienia oświadczenia i dokumentów wskazanych w odwołaniu,
- 3) wykluczenia z postępowania wykonawcy WIZIPiSI,
- 4) wykluczenia z postępowania wykonawcy Pryzmat,
- 5) odrzucenia oferty wykonawcy WIZIPiSI,
- 6) z ostrożności - wezwania wykonawcy WIZIPiSI do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 7) z ostrożności - wezwania wykonawcy Pryzmat do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 8) dokonania ponownej oceny ofert, uwzględniającej kryteria oceny ofert oraz zasady oceny ofert, zgodne ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej zwana „SIWZ”),
- 9) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

II. w zakresie części 3. zamówienia:

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) odtajnienia oświadczenia i dokumentów wskazanych w odwołaniu,
- 3) wykluczenia z postępowania wykonawcy PPG,
- 4) odrzucenia oferty wykonawcy PPG,
- 5) z ostrożności - wezwania wykonawcy PPG do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 6) dokonania ponownej oceny ofert, uwzględniającej kryteria oceny ofert oraz zasady oceny ofert zgodne z SIWZ,
- 7) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

I. Zarzuty dotyczące części 2 zamówienia:

1) Zarzut zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę WIZIPiSI wyjaśnień wraz z dowodami złożonymi przez tego wykonawcę w wyniku wezwania Zamawiającego, w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że nie otrzymał wglądu do wyjaśnień wraz z dowodami złożonymi przez wykonawcę WIZIPiSI w wyniku wezwania Zamawiającego, w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, pomimo złożonego wniosku w tym zakresie w dniu 26 kwietnia 2016 r. Odwołujący wskazał, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa przedmiotowego

6

oświadczenia i dokumentów możliwe jest jedynie w przypadku wykazania przez wykonawcę, który dokonuje takiego zastrzeżenia, łącznego ziszczenia się przesłanek określonych w przepisie art. 11 ust. 4 ustawy Pzp o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. wykazania, że dana informacja:

1. ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa,
2. nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odnośnie warunku pierwszego, jak wskazał Odwołujący, powszechnie przyjmuje się, że przepis ten wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa.

Odnośnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) Odwołujący podał, że przyjmuje się, iż informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja ujawniona do wiadomości publicznej; traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną.

Odnośnie zaś warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) Odwołujący zwrócił uwagę, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

W ocenie Odwołującego, dokonane przez wykonawcę WIZIPiSI zastrzeżenie jawności przedmiotowego oświadczenia i dokumentów było i jest bezpodstawne. Zawarte w oświadczeniu i dokumentach informacje nie realizują bowiem łącznie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 roku, sygn. akt: III CZP 74/05, Zamawiający powinien odtajnić zastrzeżone informacje, czego jednak nie uczynił. Zamawiający naruszył więc, w opinii Odwołującego, przepisy ustawy Pzp, w szczególności zasadę jawności postępowania, jak i wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił, że w „Zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy” wykonawcy WIZIPiSI nie odniesiono się do wartości gospodarczej informacji zastrzeganych, pomijając w ogóle ten niezbędny element. Konieczność takiego wykazania, jak podał Odwołujący, wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 stycznia 2015 roku, sygn. akt: KIO 2784/14: „Wykonawca zastrzegający określone informacje jako tajemnicę

7

przedsiębiorstwa musi wykazać m.in., że dane informacje posiadają określoną wartość gospodarczą. Wartość ta może wyrażać się w sposób pozytywny - poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości."

Odwołujący stoi na stanowisku, że za informacje posiadające wartość gospodarczą dla danego wykonawcy można uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby danego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem. Skoro wykonawca WIZIPiS nie wykazał tej niezbędnej przesłanki, już samo to, zdaniem Odwołującego, jest podstawą bezzasadności uznania przez Zamawiającego skuteczności zastrzeżenia części oferty.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż przy rozpatrywaniu możliwości objęcia danych informacji zawartych w ofercie tajemnicą przedsiębiorstwa należy wziąć pod uwagę fakt, iż zasadą jest jawność postępowania, zaś zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów stanowiących dokumentację postępowania - jest wyjątkiem od tej zasady. Stanowisko takie jest ugruntowane w linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej, na potwierdzenie czego przytoczył kilka przykładowych wyimków z orzeczeń:

- wyrok o sygn. akt: KIO/UZP 338/09: *„zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy, gdyż zasadą jest jawność postępowania o zamówienie publiczne i jawność ofert. Oznacza to, iż Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz żądać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony.”*
- wyrok o sygn. akt: KIO 1080/11: *„Zasada jawności w postępowaniu jest zasadą nadrzędną i wyjątki od niej, zarówno w kontekście faktów, jak i prawa, nie mogą być interpretowane tak, aby prowadziło to do jej ograniczenia.”*
- wyrok o sygn. akt: KIO 2294/11: *„Jednakże tajemnicy przedsiębiorstwa jako wyjątku od zasady jawności nie można domniemywać, albowiem jego przesłanki należy rozpatrywać ściśle”.*
- wyrok o sygn. akt: KIO 776/12: *„W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na przywołany przepis art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne. Przepis ten kształtuje istotną zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odczytując tę zasadę łącznie z dyspozycją art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, który to przepis stanowi, że oferty w postępowaniu udostępnia się wykonawcom od otwarcia ofert, stwierdzić*

8

należy, że ustawodawca wypełnienie tej zasady znalazł także w udostępnianiu dokumentacji z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. (...) Na marginesie Izba zwraca uwagę na to, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokumentacja z postępowania ma charakter jawny. Jej utajnienie (zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa) musi mieć charakter wyjątkowy, choćby wynikający z tego, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania. Dokumenty przedkładane przez wykonawców w postępowaniu, w szczególności na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, także powinny być z zasady jawne. Jeśli wykonawca zastrzega te informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa powinien w tym zakresie działać z należytą starannością wyłącznie w celu ochrony swoich informacji technicznych, technologicznych, czy organizacyjnych, czy posiadających wartość gospodarczą, które nie zostały w żaden sposób ujawnione do wiadomości publicznej i podjęto w stosunku do nich konieczne i niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, a nie tylko w celu nieudostępniania tych informacji innym wykonawcom ubiegającym się o dane zamówienie w celu ograniczenia możliwości weryfikacji, w trybie środków ochrony prawnej, oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu opisanych przez zamawiającego.”

- wyrok o sygn. akt: KIO 1016/12: *„Tym samym zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w celu uniemożliwienia innym wykonawcom wglądu do dokumentów składanych w ofercie, nie stanowi - także zdaniem Izby - podjęcia niezbędnych*

działań w celu zachowania poufności i narusza podstawową zasadę jawności obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego."

- wyrok o sygn. akt: KIO 457/12: „Izba wskazuje, że pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazać w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczający w reżim oparty na zasadzie jawności, powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa."
- wyrok w sprawie o sygn. akt: KIO 223/12, KIO 248/12 i KIO 261/12: „Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób, a powyższe mieści się w

9

charakterze obowiązków, a nie uprawnień zamawiającego." (podobnie wyrok w sprawie o sygn. akt: KIO 1409/12 i KIO 1428/12).

Skoro zatem, jak zauważył Odwołujący, objęcie części oferty tajemnicą przedsiębiorstwa jest wyjątkiem od podstawowej zasady zamówień publicznych - to należy w tym zakresie stosować zasadę *exceptiones non sunt extendendae* - czyli zasadę zakazu wykładni rozszerzającej wyjątków. Tym samym, każde odejście od zasady jawności postępowań o udzielenie zamówienia powinno być traktowane bardzo wąsko, z koniecznością przedstawienia przez podmiot zastrzegający jawność oferty szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego spełniania trzech przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie może być mowy o żadnym „domniemaniu” tajemnicy, czy też przyjęciu przez Zamawiającego „na słowo”, że przesłanki są spełnione. Jeśli dany wykonawca obejmujący jakąś część dokumentacji postępowania tajemnicą przedsiębiorstwa nie wykazał spełniania przesłanek oraz nie przedstawił dowodów, to Zamawiający (w trakcie oceny ofert) powinien udostępnić takie dokumenty pozostałym wykonawcom lub też Krajowa Izba Odwoławcza (na etapie postępowania odwoławczego) powinna nakazać Zamawiającemu takie odtajnienie i udostępnienie.

2) Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy WIZIPiSI na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego, cena oferty wykonawcy WIZIPiSI wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości co do możliwości należytego wykonania zamówienia. Odwołujący podał, że wykonawca WIZIPiSI oświadczył w Formularzu ofertowym, iż zamierza wykonać część 2. zamówienia za kwotę 224.764,05 zł. Zamawiający zaś oszacował wartość tej części zamówienia na 452.965,91 zł. Zatem, jak podał Odwołujący, wartość oferty wykonawcy WIZIPiSI stanowi 49,62% wartości szacunku Zamawiającego. Wobec powyższego, zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jak wyjaśnił Odwołujący, Zamawiający wezwał wykonawcę WIZIPiSI do złożenia wyjaśnień oraz dowodów co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w części 2., zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, bowiem zaproponowana przez wykonawcę WIZIPiSI cena jest niższa o 30% od wartości zamówienia.

Odwołujący podał, że nie otrzymał wglądu do wyjaśnień złożonych przez wykonawcę WIZIPiSI pomimo złożonego wniosku w tym zakresie w dniu 26 kwietnia 2016 r.

Odwołujący uważa, że oferta wykonawcy WIZIPiSI zawiera rażąco niską cenę, jednakże zarzut taki nie może być szczegółowo uzasadniony bez możliwości zapoznania się z wyjaśnieniami wykonawcy WIZIPiSI. Stąd też w pierwszej kolejności, zdaniem Odwołującego, należy odtajnić wyjaśnienia wykonawcy WIZIPiSI. Jeżeli takie odtajnienie nie

10

nastąpi, Odwołujący pozostawia do oceny Krajowej Izby Odwoławczej, czy oferta wykonawcy WIZIPiSI winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy

Pzp.

3) Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy Pryzmat z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, pomimo że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący podał, że sformułował przedmiotowy zarzut niejako z ostrożności. Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o zamówienie, iż oferta wykonawcy Pryzmat została odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący podał, że nie kwestionuje podjętej czynności przez Zamawiającego. Czynność ta nie jest jednak ostateczna, a wykonawcy Pryzmat przysługuje prawo do złożenia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. Istnieje zatem możliwość, iż czynność Zamawiającego o odrzuceniu oferty wykonawcy Pryzmat zostanie uchylona. W takim przypadku Odwołującemu nie przysługiwałoby w terminie późniejszym uprawnienie do złożenia odwołania z przedmiotowym zarzutem.

Ustawa Pzp, w zakresie możliwości stosowania środków ochrony prawnej, stanowi, co zostało potwierdzone orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, że wykonawcy zobowiązani są pod rygorem utraty realnej możliwości ochrony swoich praw, wskazywać wszystkie zarzuty i okoliczności, w terminach wskazanych w ustawie Pzp, co w przedmiotowej sprawie oznacza termin 10 dni od daty przekazania przez Zamawiającego informacji o rozstrzygnięciu postępowania oraz wykluczeniu wykonawców i odrzuceniu ofert.

Na Zamawiającym zaś, jak zauważył Odwołujący, ciąży obowiązek należytego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w czym mieści się także konieczność przeprowadzenia w sposób właściwy czynności badania ofert. Zamawiający nie może poprzestać na wskazaniu tylko jednej wady, jeżeli oferta posiada ich więcej lub na wskazaniu większej ilości wad, ale nie wszystkich, nawet jeżeli wykonawca podlega z tego tytułu wykluczeniu bądź oferta podlega odrzuceniu. W przedmiotowej sprawie, zdaniem Odwołującego, Zamawiający takiego działania się dopuścił.

Odwołujący podniósł, że Wykonawca złożył w ofercie nieprawdziwe informacje, które mogły mieć wpływ na wynik postępowania. Wykonawca Pryzmat zawarł takie informacje w przedłożonym w ofercie oświadczeniu „Wykaz głównych usług”.

Dalej Odwołujący wskazał, że Zamawiający skorzystał ze swojego uprawnienia i określił, zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ, warunki udziału w postępowaniu. W zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, wskazał określony warunek w rozdziale IV SIWZ pkt 1 ppkt 1 lit. b SIWZ. Zważywszy, że przedmiotowy zarzut Odwołującego nie

11

dotyczy okoliczności, czy wykonawca spełnił warunek w zakresie przedmiotowym, Odwołujący odstąpił od jego przedstawienia.

Zdaniem Odwołującego, kluczowe dla rozstrzygnięcia, czy wykonawca Pryzmat spełnił warunek w zakresie doświadczenia zawodowego dotyczy tego, czy wskazane przez wykonawcę Pryzmat w „Wykazie usług głównych” wykonane zamówienia, zostały zrealizowane należycie. Konieczność wykazania się realizacją usług z należytą starannością została przez Zamawiającego określona w rozdziale V pkt 2 ppkt 10. Przedmiotowe postanowienie SIWZ stanowi powtórzenie wymogu wynikającego z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (poz. 231), dalej zwane: „rozporządzeniem”).

Wykonawca Pryzmat w oświadczeniu „Wykaz usług głównych” wskazał zamówienia wykonane na rzecz Zamawiającego, w związku z czym odstąpił od przedkładania dowodów potwierdzających należyte wykonanie podanych w oświadczeniu usług. Odwołujący korzystając z uprawnienia przysługującego mu na podstawie ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U z 2014 r., poz. 782 ze zm.) wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o informację, czy realizowane m.in. przez wykonawcę Pryzmat umowy na rzecz Zamawiającego były wykonane należycie oraz o przedłożenie kopii umów i dokumentów odbiorowych, ewentualnie dokumentów potwierdzających naliczenie kar umownych i potwierdzających ich zapłatę lub potrącenie przez Zamawiającego.

Na podstawie posiadanych dokumentów Odwołujący stwierdził, że wszystkie wskazane w „Wykazie usług głównych” zamówienia zostały wykonane nienależycie, tj. wykonawca Pryzmat nie dochował terminów umownych:

- a) usługa wskazana w „Wykazie usług głównych” w poz. 1 - umowa nr 10/DBR/2610/2011 z dn. 24.05.2011 r. - Wykonawca zanotował opóźnienie, a Zamawiający naliczył karę umowną
Dowód:
1. kopia „Protokołu Odbioru Opracowania ORTO_SAT 2013. Część II (28 rozłącznych OB) z dnia 5 września 2013 r.”;
- b) usługa wskazana w „Wykazie usług głównych” w poz. 2 - umowa nr II/DBR/2610/2011 z dn. 24.05.2011 r. - Wykonawca zanotował opóźnienie, a Zamawiający naliczył karę umowną.
Dowód:
1. kopia „Protokołu Odbioru Opracowania ORTO_SAT 2013. Część III (32 rozłączne OB) z 5 dnia września 2013 r.”;
2. kopia „Aneksu do: Protokołu Odbioru Opracowania ORTO_SAT 2013. Część II z dn. 05.09.2013, Protokołu Odbioru Opracowania ORTO_SAT 2013. Część III z dn

12

05.09.2013” z dn. 10.09.2013 r.

- c) usługa wskazana w „Wykazie usług głównych” w poz. 3 - umowa nr 77/DBR/2013/2615 z dn. 27.12.2013 r. - Wykonawca zanotował opóźnienie, a Zamawiający naliczył karę umowną.
Dowód:
1. kopia „Protokołu Odbioru Opracowania ORTO_SAT 2013. Część II (41 rozłącznych OB) z 12 sierpnia 2015 r.”;
2. kopia faktury nr 30/2015 z dn. 14.08.2015 r. wystawionej przez wykonawcę Pryzmat z tytułu wykonania umowy nr 77/DBR/2013/2615 z dn. 27.12.2013 r.;
3. kopia dokumentu „Kontrola merytoryczna dokumentu dot. faktury nr 30/2015 wystawionej przez wykonawcę Pryzmat”;
4. kopia noty księgowej nr 01/DBR/2015 z 12.08.2015 r. wystawionej przez Zamawiającego;
- d) usługa wskazana w „Wykazie usług głównych” w poz. 4 - umowa nr 76/DBR/2013/2615 z dn. 27.12.2013 r. - Wykonawca zanotował opóźnienie, a Zamawiający naliczył karę umowną.
Dowód:
1. kopia „Protokołu Odbioru Opracowania ORTO_SAT2013. Część III (OB32 rozłączne OB) z dnia 12 sierpnia 2015 r.”;
2. kopia faktury nr 29/2015 z dn. 14.08.2015 r. wystawionej przez wykonawcę Pryzmat z tytułu wykonania umowy nr 76/DBR/2013/2615 z dn. 27.12.2013 r.;
3. kopia dokumentu „Kontrola merytoryczna dokumentu dot. faktury nr 30/2015” wystawionej przez wykonawcę Pryzmat;
4. kopia noty księgowej nr 02/DBR/2015 z 12.08.2015 r. wystawionej przez Zamawiającego;

Odwołujący podkreślił, że terminowe wykonanie zobowiązania jest jedną z najważniejszych okoliczności przesądzających o należyтым bądź nienależyтым wykonaniu umowy. Określenie terminu realizacji umowy należy do elementów istotnych umowy, zatem jego niedotrzymanie musi być traktowane jako istotne naruszenie obowiązków wykonawcy. Tak też było, jak podał Odwołujący, w przypadku wszystkich wyżej wskazanych umów realizowanych przez wykonawcę Pryzmat, w których to przewidziano kary umowne za „opóźnienie” w realizacji przedmiotu umowy.

Dowód:

1. kopia umowy nr 10/DBR/2610/2011 z dn. 24.05.2011 r.;
2. kopia umowy nr II/DBR/2610/2011 z dn. 24.05.2011 r.;
3. kopia umowy nr 77/DBR/2013/2615 z dn. 27.12.2013 r.;
4. kopia umowy nr 76/DBR/2013/2615 z dn. 27.12.2013 r.;

13

Odwołujący podniósł, że ustawodawca wyraźnie wskazał w przepisie art. 483 § 1 k.c., że naprawienie szkody z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę kary umownej. Z dokumentów przedstawionych wyżej wynika, że Wykonawca przedmiot umowy w każdym z przypadków wykonał, zatem

pozostaje druga możliwość przewidziana przepisem 483 § 1 k.c. - nienależyte wykonanie umowy. Kara umowna została przewidziana (w każdej z umów) na wypadek opóźnienia wykonawcy Pryzmat w wykonaniu przedmiotu zamówienia.

Zatem naliczone kary umowne z tytułu opóźnienia stanowią jednoznacznie, w opinii Odwołującego, o niewykonaniu przez wykonawcę Pryzmat umów z należytą starannością, co przesądza o tym, że Zamawiający nie miał prawa do uznania przedstawionych usług w „Wykazie głównych usług” zamówień jako spełniających wymagania SIWZ.

Zdaniem Odwołującego, nie jest możliwe twierdzenie, że wykonawca Pryzmat w sposób przypadkowy, przez pomyłkę, wskazał w oświadczeniu usługi, które wykonał w sposób nienależyty. Wykonawcy Pryzmat były znane protokoły odbioru, bowiem dopiero one upoważniały tego wykonawcę do wystawienia faktur VAT i wystąpienia o zapłatę wynagrodzenia za wykonane usługi. Z uwagi na fakt, że te wszystkie okoliczności były znane Zamawiającemu „z urzędu”, bowiem był stroną wszystkich wykazanych umów, w ocenie Odwołującego, winien on wykluczyć wykonawcę Pryzmat z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Z ostrożności Odwołujący wskazał, że jeśli Krajowa Izba Odwoławcza uznałaby, iż oferta wykonawcy Pryzmat nie podlega jednak wykluczeniu, to konieczne jest co najmniej wezwanie tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

4) Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy WIZPiSI z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp pomimo, że wykonawca WIZPiSI nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący podał, że Zamawiający określił w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w rozdziale IV SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych Warunków”, warunki, które każdy z wykonawców zobowiązany jest spełnić, aby móc ubiegać się o zamówienie. W zakresie dotyczącym posiadania wiedzy i doświadczenia - rozdział IV SIWZ pkt 1 ppkt 1 lit. b, Zamawiający wskazał, że o zamówienie, mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki określone na podstawie art. 22 ust. 1 ustawy Pzp:

„(...) b) posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. zrealizowali a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również realizują, usługi w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem

14

terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, tj. co najmniej 2 (dwie) usługi, których przedmiotem było opracowanie cyfrowej ortofotomapy ze scen satelitarnych, spełniających następujące warunki:

b.1) łączna wartość usług nie mniejsza niż 200 000 zł brutto (słownie złotych: dwieście tysięcy 00/100),

b.2) łączna powierzchnia opracowanej cyfrowej ortofotomapy ze scen satelitarnych nie mniejsza niż 20 000 km²,

b.3) w ramach każdej z wykazanych usług opracowania cyfrowej ortofotomapy ze scen satelitarnych przetworzono sceny satelitarne z co najmniej następujących satelitów: Worldview lub GeoEye lub Pleiades lub QuickBird.

W przypadku realizacji usługi, w ramach których opracowanie cyfrowej ortofotomapy ze scen satelitarnych było ich częścią, należy podać wyłącznie wartości usług opracowania cyfrowej ortofotomapy ze scen satelitarnych.” Powyższe stanowi, jak podał Odwołujący, brzmienie postanowienia po zmianie SIWZ dokonanej przez Zamawiającego w dniu 23 lutego 2016 r.

Odwołujący podniósł, że wykonawca WIZPiSI w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym w zakresie wiedzy i doświadczenia, nie przedstawił jako referencyjnych, usług wykonanych samodzielnie lub łącznie z innymi podmiotami, a polegał w tym zakresie na podmiocie trzecim - KOMPANIA TVIS Sp. z o.o. z siedzibą w Kijowie (dalej zwanej: „TVIS”). Powyższą wiedzę Odwołujący posiadał, jak podał, na podstawie dołączonego do oferty wykonawcy WIZPiSI dokumentu pod nazwą „Pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia”.

Odwołujący zwrócił uwagę, że z treści tego dokumentu wynika jednoznacznie, że zakres dostępnych wykonawcy WIZPiSI zasobów dotyczy wiedzy i doświadczenia, co oznacza, że w oświadczeniu „Wykaz głównych usług”, które należało dołączyć do składanej

oferty, wykonawca WIZIPiSI wskazał usługi wykonane lub wykonywane przez TVIS.

Odwolujący podniósł, że o ile wykonawca, na podstawie przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, co do zasady może polegać na wiedzy i doświadczeniu podmiotów trzecich, to w każdym takim przypadku musi udowodnić Zamawiającemu, że będzie dysponował takimi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności poprzez przedłożenie do oferty dokumentów, z których wynika zakres i udział tego podmiotu w realizacji zamówienia, sposób udostępnienia zasobów oraz charakter stosunku prawnego łączącego podmioty.

Odwolujący wskazał, że konstrukcja udostępniania zasobów wielokrotnie była przedmiotem analizy Krajowej Izby Odwoławczej, która generalnie uznała, że w każdym przypadku udostępnienia zasobów musi mieć miejsce realne i rzeczywiste udostępnienie. Przykładowo w wyroku z dnia 24 lutego 2015 r., sygn. akt: KIO 247/15 stwierdzono: „Przy powoływaniu się na potencjał wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego wykonawca,

15

zgodnie z treścią § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Z 2013 r., poz. 231), zobowiązany jest wykazać realny sposób wykorzystania zasobów, których posiadania wymagał zamawiający w warunku, zatem sposób korzystania z zasobów oraz zakres udziału podmiotów trzecich w realizacji przedmiotu zamówienia musi być powiązany zarówno z zakresem wymaganego przez zamawiającego w postawionym warunku doświadczenia, ale również z wykazywanym na potwierdzenie spełniania warunku doświadczeniem danego podmiotu". Zaś w wyroku z dnia 25 lipca 2015 r., sygn. akt: KIO 1434/15: „Uznano zatem, że jeżeli przedmiotem udostępnienia na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych są zasoby takie jak wiedza i doświadczenie wymagane dla realizacji zamówienia, to wskazane zobowiązanie powinno uwzględniać taki właśnie charakter tego zasobu, w tym okoliczność, że nie jest możliwe przeniesienie czy udostępnienie wiedzy lub doświadczenia bez osobistego uczestnictwa podmiotu w realizacji przyszłego zamówienia. W sytuacji, kiedy przedmiot oddania stanowią zasoby nierozdzielnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia, jak wiedza i doświadczenie, takie przekazanie wiedzy i doświadczenia wymaga uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. (...) Regułą jest, że pod pojęciem "wiedza i doświadczenie", o którym mowa w przepisie art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie można rozumieć możliwości przekazania wiedzy i doświadczenia np. poprzez proces szkoleniowy lub przekazanie know-how, instrukcji, pewnych wartości niematerialnych i prawnych, co nie wymagałoby uczestnictwa podmiotu udostępniającego. Poprzez szkolenie czy otrzymywanie porad można bowiem nabyć wiedzę, a nie doświadczenie, które ze swojej istoty musi mieć walor weryfikacji wiedzy w praktycznej realizacji".

Odwolujący podniósł, że ocena realności udostępnienia zasobów powinna być każdorazowo dokonywana z uwzględnieniem uwarunkowań danego zamówienia oraz rodzaju udostępnianego zasobu. Odwołujący zauważył, że z punktu widzenia opisu przedmiotu zamówienia, określonego w SIWZ, zasad i warunków świadczenia zamówienia podanych przez Zamawiającego, a także doświadczenia życiowego Odwołującego oraz doświadczenia w wykonywaniu usług określonych w SIWZ, w tym realizowanych dla Zamawiającego - nie ulega wątpliwości, iż w przedmiotowym przypadku zasoby takie mogą być realnie udostępniane tylko przez udział podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia, tj. poprzez podwykonawstwo. Nie jest bowiem możliwe realne udostępnienie wiedzy i doświadczenia dla projektu będącego przedmiotem zamówienia w zakresie doświadczenia przy realizacji podobnych usług głównych, w zakresie jakim TVIS udostępniła wykonawcy WIZIPiSI swoje zasoby, tj. poprzez: przeszkolenie przez TVIS pracowników

16

wykonawcy WIZIPiSI, wdrożenie autorskiej linii technologicznej TVIS (przekazanie know-how), przekazanie przez TVIS dokumentacji linii technologicznej, doradztwo w zakresie przedmiotu umowy - zwłaszcza w sytuacji niniejszego postępowania, gdzie termin realizacji zamówienia, wskazany wyraźnie przez wykonawcę WIZIPiSI w pkt 1 Formularza ofertowego dla części 2. zamówienia wynosi 7 dni.

Odwolujący zwrócił uwagę, że Zamawiający wyraźnie wymagał, aby wykonawcy

wykazali się doświadczeniem w realizacji dwóch usług, którym to postawił konkretne i szczegółowe warunki, powiązane z przedmiotem zamówienia, który ma być realizowany. Dany podmiot, który nabył takie doświadczenie poprzez uprzednią realizację usługi podobnej, zdaniem Odwołującego, nie może udostępnić swojego doświadczenia i wiedzy w tym zakresie w sposób inny niż poprzez swój bezpośredni udział w realizacji zamówienia. W szczególności doświadczenie, w ocenie Odwołującego, w ogóle nie może zostać przekazane w trybie szkoleń czy konsultacji lub doradztwa.

Odwołujący wyjaśnił, że w zobowiązaniu TVIS wskazano na umowę o współpracy, jako charakter stosunku, jaki będzie łączył strony przy realizacji zamówienia. Jednocześnie Odwołujący zwrócił uwagę, że w ofercie wykonawcy WIZIPiSI nie jest przewidziany udział podwykonawców. W *Formularzu ofertowym* dla części 2. zamówienia wykonawca WIZIPiSI pozostawił pkt 11 tego oświadczenia niewypełniony, co oznacza - zgodnie z zastrzeżeniem Zamawiającego, że wykonawca nie zamierza powierzyć wykonania zamówienia podwykonawcom. Zatem, wykonawca WIZIPiSI ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia samodzielnie. Stoi to w sprzeczności, w opinii Odwołującego, z powyżej wskazanym koniecznym udziałem podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że oświadczenie z *Formularza ofertowego*, w którym wykonawca WIZIPiSI wyraźnie wykluczył możliwość korzystania z podwykonawców, jest nadrzędne nad innymi częściami oferty, zawiera bowiem najistotniejsze zobowiązania i oświadczenia oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Odwołującego, należało uznać, że skoro wykonawca WIZIPiSI złożył oświadczenie, iż z podwykonawców korzystać przy realizacji zamówienia nie będzie, to bez udziału podwykonawców, wykonawca WIZIPiSI nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Zatem wykonawca WIZIPiSI powinien zostać przez Zamawiającego wykluczony z postępowania. Nie jest to bowiem brak w ofercie, który może być uzupełniony w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, czy też wyjaśniony w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp bądź art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż treść *Formularza ofertowego* nie może być zmieniana przez wykonawcę po jego złożeniu. Tak też orzekła, jak wskazał Odwołujący, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 października 2014 r., sygn. akt: KIO 2012/14: „Oznacza to, że treść oferty odwołującego w pkt 11 Formularza Oferty wymagałaby zmiany, poprzez zastąpienie treści: *"nie zamierzam(y) powierzyć do podwykonania żadnej części*

17

niniejszego zamówienia/" treścią "następujące części niniejszego zamówienia zamierzam(y) powierzyć podwykonawcom", a nadto wymagałoby zmiany, poprzez uzupełnienie pkt. 11 o treść "wykonanie przewiertów". Zmiany te stanowiłaby jednak niedopuszczalną po terminie składania ofert zmianę treści oferty odwołującego, która nie mogłaby zostać zakwalifikowana jako inna omyłka polegająca na niezgodności treści oferty z SIWZ, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty. Skład orzekający Izby stoi bowiem na stanowisku, że skoro obowiązek żądania od wykonawców wskazania części zamówienia powierzanych podwykonawcom jest obowiązkiem ustawowym, to oświadczenie wykonawców w tym zakresie ma istotny charakter. Zmiana w tym zakresie winna być oceniana jako powodująca istotną zmianę oferty, ponieważ wprowadzenie podwykonawstwa w miejsce samodzielnego wykonania zamówienia oznacza zmianę sposobu wykonania zamówienia."

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że zobowiązanie do udostępnienia zasobów przedłożone przez wykonawcę WIZIPiSI w ofercie nie wykazuje spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego, są one na tyle ogólne, że nie wykazują rzeczywistego, realnego udziału podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia w sposób, który zapewniałby realne skorzystanie z użyczonego zasobu. Także ta okoliczność, z dniem Odwołującego, uzasadnia twierdzenie, że wykonawca WIZIPiSI podlega wykluczeniu z postępowania.

Z ostrożności Odwołujący podniósł, że jeśli Krajowa Izba Odwoławcza uznałaby, iż oferta wykonawcy WIZIPiSI nie podlega jednak wykluczeniu, to konieczne jest co najmniej wezwanie tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

II. Zarzuty dotyczące części 3 zamówienia:

- 1) **Zarzut zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu w zastrzeżonych przez wykonawcę PPG wyjaśnień wraz z dowodami złożonymi przez tego wykonawcę w wyniku wezwania Zamawiającego w trybie przepisu**

art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podał, że nie otrzymał wglądu do wyjaśnień wraz z dowodami złożonych przez wykonawcę PPG w wyniku wezwania Zamawiającego w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp pomimo złożonego wniosku w tym zakresie w dniu 26 kwietnia 2016 r.

Odwołujący wskazał, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa przedmiotowego oświadczenia i dokumentów możliwe jedynie w przypadku wykazania przez wykonawcę, który dokonuje takiego zastrzeżenia, łącznego ziszczenia się przesłanek określonych w przepisie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. wykazania, że dana informacja:

1. ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny

18

przedsiębiorstwa,

2. nie została ujawniona do wiadomości publicznej,

3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odnosnie warunku pierwszego, Odwołujący podał, że powszechnie przyjmuje się, iż przepis ten wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa.

Odnosnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) Odwołujący zauważył, że przyjmuje się, iż informacja (wiadomość) „*nie ujawniona do wiadomości publicznej*” to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną.

Odnosnie zaś warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) Odwołujący zauważył, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

W ocenie Odwołującego dokonane przez wykonawcę WIZIPiS zastrzeżenie jawności przedmiotowego oświadczenia i dokumentów było i jest bezpodstawne. Zawarte w oświadczeniu i dokumentach informacje nie realizują bowiem łącznie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt: III CZP 74/05, zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien odtajnić zastrzeżone informacje, czego jednak nie uczynił. Zamawiający naruszył więc przepisy ustawy Pzp, w szczególności zasadę jawności postępowania, jak i wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił, że w „*Zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy*” wykonawcy WIZIPiS nie odniesiono się do wartości gospodarczej informacji zastrzeganych, pomijając w ogóle ten niezbędny element. Konieczność takiego wykazania wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 stycznia 2015 r., sygn. akt: KIO 2784/14: „*Wykonawca zastrzegający określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa musi wykazać m.in., że dane informacje posiadają określoną wartość gospodarczą. Wartość ta może wyrażać się w sposób pozytywny - poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadająca określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach*

19

pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości.”

Zdaniem Odwołującego, za informacje posiadające wartość gospodarczą dla danego wykonawcy można uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby danego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem. Skoro wykonawca WIZIPiS nie wykazał tej niezbędnej przesłanki, już samo to, zdaniem Odwołującego, jest podstawą bezzasadności uznania przez Zamawiającego skuteczności

zastrzeżenia części oferty.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż przy rozpatrywaniu możliwości objęcia danych informacji zawartych w ofercie tajemnicą przedsiębiorstwa należy wziąć pod uwagę fakt, że zasadą jest jawność postępowania, zaś zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów stanowiących dokumentację postępowania - jest wyjątkiem od tej zasady. Stanowisko takie jest ugruntowane w linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej, na potwierdzenie czego Odwołujący zacytował kilka przykładowych wyimków z orzeczeń:

- wyrok w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 338/09: *„zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy, gdyż zasadą jest jawność postępowania o zamówienie publiczne i jawność ofert. Oznacza to, iż Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz żądać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony.”*
- wyrok w sprawie o sygn. akt: KIO 1080/11: *„Zasada jawności w postępowaniu jest zasadą nadrzędną i wyjątki od niej, zarówno w kontekście faktów, jak i prawa, nie mogą być interpretowane tak, aby prowadziło to do jej ograniczenia.”*
- wyrok w sprawie o sygn. akt: KIO 2294/11: *„Jednakże tajemnicy przedsiębiorstwa jako wyjątku od zasady jawności nie można domniemywać, albowiem jego przesłanki należy rozpatrywać ściśle”.*
- wyrok w sprawie o sygn. akt: KIO 776/12: *„W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na przywołany przepis art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne. Przepis ten kształtuje istotną zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odczytując tę zasadę łącznie z dyspozycją art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, który to przepis stanowi, że oferty w postępowaniu udostępnia się wykonawcom od otwarcia ofert, stwierdzić należy, że ustawodawca wypełnienie tej zasady znalazł także w udostępnianiu dokumentacji z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. (...) Na marginesie Izba zwraca uwagę na to, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokumentacja z postępowania ma charakter jawny. Jej*

20

utajnienie (zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa) musi mieć charakter wyjątkowy, choćby wynikający z tego, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania. Dokumenty przedkładane przez wykonawców w postępowaniu, w szczególności na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, także powinny być z zasady jawne. Jeśli wykonawca zastrzega te informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa powinien w tym zakresie działać z należytą starannością. Wyłącznie w celu ochrony swoich informacji technicznych, technologicznych, czy organizacyjnych, czy posiadających wartość gospodarczą, które nie zostały w żaden sposób ujawnione do wiadomości publicznej i podjęto w stosunku do nich konieczne i niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, a nie tylko w celu nieudostępniania tych informacji innym wykonawcom ubiegającym się o dane zamówienie w celu ograniczenia możliwości weryfikacji, w trybie środków ochrony prawnej, oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu opisanych przez zamawiającego.”

- wyrok w sprawie o sygn. akt: KIO 1016/12: *„Tym samym zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w celu uniemożliwienia innym wykonawcom wglądu do dokumentów składanych w ofercie, nie stanowi - także zdaniem Izby - podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności i narusza podstawową zasadę jawności obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.”*
- wyrok w sprawie o sygn. akt: KIO 457/12: *„Izba wskazuje, że pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazać w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczający w reżim oparty na zasadzie jawności, powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wołałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich*

informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa."

- wyrok w sprawie o sygn. akt: KIO 223/12, KIO 248/12 i KIO 261/12: „*Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób, a powyższe mieści się w charakterze obowiązków, a nie uprawnień zamawiającego.*” (podobnie wyrok KIO1409/12 i KIO 1428/12).

Odwołujący podniósł, że skoro zatem objęcie części oferty tajemnicą przedsiębiorstwa jest wyjątkiem od podstawowej zasady zamówień publicznych - to należy w

21

tym zakresie stosować zasadę *exceptiones non sunt extendendae* - czyli zasadę zakazu wykładni rozszerzającej wyjątków. Tym samym każde odejście od zasady jawności postępowań o udzielenie zamówienia powinno być traktowane bardzo wąsko, z koniecznością przedstawienia przez podmiot zastrzegający jawność oferty szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego spełniania trzech przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie może być mowy o żadnym „domniemaniu” tajemnicy, czy też przyjęciu przez Zamawiającego „na słowo”, że przesłanki są spełnione. W ocenie Odwołującego, jeśli dany wykonawca obejmujący jakąś część dokumentacji postępowania tajemnicą przedsiębiorstwa nie wykazał spełniania przesłanek oraz nie przedstawił dowodów - to Zamawiający (w trakcie oceny ofert) powinien udostępnić takie dokumenty pozostałym wykonawcom lub też Krajowa Izba Odwoławcza (na etapie postępowania odwoławczego) powinna nakazać Zamawiającemu takie odtajnienie i udostępnienie.

2) Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PPG na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego, cena oferty wykonawcy PPG wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości co do możliwości należytego wykonania zamówienia. Odwołujący zwrócił uwagę, że wykonawca PPG oświadczył w *Formularzu ofertowym*, iż zamierza wykonać część 3. zamówienia za kwotę 226.509,11 zł. Zamawiający oszacował wartość tej części zamówienia na 452.965,91 zł. Zatem wartość oferty wykonawcy PPG stanowi 50,01% wartości szacunku Zamawiającego. Wobec powyższego, jak podał Odwołujący, zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wezwał wykonawcę PPG do złożenia wyjaśnień oraz dowodów co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w części 3., zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, bowiem zaproponowana przez wykonawcę PPG cena jest niższa o 30% od wartości zamówienia.

Odwołujący wyjaśnił, że nie otrzymał wglądu do wyjaśnień złożonych przez wykonawcę PPG pomimo złożonego wniosku w tym zakresie w dniu 26 kwietnia 2016 r.

Odwołujący uważa, że oferta wykonawcy PPG zawiera rażąco niską cenę, jednakże zarzut taki nie może być szczegółowo uzasadniony bez możliwości zapoznania się z wyjaśnieniami wykonawcy PPG. Stąd też w pierwszej kolejności należy odtajnić wyjaśnienia wykonawcy PPG. Jeżeli takie odtajnienie nie nastąpi, Odwołujący wskazał, że pozostawia do oceny Krajowej Izby Odwoławczej, czy oferta wykonawcy PPG winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

3) Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy PPG z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp pomimo, że wykonawca ten złożył

22

nieprawdziwe informacje, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący podniósł, że Wykonawca PPG złożył w ofercie nieprawdziwe informacje, które mogły mieć wpływ na wynik postępowania. Wykonawca PPG zawarł takie informacje w przedłożonym w ofercie oświadczeniu „*Wykaz głównych usług*”.

Dalej Odwołujący podał, że Zamawiający skorzystał ze swojego uprawnienia i określił, zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ, warunki udziału w postępowaniu. W zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, wskazał określony warunek w rozdziale IV pkt 1 ppkt 1 lit. b SIWZ. Zważywszy, że przedmiotowy zarzut Odwołującego nie dotyczy okoliczności, czy wykonawca spełnił warunek w zakresie przedmiotowym, Odwołujący odstąpił od jego

przedstawienia.

Zdaniem Odwołującego, kluczowe dla rozstrzygnięcia, czy wykonawca PPG spełnił warunek w zakresie doświadczenia zawodowego jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy wskazane przez wykonawcę PPG w „Wykazie usług głównych” wykonane zamówienia, zostały zrealizowane należycie. Konieczność wykazania się realizacją usług z należytą starannością została przez Zamawiającego określona w rozdziale V pkt 2 ppkt 10 SIWZ. Przedmiotowe postanowienie SIWZ stanowi powtórzenie wymogu wynikającego z rozporządzenia.

Odwołujący podał, że wykonawca PPG w oświadczeniu „Wykaz usług głównych” wskazał zamówienia wykonane na rzecz Zamawiającego, w związku z czym odstąpił od przedkładania dowodów potwierdzających należyte wykonanie podanych w oświadczeniu usług. Wykonawca PPG, aby spełnić postawiony przez Zamawiającego warunek w zakresie wiedzy doświadczenia, powołał się na zasoby podmiotu trzeciego – A.Ż., prowadzącej działalność gospodarczą pod formą FotoGis DMC A.Ż. w Piotrkowie Trybunalskim (dalej zwaną: „FotoGis”).

Odwołujący wyjaśnił, że korzystając z uprawnienia przysługującego mu na podstawie ustawy o dostępie do informacji publicznej wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o informacje, czy realizowane m.in. przez wykonawcę FotoGis umowy na rzecz Zamawiającego były wykonane należycie oraz o przedłożenie kopii umów i dokumentów odbiorowych, ewentualnie dokumentów potwierdzających naliczenie kar umownych i potwierdzających ich zapłatę lub potrącenie przez Zamawiającego.

Na podstawie posiadanych dokumentów Odwołujący stwierdził, że usługa wskazana w „Wykazie usług głównych” w poz. 1 została wykonana nienależycie, tj. wykonawca PPG nie dochował terminu umownego. Odwołujący podał, że jeśli chodzi o usługę wskazaną w „Wykazie usług głównych” w poz. 1 – umowa nr 12/DBR/2610/2011 z dn. 26.05.2011 r. – to Wykonawca zanotował opóźnienie, a Zamawiający naliczył karę umowną. Na dowód powyższego przedłożył:

23

-
1. kopię „Protokołu Odbioru Opracowania ORTO_SAT 2013. Część IV (30 rozłącznych OB) z dnia 5 września 2013 r.”;
 2. kopię „Aneksu do Protokołu Odbioru Opracowania ORTO_SAT 2013. Część IV z dn. 05.09.2013” z dnia 10 września 2013 r.

Odwołujący podkreślił, że terminowe wykonanie zobowiązania jest jedną z najważniejszych okoliczności przesądzających o należyтым bądź nienależyтым wykonaniu umowy. Określenie terminu realizacji umowy należy do elementów istotnych umowy, zatem jego niedotrzymanie musi być traktowane jako istotne naruszenie obowiązków wykonawcy. Tak też było w przypadku wyżej wskazanej umowy realizowanej przez użyczającego PPG zasobów - FotoGis, w której to przewidziano kary umowne za „opóźnienie” w realizacji przedmiotu umowy. Na dowód czego Odwołujący przedłożył kopię umowy nr 12/DBR/2610/2011 z dnia 26 maja 2011 r.

Odwołujący podniósł, że ustawodawca wyraźnie wskazał w przepisie art. 483 § 1 k.c., iż naprawienie szkody z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę kary umownej. Z dokumentów przedstawionych wyżej wynika, że Wykonawca przedmiot umowy w każdym z przypadków wykonał, zatem pozostaje druga możliwość przewidziana w przepisie 483 § 1 k.c. - nienależyte wykonanie umowy. Kara umowna została przewidziana na wypadek opóźnienia użyczającego PPG zasobów - FotoGis w wykonaniu przedmiotu zamówienia.

Zatem naliczone kary umowne z tytułu opóźnienia stanowią jednoznacznie, zdaniem Odwołującego, o niewykonaniu przez użyczającego PPG zasobów - FotoGis umowy z należytą starannością, co przesądza o tym, że Zamawiający nie miał prawa do uznania przedmiotowej usługi w „Wykazie głównych usług” zamówień jako spełniającej wymagania SIWZ.

Zdaniem Odwołującego, nie jest możliwe twierdzenie, że wykonawca PPG w sposób przypadkowy, przez pomyłkę, wskazał w oświadczeniu usługi, które wykonał w sposób nienależyty. Nie zmienia tego okoliczność, że w tym zakresie wykonawca PPG polegał na zasobach podmiotu trzeciego. Wykonawca PPG składa ofertę w swoim imieniu i na nim ciąży obowiązek dochowania należytej staranności w przygotowaniu i składaniu oświadczeń i dokumentów oraz na nim ciąży ewentualne ryzyko związane z działaniem lub zaniechaniem podmiotów użyczających mu swoje zasoby w celu wykonania danego zamówienia.

Odwołujący zwrócił uwagę, że używającemu zasoby - FotoGis był znany przedmiotowy protokół odbioru, bowiem dopiero on upoważniał tego wykonawcę do wystawienia faktur VAT i wystąpienia o zapłatę wynagrodzenia za wykonaną usługę.

Z uwagi na fakt, że te wszystkie okoliczności były znane Zamawiającemu „z urzędu”, bowiem był stroną przedmiotowej umowy, winien on, w opinii Odwołującego, wykluczyć wykonawcę PPG z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

24

Z ostrożności Odwołujący wskazał, że jeśli Krajowa Izba Odwoławcza uznałaby, iż oferta wykonawcy PPG nie podlega jednak wykluczeniu, to konieczne jest co najmniej wezwanie tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

4) Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy PPG z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp pomimo, że wykonawca PPG nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący podał, że Zamawiający określił w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w rozdziale IV SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych Warunków”, warunki, które każdy z wykonawców zobowiązany jest spełnić, aby móc ubiegać się o zamówienie. W zakresie dotyczącym posiadania wiedzy i doświadczenia - rozdział IV SIWZ ust. 1 pkt 1 b - Zamawiający wskazał, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki określone na podstawie art. 22 ust. 1 ustawy Pzp: „posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. zrealizowali a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również realizują, usługi w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, tj. co najmniej 2 (dwie) usługi, których przedmiotem było opracowanie cyfrowej ortofotomapy ze scen satelitarnych, spełniających następujące warunki:

b.1) łączna wartość usług nie mniejsza niż 200 000 zł brutto (słownie złotych: dwieście tysięcy 00/100),

b.2) łączna powierzchnia opracowanej cyfrowej ortofotomapy ze scen satelitarnych nie mniejsza niż 20 000 km²,

b.3) w ramach każdej z wykazanych usług opracowania cyfrowej ortofotomapy ze scen satelitarnych przetworzono sceny satelitarne z co najmniej następujących satelitów: Worldview lub GeoEye lub Pleiades lub QuickBird.

W przypadku realizacji usługi, w ramach których opracowanie cyfrowej ortofotomapy ze scen satelitarnych było ich częścią, należy podać wyłącznie wartości usług opracowania cyfrowej ortofotomapy ze scen satelitarnych”. Brzmienie postanowienia po zmianie SIWZ dokonanej przez Zamawiającego w dniu 23 lutego 2016 r.

Dalej Odwołujący podał, że wykonawca PPG w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym w zakresie wiedzy i doświadczenia, nie przedstawił jako referencyjnych usług wykonanych samodzielnie lub łącznie z innymi podmiotami, a polegał w tym zakresie na podmiocie trzecim - FotoGis. Powyższą wiedzę Odwołujący posiadał na podstawie dołączonego do oferty wykonawcy PPG dokumentu FotoGis pod nazwą „Zobowiązanie podmiotu do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na

25

okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia” oraz z oświadczenia wykonawcy PPG „Wykaz głównych usług”, gdzie w kolumnie „informacje uzupełniające” wykonawca PPG oświadczył, iż korzysta z zasobu podmiotu trzeciego podając nazwę FotoGis.

Odwołujący stoi na stanowisku, że o ile wykonawca, na podstawie przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, co do zasady może polegać na wiedzy i doświadczeniu podmiotów trzecich, to w każdym takim przypadku musi udowodnić Zamawiającemu, że będzie dysponował takimi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności poprzez przedłożenie do oferty dokumentów, z których wynika zakres i udział tego podmiotu w realizacji zamówienia, sposób udostępnienia zasobów oraz charakter stosunku prawnego łączącego podmioty.

Odwołujący zwrócił uwagę, że konstrukcja udostępniania zasobów wielokrotnie była przedmiotem analizy Krajowej Izby Odwoławczej, która generalnie uznała, że w każdym

przypadku udostępnienia zasobów musi mieć miejsce realne i rzeczywiste udostępnienie. Przykładowo w wyroku z dnia 24 lutego 2015 r., sygn. akt: KIO 247/15 stwierdzono: „Przy powoływaniu się na potencjał wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego wykonawcy, zgodnie z treścią § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Z 2013 r., poz. 231), zobowiązany jest wykazać realny sposób wykorzystania zasobów, których posiadania wymagał zamawiający w warunku, zatem sposób korzystania z zasobów oraz zakres udziału podmiotów trzecich w realizacji przedmiotu zamówienia musi być powiązany zarówno z zakresem wymaganego przez zamawiającego w postawionym warunku doświadczenia, ale również z wykazywanym na potwierdzenie spełniania warunku doświadczeniem danego podmiotu”. Zaś w wyroku z dnia 25 lipca 2015 r., sygn. akt: KIO 1434/15 podano: „Uznano zatem, że jeżeli przedmiotem udostępnienia na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych są zasoby takie jak wiedza i doświadczenie wymagane dla realizacji zamówienia, to wskazane zobowiązanie powinno uwzględniać taki właśnie charakter tego zasobu, w tym okoliczność, że nie jest możliwe przeniesienie czy udostępnienie wiedzy lub doświadczenia bez osobistego uczestnictwa podmiotu w realizacji przyszłego zamówienia. W sytuacji, kiedy przedmiot oddania stanowią zasoby nierozdzielnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia, jak wiedza i doświadczenie, takie przekazanie wiedzy i doświadczenia wymaga uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. (...) Regułą jest, że pod pojęciem "wiedza i doświadczenie", o którym mowa w przepisach art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie można rozumieć możliwość przekazania wiedzy i doświadczenia np. poprzez proces szkoleniowy lub przekazanie know-how, instrukcji, pewnych wartości niematerialnych i prawnych, co nie

26

wymagałoby uczestnictwa podmiotu udostępniającego. Poprzez szkolenie czy otrzymywanie porad można bowiem nabyć wiedzę, a nie doświadczenie, które ze swojej istoty musi mieć walor weryfikacji wiedzy w praktycznej realizacji”.

Zdaniem Odwołującego, ocena realności udostępnienia zasobów powinna być każdorazowo dokonywana z uwzględnieniem uwarunkowań danego zamówienia oraz rodzaju udostępnianego zasobu. Odwołujący zauważył, że z punktu widzenia opisu przedmiotu zamówienia, określonego w SIWZ, zasad i warunków świadczenia zamówienia, określonego przez Zamawiającego, a także doświadczenia życiowego Odwołującego oraz doświadczenia w wykonywaniu usług określonych w SIWZ, w tym realizowanych dla Zamawiającego - nie ulega wątpliwości, iż w przedmiotowym przypadku zasoby takie mogą być realnie udostępniane tylko przez udział podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia, tj. poprzez podwykonawstwo. Nie jest bowiem możliwe realne udostępnienie wiedzy i doświadczenia dla projektu będącego przedmiotem zamówienia w zakresie doświadczenia przy realizacji podobnych usług głównych, w zakresie jakim FotoGis udostępniła wykonawcy PPG swoje zasoby, tj. poprzez: przeszkolenie przez FotoGis pracowników wykonawcy PPG, wdrożenie autorskiej linii technologicznej FotoGis (przekazanie know-how), przekazanie przez FotoGis dokumentacji linii technologicznej, doradztwo w zakresie przedmiotu umowy - zwłaszcza w sytuacji niniejszego postępowania, gdzie termin realizacji zamówienia, wskazany wyraźnie przez wykonawcę PPG w pkt 1 Formularza ofertowego dla części 3. zamówienia wynosi 7 dni.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający wyraźnie wymagał, aby wykonawcy wykazali się doświadczeniem w realizacji 2 usług, którym to postawił konkretne i szczegółowe warunki, powiązane z przedmiotem zamówienia, który ma być realizowany. Dany podmiot, który nabył takie doświadczenie poprzez uprzednią realizację usługi podobnej, nie może udostępnić swojego doświadczenia i wiedzy w tym zakresie w sposób inny niż poprzez swój bezpośredni udział w realizacji zamówienia. W szczególności doświadczenie, zdaniem Odwołującego, w ogóle nie może zostać przekazane w trybie szkoleń czy konsultacji lub doradztwa.

Odwołujący podniósł, że w zobowiązaniu PPG wskazano na umowę o współpracy, jako charakter stosunku, jaki będzie łączył strony przy realizacji zamówienia. Jednocześnie w ofercie wykonawcy PPG nie jest przewidziany udział podwykonawców. W Formularzu ofertowym dla części 3. zamówienia, wykonawca PPG pozostawił pkt 11 tego oświadczenia niewypełniony (przekreślony), co oznacza - zgodnie z zastrzeżeniem Zamawiającego, że

wykonawca nie zamierza powierzyć wykonania zamówienia podwykonawcom. Zatem, wykonawca PPG ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia samodzielnie. Stoi to w sprzeczności, w ocenie Odwołującego, z powyżej wskazanym koniecznym udziałem podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia.

27

Odwołujący podkreślił, że oświadczenie z *Formularza ofertowego*, w którym wykonawca PPG wyraźnie wykluczył możliwość korzystania z podwykonawców, jest nadrzędne nad innymi częściami oferty, zawiera bowiem najistotniejsze zobowiązania i oświadczenia co złożonej ofercie.

Biorąc powyższe pod uwagę trzeba uznać, w opinii Odwołującego, że skoro wykonawca PPG złożył oświadczenie, że z podwykonawców korzystać przy realizacji zamówienia nie będzie, to bez udziału podwykonawców wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Zatem wykonawca WIZPiSI powinien zostać przez Zamawiającego wykluczony z postępowania. Nie jest to bowiem brak w ofercie, który może być uzupełniony w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp czy też wyjaśniony w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp bądź art. 87 ust. 1 ustawy pzp, gdyż treść *Formularza ofertowego* nie może być zmieniana przez wykonawcę po jego złożeniu. Tak też orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 października 2014 r., sygn. akt. KIO 2012/14: „Oznacza to, że treść oferty odwołującego w pkt 11 *Formularza Oferty* wymagałaby zmiany, poprzez zastąpienie treści: *"nie zamierzam(y) powierzyć do podwykonania żadnej części niniejszego zamówienia"* treścią *"następujące części niniejszego zamówienia zamierzam(y) powierzyć podwykonawcom"*, a nadto wymagałoby zmiany, poprzez uzupełnienie pkt. 11 o treść *"wykonanie przewiertów"*. Zmiany te stanowiłaby jednak niedopuszczalną po terminie składania ofert zmianę treści oferty odwołującego, która nie mogłaby zostać zakwalifikowana jako inna omyłka polegająca na niezgodności treści oferty z SIWZ, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty. Skład orzekający Izby stoi bowiem na stanowisku, że skoro obowiązek żądania od wykonawców wskazania części zamówienia powierzanych podwykonawcom jest obowiązkiem ustawowym, to oświadczenie wykonawców w tym zakresie ma istotny charakter. Zmiana w tym zakresie winna być oceniana jako powodująca istotną zmianę oferty, ponieważ wprowadzenie podwykonawstwa w miejsce samodzielnego wykonania zamówienia oznacza zmianę sposobu wykonania zamówienia”.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że zobowiązanie do udostępnienia zasobów przedłożone przez wykonawcę PPG w ofercie nie wykazuje spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego, są one na tyle ogólne, że nie wykazują rzeczywistego, realnego udziału podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia w sposób, który zapewniałby realne skorzystanie z użyczzonego zasobu. Także ta okoliczność uzasadnia twierdzenie, zdaniem Odwołującego, że wykonawca PPG podlega wykluczeniu z Postępowania.

Z ostrożności Odwołujący wskazał, że jeśli Krajowa Izba Odwoławcza uznałaby, że oferta wykonawcy PPG nie podlega jednak wykluczeniu, to konieczne jest co najmniej wezwanie tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

28

Powyższe argumenty, zdaniem Odwołującego, w pełni uzasadniają twierdzenie, że Zamawiający dopuścił się rażącego naruszenia przepisów ustawy pzp, w tym w szczególności zasad: uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Ustawy (art. 7 ust. ustawy Pzp). Odwołujący podkreślił, że to Zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określił, jakie warunki muszą spełniać wykonawcy, aby móc ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, jakie warunki muszą spełniać złożone przez nich oferty.

Zgodnie z przepisami ustawy Pzp Zamawiający winien potem, tj. na etapie badania ofert, skrupulatnie wymagać spełnienia wyznaczonych przez siebie warunków i zasad. Zważywszy, na wady, jakimi obciążony jest dokonany przez Zamawiającego wybór oferty najkorzystniejszej, złożenie niniejszego odwołania jest w pełni uzasadnione. Zamawiający dopuszczając do wyboru w przedmiotowym postępowaniu ofertę wykonawcy, który winien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, naruszył art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił, że zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania jest jedną z podstawowych zasad, zgodnie z którymi Zamawiający powinien przeprowadzać postępowanie. Zasada równego traktowania oznacza przede wszystkim równe traktowanie wykonawców w znaczeniu stosowania takich samych warunków opisanych w SIWZ oraz takich samych sankcji, jakie przewidują przepisy ustawy Pzp za niedotrzymanie lub złamanie warunków przez któregośkolwiek z wykonawców. Zatem, w przedmiotowym postępowaniu oznacza zastosowanie identycznych zasad oceny ofert wobec wszystkich wykonawców, w zgodzie z postanowieniami i wymaganiami SIWZ. Zamawiający nie zastosował się do przytoczonych norm prawnych, naruszając inną fundamentalną zasadę zamówień publicznych - zasadę wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący zauważył, że konieczność respektowania powyższych zasad potwierdziła wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza, dla przykładu w wyroku z dnia 12 lutego 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 133/09 stwierdzając, że: *„Działanie Zamawiającego polegające na wybiórczym traktowaniu wymagań ustalonych w siwz, jest na etapie oceny ofert niedopuszczalne, stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. (...) W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie stosując wymagań postawionych w SIWZ wobec wszystkich Wykonawców naruszył zasadę równości i uczciwej konkurencji, a tym samym naruszył przepisy Ustawy PZP”*.

Odwołujący wskazał również na orzeczenia:

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2011 r., sygn. akt: KIO/UZP 387/11: *„Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków*

29

dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców”.

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 kwietnia 2011 r., sygn. akt: KIO 733/11: *„W sytuacji, gdy zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej nie mając pewności, że wykonawca, którego oferta została wybrana, nie podlega wykluczeniu, narusza tym samym zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji”*.

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2011 r., sygn. akt: KIO 184/11: *„1. SIWZ wiąże wykonawców, ale przede wszystkim zamawiającego. Skoro zamawiający sformułował treść SIWZ, powinien przestrzegać zawartych w niej procedur. 2. Oferty muszą podlegać ocenie jednakową miarą, co służy realizacji zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 p.z.p. Każda oferta powinna zostać oceniona na podstawie tych samych kryteriów postawionych w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ”*.

Na koniec Odwołujący podniósł, że złożył ofertę zgodną z wymaganiami SIWZ, zarówno w części 2., jak i części 3. W związku z czym nie może zostać narażony na negatywne konsekwencje z powodu działań Zamawiającego, polegających na dokonaniu oceny ofert z pominięciem wymagań określonych w SIWZ.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie (pismo z dnia 23 maja 2015 r.).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zarzuty dotyczące części 2 zamówienia:

1) Zarzut zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę WIZIPiSI wyjaśnień wraz z dowodami złożonymi przez tego wykonawcę w wyniku wezwania Zamawiającego, w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 1 kwietnia 2016 r. Zamawiający, w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał WIZIPiSI „do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ofertowej zarówno dla części nr 2 i części nr 4, albowiem zachodzi przypuszczenie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ w szczególności, że cena Państwa oferty jest o ponad 30% niższa od wartości zamówienia zarówno dla części nr 2 jak i dla części nr 4.

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Zamawiający informuje, że stosownie do treści przepisu art. 90 ust. 2 ustawy obowiązek wykazania, że oferta dla części nr 2 i części nr 4 nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy. Ponadto zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Zamawiający obowiązany jest do odrzucenia oferty Wykonawcy, który nie złoży w określonym terminie wyjaśnień lub, jeżeli ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

W odpowiedzi (pismo z dnia 11 kwietnia 2016 r.) wykonawca WIZIPiSI złożył wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mające wpływ na wysokość ceny (str. 5 – 7 powołanego pisma), zastrzegając jednocześnie poufność przedmiotowych informacji, z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 11 ust. 4 u.z.n.k.). Wykonawca ten podał również w powołanym piśmie uzasadnienie, które zdaniem Wykonawcy, wskazywało z jakich przyczyn utajnione informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (str. 8 -9 rzeczonego pisma), zastrzegając jednocześnie poufność tego uzasadnienia wskazując również, że zawiera dane, które kwalifikuje jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Na tym tle zauważyć należy, że jedną z głównych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jego jawność (art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p.). Zasada ta jednakże doznaje pewnych ograniczeń, które wynikają z dalszych przepisów. W świetle art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający może bowiem ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Jednocześnie każdy z wykonawców może uczynić zastrzeżenie, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków, iż wskazane informacje składające się na ofertę, w rozumieniu *sensu largo*, nie mogą być udostępniane, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa i jednocześnie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tę tajemnicę (art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.). Z przytoczonych przepisów należy odcodować normę prawną, zgodnie z którą jakkolwiek jawność postępowania jest cechą, której ustawodawca przypisał istotne znaczenie, to nie wiedzie ona bezwzględnego prymatu.

Norma prawna wynikająca ze wskazanych przepisów kreuje zarówno dla zamawiającego, jak i wykonawcy uprawnienie do ograniczenia dostępu do informacji, związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Przy czym zamawiający może przedmiotowe ograniczenie wprowadzić w stosunku do wszystkich informacji, które z tym postępowaniem mają związek, zaś wykonawca, co oczywiste, uprawnienia te ma węższe, bowiem dotyczyć mogą tylko informacji od niego pochodzących. Inna jest też przesłanka, która może stanowić podstawę skutecznego zastrzeżenia informacji. W przypadku zamawiającego są to okoliczności wskazane w ustawie, zaś wykonawca może powoływać się wyłącznie na tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednakże, skoro zastrzeżenie uczynione przez wykonawcę powinno mieć swoje źródło w przepisach prawa, a konkretnie w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to odnosząc to do uprawnienia, a jednocześnie obowiązku zamawiającego do ograniczenia dostępu do informacji jedynie z przyczyn wskazanych w ustawie, stwierdzić należy, iż z powyższego wynika kolejny obowiązek dla zamawiającego, a mianowicie sprawdzenia, czy wraz ze złożeniem oferty wykonawca wykazał, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W obecnym stanie prawnym, Zamawiający nie prowadzi postępowania

wyjaśniającego w celu ustalenia, czy informacje zastrzeżone jako poufne stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dokonuje oceny powyższego na podstawie zawartych najczęściej w ofercie czy też we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, informacji pochodzących od wykonawcy co do powodów takiego zastrzeżenia. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem wykazanie, do terminu składania ofert lub wniosków, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zdaniem Izby, powyższe prowadzi do wniosku, że brak takiego uzasadnienia albo też brak wykazania przedmiotowej okoliczności winien skutkować odtajnieniem przez zamawiającego zastrzeżonych informacji. Skoro ciężar przeprowadzenia dowodu na określoną okoliczność został nałożony na wykonawcę i ograniczono go w czasie, to zamawiający nie ma obowiązku ani nawet nie jest uprawniony do podjęcia dodatkowych czynności w tym przedmiocie (wezwania do uzupełnienia braku w postaci wykazania rzeczonych okoliczności czy też wezwania do wyjaśnień w zakresie informacji podanych jako uzasadnienie zastrzeżenia poufności określonych wiadomości).

Jednocześnie zwrócić należy uwagę, że w orzecznictwie ukształtował się pogląd, co oczywiste, iż informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa mogą być zawarte również w innych dokumentach składanych przez wykonawców, niż tylko w ofercie czy wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wtenczas wykonawcy również przysługuje uprawnienie do zastrzeżenia poufności przedmiotowych informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa (dla przykładu, wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny), jednakże obowiązek wykazania, że rzeczony informacje w istocie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa

32

spoczywa na wykonawcy i winien być spełniony wraz ze złożeniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

W aktualnym stanie prawnym ustawodawca więc uznał, że to nie zamawiający ma poszukiwać uzasadnienia dla zastrzeżenia przez wykonawcę poufności określonych informacji, nawet w trybie wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego. Kluczowe jest więc dla rozstrzygnięcia, czy określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa uzasadnienie, a więc wykazanie przez wykonawcę, że tak w istocie jest. Konsekwencją braku realizacji przedmiotowego obowiązku, albo niewykazanie powołanej okoliczności jest obowiązek odtajnienia przedmiotowych informacji.

Obowiązek sporządzenia przedmiotowego uzasadnienia ma wielorakie znaczenie. Z jednej strony, daje zamawiającemu substrat do oceny, bez konieczności podejmowania przez zamawiającego dodatkowych czynności w postaci wzywania do wyjaśnień, co wpływa też na szybkość postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z drugiej zaś strony, wprowadzone rozwiązanie powinno dawać również możliwość wykonawcom zapoznania się z tym uzasadnieniem, a więc powzięcia wiedzy o powodach zaliczenia określonych informacji do tych, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i w konsekwencji zapewnić wykonawcom możliwość weryfikacji oceny dokonanej przez zamawiającego.

Powszechne było bowiem zastrzeganie określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i przy braku uzasadnienia powyższego, w istocie wykonawcy byli pozbawieni możliwości podnoszenia zarzutów, opartych na realnych podstawach faktycznych, wobec oceny dokonywanej przez zamawiającego. Zdaniem Izby, po to ustawodawca zobowiązał wykonawców do wykazania, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, aby inni wykonawcy, choć bez dostępu do poufnych informacji, mieli kontrolę co do powodów uczynionego zastrzeżenia. W rzeczonym uzasadnieniu należy bowiem wykazać, że zaktualizowały się przesłanki do zastosowania przepisu art. 11 ust. 4 u.z.n.k. wobec określonych informacji. W istocie więc wykonawca, który zamierza sprawdzić poprawność takiego zastrzeżenia powinien to czynić przez pryzmat owego uzasadnienia i ewentualnie podnosić zarzuty i zgłaszać wątpliwości co do braku wykazania przesłanek z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. i w przypadku potwierdzenia tej okoliczności, żądać odtajnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego dostrzec należy, że Odwołujący w ogóle nie dostrzegł, że na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego funkcjonują informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa oraz uzasadnienie, przy pomocy którego wykonawca wykazuje, że zastrzeżone informacje z określonych powodów ten przymiot posiadają. Dalej, Odwołujący nie zauważył również, że wykonawca WIZIPiS! objął tajemnicą przedsiębiorstwa nie tylko informacje stanowiące

wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny, ale również uzasadnienie, które miało świadczyć o zaktualizowaniu się przesłanek z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. w odniesieniu do przedmiotowych wyjaśnień. Powyższe, zdaniem Izby, skutkowało nietrafnością zarzutu sformułowanego w tym przedmiocie.

Odwołujący zarzucając Zamawiającemu zaniechanie odtajnienia wyjaśnień złożonych przez wykonawcę WIZIPiSI w przedmiocie rażąco niskiej winien wykazać, że uzasadnienie tego zastrzeżenia jest niewystarczające dla uznania skuteczności rzeczzonego zastrzeżenia. Wobec braku dostępu do informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa nie ma bowiem on substratu do oceny. Analiza treści odwołania skłania do wniosku, że Odwołujący tego ciężaru nie udźwignął.

W pierwszej kolejności dostrzec należy, że Odwołujący, który dla skuteczności podnoszonego zarzutu, zdaniem Izby, winien wykazać wady uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w świetle przepisu art. 11 ust. 4 u.z.n.k., w ogóle tej okoliczności nie podjął. Co więcej, Odwołujący nawet nie dostrzegł, że rzeczony wyjaśnienie nie zostało mu w ogóle udostępnione, a więc w konsekwencji nie ma możliwości sprawdzenia, czy wykonawca WIZIPiSI wykazał, że zaktualizowały się przesłanki do zastosowania przepisu art. 11 ust. 4 u.z.n.k. wobec rzeczonych wyjaśnień.

Skoro zaś w istocie Odwołującemu nie zapewniono dostępu do przedmiotowego uzasadnienia to w pierwszej kolejności, aby zapewnić sobie możliwość oceny, co do sposobu i przyczyn kwalifikacji określonych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, powinien domagać się odtajnienia rzeczzonego uzasadnienia i wykazać brak podstaw do jego zastrzeżenia, a w dalszej kolejności dokonać jego oceny przez pryzmat przepisu art. 11 ust. 4 u.z.n.k., a negatywna ocena mogłaby skutkować odtajnieniem przedmiotowych wyjaśnień.

Odwołujący tę drogę w ogóle pominął i podjął próbę wykazania, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie zaktualizowały się przesłanki wyartykułowane w przepisie art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Strategia ta mogłaby się powieść, gdyby Zamawiający dokonał badania w tym przedmiocie na podstawie treści wyjaśnień przedłożonych przez wykonawcę WIZIPiSI, a Krajowa Izba Odwoławcza jako uprawniona do zapoznania się z tym informacjami obowiązana byłaby dokonać oceny czynności podjętej przez Zamawiającego – utrzymania utajnienia informacji.

Jednakże w obecnym stanie prawnym sytuacja jest zgoła inna, co sygnalizowano, powyżej, a mianowicie, że fakt wykazania czy też braku wykazania przesłanek do objęcia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny tajemnicą przedsiębiorstwa musi wynikać z uzasadnienia zainteresowanego wykonawcy i jest przedmiotem oceny ze strony Zamawiającego, a w konsekwencji również innych wykonawców. Skoro Odwołujący tej oceny nie przeprowadził, a jak wskazano wyżej, nie mógł, bo rzeczzonego uzasadnienia nie

znał i powyższego nie kwestionował, to już tylko z tego powodu zarzut nie mógł być skutecznie podniesiony.

Odwołujący stawiając zarzut zaniechania odtajnienia wyjaśnień złożonych przez wykonawcę WIZIPiSI w przedmiocie rażąco niskiej ceny w pierwszej kolejności przytacza przepis art. 11 ust. 4 u.z.n.k. i wskazuje, w jakich okolicznościach przesłanki z powołanego przepisu uznaje się za spełnione. Dalej, Odwołujący stwierdza, że w „Zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy” nie odniesiono się do wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Na kanwie powyższego, należy wskazać, że Odwołujący nie mając dostępu ani do zastrzeżonych informacji ani też do uzasadnienia podstaw zastrzeżenia formułuje owo twierdzenie niejako „w ciemno, na oślep” i jak się wydaje, domaga się zweryfikowania powyższego przez Izbę. Jednakże, jak wskazano powyżej, ciężar wykazania braku podstaw do zastrzeżenia poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w oparciu o uzasadnienie zainteresowanego wykonawcy, spoczywa na podmiocie, który formułuje zarzuty w tym przedmiocie. Okoliczność, że Odwołujący nie zapewnił sobie dostępu do uzasadnienia ani też w trybie środków ochrony prawnej nie domagał się powyższego nie może oznaczać, że w tym przedmiocie wyręczać go będzie Krajowa Izba Odwoławcza.

Na marginesie jedynie należy dostrzec, że Odwołujący z jednej strony zarzuca, że wykonawca WIZIPiS! w ogóle pominął wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji, z drugiej zaś stwierdza, że nie wykazał, aby określone informacje posiadały wartość gospodarczą. Sprzeczność twierdzeń Odwołującego jest więc widoczna i uniemożliwia jakąkolwiek ocenę. Nie mówiąc już o tym, że Odwołujący wskazuje okoliczności natury ogólnej, które leżą u podstaw uznania określonej informacji za posiadającą wartość gospodarczą wskazując, że za takie można uznać tylko informacje, które stanowią względnie stały walor dla wykonawcy, nie dając żadnego asumptu do indywidualnej oceny oferty wykonawcy WIZIPiS!.

Na tym tle nie sposób również nie zwrócić uwagi, że Odwołujący w istocie skupił się jedynie na twierdzeniu, że zastrzeżone informacje wartości gospodarczej nie posiadają, choć nie wskazał jakichkolwiek indywidualnych podstaw związanych z wykonawcą WIZIPiS!, które pozwoliłyby na formułowanie powyższego twierdzenia.

Dalej Odwołujący podkreślił, że zasadą jest jawność postępowania, a wyjątków od tej zasady nie można interpretować w sposób rozszerzający, powołując na poparcie swoich twierdzeń liczne wyimki z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Z tezą tą należy się zgodzić, choć w żaden sposób nie wpływa ona ocenę sformułowanego zarzutu.

W końcowej części swoich rozważań w tym przedmiocie Odwołujący zdaje się dostrzegać, że wykonawca zastrzegający jawność oferty powinien przedstawić na tę

35

okoliczność uzasadnienie i wykazać przesłanki z art. 11 ust. 4 u.z.n.k., ale Odwołujący z tych ogólnych twierdzeń (warto zauważyć, że uwag tych nie czyni nawet na kanwie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, ale na podstawie oferty, której ujawnienia się przecież nie domaga) nie czyni żadnego użytku w sensie procesowym. Oczywistym jest, że tajemnicy przedsiębiorstwa nie można domniemywać i jeśli wykonawca nie wykazał zaistnienia przesłanek do objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, to Zamawiający powinien udostępnić zastrzeżone dokumenty. Niemniej jednak okoliczność, że wykonawca nie wykazał zaistnienia przesłanek z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. obciąża Odwołującego. W toku postępowania odwoławczego to Odwołujący winien wykazać, że uzasadnienia dla zastrzeżenia poufności określonych informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa nie sporządzono lub nie wykazano, że rzeczzone informacje, w istocie taki walor posiadają.

Podsumowując, zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp należy uznać za chybiony nie tylko z przyczyn natury formalnej, ale również z powodu braku wykazania jakichkolwiek okoliczności świadczących o braku wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji.

Na marginesie należy jedynie zwrócić uwagę Zamawiającemu, że naganną praktyką wykonawców jest zastrzeganie poufności uzasadnienia, w którym podano powody utajnienia określonych informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby, ustawodawca po to wprowadził obowiązek wykazania (uzasadniania), że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, aby nie tylko zamawiającemu dać podstawy do oceny prawidłowości zastrzeżenia, ale również innym wykonawcom zapewnić kontrolę w tym zakresie. Zastrzeganie poufności uzasadnienia czyni tę kontrolę niemożliwą, a więc tak jak w poprzednim stanie prawnym, wykonawcy nie znają nie tylko treści informacji zastrzeżonych, ale również powodów zastrzeżenia, co w ocenie Izby, przekreśla cel, jaki miał realizować ten przepis. Wykonawcy tak powinni formułować uzasadnienie, na takim poziomie ogólności, aby wykazać ziszczenie się przesłanek z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. w odniesieniu do tych informacji, do których dostępu inni wykonawcy nie mają, a nie budować jakąś kaskadowość tajności, która nie służy niczemu innemu, jak tylko ograniczeniu dostępu do informacji konkurencji i w konsekwencji uniemożliwianiu czy też utrudnianiu dostępu do środków ochrony prawnej.

W okolicznościach niniejszej sprawy, co odnotować należy również na marginesie, nie zostały powołane przez wykonawcę WIZIPiS! żadne okoliczności, które świadczyłyby o tym, że w uzasadnieniu utajnienia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny powołano informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. To pokazuje, że zamawiający z pełną

36

rozważą winni podchodzić do tego rodzaju zastrzeżeń, mając na względzie okoliczności powołane powyżej.

2) Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy WIZIPiSI na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Jak ustalono powyższej, wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny zostały przez wykonawcę WIZIPiSI utajnione.

Zdaniem Izby, okoliczność, na którą wskazał Odwołujący, a mianowicie, że różnica pomiędzy ceną oferty wykonawcy WIZIPiSI a kwotą, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w części 2. (a nie jak podał Odwołujący szacunkową wartością) wynosi niemalże 50% potwierdza jedynie konieczność wszczęcia przez Zamawiającego procedury w oparciu o przepis 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający sprostował temu obowiązкови i wezwał wykonawcę WIZIPiSI do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Wobec zastrzeżenia poufności przedmiotowych wyjaśnień ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa Izba dokonała analizy przedmiotowych wyjaśnień w świetle wezwania Zamawiającego, skierowanego do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Izba rozważyła okoliczności podane przez wykonawcę WIZIPiSI i uznała je za przekonujące i uzasadnione.

Wykonawca WIZIPiSI wskazał na sprzyjające warunki wykonania zamówienia, zastosowane rozwiązania techniczne, okoliczności wynikające z nawiązanej współpracy z podmiotem trzecim, które legły u podstaw skalkulowania ceny na poziomie określonym w *Formularzu ofertowym*. Wszystkie te czynniki, w opinii Izby, uzasadniają zaoferowanie ceny zaproponowanej przez wykonawcę WIZIPiSI, a dodatkowo potwierdza to dowód, w postaci sporządzonej kalkulacji ceny oferty.

Nadto, zdaniem Izby, za przyjęciem, iż cena zaproponowana przez wykonawcę WIZIPiSI ma charakter realny przemawia i ta okoliczność, że oferta wykonawcy WIZIPiSI była tańsza od oferty Odwołującego zaledwie o 1% (trzecia oferta nie była oceniana z powodu jej odrzucenia). Powyższe pokazuje, że różnice pomiędzy cenami ofert wynikają z istniejącej na rynku konkurencji, nie są zaś wynikiem nieuzasadnionego zaniżania cen.

Warto wziąć pod uwagę i tę okoliczność, że Zamawiający szacował wartość zamówienia z uwzględnieniem cen oferowanych w poprzednich postępowaniach, zaś na rynku obecnie obserwuje się spadek cen, jak zgodne twierdzili wykonawcy, a czemu Zamawiający nie zaprzeczył, więc zdaniem Izby, kwota przeznaczona na realizację

37

zamówienia nie może stanowić punktu odniesienia przy dokonywaniu oceny ceny oferty w aspekcie rażąco niskiej.

3) Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy Pryzmat z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, pomimo że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący na rozprawie cofnął zarzuty skierowane przeciwko wykonawcy Pryzmat, a zatem Izba, w świetle art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, nie może wydać rozstrzygnięcia w tym przedmiocie. Wobec zaś braku podstaw do umorzenia postępowania w tym zakresie, mając jednakże na względzie normę wynikającą z podanego przepisu, Izba pozostawiła ww. zarzut bez rozpoznania, bowiem spór między stronami w tym przedmiocie na dzień wydania orzeczenia nie istnieje.

Analogicznie Izba postąpiła w odniesieniu do zarzutu naruszenia przepisu art. 26 ust. 2 ustawy Pzp i zaniechania jego zastosowania wobec wykonawcy Pryzmat.

4) Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy WIZIPiSI z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp pomimo, że wykonawca WIZIPiSI nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W rozdziale IV SIWZ ust. 1 pkt 1 lit. b, Zamawiający wskazał, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki określone na podstawie art. 22 ust. 1 ustawy Pzp: „posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. zrealizowali a w przypadku

świadczeń okresowych lub ciągłych również realizują, usługi w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, tj. co najmniej 2 (dwie) usługi, których przedmiotem było opracowanie cyfrowej ortofotomapy ze scen satelitarnych, spełniających następujące warunki:

b.1) łączna wartość usług nie mniejsza niż 200 000 zł brutto (słownie złotych: dwieście tysięcy 00/100),

b.2) łączna powierzchnia opracowanej cyfrowej ortofotomapy ze scen satelitarnych nie mniejsza niż 20 000 km²,

b.3) w ramach każdej z wykazanych usług opracowania cyfrowej ortofotomapy ze scen satelitarnych przetworzono sceny satelitarne z co najmniej następujących satelitów: Worldview lub GeoEye lub Pleiades lub QuickBird,

W przypadku realizacji usługi, w ramach której opracowanie cyfrowej ortofotomapy ze scen satelitarnych było ich częścią, należy podać wyłącznie wartości usług opracowania cyfrowej ortofotomapy ze scen satelitarnych”.

38

Bezsporne między stronami jest, że wykonawca WIZIPiSI dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia posłużył się potencjałem podmiotu trzeciego, w trybie przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zobowiązanie do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia potwierdza, że zakresem dostępnych zasobów objęte jest „użyczenie wiedzy i doświadczenia: - w zakresie wykonywania usług, których przedmiotem było opracowanie cyfrowej ortofotomapy ze scen satelitarnych” (str. 34 oferty). Jeśli idzie o sposób wykorzystania zasobów w przedmiotowym zobowiązaniu wskazano:

- „Przeszkolenie przez TVIS pracowników WIZIPiSI z zakresu przedmiotu zamówienia,
- Wdrożenie autorskiej linii technologicznej TVIS (przekazanie know-how),
- Przekazanie przez TVIS dokumentacji dotyczącej linii technologicznej,
- Doradztwo z zakresu przedmiotu umowy,
- Użyczenie stacji fotogrametrycznych

Podstawa prawna – umowa o współpracy”.

Na tym tle Odwołujący podniósł, że „ocena realności udostępnienia zasobów powinna być każdorazowo dokonywana z uwzględnieniem uwarunkowań danego zamówienia oraz rodzaju udostępnianego zasobu”. Odwołujący podniósł, że „z punktu widzenia opisu przedmiotu Zamówienia określonego w SIWZ, zasad i warunków świadczenia Zamówienia określonego przez Zamawiającego, a także doświadczenia życiowego Odwołującego oraz doświadczenia w wykonywaniu usług określonych w SIWZ, w tym realizowanych dla Zamawiającego – nie ulega wątpliwości, iż w przedmiotowym przypadku zasoby takie mogą być realnie udostępnione tylko przez udział podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia, tj. poprzez podwykonawstwo”.

Jakkolwiek Izba podziela stanowisko Odwołującego, że oceny realności udostępnienia potencjału należy dokonywać *ad casu*, to jednak stwierdzić należy, że Odwołujący, na którym spoczywa ciężar wykazania okoliczności, z których wywodzi skutki prawne (art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 6 k.c.), obowiązku tego nie udźwignął. W pierwszej kolejności zauważyć należy, że Odwołujący twierdzenie o potrzebie osobistego uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji przedmiotowego zamówienia wywodzi z treści SIWZ, w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia oraz zasad i warunków realizacji zamówienia, niemniej jednak poprzestanie na tej konstatacji jest niewystarczające dla stwierdzenia, że w istocie charakter zamówienia, zakres i przedmiot obowiązków, których realizacja jest konieczna do wykonania zamówienia powoduje, iż nie jest możliwe samodzielne wykonanie zamówienia przez wykonawcę WIZIPiSI, bez udziału podmiotu trzeciego, bezpośrednio zaangażowanego w czynności związane z realizacją zamówienia.

39

W tym miejscu zwrócić należy uwagę Odwołującemu, że rolą Izby nie jest poszukiwanie w treści rzeczowej SIWZ argumentów służących poparciu tez sformułowanych przez Odwołującego. Jeśli Odwołujący chciałby skutecznie podnieść rozpoznawany zarzut

musiałby wykazać, że określone postanowienia SIWZ w taki sposób konkretyzują obowiązki wykonawcy, iż wykonawca, który nie posiada doświadczenia w realizacji referencyjnego zamówienia, nie jest w stanie im podołać. Tymczasem wskazanych okoliczności faktycznych zabrakło.

Odwołujący wskazał, że wsparcie podmiotu trzeciego w postaci przeszkolenia pracowników wykonawcy WIZIPiSI, doradztwa, przekazania *know-how* i dokumentacji technologicznej nie jest wystarczające dla realizacji zamówienia. Odwołujący jednak zaniechał wskazania jakiegokolwiek uzasadnienia tego stanowiska.

Podobnie, Odwołujący powołując się na doświadczenie życiowe i doświadczenie związane z realizacją tego rodzaju usług stwierdza, że udział podmiotu trzeciego przez zaangażowanie go w charakterze podwykonawcy jest konieczny dla realizacji zamówienia, w przypadku, kiedy wykonawca WIZIPiSI w realizacji usług referencyjnych doświadczenia nie posiada. Jednakże twierdzenie powyższe znowu pozostaje gołosłowne. Odwołujący powinien wskazać, jakie doświadczenie i jaka wiedza z tego doświadczenia wynika, że uzasadnia pogląd Odwołującego.

W tym miejscu przypomnieć należy Odwołującemu, że w orzecznictwie utrwalony jest pogląd, iż na gruncie ustawy Pzp, zarzut stanowi substrat okoliczności faktycznych i prawnych i tylko w tym zakresie podlega rozpoznaniu. (art. 180 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp). Stąd też Izba obowiązana jest do oceny zarzuty jedynie w ramach okoliczności sformułowanych w treści odwołania. Odwołujący w przedmiocie rozpoznawanego zarzutu podjął starania, ale dopiero na rozprawie, celem uzupełnienia okoliczności faktycznych świadczących o konieczności osobistego udziału podmiotu trzeciego w realizacji przedmiotowego zamówienia, jednakże z uwagi na ograniczenia, o których mowa wyżej, działania te nie mogły okazać się skuteczne.

Przechodząc do analizy dalszej argumentacji powołanej przez Odwołującego stwierdzić należy, że nie przekonuje również i to stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym 7-dniowy termin na realizację zamówienia wymaga udziału podmiotu posiadającego doświadczeniu w realizacji tego rodzaju usług. Po pierwsze, Odwołujący nie dostrzegł, że wykonawca WIZIPiSI zobowiązał się do realizacji jednostkowego produktu w terminie 7 dni, a nie całego zamówienia, którego wykonanie przewidziane jest na okres trzech lat. Po drugie, powołany argument, zdaniem Izby, wbrew twierdzeniom Odwołującego, świadczy na korzyść wykonawcy WIZIPiSI. Skoro bowiem zobowiązał się on do wykonania

40

jednostkowego produktu w oznaczonym terminie oznacza to, że jest gotowy i zdolny do realizacji tego świadczenia w podanym terminie. Przyjęcie przeciwnego założenia byłoby nieuzasadnione nie tylko biorąc pod uwagę profesjonalizm wykonawców, biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ale również odpowiedzialność wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, że wiedzy i doświadczenia nie można przekazać w trybie szkoleń, konsultacji czy doradztwa, a już z pewnością nie ma możliwości przekazania we wskazany sposób doświadczenia, zwrócić należy uwagę, że przepisy traktują „wiedzę i doświadczenie” jako kategorię łączną, postrzegając je jako pewne wartości, które posiada podmiot (wykonawca). Ustawodawca w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp traktuje „wiedzę i doświadczenie” łącznie, przypisując ją do wykonawcy, zaś w przepisach rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 213) poniekąd definiuje, co kryje się pod tym pojęciem. W § 1 ust. 1 pkt 2 i 3 tego rozporządzenia wskazano bowiem, że w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, których opis sposobu oceny spełniania został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający może żądać, następujących dokumentów: wykazu robót budowlanych albo wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w odpowiednim okresie, z podaniem ich przedmiotu lub rodzaju i wartości, daty

i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że wykonano je należycie (co robót budowlanych zgodnie z zasadami sztuki budowlanej). W zakresie „wiedzy i doświadczenia” w rozumieniu przepisów prawa zamówień publicznych mieszczą się zatem wykonane w przeszłości przez wykonawcę (względnie podmiot trzeci) przedsięwzięcia określone rezultatem: wykonane roboty budowlane, usługi lub dostawy. W takie pojęcie wiedzy i doświadczenia wpisany jest zatem całokształt procesu prowadzącego do tego rezultatu, obejmujący zaangażowanie odpowiednich pracowników, sprzęt, organizację i metodologię zarządzania przedsięwzięciem, co łącznie prowadzi do osiągnięcia skutku w postaci roboty budowlanej, usługi czy dostawy.

Biorąc zatem pod uwagę jedynie systematykę powołanych przepisów należy dojść do przekonania, że nie ma racji Odwołujący, że doświadczenia nie można przekazać w inny sposób niż przez podwykonawstwo, skoro ustawodawca traktuje wiedzę i doświadczenie jako kategorie nierozdzielne. Nie można więc przyjąć, iż co do zasady przekazanie

41

doświadczenia musi łączyć z udziałem podmiotu użyczającego potencjału w realizacji zamówienia. Każdorazowo oceny w tym zakresie należy dokonywać *ad casu*, o czym była mowa powyżej.

Nadto, zauważyć należy, że przeczy twierdzeniu Odwołującego również okoliczność, że ustawodawca nie wykluczył możliwości przekazania potencjału w postaci wiedzy i doświadczenia innemu wykonawcy. Wręcz przeciwnie, przepis art. 26 ust. 2 ustawy Pzp wprost taką możliwość dopuszcza.

Odwołujący zarzucił również, że zobowiązanie, będące podstawą przekazania potencjału wykonawcy WIZIPiSI zawiera na tyle ogólne sformułowania, iż w istocie rzeczzone zobowiązanie nie stanowi podstawy do realnego skorzystania z użyczonego zasobu. Poprzestanie na tej konstatacji w istocie, zdaniem Izby, uniemożliwia ocenę w tym przedmiocie. Odwołujący nie wskazał bowiem, które to sformułowania stoją na przeszkodzie w skorzystaniu z potencjału podmiotu trzeciego i z jakich powodów.

Raz jeszcze należy przypomnieć Odwołującemu, że nie jest rolą Izby poszukiwanie argumentów, celem poparcia twierdzeń sformułowanych przez Odwołującego. Zdaniem Izby jest ocena okoliczności faktycznych leżących u podstaw danego zarzutu, a nie prowadzenie dedukcji w przedmiocie, co Odwołujący miał na myśli kwestionując podane okoliczności lub dokument.

Reasumując, Izba nie znalazła podstaw do przyjęcia, że wykonawca WIZIPiSI nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia z powodu braku realności przekazania potencjału w tym zakresie przez podmiot trzeci. Nie zaktualizowały się zatem podstawy do wezwania wykonawcy WIZIPiSI do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a tym bardziej do wykluczenia wykonawcy na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Stwierdzenie przez Izbę prawidłowości, w badanym zakresie, czynności podjętych przez Zamawiającego w ramach części 2. zamówienia stanowi o nietrafności zarzutu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Zarzuty dotyczące części 3. zamówienia:

1) Zarzut zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu w zastrzeżonych przez wykonawcę PPG wyjaśnień wraz z dowodami złożonymi przez tego wykonawcę w wyniku wezwania Zamawiającego w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 1 kwietnia 2016 r. Zamawiający, w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę „do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ofertowej zarówno dla

42

Części nr 1 jak i dla Części nr 3, albowiem zachodzi przypuszczenie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ w szczególności, że cena Państwa oferty jest o ponad 30% niższa od wartości zamówienia zarówno dla Części nr 1 jak i dla Części nr 3.

Zamawiający wymaga złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, co najmniej w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Zamawiający informuje, że stosownie do treści przepisu art. 90 ust. 2 ustawy obowiązek wykazania, że oferta dla Części nr 1 jak i dla Części nr 3 nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy. Ponadto zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Zamawiający obowiązany jest do odrzucenia oferty Wykonawcy, który nie złoży w określonym terminie wyjaśnień lub, jeżeli ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

W odpowiedzi (pismo z dnia 7 kwietnia 2016 r.) wykonawca PPG złożył wyjaśnienia zastrzegając poufność przedmiotowych informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca odstąpił od uzasadnienia podstaw zastrzeżenia tajności rzeczonych informacji.

Pismem z dnia 22 kwietnia 2016 r. Zamawiający poinformował wyłącznie wykonawcę PPG, że „nie może uznać jako tajemnicy przedsiębiorstwa zastrzeżonych dokumentów, z uwagi na fakt, że wykonawca w terminie składania wyjaśnień poprzestał wyłącznie na zastrzeżeniu pisma jako tajemnicy przedsiębiorstwa, bez wykazania skuteczności utajnienia informacji zawartych w piśmie (brak jest uzasadnienia, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. (...) Mając na uwadze powyższe, zastrzeżenie informacji zawartych w piśmie z dn. 07.04.2016 r. (...) w zakresie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ofertowej jest nieskuteczne, Zamawiający uznaje je za jawne w związku z czym będą podlegały udostępnieniu na zasadach określonych w ustawie”. Jednocześnie Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił, że rzeczone informacje podlegały udostępnieniu od dnia 3 maja 2016 r. (a więc po

43

terminie wniesienia odwołania), po upływie terminu do wniesienia odwołania w tym przedmiocie przez wykonawcę PPG.

Na kanwie tego zarzutu aktualność zachowują twierdzenia Izby wyartykułowane powyżej, w przedmiocie analogicznego zarzutu podniesionego wobec wykonawcy WIZIPiSI.

Podkreślenia wymaga przy tym, że Odwołujący nawet nie podnosił, że uzasadnienie co do podstaw objęcia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny tajemnicą przedsiębiorstwa nie zostało w ogóle sporządzone, choć powołanie tej okoliczności stanowiłoby o słuszności podniesionego zarzutu. Brak bowiem wykazania, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa powoduje, że zastrzeżenie należy uznać za nieskuteczne, a przedmiotowe informacje podlegają odtajnieniu.

Odwołujący tej okoliczności jednak nie podniósł, co więcej oprócz twierdzeń natury ogólnej na temat jawności postępowania i przesłanek stanowiących o tajemnicy przedsiębiorstwa nie podał jakichkolwiek informacji, które stanowiłyby substrat do oceny, a więc byłyby elementem stanu faktycznego. W uzasadnieniu rozpatrywanego zarzutu brak okoliczności związanych z wykonawcą PPG i złożonymi przez niego wyjaśnieniami. Odwołujący w swoim uzasadnieniu powołuje wyłącznie okoliczności, które podniósł wobec wykonawcy WIZIPiSI, nawet treść dokumentu, do którego stara się odnieść, również identyfikuje jako ten pochodzący od wykonawcy WIZIPiSI. W tych okolicznościach nie trudno nie odnieść wrażenia, że Odwołujący skopiował całość swoich rozważań dotyczących wykonawcy WIZIPiSI, uzasadniając tożsamy zarzut, podniesiony jednak w stosunku do wykonawcy PPG. Powyższe działanie nie mogło więc przynieść zamierzonego skutku, gdyż okoliczności podane przez Odwołującego, z zastrzeżeniem wad formalnych poniesionego zarzutu, o czym była mowa wyżej, nie poddawały się ocenie względem wykonawcy PPG, gdyż nie jego dotyczyły.

Na marginesie należy jedynie uczynić uwagę, że nie sposób uznać, iż nastąpiło odtajnienie dokumentu, jeśli Zamawiający o powyższym komunikuje wyłącznie wykonawcy, który zastrzegł poufność określonego dokumentu, uprzednio odmawiając innym wykonawcom dostępu do tego dokumentu. W tych okolicznościach odtajnienie ma jedynie charakter pozorny, niemniej jednak postaje to bez wpływu na dokonaną ocenę.

2) Zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PPG na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Jak ustalono powyższej, wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny zostały przez wykonawcę PPG utajnione.

44

Okoliczność, na którą wskazał Odwołujący, a mianowicie, że różnica pomiędzy ceną oferty wykonawcy PPG a kwotą, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w części 3. (a nie jak podał Odwołujący szacunkową wartością) wynosi ponad 50% potwierdza jedynie, zdaniem Izby, konieczność wszczęcia przez Zamawiającego procedury w oparciu o przepis 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający sprostował temu obowiązkowi i wezwał wykonawcę PPG do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Wobec zastrzeżenia poufności przedmiotowych wyjaśnień ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa Izba dokonała analizy przedmiotowych wyjaśnień w świetle wezwania Zamawiającego, skierowanego do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Izba rozważyła okoliczności podane przez wykonawcę PPG i uznała je za przekonujące i uzasadnione.

Wykonawca PPG wskazał na sprzyjające warunki wykonania zamówienia, zastosowane rozwiązania techniczne, okoliczności wynikające z nawiązanej współpracy z podmiotem trzecim, które legły u podstaw skalkulowania ceny na poziomie określonym w *Formularzu ofertowym*. Wykonawca PPG zwrócił uwagę na transfer *know-how* pracowników, co zdaniem Izby, mogło mieć niebagatelne znaczenie przy szacowaniu ceny oferty. Wszystkie te czynniki, w opinii Izby, uzasadniają zaoferowanie ceny zaproponowanej przez wykonawcę PPG, a dodatkowo potwierdza to dowód, w postaci kosztorysu prac, na podstawie którego zostało wycenione przedmiotowe zamówienie.

Warto wziąć pod uwagę i tę okoliczność, że Zamawiający szacował wartość zamówienia z uwzględnieniem cen oferowanych w poprzednich postępowaniach, zaś na rynku obecnie obserwuje się spadek cen, jak zgodne twierdzili wykonawcy, a czemu Zamawiający nie zaprzeczył, więc zdaniem Izby, kwota przeznaczona na realizację zamówienia nie może stanowić punktu odniesienia przy dokonywaniu oceny ceny oferty w aspekcie rażąco niskiej.

3) Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy PPG z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp pomimo, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania.

Wykonawca PPG w *Wykazie głównych usług* w poz. 1 jako zamówienie referencyjne podał zamówienie zrealizowane przez podmiot trzeci – A.Ż. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą FotoGis DMC A.Ż., używającą wykonawcy PPG swojego potencjału w zakresie wiedzy i doświadczenia.

45

Izba dopuściła i przeprowadziła dowód przedłożony przez Odwołującego w postaci umowy o numerze 12/DBR/2610/2011 z dnia 26 maja 2011 r., na podstawie której było wykonywane referencyjne zamówienie i ustaliła, że Zamawiający zastrzegł obowiązek zapłaty kar umownych z powodu opóźnienia w dostarczeniu Zamawiającemu Ortofotomapy dla OB (§ 7 ust. 2 pkt 1 rzeczowej umowy).

Zaś, przeprowadzając dowód z *Protokołu odbioru opracowania ORTO_SAT_2013 Część IV (30 rozłącznych OB.)* z dnia 5 września 2013 r. Izba ustaliła, iż w części II pkt 4 lit. b wskazano, że: „prace nie zostały wykonane i przekazane zgodnie z terminami określonymi

w Umowie. Zgodnie z zapisami § 5 ust. 7 Umowy Ortofotomapy dla OB, przewidziane do realizacji w danym roku kalendarzowym, które uzyskały pozytywny wynik w kontroli jakości, muszą zostać poddane końcowej kontroli technicznej. Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć Zamawiającemu ww. Ortofotomapy dla OB do wykonania końcowej kontroli technicznej w terminie 7 dni roboczych od daty otrzymania pozytywnego raportu z kontroli jakości Ortofotomapy dla OB dla ostatniego obszaru przewidzianego do opracowania w danym roku kalendarzowym. Za każdy dzień opóźnienia w stosunku do ww. terminu Zamawiający zobowiązany jest naliczyć karę umowną określoną w § 7 ust. 2 pkt 1 Umowy. Ostatnie OB przewidziane do opracowania w 2013 r. uzyskały akceptację w dniu 22.07.2013 r., zatem Wykonawca powinien przekazać Ortofotomapę dla OB do wykonania końcowej kontroli technicznej do dnia 31.07.2013 r. Wykonawca przekazał Ortofotomapę dla OB. W dniu 09.08.2013 r., zatem dopuścił się dziewięciodniowego opóźnienia w dostarczeniu Zamawiającemu Ortofotomapy dla OB. W stosunku do terminu określonego w § 5 ust. 7 Umowy”.

Nadto, Izba ustaliła, że w części III rzeczonego Protokołu, obejmującej postanowienia końcowe stwierdzono, że: „W wyniku przyjętych stwierdzeń, Zespół ds. Odbioru postanowił: (...) c) Naliczyć karę umowną zgodnie z § 7 ust. 2 pkt 1 umowy nr 12/DBR/2610/2011 z dnia 26.05.2011 r. za 9 dni opóźnienia w dostarczeniu Zamawiającemu Ortofotomapy dla OB w stosunku do terminu określonego w § 5 ust. 7 Umowy”.

Izba ustaliła również, że pismem z dnia 9 września 2013 r. A.Ż. zwróciła się do Zamawiającego o „odstąpienie od naliczenia kar umownych”, podając, że na stwierdzone opóźnienie miały wpływ:

1. „W trakcie realizacji umowy powstał nowy satelita dostarczający scen satelitarnych Astrium Pleiades. Wykonawca, aby spełnić warunki umowy zakupił nowe oprogramowanie firmy Intergraph Erdas 2013. Jednak przekazane przez Dystrybutora do Zamawiającego sceny były sztucznie podzielone na części (tzw. taile). Podział spowodowany był wielkością zbioru TIF, który ma ograniczenia pojemności do 4 GB. Niestety Dostawca przekazał przestarzały format TIF. Na potrzeby wielkich zbiorów istnieje standard TIF o nazwie BigTIF. Najnowsze oprogramowanie firmy Intergraph nie przewiduje łączenia w części sensora

46

Pleiades w całość. Wobec powyższego Wykonawca stanął przed problemem wykonania łączenia scen. Fakt ten został zgłoszony Zamawiającemu (korespondencja mailowa). Wykonawca rozwiązał problem we własnym zakresie jednak ze względu na wielkość zbiorów oraz ich charakter (16 bit rozdzielczości tonalnej na kanał) fakt ten spowodował wiele perturbacji i dodatkowych prac.

2. Wykonawca, mając na uwadze wewnętrzne potrzeby Zamawiającego wykonał na kilku obszarach ortofotomapę w konwencji barwnej CIR. Były to prace dodatkowe i nie ujęte w umowie, za które Wykonawca nie pobrał żadnego wynagrodzenia.

3. Wykonawca pozytywnie reagował na prośby Zamawiającego dotyczące wcześniejszego wykonania kilku obszarów”.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowód z Aneksu do Protokołu odbioru opracowania ORTO_SAT_2013, Część IV z dnia 05.09.2013 r., sporządzonego w dniu 10 września 2013 r., ustalając, że jego treść jest następująca: „W odpowiedzi na pismo, (...) z dnia 09.09.2013 r., Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (ARiMR) informuje, uznając Państwa argumenty dotyczące opóźnienia w przekazywaniu danych do końcowej kontroli technicznej z przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy, odstępuje od naliczania kar umownych z § 7 ust. 2 pkt 1 umowy nr 12/DBR/2610/2011 z dnia 26.05.2011 r. za 9 dni opóźnienia w dostarczeniu Zamawiającemu Ortofotomapy dla OB w stosunku do terminu określonego w § 5 ust. 7 Umowy, wykreślając tym samym zapis punktu III.1.c) z ww. protokołu odbioru”.

Odwolujący podnosząc zarzut złożenia nieprawdziwych informacji przez wykonawcę PPG wskazywał, że skoro podmiot trzeci, na którego zasób wykonawca PPG się powołuje, został obciążony karą umowną w ramach referencyjnego zadania, z powodu nieterminowego wykonania przedmiotowego zamówienia, to mamy do czynienia z nienależytym wykonaniem zamówienia. Zaś oświadczenie wykonawcy PPG o przeciwniej treści stanowi złożenie nieprawdziwych informacji.

Zdaniem Izby, twierdzenia Odwołującego są nieuzasadnione, bowiem jak wynika z Aneksu do Protokołu odbioru opracowania ORTO_SAT_2013, Część IV z dnia 05.09.2013 r. Zamawiający odstąpił od naliczenia kar umownych. Zaś, decyzja o odstąpieniu od naliczenia

rzeczonych kar spowodowana była brakiem wystąpienia okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Zamawiający uznał bowiem, że jedynie w przypadku winy dłużnika zachodzi możliwość obciążenia Wykonawcy karą umowną.

Stanowisko to znajduje poparcie w orzecznictwie, gdzie podkreśla się, iż przy karze umownej, w razie braku rozszerzenia odpowiedzialności na podstawie art. 471 k.c., wina w niewykonaniu zobowiązania jest podstawową przesłanką roszczenia na podstawie art. 483 k.c. (wyrok SN z dnia 8 lipca 2004 r., IV CK 583/03, LEX nr 137571). W konsekwencji niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania musi być następstwem okoliczności,

47

za które dłużnik ponosi odpowiedzialność, wynikać więc musi z niedołożenia przez dłużnika należytej staranności (art. 472 k.c.), czyli jego winy w postaci (co najmniej) niedbalstwa (wyrok SN z dnia 11 lutego 1999 r., III CKN 166/98, LEX nr 521867).

Wierzyciel nie musi jednak udowadniać, że wykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (przede wszystkim z winy dłużnika). Zgodnie bowiem z domniemaniem zawartym w art. 471 k.c. niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania następuje na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Na dłużniku natomiast ciąży obowiązek wykazania, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności (por. wyrok SN z dnia 13 czerwca 2003 r., III CKN 50/2001, niepubl.).

W konsekwencji zobowiązany do zapłaty kary umownej może bronić się zarzutem – podobnie jak każdy dłużnik zobowiązany do naprawienia szkody stosownie do art. 471 k.c. – że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności (wyrok SN z dnia 20 marca 1967 r., II CR 419/67, niepubl.);

W wypadku kary umownej zastrzeżonej na wypadek nieterminowego spełnienia świadczenia niepieniężnego oznacza to, że kara umowna należy się jedynie w wypadku zwłoki dłużnika (476 k.c.) – nie można natomiast żądać kary umownej, gdy dłużnik obalił wynikające z art. 471 k.c. domniemanie, iż opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (wyrok SN z dnia 11 lutego 1999 r., III CKN 166/98, LEX nr 521867).

W konsekwencji nie sposób mówić o nienależytym wykonaniu zamówienia w sytuacji, w której Zamawiający podzielił argumentację dłużnika i uznał, po pierwsze, że opóźnienie nie należy do kategorii okoliczności, które łączą się z winą dłużnika, a więc nie może być podstawą do zastosowania kary umownej, po drugie, nawet sam fakt opóźnienia nie był skutkiem okoliczności, wywołanych zachowaniem dłużnika.

Na tym tle należy również zauważyć, niejako na marginesie, bowiem Odwołujący okoliczności tych nie podnosi, że Izba dostrzega i te poglądy doktryny, zgodnie z którymi, jeżeli strony zastrzegą w umowie, że dłużnik zobowiązany jest do zapłaty określonej kwoty pieniężnej w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niezależnie od przyczyny, również więc wtedy, gdy dłużnik nie ponosił będzie za ten stan rzeczy – takie nie będzie karą umowną, lecz odpowiedzialności postanowienie zastrzeżeniem o charakterze gwarancyjnym (gwarancją za wynik), klauzulą gwarancyjną, a nie klauzulą kary umownej (zob. A. O., *Zobowiązania...*, s. 150; M. P. (w:) *Kodeks...*, s. 1185; K. Z. (w:) *Kodeks...*, s. 867; T. W. (w:) *Komentarz...*, s. 544; A. R. (w:) *Kodeks...*, s. 479). W orzecznictwie wypowiedziano jednak pogląd, że kara umowna za nienależyte wykonanie

48

umowy może przysługiwać wierzycielowi, jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie będzie następstwem innych okoliczności niż tylko zawinione zachowanie dłużnika. Z art. 471 k.c. wynika, że dłużnik zobowiązany jest do naprawienia szkody spowodowanej nie tylko jego zawinionym zachowaniem, ale także innymi okolicznościami; z kolei przepis art. 473 k.c. jednoznacznie pozwala na to, aby krąg okoliczności, o których mowa w art. 471 k.c. został przez ustawę lub umowę stron rozszerzony (wyrok SN z dnia 27 czerwca 2003 r., IV CKN 300/01, LEX nr 251531).

Przyjmując więc, że możliwe jest rozszerzenie odpowiedzialności dłużnika z tytułu niewykonania lub nienależytego umowy z powodu okoliczności, które są następstwem niezawinionego zachowania dłużnika, to niezależnie od kwalifikacji tej odpowiedzialności

(odpowiedzialność o charakterze gwarancyjnym, kara umowna), Izba stoi na stanowisku, że przyjęcie tego rodzaju odpowiedzialności przez dłużnika nie może stanowić przeszkody do wykazania należytego spełnienia świadczenia. Nie można bowiem tracić z pola widzenia, że celem formułowania warunków udziału w postępowaniu jest zweryfikowanie wykonawcy pod kątem zdolności do wykonania zamówienia. Zatem, skoro podstawą oceny jest zachowanie wykonawcy (dłużnika), to nie sposób przyjąć, że naliczenie kar umownych z powodu okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności, a które legły u podstaw niewykonania czy też nienależytego wykonania umowy, świadczy o nienależytym wykonaniu zamówienia.

4) Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy PPG z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp pomimo, że wykonawca PPG nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W rozdziale IV SIWZ ust. 1 pkt 1 lit. b, Zamawiający wskazał, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki określone na podstawie art. 22 ust. 1 ustawy Pzp: „posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. zrealizowali a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również realizują, usługi w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, tj. co najmniej 2 (dwie) usługi, których przedmiotem było opracowanie cyfrowej ortofotomapy ze scen satelitarnych, spełniających następujące warunki:

b.1) łączna wartość usług nie mniejsza niż 200 000 zł brutto (słownie złotych: dwieście tysięcy 00/100),

b.2) łączna powierzchnia opracowanej cyfrowej ortofotomapy ze scen satelitarnych nie mniejsza niż 20 000 km²,

b.3) w ramach każdej z wykazanych usług opracowania cyfrowej ortofotomapy ze scen satelitarnych przetworzono sceny satelitarne z co najmniej następujących satelitów:

49

Worldview lub GeoEye lub Pleiades lub QuickBird,

W przypadku realizacji usługi, w ramach których opracowanie cyfrowej ortofotomapy ze scen satelitarnych było ich częścią, należy podać wyłącznie wartości usług opracowania cyfrowej ortofotomapy ze scen satelitarnych”.

Bezsporne między stronami jest, że wykonawca PPG dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia posłużył się potencjałem podmiotu trzeciego, w trybie przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zobowiązanie podmiotu do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia potwierdza, że zakresem dostępnych zasobów objęte jest „użyczenie wiedzy i doświadczenia: - w zakresie wykonywania usług, których przedmiotem było opracowanie cyfrowej ortofotomapy ze scen satelitarnych” (str. 27 oferty). Jeśli idzie o sposób wykorzystania zasobów w przedmiotowym zobowiązaniu wskazano:

- „Przeszkolenie przez FotoGis DMC pracowników Polskiego Przedsiębiorstwa Geomatyki Sp. z o.o. z zakresu przedmiotu zamówienia,
- Wdrożenie autorskiej linii technologicznej FotoGis DMC (konow-how), wypracowanej w ciągu 9 lat doświadczeń w wykonywaniu przetworzeń scen satelitarnych
- Przekazanie przez FotoGis DMC dokumentacji dotyczącej linii technologicznej,
- Doradztwo z zakresu przedmiotu umowy,
- Użyczenie 2 stacji fotogrametrycznych

Podstawa prawna – użyczenie dóbr niematerialnych, umowa użyczenia sprzętu fotogrametrycznego”. Jeśli idzie o charakter stosunku, jaki będzie łączył strony to wskazano na umowę o współpracy.

Na tym tle Odwołujący podniósł, że „ocena realności udostępnienia zasobów powinna być każdorazowo dokonywana z uwzględnieniem uwarunkowań danego zamówienia oraz rodzaju udostępnianego zasobu”. Odwołujący podniósł, że „z punktu widzenia opisu przedmiotu Zamówienia określonego w SIWZ, zasad i warunków świadczenia Zamówienia określonego przez Zamawiającego, a także doświadczenia życiowego Odwołującego oraz doświadczenia w wykonywaniu usług określonych w SIWZ, w tym realizowanych dla Zamawiającego – nie ulega wątpliwości, iż w przedmiotowym przypadku zasoby takie mogą

być realnie udostępnione tylko przez udział podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia, tj. poprzez podwykonawstwo”.

Jakkolwiek Izba podziela stanowisko Odwołującego, że oceny realności udostępnienia potencjału należy dokonywać *ad casu*, to jednak stwierdzić należy, że Odwołujący, na którym spoczywa ciężar wykazania okoliczności, z których wywodzi skutki prawne (art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 6 k.c.), obowiązku tego nie udźwignął. W pierwszej

50

kolejności zauważyć należy, że Odwołujący twierdzenie o potrzebie osobistego uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji przedmiotowego zamówienia wywodzi z treści SIWZ, w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia oraz zasad i warunków realizacji zamówienia, niemniej jednak poprzestanie na tej konstatacji jest niewystarczające dla stwierdzenia, że w istocie charakter zamówienia, zakres i przedmiot obowiązków, których realizacja jest konieczna do wykonania zamówienia powoduje, iż nie jest możliwe samodzielne wykonanie zamówienia przez wykonawcę PPG, bez udziału podmiotu trzeciego, bezpośrednio zaangażowanego w czynności związane z realizacją zamówienia. W tym miejscu zwrócić należy uwagę Odwołującemu, że rolą Izby nie jest poszukiwanie w treści rzeczowej SIWZ argumentów służących poparciu tez sformułowanych przez Odwołującego. Jeśli Odwołujący chciałby skutecznie podnieść rozpoznawany zarzut musiałby wykazać, że określone postanowienia SIWZ w taki sposób konkretyzują obowiązki wykonawcy, iż wykonawca, który nie posiada doświadczenia w realizacji referencyjnego zamówienia, nie jest w stanie im podołać. Tymczasem wskazanym okoliczności faktycznych zabrakło.

Odwołujący wskazał, że wsparcie podmiotu trzeciego w postaci przeszkolenia pracowników wykonawcy PPG, doradztwa, przekazania *know-how* i dokumentacji technologicznej nie jest wystarczające dla realizacji zamówienia. Odwołujący jednak zaniechał wskazania jakiegokolwiek uzasadnienia tego stanowiska.

Podobnie, Odwołujący powołując się na doświadczenie życiowe i doświadczenie związane z realizacją tego rodzaju usług stwierdza, że udział podmiotu trzeciego przez zaangażowanie go w charakterze podwykonawcy jest konieczny dla realizacji zamówienia, w przypadku, kiedy wykonawca PPG w realizacji usług referencyjnych doświadczenia nie posiada. Jednakże twierdzenie powyższe znowu pozostaje gołosłowne. Odwołujący powinien wskazać, jakie doświadczenie i jaka wiedza z tego doświadczenia wynika, że uzasadnia pogląd Odwołującego.

W tym miejscu przypomnieć należy Odwołującemu, że w orzecznictwie utrwalony jest pogląd, iż na gruncie ustawy Pzp, zarzut stanowi substrat okoliczności faktycznych i prawnych i tylko w tym zakresie podlega rozpoznaniu. (art. 180 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp). Stąd też Izba obowiązana jest do oceny zarzuty jedynie w ramach okoliczności sformułowanych w treści odwołania. Odwołujący w przedmiocie rozpoznawanego zarzutu podjął starania, ale dopiero na rozprawie, celem uzupełnienia okoliczności faktycznych świadczących o konieczności osobistego udziału podmiotu trzeciego w realizacji przedmiotowego zamówienia, jednakże z uwagi na ograniczenia, o których mowa wyżej, działania te nie mogły okazać się skuteczne.

51

Przechodząc do analizy dalszej argumentacji powołanej przez Odwołującego stwierdzić należy, że nie przekonuje również i to stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym, 7-dniowy termin na realizację zamówienia wymaga udziału podmiotu doświadczonego. Po pierwsze, Odwołujący nie dostrzegł, że wykonawca WIZIPiSI zobowiązał się do realizacji jednostkowego produktu w terminie 7 dni, a nie całego zamówienia, którego wykonanie przewidziane jest na okres trzech lat. Po drugie, powołany argument, zdaniem Izby, wbrew twierdzeniom Odwołującego, świadczy na korzyść wykonawcy PPG. Skoro bowiem zobowiązał się do wykonania jednostkowego produktu w oznaczonym terminie oznacza to, że jest gotowy i zdolny do realizacji tego świadczenia w podanym terminie. Przyjęcie przeciwnego założenia byłoby nieuzasadnione nie tylko biorąc pod uwagę profesjonalizm wykonawców, biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ale również odpowiedzialność wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, że wiedzy i doświadczenia nie można przekazać w trybie szkoleń, konsultacji czy doradztwa, a już z pewnością nie ma możliwości przekazania we wskazany sposób doświadczenia, zwrócić należy uwagę, że przepisy traktują „wiedzę i doświadczenie” jako kategorię łączną, postrzegając je jako pewne wartości, które posiada podmiot (wykonawca). Ustawodawca w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp traktuje „wiedzę i doświadczenie” łącznie, przypisując ją do wykonawcy, zaś w przepisach rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 213) poniekąd definiuje, co kryje się pod tym pojęciem. W § 1 ust. 1 pkt 2 i 3 tego rozporządzenia wskazano bowiem, że w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, których opis sposobu oceny spełniania został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający może żądać, następujących dokumentów: wykazu robót budowlanych albo wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w odpowiednim okresie, z podaniem ich przedmiotu lub rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że wykonano je należycie (co robót budowlanych zgodnie z zasadami sztuki budowlanej). W zakresie „wiedzy i doświadczenia” w rozumieniu przepisów prawa zamówień publicznych mieszczą się zatem wykonane w przeszłości przez wykonawcę (względnie podmiot trzeci)

52

przedsięwzięcia określone rezultatem: wykonane roboty budowlane, usługi lub dostawy. W takie pojęcie wiedzy i doświadczenia wpisany jest zatem całokształt procesu prowadzącego do tego rezultatu, obejmujący zaangażowanie odpowiednich pracowników, sprzęt, organizację i metodologię zarządzania przedsięwzięciem, co łącznie prowadzi do osiągnięcia skutku w postaci roboty budowlanej, usługi czy dostawy.

Biorąc zatem pod uwagę jedynie systematykę powołanych przepisów należy dojść do przekonania, że nie ma racji Odwołujący, że doświadczenia nie można przekazać w inny sposób niż podwykonawstwo, skoro ustawodawca traktuje te kategorie nierozzerwalnie. Nie można więc przyjąć, iż co do zasady przekazanie doświadczenia musi łączyć z udziałem podmiotu użyczającego potencjału w realizacji zamówienia. Każdorazowo oceny w tym zakresie należy dokonywać *ad casu*, o czym była mowa powyższej.

Nadto, zauważyć należy, że przeczy twierdzeniu Odwołującego również okoliczność, że ustawodawca nie wykluczył możliwości przekazania potencjału w postaci wiedzy i doświadczenia innemu wykonawcy. Wręcz przeciwnie, przepis art. 26 ust. 2 ustawy Pzp wprost taką możliwość dopuszcza.

Odwołujący zarzucił również, że zobowiązanie, będące podstawą przekazania potencjału wykonawcy PPG zawiera na tyle ogólne sformułowania, iż w istocie rzeczzone zobowiązanie nie stanowi podstawy do realnego skorzystania z użyczonego zasobu. Poprzestanie na tej konstatacji w istocie, zdaniem Izby, uniemożliwia ocenę w tym przedmiocie. Odwołujący nie wskazał bowiem, które to sformułowania stoją na przeszkodzie w skorzystaniu z potencjału podmiotu trzeciego i z jakich powodów. Raz jeszcze należy przypomnieć Odwołującemu, że nie jest rolą Izby poszukiwanie argumentów celem poparcia twierdzeń sformułowanych przez Odwołującego. Zdaniem Izby jest ocena okoliczności faktycznych leżących u podstaw danego zarzutu, a nie prowadzenie dedukcji w przedmiocie, co Odwołujący miał na myśli kwestionując podane okoliczności lub dokument.

Reasumując, Izba nie znalazła podstaw do przyjęcia, że wykonawca PPG nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia z powodu braku realności przekazania potencjału w tym zakresie przez podmiot trzeci. Nie zaktualizowały się zatem podstawy do wezwania wykonawcy PPG do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a tym bardziej do wykluczenia wykonawcy na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Stwierdzenie przez Izbę prawidłowości, w badanym zakresie, czynności podjętych przez Zamawiającego w ramach części 2. zamówienia stanowi o nietrafności zarzutu

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł.

Przewodniczący: