Sygn. akt: KIO 2666/14
KIO 2671/14

WYROK
z dnia 16 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 grudnia 2014 r. przez:

A. Atende Software Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie
B. Atende Spółkę Akcyjną w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Dystrybucja Spółkę Akcyjną w Lublinie**

przy udziale:

A. wykonawcy **NMG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2666/14, po stronie zamawiającego,

B. wykonawcy **Decsoft Spółka Akcyjna w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2671/14, po stronie zamawiającego,

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) Systemy Pomiarowe ELGAMA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w** Świdnicy, **UAB „ELGAMA-ELEKTRONIKA" w Wilnie (Litwa), ADD Production S.R.L. w**

Kiszyniowie (Republika Mołdowa), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie wniesione przez **Atende Software Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i nakazuje zamawiającemu – **PGE Dystrybucja Spółka Akcyjna w Lublinie – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,** wezwanie wykonawcy **NMG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy** do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i dokonanie ponownej oceny ofert,

2. uwzględnia odwołanie wniesione przez **Atende Spółkę Akcyjną w Warszawie** i nakazuje zamawiającemu - **PGE Dystrybucja Spółka Akcyjna w Lublinie** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ujawnienie sprawozdań finansowych spółki ADD – Production S.R.L. w Kiszyniowie oraz UAB „ELGAMA-ELEKTRONIKA" w Wilnie wraz z opinią biegłego rewidenta, ujawnienie następujących dokumentów wykonawcy Decsoft Spółki Akcyjnej w Warszawie: formularza ofertowego, zaświadczenia o zdolności kredytowej, wykazu wykonanych zamówień oraz dokumentu zawierającego zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów i dokonanie ponownej oceny ofert.

3. W pozostałej części żądania obydwu odwołań oddala.

4. Kosztami postępowania obciąża **PGE Dystrybucja Spółkę Akcyjną w Lublinie** i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Atende Software Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

4.2 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Atende Spółkę Akcyjną w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

4.3 zasądza od **PGE Dystrybucja Spółki Akcyjnej w Lublinie** na rzecz **Atende Software Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania;

4.4 zasądza od **PGE Dystrybucja Spółki Akcyjnej w Lublinie** na rzecz **Atende Spółki Akcyjnej w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy

sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie.**

……

Sygn. akt: KIO 2666/14

KIO 2671/14

Uzasadnienie

Zamawiający - PGE Dystrybucja Spółka Akcyjna w Lublinie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę i wdrożenie inteligentnego systemu pomiarowego (AMI) w Oddziale Białystok i Oddziale Łódź-Miasto.

Postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Sygn. akt KIO 2666/14

W dniu w dniu 15 grudnia 2014 r. wykonawca Atende Software Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i art. 90 ust. 1-4 ustawy Pzp (w brzmieniu obowiązującym przed 19 października 2014 r.), polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty NMG sp. z o.o, mimo że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, ewentualnie zaniechanie wezwania NMG sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

2) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty NMG sp. z o.o. mimo że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji,

3) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp polegające na wyborze oferty złożonej przez NMG sp. z o.o. i zaniechaniu wyboru oferty odwołującego, mimo że to oferta odwołującego jest najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu,

4) naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp i art. 96 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie ujawnienia odwołującemu:

a) zobowiązań do udostępnienia zasobów PowerCOM LTD oraz Hewlett-Packard Polska sp. z o.o. wraz z załącznikami do tych dokumentów,

b) wykazu wykonanych zamówień, potwierdzenia referencji w języku angielskim, potwierdzenia referencji w języku polskim, oświadczenia o obiektywnych przyczynach,

c) treści wyjaśnień złożonych przez NMG sp. z o.o. dotyczących powyższych dokumentów,

d) treści wyjaśnień złożonych przez NMG sp. z o.o. dotyczących przyczyn zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, mimo że informacje, o których mowa powyżej, nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty,

2) nakazanie odrzucenia oferty NMG sp.zo.o., ewentualnie nakazanie wezwania NMG

sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
3) nakazanie udostępnienia odwołującemu:
a) zobowiązań do udostępnienia zasobów PowerCOM LTD oraz Hewlett-Packard Polska sp. z o.o. wraz z załącznikami do tych dokumentów,
b) wykazu wykonanych zamówień, potwierdzenia referencji w języku angielskim, potwierdzenia referencji w języku polskim, oświadczenia o obiektywnych przyczynach,
c) treści wyjaśnień złożonych przez NMG sp. z o.o. dotyczących powyższych dokumentów,
d) treści wyjaśnień złożonych przez NMG sp. z o.o. dotyczących przyczyn zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa
4) nakazanie dokonania powtórnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, z uwzględnieniem wyników powtórzonych czynności, o których mowa powyżej.

Odwołujący stwierdził, iż ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ złożył prawidłowo przygotowaną ofertę, która w świetle przyjętych w niniejszym postępowaniu kryteriów oceny powinna być uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący może

---

ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy, albowiem zaniechanie odrzucenia oferty NMG sp. z o.o. pozbawia odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. W zakresie żądania ujawnienia dokumentów, które zostały bezzasadnie uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, interes odwołującego wyraża się w tym, że bezzasadne uznanie przez zamawiającego, iż wskazane w odwołaniu części ofert spełniają przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, uniemożliwia odwołującemu realizację głównego uprawnienia wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest prawo do kontroli prawidłowości czynności podejmowanych przez zamawiającego.

Zgodnie z punktem 17.3 SIWZ, w ramach Zadania nr II zamawiający oczekiwał od wykonawców podania w ofercie cen za następujące elementy:
a) cenę ryczałtową za realizację zamówienia głównego (bez prawa opcji),
b) cenę za realizację Prawa opcji nr 1 (usługa rozwoju Aplikacji Centralnej).,
c) cenę za realizację Prawa opcji nr 2 (rozszerzenie licencji na oprogramowanie Dedykowane i Aplikacyjne Aplikacji Centralnej do 5,6 min Liczników).
Zgodnie z punktem 18.1 SIWZ, ceny te stanowiły następnie podstawę do oceny ofert, przy czym cenie za realizację zamówienia głównego przypisano wagę 85%, cenie za realizację Prawa opcji nr 1 przypisano wagę 10%, a cenie za realizację Prawa opcji nr 2 przypisano wagę 5%.
W postępowaniu złożono następujące oferty:

Konsorcjum SMT: zamówienie główne: 19 327 200,00 zł, Prawo opcji nr 1: 510 080,00 zł Prawo opcji nr 2: 654 0000,00 zł
Konsorcjum Indra: zamówienie główne: 4 860 022,00 zł, Prawo opcji nr 1: 325 200,00 zł, Prawo opcji nr 2: 2 725 000,00 zł
Control Process IT sp. z o.o. Zamówienie główne: 9 746 000,00 zł, Prawo opcji nr 1: 825 000,00 zł, Prawo opcji nr 2: 2180 000,00 zł

720 000,00 Asseco Poland S.A.

zamówienie główne: 27 766 000,00 zł, Prawo opcji nr 1: zł, Prawo opcji nr 2: 27 250 000,00 zł

Transition Technologies S.A.: zamówienie podstawowe: 9 898 800,00 zł, Prawo opcji nr 1: 420 000,00 zł, Prawo opcji nr 2: 21 309 500,00 zł
Sygnity S.A.: zamówienie podstawowe: 11 503 000,00 zł, Prawo opcji nr 1: 756 000,00 zł, Prawo opcji nr 2:49 050 000,00 zł
Infovide-Matrix S.A.: zamówienie podstawowe: 3 391 000,00 zł, Prawo opcji Nr 1: 103 500,00 zł, Prawo opcji nr 2: 24 797 500,00 zł
Atende Software sp. z o.o.: zamówienie podstawowe: 3 989 990,00 zł, Prawo opcji nr 1: 450 000,00 zł, Prawo opcji nr 2: 5 450 000,00 zł

NMG sp. z o.o.: zamówienie podstawowe: 3 270 000,00 zł, Prawo opcji nr 1: 750 000,00 zł, Prawo opcji nr 2: 15 805 000,00 zł
Konsorcjum Proximus: zamówienie podstawowe: 5 898 200,00 zł, Prawo opcji nr 1: 890 100,00 zł, Prawo opcji nr 2:6 431 000,00 zł
Atos IT Services sp. z o.o.: zamówienie podstawowe: 4181 620,00 zł, Prawo opcji nr 1: 2 52 000,00 zł, Prawo opcji nr 2: 25 833 000,00 zł
Konsorcjum Apator: zamówienie podstawowe: 13 600 000,00 zł, Prawo opcji nr 1: 1 200 000,00 zł, Prawo opcji nr 2: 65 400 000,00 zł

Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę NMG sp. z o.o. W ocenie odwołującego ocena ta jest wadliwa z kilku przyczyn.

I. Rażąco niska cena

Średnia cena brutto za realizację zamówienia głównego, obliczana na podstawie wszystkich ofert złożonych w Zadaniu nr 2, wynosi w niniejszym postępowaniu 9 785 986,00 zł. Jeśli za podstawę obliczenia przyjąć oferty, które nie zostały odrzucone, średnia wynosi 10 350 421,20 zł. Z kolei zarówno podana w protokole szacunkowa wartość zamówienia głównego (przeliczona na kwotę brutto), jak i ogłoszona przez zamawiającego kwota, jaką zamierza on przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to 6 659 220,00 zł. Cena zaoferowana przez NMG sp. z o.o. radykalnie odbiega od powyższych wartości, albowiem wynosi:

a) 33,4% średniej ceny brutto (spośród wszystkich ofert),
b) 31,6% średniej ceny brutto (spośród ofert nie pod legających odrzuceniu),

c) 49,1 % kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, pojawia się istotne podejrzenie, że cena zaoferowana przez NMG sp. z o.o. jest nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na przedmiot zamówienia, a tym samym rażąco niska. Tym samym, już analiza wysokości cen złożonych przez poszczególnych wykonawców powinna skłonić zamawiającego przynajmniej do wystosowania wobec NMG sp. z o.o. wezwania, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu mającym zastosowanie w niniejszym postępowaniu.

Za uznaniem ceny zaoferowanej przez NMG sp. z o.o. za rażąco niską przemawiają także inne okoliczności. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, w ramach Zadania nr II obowiązkiem wykonawcy ma być w szczególności:

a) wykonanie prac analityczno-projektowych (stworzenie Dokumentacji Wstępnej Projektu, punkt 2.1.2 Załącznika nr 9 do SIWZ),
b) zapewnienie wsparcia przy odbiorach w ramach Zadania nr I (wsparcie przy odbiorze Projektu Systemu w Warstwie Pomiarowej i odbiorze Warstwy Pomiarowej; punkt 2.1.2 Załącznika nr 9 do SIWZ);
c) wdrożenie Aplikacji Centralnej, w tym:
a. dostawa i uruchomienie Infrastruktury IT, czyli sprzętu niezbędnego do działania Aplikacji Centralnej, takiego jak serwery, macierze dyskowe, przełączniki sieciowe, wkładki, źródła czasu itd. (punkt 2.1.3 a) Załącznika nr 9 do SIWZ i punkt 3 Załącznika nr 3 do SIWZ),

b. zapewnienie oprogramowania narzędziowego, w tym oprogramowania do serwerów i oprogramowania bazodanowego (instalacja i konfiguracja Oprogramowania Bazodanowego i Oprogramowania Stron Trzecich; punkt 2.1.3 b) Załącznika nr 9 do SIWZ i punkt 3 Załącznika nr 3 do SIWZ),
c. dostawa i wdrożenie części aplikacyjnej, w tym prace programistyczne i wdrożeniowe (dostawa Oprogramowania Aplikacyjnego, stworzenie Oprogramowania Dedykowanego, ich instalacja, uruchomienie i konfiguracja; punkt 2.1.3. b) i 2.1.3 d) Załącznika nr 9 do SIWZ)
d. integracja z innymi systemami (stworzenie interfejsów do innych systemów informatycznych; punkt 2.1.3 e) Załącznika nr 9 do SIWZ).

e. stworzenie portalu dla klientów zamawiającego (punkt 2.1.3 f) Załącznika nr 9 do SIWZ),

d) zapewnienie licencji i przeniesienie autorskich praw majątkowych (§ 21 Załącznika nr 9 do SIWZ),
e) wykonanie i dostarczenie „sterowników" zapewniających obsługę posiadanych przez zamawiającego liczników (punkt 2.1.4 Załącznika nr 9 do SIWZ),
f) opracowanie dokumentacji i przeprowadzenie szkoleń (punkt 2.1.5 i 2.1.6 Załącznika nr 9 do SIWZ),
g) świadczenia usług wsparcia (stabilizacji) po uruchomieniu produkcyjnym Aplikacji Centralnej przez okres 3 miesięcy, a następnie usług serwisowych przez okres 36 miesięcy (punkt 2.1.7- 2.1.8 Załącznika nr 9 do SIWZ) oraz gwarancji przez okres 36 miesięcy (punkt 2.1.9 Załącznika nr 9 do SIWZ).

Odwołujący wskazał, że koszt infrastruktury IT (sprzętu) oraz licencji na oprogramowanie narzędziowe (Oprogramowanie Bazodanowe i Oprogramowanie Stron Trzecich) jest znaczny, a wykonawca nie może go uniknąć. Z kolei możliwości zaoszczędzenia na tym koszcie są bardzo niewielkie: rezygnacja z części sprzętu będzie skutkować niespełnieniem wymagań zamawiającego, a skorzystanie ze sprzętu kupowanego poza oficjalnym producenckim kanałem dystrybucji jest wprost zakazane w punkcie 3.6 Załącznika nr 3 do SIWZ.

II. Czyn nieuczciwej konkurencji

Zgodnie z punktem 1.20 Załącznika nr 3 do SIWZ: aplikacja Centralna musi być skalowalna i umożliwiać kompletną obsługę docelowo 5,6 min liczników. Skalowalność rozumiana jest jako rozszerzenie licencji oraz rozbudowanie infrastruktury sprzętowej". Innymi słowy, Zamawiający wymaga, aby system wdrażany w ramach realizacji głównego zamówienia był gotowy do obsługi 5,6 min liczników energii elektrycznej, przy czym pierwotnie nie zamierza go wykorzystywać dla takiej liczby urządzeń. Zamawiający dopuszcza przy tym, że osiągnięcie docelowej liczby wymusi na nim poniesienie kosztów zakupienia dodatkowego sprzętu (zdolnego do przetworzenia większej ilości danych) oraz poszerzenia uprawnień licencyjnych.

Spośród powyższych czynności, tylko poszerzenie uprawnień licencyjnych zostało objęte przedmiotem niniejszego postępowania. W ramach Opcji nr 2 przewidziano rozszerzenie licencji na Aplikację Centralną, pozwalające na wykonywanie przez Aplikację

Centralną wszystkich jej funkcjonalności opisanych w Załączniku nr 2 do umowy dla 5,6 min liczników energii elektrycznej.
Jak natomiast wskazano w punkcie 2.1.11 Załącznika nr 9 do SIWZ, rozszerzenie licencji dotyczy Oprogramowania Aplikacyjnego i Oprogramowania Dedykowanego, czyli elementów Aplikacji Centralnej odpowiadającej za realizację jej głównych funkcji. Rozszerzenie licencji na Oprogramowanie Bazodanowe oraz rozbudowa Infrastruktury IT, czyli zakup dodatkowego sprzętu i oprogramowania narzędziowego, leży po stronie zamawiającego.

Z punktu widzenia wykonawcy zapewnienie szerszych uprawnień licencyjnych na Oprogramowanie Aplikacyjne i Oprogramowanie Dedykowane dotyczy tych samych produktów, które zostały już przez niego wykonane i wdrożone w ramach zamówienia głównego. Skorzystanie z opcji wiąże się jedynie z koniecznością potwierdzenia udzielenia dodatkowej licencji (punkt 20.5 Załącznika nr 9 do SIWZ) i przekazania kodów źródłowych (punkt 20.7 Załącznika nr 9 do SIWZ). Nie są tu przewidziane żadne prace o charakterze programistycznym czy wdrożeniowym. Tym samym, Opcja nr 2 wiąże się z minimalnym kosztem po stronie wykonawcy.

Jak wskazano w punkcie I odwołania, cena za realizację zamówienia głównego zaoferowana przez NMG sp. z o.o. jest nierealistyczna i ma znamiona ceny rażąco niskiej. Jednak cena zaoferowana przez tego wykonawcę za Opcję nr 2 pozostaje w nienaturalnej proporcji do ceny głównej, ponieważ jest blisko pięciokrotnie wyższa (15 805 000,00 zł za Opcję nr 2 wobec 3 270 000,00 zł za realizację zamówienia głównego).

Z analizy oferty NMG sp. z o.o. wynika zatem, że wykonawca ten zaniżył wysokość ceny za realizację zamówienia głównego, zawyżając jednocześnie cenę za wykonanie prawa opcji nr 2. Działanie to w oczywisty sposób poprawia pozycję NMG sp. z o.o. w postępowaniu, albowiem przenosząc koszty realizacji zamówienia do prawa opcji nr 2 (której koszt przy ocenie ofert ma wagę równą jedynie 5%), można w łatwy sposób zwiększyć punktację uzyskaną w kryterium cenowym o wadze 85%. „Kompensowanie" strat wkalkulowanych w cenę realizacji zamówienia głównego przez zawyżenie niżej punktowanej ceny za Prawo opcji należy uznać za niedopuszczalne, zwłaszcza że wykonawcy nie mają

żadnej gwarancji, że zamawiający kiedykolwiek skorzysta z prawa opcji.

W ocenie odwołującego, określenie cen za realizację zamówienia głównego i za realizację prawa opcji w sposób sztuczny, oderwany od rynkowych realiów i kosztów ponoszonych przez wykonawcę, jest sprzeczne z dobrymi obyczajami i godzi w interes zamawiającego i konkurentów, a złożenie tak skonstruowanej oferty stanowi czyn

nieuczciwej konkurencji (podobnie np. w wyroku KIO z 18 stycznia 2013 r., KIO 7/13 oraz wyroku KIO z 14 czerwca 2013 r„ KIO 1240/13, KIO 1246/13, KIO 1248/13).

III. Tajemnica przedsiębiorstwa

Odwołujący podniósł, że do oferty NMG sp. z o.o. dołączono szereg dokumentów, którym bezzasadnie przypisano status tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przede wszystkim należy tu wskazać na dokumenty dotyczące podmiotów udostępniających zasoby. Z treści jawnego formularza ofertowego wynika, że chodzi tu o PowerCOM Ltd. i Hewlett-Packard Polska sp. z o.o. W konsekwencji, fakt pozostawania przez NMG sp. z o.o. w relacji biznesowej z tymi podmiotami nie jest tajemnicą. Z powyższego wynika, że jawne powinny być także zobowiązania do udostępnienia zasobów. Zamawiający w niniejszym postępowaniu wymagał złożenia tych dokumentów w postaci zgodnej z wzorami załączonymi do SIWZ jako załącznik nr 27. Stopień ogólności zawartych w nim informacji nie uzasadnia przyjęcia, że mają one wartość gospodarczą, a zatem nie została spełniona podstawowa przesłanka uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Z tych samych przyczyn nie można uznać za tajemnicę dokumentów dołączonych do zobowiązań, tym bardziej, że część z nich powinna być ogólnie dostępna (np. odpisy z rejestrów dla wspomnianych spółek).

Ponadto, niesłusznie uznano za tajemnicę przedsiębiorstwa wykaz wykonanych zamówień wraz z załącznikami do niego. Zamawiający w punkcie 7.2.1.2.2.1 SIWZ wymagał, aby wykonawcy wykazali się zrealizowaniem przynajmniej jednego projektu informatycznego o wartości co najmniej 4 000 000 zł, polegającego na wdrożeniu systemu informatycznego realizującego funkcje pozyskiwania i przetwarzania danych pomiarowych z liczników energii elektrycznej (zapewniających dwukierunkową transmisję danych z koncentratorem) oraz zbierania danych pomiarowych, przy czym system ten musi obsługiwać co najmniej 40 000 liczników energii elektrycznej (zapewniających dwukierunkową transmisję danych z koncentratorem). W oparciu o jawną część oferty można uzyskać informację,

że NMG sp. z o.o. powołuje się w tym zakresie na zamówienie realizowane w latach 2011-2014.

Odwołujący podniósł, że na podstawie danych dostępnych w ofercie oraz innych powszechnie dostępnych informacji można bez trudu ustalić jaki to projekt, kto go realizował i na czyją rzecz, a także poznać szereg innych informacji na temat zakresu przedmiotowego projektu i zastosowanych w nim rozwiązań technicznych.

W tym stanie rzeczy nie można uznać dokumentów dotyczących przedmiotowego projektu (wykazu wykonanych zamówień, potwierdzenia referencji w języku angielskim,

potwierdzenia referencji w języku polskim, oświadczenia o obiektywnych przyczynach) za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Konsekwencją uznania powyższych dokumentów za niesłusznie objęte poufnością musi być ujawnienie korespondencji zamawiającego z NMG sp. z o.o. na ich temat, w szczególności wezwań oraz wyjaśnień i dokumentów składanych w trybie art. 26 ust. 3-4 ustawy Pzp.

Odrębnie należy odnieść się do wyjaśnień dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa. Z materiałów udostępnionych odwołującemu wynika, że zamawiający w piśmie z 8 października 2014 r. zwracał się do NMG sp. z o.o. o udzielenie wyjaśnień w sprawie przyczyn utajnienia części oferty, a NMG sp. z o.o. odpowiedział na wezwanie w dniu 15 października 2014 r. Treść wyjaśnień nie została jednak udostępniona odwołującemu. W ocenie odwołującego, wyjaśnienia dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa same w sobie nie spełniają przesłanek opisanych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dopuszczenie obejmowania takich wyjaśnień klauzulą poufności prowadzi z kolei do

mechanizmu błędnego koła, w którym pozostali wykonawcy są pozbawieni możliwości zweryfikowania nie tylko oferty konkurencyjnego podmiotu, ale nawet prawidłowości uznania części tej oferty za niejawną.

Powyższa argumentacja prowadzi do wniosku, że w niniejszym postępowaniu zamawiający nie dość wnikliwie zbadał zastrzeżenia tajemnicy dokonane przez NMG sp. z o.o. i bezzasadnie zaniechał udostępnienia odwołującemu dokumentów w zaskarżonym zakresie, uniemożliwiając weryfikację prawidłowości prowadzenia postępowania, co samo w sobie może mieć wpływ na jego wynik.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, iż zarzut rażąco niskiej ceny należy odnieść, czy faktycznie w sprawie wystąpiły okoliczności uzasadniające powstanie u zamawiającego wątpliwości co do zaoferowanej przez NMG Sp. z o.o. ceny. Argumenty odwołującego nie niosą żadnej przekonującej treści, która mogłaby uzasadniać kwestionowanie cen z oferty najkorzystniejszej. Różnica cen w ofertach przedłożonych przez wykonawców nie jest ani rażąca, ani nawet szczególnie wielka.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania ujawnienia informacji zastrzeżonych w ofercie NMG Sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa, zamawiający stwierdził, iż wszelkie żądania odwołującego należy rozpoznawać w kontekście art. 179 ust. 1 ustawy Pzp oraz interesu odwołującego w kierowaniu danego żądania. Zasada ta dotyczy również wniosku o odtajnienie zastrzeżonych dokumentów postępowania. Istota i sens takiego żądania dotyczy bowiem nie tyle udostępnieniu jakichkolwiek treści objętych klauzulą tajemnicy, co

ujawnieniu tych treści, które niosą ze sobą wartość merytoryczną, podlegającą ewentualnej weryfikacji w celu postawienia zarzutu. W konsekwencji za bezprzedmiotowe należy uznać żądania ujawnienia samych wzorów formularzy czy informacji ogólnych, czy formułek grzecznościowych zawartych w poszczególnych pismach. Przedmiotowy zarzut należy odnosić do jego wyraźniej treści, która obejmuje konkretne dokumenty, tj. zobowiązań do udostępnienia zasobów wraz z załącznikami, wykazu wykonanych zamówień wraz z poświadczeniami/oświadczeniami, wyjaśnień dotyczących powyższych dokumentów oraz wyjaśnień w przedmiocie tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający wystąpił do wykonawców o wskazanie przesłanek dla utajnienia zastrzeżonych dokumentów i takie wyjaśnienia otrzymał. Treści wyjaśnień odnoszące się do kwestii związanych z tajemnicą przedsiębiorstwa również nie zostały ujawnione, jako że czyniłoby to instytucję i ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa iluzoryczną.

Zamawiający podniósł, że nawet znajomość danych oznaczonego kontrahenta nie oznacza konieczności odtajnienia wszystkich dokumentów, które go dotyczą. Z tych dokumentów wynika bowiem, w jakiej płaszczyźnie konkurent musi korzystać z pomocy innych podmiotów, co wprost przenosi się na poziom koniecznych do uwzględnienia kosztów i wynagrodzeń – pozwala więc przewidywać zachowania rynkowe takich wykonawców.

Zamawiający stwierdził, że informacja jawna jest informacją dostępną dla szerokiego grona odbiorców.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący ma interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 90 ust. 1-4 ustawy Pzp polegającym na zaniechaniu wezwania NMG Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty złożonej przez wykonawcę NMG Sp. z o.o.

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy – Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie

pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Analiza treści wskazanego przepisu pozwala na wniosek, iż zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy tylko poweźmie wątpliwości co do zaoferowanej

ceny pod względem jej rażącego zaniżenia. Zamawiający obowiązany jest zbadać zaoferowaną cenę w odniesieniu do danych, którymi dysponuje. Izba stoi na stanowisku, iż punktem odniesienia dla zamawiającego powinna być ustalona przez niego wartość zamówienia, ale także ceny zaoferowane przez innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu.

A zatem, jeśli w trakcie oceny ofert zamawiający ma do czynienia z ofertą zawierającą cenę odbiegającą w istotny sposób od wartości przedmiotu zamówienia oraz innych ofert, w celu ustalenia, czy oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny.

Izba zbadała zatem przesłanki ewentualnego przeprowadzenia takiego postępowania i skonstatowała, iż w przypadku oferty wykonawcy NMG Sp. z o.o. istniały podstawy do żądania złożenia przez nich wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zaoferowana cena w sposób znaczny odbiega zarówno od wartości szacunkowej zamówienia, jak i cen pozostałych wykonawców.

Izba podkreśla, że zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający obowiązany jest ustalić szacunkową wartość zamówienia z należytą starannością. Wytyczne, w jaki należy ustalić tę wartość w przypadku usług zawiera art. 34 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym podstawą ustalenia wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo jest łączna wartość zamówień tego samego rodzaju:

1) udzielonych w terminie poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym, z uwzględnieniem zmian ilościowych zamawianych usług lub dostaw oraz prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem, albo

2) których zamawiający zamierza udzielić w terminie 12 miesięcy następujących po pierwszej usłudze lub dostawie.

W myśl art. 34 ust. 3 pkt 2 lit. b jeżeli zamówienia udziela się na czas oznaczony dłuższy niż 12 miesięcy (tak jak w niniejszym przypadku), wartością zamówienia jest wartość ustalona z uwzględnieniem okresu wykonywania zamówienia, a w przypadku zamówień, których przedmiotem są dostawy nabywane na podstawie umowy dzierżawy, najmu lub

leasingu z uwzględnieniem również wartości końcowej przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jednocześnie, zgodnie z art. 35 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie, zamawiający przed wszczęciem postępowania dokonuje zmiany wartości zamówienia.

W związku z tym, że zamawiający nie podnosił, iż szacunkowa wartość zamówienia została przez niego ustalona w sposób niewłaściwy, należy założyć, że dokonał on ustalenia tej wartości z uwzględnieniem wskazanych wyżej zasad. Przy ocenie zasadności zarzutu dotyczącego zaoferowania rażąco niskiej ceny wartość ta ma podstawowe znaczenie i nie można jej nie wziąć pod uwagę.

Wziąwszy pod uwagę, iż szacunkowa wartość zamówienia podstawowego wynosiła 5.414.000 zł (bez podatku VAT), natomiast cena oferty NMG – 3.270.000 (z podatkiem VAT), różnica pomiędzy tymi dwiema wartościami uzasadnia konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień niezbędnych do ustalenia, czy zaoferowana cena jest ceną rażąco niską.

Odnosząc się natomiast do cen zaoferowanych przez wykonawców biorących udział w postępowaniu stwierdzić należy, iż dysproporcje pomiędzy ceną wybranego wykonawcy a średnią ceną ofert złożonych w postępowaniu są jeszcze znaczniejsze niż pomiędzy ceną wykonawcy NMG Sp. z o.o. a szacunkową wartością zamówienia. Cena zaoferowana przez NMG Sp. z o.o. stanowi bowiem jedynie 31,6 % średniej ceny brutto spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Wskazane okoliczności uzasadniają konieczność wezwania wykonawcy NMG Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień niezbędnych do ustalenia, czy zaoferowania przez niego cena jest ceną rażąco niską.

Jednocześnie Izba podkreśla, że zarzut żądania odrzucenia oferty wykonawcy NMG Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, bez uprzedniego wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust.1 ustawy Pzp, nie mógł zostać uwzględniony. Odrzucenie oferty wykonawcy z powodu zaoferowania przez niego rażąco niskiej ceny musi być

poprzedzone wezwaniem go do złożenia wyjaśnień, co jednoznacznie wynika z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Uwzględnienie powyższego zarzutu oznacza jest równoznaczne z uwzględnieniem zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp polegające na wyborze oferty złożonej przez NMG Sp. z o.o. Nieuprawniony wybór oferty wykonawcy NMG Sp. z o.o. wynika z uznania jego oferty za najkorzystniejszą mimo niewyjaśnienia elementów cenotwórczych mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

15

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty NMG Sp. z o.o., mimo że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Izby odwołujący nie udowodnił, iż zaoferowana przez wykonawcę NMG Sp. z o.o. cena w wysokości 15.805.000,00 zł za Prawo opcji Nr 2 jest ceną zawyżoną i – tym samym – ma stanowić rekompensatę za zbyt niską cenę zaoferowaną w zamówieniu głównym. Odwołujący nie podał, nawet przykładowo, jaka powinna być cena za punkt pomiarowy i nie przedłożył na tę okoliczność żadnych dowodów. Szacunkowa wartość zamówienia Prawa opcji nr 2 wynosiła 22.575.000 zł, była więc znacznie wyższa niż cena zaproponowana przez wykonawcę. Analiza cen innych wykonawców wskazuje na dużą rozbieżność wyceniania licencji – od 2.180.000,00 zł nawet do 65.400.000,00 zł.

W ocenie Izby brak jest podstaw do uznania, iż działanie wykonawcy NMG Sp. z o.o. jest to działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami, podjętym w celu polepszenia swojej sytuacji przy realizacji zamówienia. Tylko takie działanie mogłoby zostać objęte dyspozycją normy prawnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 roku, Nr 153, poz. 1503 ze zm – dalej UZNK) i jako takie stanowić samoistną podstawę stwierdzenia, że w danym przypadku mamy do czynienia z nieuczciwymi praktykami Jak wskazał Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 22 października 2002 roku, sygn. akt III CKN 271/0, dobre obyczaje, na które się wskazuje w cytowanym przepisie, wskazują na działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu. W rozpoznawanej sytuacji odwołujący nie wykazał, iż działanie wykonawcy NMG Sp. z o.o. naruszyło dobre obyczaje uzasadniające stwierdzenie, iż w danym przypadku doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 3 i art. 96 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia odwołującemu:

a) zobowiązań do udostępniania zasobów Powerom LTD oraz Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. wraz z załącznikami do tych dokumentów,
b) wykazu wykonanych zamówień, potwierdzenia referencji w języku angielskim, potwierdzenia referencji w języku polskim, oświadczenia o obiektywnych przyczynach,

16

---

c) treści wyjaśnień złożonych przez NMG Sp. z o.o. dotyczących powyższych dokumentów,
d) treści wyjaśnień złożonych przez NMG Sp. z o.o. dotyczących przyczyn zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa,

mimo że, w ocenie odwołującego, informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Jedną z zasad udzielania zamówień publicznych, zawartą w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta gwarantuje transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zasada jawności postępowania doznaje ograniczeń w przypadkach określonych w ustawie. Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie

może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
- nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00). Powszechnie przyjmuje się zdaniem SN, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) "nie ujawniona

do wiadomości publicznej" to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się "tajemnicą przedsiębiorstwa", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznana, ale nie będzie tajemnicą.

Odwołujący podniósł, iż z treści jawnego formularza ofertowego wynika, że podmiotami udostępniającymi zasoby dla NMG Sp. z o.o. są PowerCOM Ltd. I Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. W konsekwencji fakt pozostawania przez NMG Sp. z o.o. w relacji biznesowej z tymi podmiotami nie jest tajemnicą. Zamawiający wymagał złożenia zobowiązań do udostępnienia zasobów według wzorów załączonych do SIWZ, których stopień ogólności uzasadnia przyjęcie, iż nie mają one wartości gospodarczej.

Z argumentacją odwołującego nie sposób się zgodzić. W ocenie Izby podjęcie współpracy z podmiotami trzecimi i korzystanie z ich zasobów przy realizacji zamówienia publicznego może stanowić informację posiadającą dla wykonawcy wartość gospodarczą. Tego rodzaju informacje to – ogólnie rzecz ujmując – wszelkie informacje dotyczące działalności przedsiębiorstwa, która jest związana ze zdobywaniem przez nie jak największego rynku i większej liczny klientów, a tym samym wpływa na powiększenie zysku. W tym sensie do umownie przyjętego pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa będą należały również umowy handlowe zawierane z innymi przedsiębiorcami w celu uzyskania zamówienia publicznego.

Wykonawca NMG Sp. z o.o. złożył zobowiązania podmiotów trzecich na formularzach sporządzonych przez zamawiającego, jednakże informacje dotyczące zakresu wykonywanych zasobów oraz warunków realizacji zobowiązań zawarł w umowach stanowiących załączniki do zobowiązań. W tej sytuacji brak jest podstaw do stwierdzenia, iż dokumenty te – z uwagi na stopień ogólności – nie mają wartości gospodarczej. Powyższe dotyczy również innych dokumentów, których ujawnienia żądał odwołujący, tj. wykazu wykonanych zamówień, potwierdzenia referencji, oświadczenia o obiektywnych przyczynach oraz treści dokumentu złożonego w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w kwestii zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek podjęcia działań, które zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zapewnią ochronę informacji przed upowszechnieniem, czy - ściślej mówiąc - ujawnieniem. Wskazuje to na obiektywną ocenę użytego w przepisie zwrotu "niezbędność". Ocena ma być dokonana *ex ante,* a nie *ex post.* Działanie przedsiębiorcy musi doprowadzić do powstania warunków

stwarzających duże prawdopodobieństwo, że informacja pozostanie nieujawniona. Tak więc, dopóki sam przedsiębiorca nie podejmie działań bezpośrednio zmierzających do zachowania

danych informacji w poufności, nie można mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne dopiero w sytuacji gdy zamawiający w wyniku przeprowadzenia odpowiedniego badania pozytywnie przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jeżeli natomiast w ocenie zamawiającego zastrzeżone przez wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub są jawne na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (np. art. 96 ust. 3) lub odrębnych przepisów, zobowiązany jest on do ujawnienia ich w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Skoro wykonawca dokonuje i czynność ta musi przez zastrzeżenia zostać oceniona zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać, iż podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu – w celu wyjaśnienia, czy zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – zwrócił się do przystępującego NMG Sp. z o.o. o złożenie stosownych wyjaśnień. Wykonawca takie wyjaśnienia złożył.

W ocenie Izby zarówno wyjaśnienia złożone przez przystępującego są wystarczające dla uznania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, tym bardziej, że przystępujący, składając ofertę, w której zastrzegł niektóre informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa, złożył dowody w postaci umów z podmiotami udostępniającymi swe zasoby, które zawierają klauzule o zaufaniu w poufności ustaleń dokonanych przez strony. W ocenie Izby czyni to zadość obowiązkowi wykazania, że w stosunku do zastrzeżonych informacji podjęto niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Sygn. akt: KIO 2671/14

W dniu w dniu 15 grudnia 2014 r. wykonawca Atende Spółka Akcyjna w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu, tj.:

---

1) wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum: Systemy Pomiarowe ELGAMA Sp. z o.o., UAB „ELGAMA - ELEKTRONIKA”, ADD - PRODUCTION S.R.I. jako oferty najkorzystniejszej,
2) zaniechania czynności, do której wykonania zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez Konsorcjum ELGAMA ADD sprawozdań finansowych UAB „ELGAMA - ELEKTRONIKA”, pomimo, że informacje zawarte w tych zastrzeżonych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
3) zaniechania czynności, do której wykonania zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tzn. zaniechania wykluczenia Konsorcjum ELGAMA ADD na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt.4 ustawy Pzp ze względu na fakt, iż Konsorcjum ELGAMA ADD nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu, z ostrożności procesowej - zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania wezwania w trybie art. 26 ust.3 do uzupełnienia dokumentów wykazujących spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
4) zaniechania czynności, do której wykonania zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum ELGAMA ADD, pomimo że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, z ostrożności procesowej, zaniechania wezwania Konsorcjum ELGAMA ADD do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy,
5) zaniechania czynności, do której wykonania zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez Decsoft S.A. i udostępnienia odwołującemu dokumentów w postaci: Wykaz wykonanych dostaw (Załącznik Nr 18 do SIWZ), dowody należytego wykonania dostaw i (dokumenty potwierdzające należyte wykonanie przedmiotu zamówienia), zaświadczenie o zdolności kredytowej - opinia bankowa, zobowiązanie do oddania zasobów (Załącznik Nr 26 do SIWZ), dokument rejestrowy podmiotu użyczającego zasoby, pomimo że informacje zawarte w tych

zastrzeżonych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
6) zaniechanie czynności, do której wykonania zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tzn. zaniechania wykluczenia Decsoft na podstawie przepisu art. 24 ust.2 pkt.4 ustawy ze względu na fakt, iż Konsorcjum ELGAMA ADD nie wykazało spełnienia warunków

udziału w postępowaniu, z ostrożności procesowej - zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania wezwania w trybie art. 26 ust.3 do uzupełnienia dokumentów wykazujących spełnienie warunków udziału w postępowaniu, - niezgodnej z przepisami ustawy czynności, tzn. poprawienia innej omyłki w ofercie Decsoft pomimo, iż omyłka nie mogła być poprawiona w trybie przepisu art. 87 ust.2 pkt.3 Ustawy, co skutkuje zaniechaniem odrzucenia oferty, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy ze względu na niezgodność oferty Decsoft z treścią SIWZ z ostrożności procesowej zaniechanie wezwania do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w trybie art. 87 ust.1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie zamawiającemu: 1. unieważnienia czynności oceny ofert; 2. odtajnienia zastrzeżonych przez Konsorcjum ADD ELGAMA oraz Decsoft, jako niejawnych wskazanych części oferty i wyjaśnień oraz udostępnienia ich odwołującemu; 3. unieważnienia czynności poprawienia omyłki w ofercie Konsorcjum ADD ELGAMA; 4. dokonania ponownej oceny ofert; 5. odrzucenia ofert lub wykluczenia ż postępowania wykonawców: Konsorcjum ADD ELGAMA; Decsoft. 6. z ostrożności procesowej - wezwania Konsorcjum ADD ELGAMA oraz Decsoft do uzupełnienia dokumentów wskazanych w odwołaniu oraz złożenia wyjaśnień dot. treści oferty; 7. wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w treści odwołania (art. 186 ust. 2 ustawy Pzp) odwołujący zażądał od zamawiającego dokonania czynności zgodnie ze wskazanym żądaniem odwołania.

Odwołujący podniósł, że w dniu 04.12.2014 r. zamawiający poinformował wykonawców o dokonaniu oceny ofert, zawiadamiając o wyborze oferty Konsorcjum ADD ELGAMA. Odwołujący po wnikliwej analizie udostępnionej mu przez odwołującego części dokumentacji postępowania stwierdził, iż wybór najkorzystniejszej oferty został dokonany z naruszeniem obowiązujących przepisów prawa. W związku z powyższym odwołujący złożył niniejsze odwołanie.

Zaniechanie odtajnienia dokumentów Konsorcjum ADD ELGAMA jako niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa: Zamawiający pismem z dnia 08.10.2014 r. żądając od Konsorcjum ELGAMA ADD wyjaśnień dotyczących części oferty zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa wezwał Konsorcjum ELGAMA ADD do uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa poszczególnych elementów oferty wykonawcy oraz wyjaśnienia, czy zastrzeżone informacje spełniają łącznie przesłanki do uznania ich jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W odpowiedziach z dnia 16 października

2014 r. Konsorcjum ELGAMA ADD poinformowało zamawiającego, że zastrzeżone przez wykonawcę informacje spełniają łącznie wszystkie przesłanki z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przedstawiając lakoniczne uzasadnienie. Odwołujący wskazał, że objęcie całości lub części oferty tajemnicą przedsiębiorstwa jest możliwe jedynie w przypadku wykazania przez wykonawcę, który dokonuje takie 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 przedsiębiorstwa, 2. nie została ujawniona do wiadomości publicznej, 3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Wykonawca nie spełnił ustawowych przesłanek do zastrzeżenia dokumentów w postaci sprawozdania finansowego spółki ADD - Production S.R.l oraz sprawozdanie finansowe UAB ELGAMA - ELEKTRONIKA wraz z opinią biegłego rewidenta. Niewątpliwie Konsorcjum ADD ELGAMA w przedstawionych wyjaśnieniach tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazało, że ziściły się wszystkie przesłanki wynikające z definicji legalnej, które pozwalają uznać, że zastrzeżenie powyższych dokumentów jako zawierających tajemnicę

przedsiębiorstwa jest zasadne, a mianowicie nie została spełniona przesłanka „braku ich ujawnienia do wiadomości publicznej". W wyjaśnieniach do przesłanki „nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej" Wykonawca wyjaśnia, że „Partnerzy Konsorcjum, spółki ADD - Production S.R.l oraz UAB „ELGAMA - ELEKTRONIKA" nie są spółkami publicznymi, w związku z powyższym ich sprawozdania finansowe nie są wystawione na widok publiczny, a potencjalnie zainteresowany przedsiębiorca nie może dotrzeć do złożonych sprawozdań w normalnym toku zdarzeń, bez specjalnych starań z jego strony". Odwołujący stwierdził, że sprawozdanie finansowe (litewskiego odpowiednika spółki z ograniczoną odpowiedzialnością — odpowiednikiem polskiego skrótu Sp. z o.o. jest litewski skrót UAB) UAB ELGAMA - ELEKTRONIKA wraz z opinią biegłego rewidenta według informacji publicznie dostępnych na stronach Wydziału Promocji Handlu i Inwestycji Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej w Wilnie w zakładce „Publiczne źródła informacji o sytuacji prawnej i finansowej litewskich przedsiębiorstwhttps://vilnius.trade.gov.pl/pl/przewodnik/article/detail,468,Publiczne_zrodla_informacji_o_sytuacji_prawnej_i_finansowej_litewskich_przedsiebiorstw.html można uzyskać informację, że „w rejestrze przedsiębiorstw znaleźć można zarówno dane rejestrowe dotyczące podmiotów litewskich, jak i składane przez nie sprawozdanie finansowe, umożliwiające zapoznanie się z sytuacją finansową partnera." Co więcej „nie ma żadnych wymagań formalnych odnośnie treści wniosku, konieczne jest jednak wskazanie organu, do którego wniosek jest kierowany, oznaczenie wnioskodawcy oraz danych identyfikacyjnych spółki, której ma dotyczyć odpis". Warunkiem uzyskania odpisu jest uiszczenie opłaty". Powyższe wskazuje, że procedura uzyskania odpisu jest bardzo podobna do procedury polskiej. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN

304/00) informacja (wiadomość) "nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Na gruncie polskiego prawa sprawozdanie finansowe spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jest jawne. Wykonawca nie może zastrzec wypisu z rejestru ewidencji działalności gospodarczej, ponieważ zgodnie z art. 88a ust. 2 ustawy z dnia 19 listopada 1999r. Prawo działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 101, poz. 1178) ewidencja działalności gospodarczej jest jawna. Zgodnie z ustawą z dnia 20 sierpnia 1997 r. O Krajowy Rejestrze Sądowym (Dz. U. z 2001 r. Nr 17 poz.209) każdy obywatel ma prawo uzyskać informacje zawarte w Rejestrze. Informacje o obrotach i zyskach, zobowiązaniach i należnościach wynikają ze sprawozdania finansowego, które jest jawne i powszechnie dostępne w aktach rejestrowych nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Według wyroków SN z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz. 59, z aprobującą glosą S. Hoca, Glosa 2001, nr 7, s. 23 oraz z dnia 5 września 2001 r., I CKN 1159/00, OSNC 2002, nr 5, poz. 67, tajemnicą nie są objęte takie informacje, które zostały wykorzystane, bo przedsiębiorca nie podjął działań niezbędnych do zachowania poufności (tajemnicy), albo które są dostępne w zwykły sposób, czyli ogólnie dostępne. Tajemnicy nie stanowią też wiadomości powszechnie znane, np. informacje zawarte w sprawozdaniach rocznych firmy, przedkładane łącznie z bilansem, albo wiadomości, które wprost albo drogą analizy można odczytać z bilansu. Dotyczy to też informacji przedstawianych ogólnie przez samego przedsiębiorcę albo publikowanych w mediach, co nieraz wynika z zainteresowania działalnością przedsiębiorcy ze względu na charakter działalności, procesy restrukturyzacyjne itp. Powyżej wskazana procedura uzyskania odpisu z rejestru przedsiębiorców Litwy, bardzo podobna do procedury polskiej jednoznacznie wskazuje, że informacja na temat sprawozdania finansowego UAB ELGAMA - ELEKTRONIKA ma charakter jawny, każdy zainteresowany bez żadnego specjalnego trudu może złożyć wniosek do odpowiedniego terytorialnie organu rejestru przedsiębiorców, bez względu na to, czy zamierza sprawdzić sytuację finansową podmiotu publicznego, lub prywatnego. Trudno uznać, że informacja na temat sprawozdań finansowych spółek z ograniczoną odpowiedzialnością może być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa także w porządku prawnym w Mołdawii - skrót S.R.L. jest odpowiednikiem skrótu Sp. z o.o., skoro jak wskazuje Konsorcjum ADD ELGAMA w dniu 1 września 2014 r. zaczęła obowiązywać Umowa o Pogłębionej i Kompleksowej Strefie Wolnego Handlu pomiędzy Unią Europejską, co wymusza na podmiotach mołdawskich transparentność i przejrzystość w zakresie dokumentów finansowych spółek.

Zaniechanie wykluczenia Konsorcjum ADD ELGAMA z uwagi na brak wniesienia wadium w formie wskazanej w ustawie. Warunkowa treść uwierzytelnienia gwarancji

bankowej. Zgodnie z pkt. 12.4.3 SIWZ, w przypadku wniesienia wadium w innej formie niż pieniądz zamawiający winien był złożyć oryginał gwarancji w siedzibie zamawiającego, natomiast do oferty winien był załączyć kopię gwarancji. Wniesienie wadium w formie gwarancji bankowej udzielonej w formie elektronicznej, to jest w drodze komunikatu SWIFT, nie można uznać za spełnienie wymogu zamawiającego, wskazanego w treści 12.4.3 SIWZ, przedstawione do oferty dokumenty są jedynie uwierzytelnieniem, bez zobowiązań po stronie podmiotu uwierzytelniającego Pekao S.A. i nie mogą być uznane za oryginał, bądź kopię oryginału gwarancji bankowej.

Zamawiający w pkt. 12.4.4.5. SIWZ wymagał złożenia gwarancji bankowej zawierającej bezwarunkowe zobowiązanie gwaranta do zapłacenia kwoty gwarancji na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego. Tymczasem złożone przez Decsoft uwierzytelnienie gwarancji przetargowej nr MT020011KTG14 zawiera zapis: „W celu identyfikacji, żądanie zapłaty zawierające wyżej wspomniane oświadczenie, należy nam przekazać za pośrednictwem banku prowadzącego Państwa rachunek, aby potwierdzić, że widniejące na żądaniu podpisy należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań w Państwa imieniu.”. Brak realizacji gwarancji na żądanie złożone w zwykłej formie pisemnej bezpośrednio przez zamawiającego do banku jest niedozwolonym warunkiem wypłaty gwarancji i powoduje, że gwarancja nie jest bezwarunkowa, zatem, jeżeli jej oryginał, albo kopia zostałyby załączone do oferty, to ów gwarancja bankowa i tak nie spełniałaby wymagań SIWZ. Powyższe potwierdza, że wykonawca Decsoft nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert.

Zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ADD Elgama, pomimo, iż oferta Konsorcjum ADD Elgama zawiera rażąco niską cenę. Podstawowym punktem odniesienia dla oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny jest wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez zamawiającego, powiększona o właściwą stawką podatku VAT. Z porównania wartości szacunkowej przedmiotowego zamówienia dla zamówienia podstawowego dla Zadania Nr 1 (12 311 000,00 zł), powiększonej o właściwą stawkę podatku od towarów i usług, z ceną netto oferty złożonej przez Konsorcjum ADD Elgama (9 637 790, zł) wynika, że cena netto oferty Konsorcjum ADD Elgama jest niższa o ponad 22% od tej wartości oraz znacząco odbiega od średniej arytmetycznej złożonych ofert uznanych przez Zamawiającego za ważne, w tym od oferty drugiej w kolejności, wskazanej w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty — oferty Wykonawcy Decsoft na kwotę netto 13 008 362,78 (w tym za dostawę samych urządzeń pomiarowych Decsoft zaoferował kwotę 11 313 062,78 zł), który to wykonawca zaoferował urządzenia pomiarowe firmy ADD - Production S.R.L., czyli jednego z konsorcjantów Konsorcjum ADD ELGAMA. Należy przy

tym wskazać, że jedynym kryterium oceny ofert w postępowaniu była cena za zamówienie główne, a głównym przedmiotem zamówienia wycenianym przez wykonawców, co pokazują treści złożonych przez Wykonawców ofert było dostarczenie urządzeń pomiarowych.

Zaniechanie wykluczenia Konsorcjum ADD ELGAMA z uwagi na nie przedstawienie odpowiednich dokumentów podmiotowych dot. członków Konsorcjum. Zamawiający nie udostępnił odwołującemu dokumentu, z którego wynikałoby, że zastosował się do treści § 4 ust.4 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 „W przypadku wątpliwości co do treści dokumentu złożonego przez wykonawcę mającego siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamawiający może zwrócić się do właściwych organów odpowiednio kraju miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, z wnioskiem o udzielenie niezbędnych informacji dotyczących przedłożonego dokumentu.”, choć korespondencja z Konsorcjum ADD ELGAMA jednoznacznie wskazuje, że takie wątpliwości powziął, opierając się w sposób niezgodny z treścią rozporządzenia na zapewnieniach wykonawcy co do równoważności i treści dokumentów załączonych do oferty dokumentów stosunku do treści i formy dokumentów obowiązujących w RP, wskazanych w treści rozporządzenia. Konsorcjum ADD Elgama w żaden sposób nie udowodniło ponad wszelką wątpliwość, że dokumenty podmiotowe,

składane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu można uznać za zgodne z przepisami Ustawy i ww. rozporządzenia, w szczególności § 4 ww. rozporządzenia, co więcej treść przedstawionych dokumentów oraz wyjaśnień Konsorcjum ADD Elgama potwierdza ich niezgodność z wymogami zawartymi w polskich przepisach powszechnie obowiązujących.

Zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ADD Elgama, pomimo niezgodności treści oferty - wypełnionego Załącznika Nr 23 z treścią SIWZ (oraz odpowiedziami zamawiającego do SIWZ), złożenie nieprawdziwego oświadczenia o pochodzeniu towarów. Konsorcjum ADD Elgama w ogóle nie złożyło oświadczenia o tym, że co najmniej 50% urządzeń będzie pochodziło z kraju UE lub kraju stowarzyszonego. Oświadczenie złożone zostało przez odrębne firmy, tymczasem to konsorcjum trzech firm jest wykonawcą i konsorcjum Konsorcjum ADD Elgama winno złożyć oświadczenie. Zamawiający w pkt. 5.6 SIWZ wskazał, że odrzuci oferty, w których udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, nie przekracza 50% - dotyczy Zadania nr 1. Wykonawca w celu potwierdzenia pochodzenia towarów złożył oświadczenie o udziale towarów, według wzoru,

---

stanowiącego Załącznik nr 23 do SIWZ. W odpowiedziach na pytania wykonawców z dnia 21 lipca 2014 r. (Odpowiedź Nr 2) zamawiający słusznie połączył spełnienie warunku z pk. 5.6 SIWZ z wejściem w życie umów o równym traktowaniu Wykonawców. Konsorcjum ADD ELGAMA zaoferowało urządzenia pomiarowe, których producentem będzie ADD - Production S.R.I. z siedzibą w Mołdawii. Konsorcjum ADD ELGAMA w wyjaśnieniach z dnia 12 listopada 2014 r. wskazało, że w dniu 1 września 2014 roku zaczęła obowiązywać Umowa pogłębionej i Kompleksowej Strefie Handlu pomiędzy Unią Europejską i Mołdawią, w związku z powyższym w stosunku do Mołdawii mają zastosowanie preferencje unijne, o których mowa w art. 138 c ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący podniósł, że – po pierwsze – pojęcie „wejścia w życie umowy" nie jest tożsame z pojęciem jej „obowiązywania", po drugie Mołdawii nie ma na liście państw z którymi Wspólnota Europejska podpisała umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców dostępnej na stronach UZP pod adresem http-y/www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;926. Należy również wskazać, że powyżej wskazana umowa jest rozbudowanym aktem prawnym, który na dzień składania ofert był ratyfikowany przez Mołdawię, natomiast nie został jeszcze ratyfikowany przez wszystkich członków UE. Ponadto nie wszystkie postanowienia ww. umowy obowiązują od 1 września 2014 r. Konsorcjum ADD ELGAMA nie wskazało przepisów, czy treści umowy, które pozwoliłyby stwierdzić, że w stosunku do sprzedaży urządzeń pomiarowych przez producenta z Mołdawii mają zastosowanie preferencje unijne, o których mowa w art. 138 c ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Jednocześnie SIWZ (np. pkt. 6.2.17. i pkt. 18.7.6. wzoru umowy na wykonanie Zadania nr 1) określa, że zamawiający w toku umowy będzie tylko badał tożsamość deklarowanego producenta, a od wykonawcy może egzekwować jedynie obowiązku dostarczenia urządzeń wyprodukowanych przez konkretnego producenta. Słuszne wydaje się założenie zamawiającego, że kraj produkcji zawsze będzie tożsamy z krajem producenta. W obecnie zaistniałej sytuacji zamawiający nie odrzucając oferty na urządzenia producenta ADD- Production S.R.L. z siedzibą w Mołdawii na tym etapie postępowania, później nie będzie
mógł, zgodnie z zaproponowanym wzorem umowy, odmówić przyjęcia towarów wyprodukowanych w 100% w Mołdawii przez producenta ADD-Production S.R.L. Przy tym zauważyć należy, że wykonawca nie wskazał żadnego podmiotu, z którego usług miałby korzystać na zasadzie podwykonawstwa (np. w zakresie produkcji urządzeń przez inne spółki ADD w innych krajach np. w Bułgarii) a jednocześnie gdyby istotny element procesu produkcji miałby być dokonywana przez któregoś z pozostałych członków konsorcjum (np. w Polsce albo na Litwie) to ten właśnie podmiot powinien zostać wskazany jako deklarowany producent. Nie odrzucając teraz oferty producenta z Mołdawii, to ani SIWZ ani umowa nie przewiduje możliwości odmowy przyjęcia liczników wyprodukowanych w Mołdawii przez zadeklarowanego producenta, gdyż zamawiający bada jedynie kraj producenta a nie kraj produkcji.

Zaniechanie wykluczenia Konsorcjum ADD ELGAMA z uwagi na nie wykazanie

spełnienia warunków udziału w postępowaniu: Analiza oferty Konsorcjum: Systemy Pomiarowe Elgama Sp. z o.o., UAB Elgama Elektronika, ADD Production S.R.I. wskazuje na brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, wykonawca w dokumencie „Wykaz zamówień" na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazał dwa zamówienia: 1) zamówienie o nazwie „Zaawansowane pomiary SeverElectro - poprawa efektywności" 2) zamówienie o nazwie „Dostawa infrastruktury pomiarowej do ENERGA - OPERATOR S.A."

Wykonawca w dokumencie załączonym do oferty „Wykaz zamówień" wskazał zamówienie o nazwie „Zaawansowane pomiary SeverElectro - poprawa efektywności" załączając również na poświadczenie jego należytego wykonania wskazanego zamówienia dokument o nazwie „Certyfikat aprobaty". W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w załączniku do pisma z dnia 16 października 2014 r. Konsorcjum ADD ELGAMA załączyło uzupełniony o nową treść Certyfikat aprobaty. Pismem z dnia 10 października 2014 r, wykonawca Decsoft poinformował zamawiającego, że „przedstawione zamówienie referencyjne z Kirgistanu nie zostało zrealizowane w technologii PRIME (wykaz zamówień załączony do formularza oferty), lecz S-FSK. Zamawiający pismem z dnia 03.11.2014 r. wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących rodzaju technologii wykorzystywanej w celu zrealizowania zamówienia przez ADD-Production s.r.l. na rzecz Severelectro. Wyjaśnienia Konsorcjum ADD ELGAMA z dnia 12 listopada 2014 r. nie są zgodne ze stanem rzeczywistym. Co więcej mając poważne wątpliwości wynikające ze znanych zamawiającemu dokumentów wydaje się, że właściwym działaniem w tym przypadku byłoby zwrócenie się z prośbą o wyjaśnienia bezpośrednio do pomiotu, dla którego zostało zrealizowane zamówienie, nie zaś tylko do Konsorcjum ADD ELGAMA. Udostępniona odwołującemu dokumentacja nie wskazuje, że zamawiający dochował należytej staranności w tym przypadku i zwrócił się z jakimkolwiek pismem, choćby do Severelectro. Sam dokument referencyjny wystawiony przez klienta (Severelectro) wskazuje, że ADD Production S.R.L. z siedzibą w Mołdawii (dalej: „ADD") dokonało dostawy urządzeń na „uniwersalnej sprzętowej oraz komunikacyjnej platformie wspierającej S-FSK IEC 61334-5-1 oraz OFDM PRIME". Dokument mający dowodzić należytego wykonania przez ADD dostawy urządzeń wraz z infrastrukturą umożliwiającą budowę kanału komunikacyjnego PRIME, nie wskazuje jakie oprogramowanie zostało w ramach platformy dostarczone, czy czy oprogramowanie S-FSK, OFDM Prime. Wedle informacji posiadanych przez odwołującego, ADD dostarczyło do Severelectro urządzenia pracujące w technologii S-FSK, w oparciu o protokół producencki ADD. Potwierdza to: 1). publikacja internetowa ze strony Metering.com i ADD (link: http://addgrup.com/news/add-grup-to-supply-100-000-smart-

meters- to-kyrgyzstan), gdzie jest wprost mowa o technologii na S-FSK planowanej do wdrożenia w Kirgistanie w oparciu o podpisaną umowę. Zatem zastosowana modulacja to S-FSK (i protokół ADD), a nie OFDM, a tym bardziej nie PRIME, gdyż modulacja S-FSK nie obsługuje protokołu PRIME. 2) ankieta wypełniona przez ADD, na potrzeby RFI dla RWE, dotycząca wykonanych dostaw i przekazana do naszego dostawcy w formie elektronicznej 15 września 2014 roku, w której to ADD wskazuje że zrealizowało dostawę do Kirgistanu 88 000 sztuk liczników pracujących w technologii S-FSK 61334-5-1. W tej samej ankiecie potwierdza dostawy PRIMEa wyłącznie do Polski do T-matic Systems, na potrzeby projektu Energa - Operator. Wynika z tego jednoznacznie że tylko do Polski ADD dostarczało PRIMEa, jednakże jedyna dostawa jaką ADD zrealizowało w PRIME, to dostawa wyłącznie liczników, która nie spełnia wymagań SIWZ, gdyż SIWZ wymagał dostawy w ramach jednego zamówienia referencyjnego zarówno liczników jak i koncentratorów oraz oprogramowania umożliwiającego komunikację w jednym z systemów wskazanych w SIWZ. W wyjaśnieniach wykonawca Elgama wskazał, że nie jest istotne jakiego protokołu komunikacyjnego używa klient ADD wymaganego przez SIWZ protokołu PRIME w technologii OFDM czy autorskiego protokołu ADD pracującego w technologii S-FSK, gdyż wymaganie SIWZ dotyczyło dostawy urządzeń wraz z infrastrukturą służącą do budowy kanału komunikacyjnego w technologii PRIME, i takie urządzenia ADD dostarczył do klienta, a fakt że klient nie zbudował komunikacji PRIME na tych urządzeniach jest nieistotny. Odwołujący stoi na stanowisku, że klient Severelectro korzysta z urządzeń ADD w oparciu o technologię S-FSK tj. inną niż wymagana przez SIWZ, a nawet jeśli urządzenia były fabrycznie wyposażone w moduł komunikacyjny PRIME, to korzystanie z komunikacji PRIME

wymaga wymiany Firmware na urządzeniach. Nawet jeśli taka wymiana Firmware odbywa się zdalnie, jest to element nieobjęty dostawą do klienta który wystawił referencje Powyższe uprawnia twierdzenie, że Konsorcjum ADD ELGAMA nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu Ad. 2) Zamiast poświadczenia należytego wykonania zamówienia o nazwie „Dostawa infrastruktury pomiarowej do ENERGA - OPERATOR S.A. wskazanego w dokumencie załączonym do oferty „Wykaz zamówień" Wykonawca przedstawił dokument o nazwie oświadczenie Wykonawcy, który potwierdza błędne wypełnienie przez Wykonawcę Wykazu wykonanych zamówień, gdyż zamówienie było de facto realizowane dla podmiotu T-matic Systems S.A. z grupy Arcus S.A. i ten właśnie podmiot winien być wskazany, jako podmiot, na rzecz którego zostało zrealizowane zamówienie. Już sama treść oświadczenia, wskazuje na brak obiektywnej przyczyny niemożności uzyskania poświadczenia, skoro T-Matic Systems jest podmiotem, który po dziś dzień prowadzi działalność gospodarczą. Z analizy ofert Wykonawców Provecta IT Sp. z o.o., ENERGO-TEL S.A. oraz oraz Konsocjum: Systemy Pomiarowe Elgama Sp. z o.o., UAB Elgama Elektronika, ADD Production S.R.I. wynika, że na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawcy:

Provecta IT Sp. z o.o., ENERGO-TEL S.A. oraz prawdopodobnie Konsorcjum: Systemy Pomiarowe Elgama Sp. z o.o., UAB Elgama Elektronika, ADD Production S.R.I. przedstawili to samo zamówienie realizowane dla Energa Operator przez głównego wykonawcę T-matic Systems S.A. Z poświadczenia złączonego do oferty przez Wykonawcę Provecta IT wynika, że zamówienie zostało zrealizowane w 2013 r., w związku z tym skoro ADD- Production S.R.I realizował część powyższego zamówienia, nie istnieje obiektywna przyczyna, dla której firma T-matic Systems nie mogłaby wystawić poświadczenia swojemu podwykonawcy, chyba, że w rozumieniu 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 ADD - Production S.R.L. wykonała je nienależycie.

Zaniechanie odrzucenia oferty Decsoft, pomimo niezgodności treści oferty - wypełnionego Załącznika Nr 23 z treścią SIWZ (oraz odpowiedziami zamawiającego do SIWZ). Z odtajnionej korespondencji Decsoft z zamawiającym wynika, że jako producenta urządzeń pomiarowych Decsoft wskazał firmę ADD Production S.R.L. z Mołdawii. Z uwagi na powyższe oferta Decsoft powinna być odrzucona z tych na podstawie tych samych przesłanek, jakie zostały wskazane dla odrzucenia oferty Konsorcjum ADD ELGAMA, z uwagi na niezgodności treści oferty - wypełnionego Załącznika Nr 23 z treścią SIWZ (oraz odpowiedziami zamawiającego do SIWZ). Decsoft w piśmie z dnia 5 listopada 2014 r. wskazał, że na podstawie umowy podwykonawczej wykonawca dostarczy produkty do zamawiającego, które w ponad 50% będą pochodziły z Bułgarii (kraju należącego) do UE, a pozostałym zakresie będą pochodziły z Mołdawii. Zastanawiające jest, że Konsorcjum ADD ELGAMA, którego członkiem jest ADD Production S.R.L. z Mołdawii, w wyjaśnieniach udzielonych zamawiającemu do treści wypełnionego Załącznika nr 23 nie wskazywało podobnego uzasadnienia, jak tego, które zostało przedstawione w wyjaśnieniach Decsoft. Zaniechanie odrzucenia oferty Decsoft, pomimo niegodności treści oferty z treścią SIWZ.

Bezpodstawne poprawienie błędu: Pismem z dnia 8 października 2014 r. zamawiający poinformował Decsoft, że na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprawia w przedmiotowej ofercie wartość ceny brutto Prawa opcji podanej pod tabelą na str. 4 oferty z ceny brutto 1 578 793,22 zł wskazanej przez Decsoft w ofercie, na cenę 1 373 039, 58 zł. Należy zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, że formularz ofertowy w ofercie Decsoft nie jest prawidłowo wypełniony. Jednakże zamiast stwierdzić, że jest to błąd, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający bezpodstawnie przystąpił do poprawienia „innej omyłki". Treść formularza ofertowego w zakresie wynagrodzenia za prawo opcji jest sprzeczna z treścią pkt. 17.2 SIWZ. Zamawiający w sposób nieuprawniony

poprawił ten błąd, uznając, że zachodzi możliwość jego poprawy na podstawie art. 87 ust.2 pkt.3 ustawy Pzp. Poprawienie tego błędu spowodowało istotne zmiany w treści oferty. Zamawiający poprawił błąd w sposób autorytarny, stając się autorem oferty Decsoft w zakresie wynagrodzenia za prawo opcji.

Zaniechanie odtajnienia dokumentów Decsoft jako nie zawierających tajemnicy przedsiębiorstwa: Zamawiający zaniechał odtajnienia formularza ofertowego wykonawcy Decsoft S.A., w części zastrzeżonej, jako tajemnica przedsiębiorstwa, wskazującej na nazwę producenta oferowanych urządzeń oraz wskazującej dokładne dane standardu, w którym maja pracować urządzenia pomiarowe. W ocenie odwołującego powyższych danych nie można uznać za dane, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie można uznać, że przedstawiają wartość gospodarczą dla wykonawcy, uprawniającą go do zastrzegania ich treści, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Co więcej, wydaje się, iż zastrzeżenie powyższych informacji może być jedynie uzasadnione ograniczeniem konkurencji dostępu do treści ofert wykonawców. Należy zauważyć, że zasada jawności jest podstawową zasadą prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a wyjątkiem od ww. zasady jest zastrzeganie dokumentów w ofertach wykonawców, jako zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Pismem z dnia 03.11.2014 skierowanym do Decsoft, a udostępnionym wykonawcom zamawiający ujawnił nazwę producenta urządzeń wskazanych w utajnionej części oferty zwierającej nazwy producentów urządzeń pomiarowych. Z uwagi choćby na powyższe zamawiający winien był odtajnić nazwy producentów urządzeń pomiarowych zastrzeżonych przez Wykonawcę w ofercie. Zamawiający zaniechał odtajnienia dokumentu o nazwie „Zaświadczenie o zdolności kredytowej" wraz ze zobowiązaniem do udostępnienia zasobów. Utrwalona linia orzecznicza KIO wskazuje, że nie ma podstaw do twierdzenia, że informacje zawarte w owych dokumentach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zaniechanie odtajnienia wypełnionego Załącznika nr 18 do SIWZ Wykazu wykonanych zamówień Decsoft, jako dokument zawierający tajemnicę przedsiębiorstwa - specyfika przedmiotu zamówienia jednoznacznie wskazuje, że zamówienia wskazywane przez wykonawców w wykazie wykonanych zamówień były realizowane dla podmiotów z sektora publicznego, lub zostały wykonane w celu realizacji usług dla sektora publicznego. W związku z powyższym, co potwierdza ugruntowana linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej, w tym treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 czerwca 2011 r. (sygn., akt KIO 1072/11), takie zastrzeżenie nie zasługuje na uwzględnienie. Poza tym, nawet jeśli hipotetycznie założyć, że któryś z wykonawców biorących udział w postępowaniu przedstawił celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu zamówienie, które było

realizowane na rzecz podmiotu prywatnego oraz nie było realizowane w celu świadczenia usług dla sektora publicznego, to biorąc pod uwagę treść danych, które wykonawcy mają przedstawić w wykazie można stwierdzić, że nie znajdują się tam dane, które mogą stanowić wartość gospodarczą dla tego wykonawcy, a jedynie zostały one zastrzeżone w celu uniemożliwienia konkurencji zapoznania się z treścią przedłożonych do oferty dokumentów, co podważa zasadność czynności ich zastrzeżenia.

Zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentu w postaci opinii biegłego rewidenta do przedłożonych sprawozdań finansowych. Zgodnie z treścią załączonego do wniosku odpisu z KRS 05.06.2000 Decsoft Sp. z o.o. przekształciła się w Decsoft spółkę akcyjną, co skutkuje na podstawie przepisów ustawy o rachunkowości obowiązkowym badaniem sprawozdania finansowego przez biegłego rewidenta w celu wyrażenia pisemnej opinii dotyczącej prawidłowości sporządzenia sprawozdania. Zamawiający w związku z treścią §1 ust. 1 pkt. 9 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, w celu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu żądał od wykonawców sprawozdania finansowego albo jego części, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również z opinią odpowiednio o badanym sprawozdaniu albo jego części, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności - za okres nie dłuższy niż ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres. W dokumentach udostępnionych wykonawcom przez zamawiającego nie znajdują się opinie biegłego rewidenta za lata obrotowe 2011-2013. Zamawiający zaś nie wezwał wykonawcy do uzupełnienia ww. dokumentów, pomimo, że w formularzu ofertowym Decsoft w spisie treści w poz. Nr 11 wskazał załączenie sprawozdań finansowych za lata 2011-2013 wraz z opinią biegłego rewidenta. Mając na uwadze argumenty przedstawione w niniejszym

odwołaniu, należy stwierdzić, że zamawiający poprzez swoje działania i zaniechania dokonania czynności do których jest zobligowany treścią przepisów dopuścił się szeregu naruszeń Ustawy. Należy zatem uznać, że odwołanie jest w pełni uzasadnione, a zarzuty określone w jego *petitum* w całości zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał na nieprawidłową formę zarzutów odwołania. W jego ocenie prezentowane okoliczności faktyczne, podstawa prawna zarzutu oraz żądanie odwołującego są niekonsekwentne oraz nie posiadają wzajemnego powiązania i odniesienia. Formalny zakres odwołania nie powinien zatem obejmować:

- zagadnienia nieprawidłowej formy wadium wniesionego przez Konsorcjum ADD Elgama oraz wykowacy Decsoft,
- zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 , 3 i 4 ustawy Pzp wobec braku doprecyzowania tych naruszeń w kontekście stanu faktycznego formalnego zakresu odwołania,
- kwestionowania drugiej pozycji Decsoft SA wobec braku jednoznacznego zakwestionowania jako uchybienia fakty usytuowania tego wykonawcy przez zamawiającego na drugim miejscu w rankingu ofert.

Dodatkowo zamawiający podniósł, iż odwołanie nie dotyczy unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Bez takiego rozstrzygnięcia odwołujący nie wykazuje interesu prawnego we wniesieniu odwołania.

W kwestii zarzutu tajemnicy przedsiębiorstwa konsorcjum Elgama i Decsoft zamawiający wskazał, że zarzut dotyka jedynie dokumentów finansowych konsorcjanta z siedzibą na Litwie. Sprawozdanie finansowe jest dokumentem szczególnie wrażliwym dla przedsiębiorcy i wypełnia przesłanki warunkujące możliwość uznania go za przedmiot ochrony tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zamawiający podniósł, że nawet gdyby na Litwie istniał obowiązek składania takich dokumentów, samo to nie przesądza, że obowiązany dostosował się do tego obowiązku. Do domeny publicznej nie należy natomiast tłumaczenie tego dokumentu.

W ocenie zamawiającego żądanie udostępnienia sprawozdania finansowego ADD Production S.R.L. nie jest natomiast objęte formalnym zarzutem odwołania.

W zakresie zarzutów dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa Decsoft SA kontakty oraz powiązania zamawiający stwierdził, że handlowe gospodarcze przedsiębiorców spełniają przesłanki zakwalifikowania do tej kategorii informacji. Odnosi się to w szczególności do podmiotu udzielającego wykonawcy swych zasobów. Chroniona jest nie tyle bowiem pojedyncza informacja, ale sam fakt istnienia określonej więzi pomiędzy dwoma uczestnikami obrotu gospodarczego i wszystkiego, co się z tą współpracą wiąże.

W zakresie zarzutu nieprawidłowej formy wadium wniesionego przez Konsorcjum Elgama zamawiający wskazał na argumenty zawarte w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 stycznia 2013 roku (Sygn. akt: KIO 2866/12, 2869/12, 2873/12). Podniósł ponadto, że gwarancja bankowa w formie komunikatu SWIFT jest ważną gwarancją bankową w rozumieniu art. 81 Prawa bankowego. Niezależnie od samoistnej dopuszczalności udzielenia

gwarancji w formie komunikatu SWIFT, możliwość udzielenia gwarancji bankowej w formie elektronicznej wprost przewiduje polskie Prawo bankowe.

W zakresie zarzutu nieprawidłowej formy wadium wniesionego przez Decsoft SA zamawiający podniósł, iż zarzut ten jest bezpodstawny zarówno na płaszczyźnie formalnej, jak i merytorycznej. Jednolicie w orzecznictwie przyjmuje się, że wymóg potwierdzenia podpisów przez bank stanowi aspekt formalny gwarancji i nie stanowi to ograniczenia odpowiedzialności w ramach zobowiązania gwaranta.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie konsorcjum Elgama zamawiający podniósł, że odwołanie nie tylko nie wykazuje, że cena ofertowa jest rażąco niska, ale przede wszystkim nawet nie uprawdopodabnia, że zaistniały wątpliwości, które miałyby skłaniać zamawiającego do kontrolowania tej kwestii.

W zakresie zarzutu braku dokumentów podmiotowych konsorcjum Elgama zamawiający wskazał, że zagadnienie opisane na str. 8 odwołania nie znajduje się w formalnym zakresie odwołania. Nie zawiera także żadnych konkretów, które mogłyby być

przedmiotem analizy Izby. Nie wiadomo nawet, o jakie dokumenty podmiotowe i w stosunku do którego konsorcjanta odwołujący kieruje swe wątpliwości. Zarzut w tym kształcie nie może być skuteczny i nie powinien być rozpoznany przez Izbę.

W zakresie zarzutu braku dochowania wymogu o pochodzeniu towarów (konsorcjum Elgama) zamawiający podniósł, iż oferta konsorcjum Elgama zawiera oryginalne dokumenty obejmujące oświadczenia wszystkich konsorcjantów odpowiadające treścią załącznikowi nr 23 do siwz. W tym stanie sprawy niezasadne jest domaganie się pozyskania dodatkowo oświadczenia konsorcjum, które nie stanowi odrębnego bytu prawnego.

Zamawiający podkreślił, że dla wykazania przedmiotowego warunku nie przewidywał – poza jednoznacznym oświadczeniem wykonawców – żadnych dodatkowych wymogów. Odwołujący nie zgłosił w tym przedmiocie zarzutów do siwa na etapie poprzedzającym składanie ofert, a tym samym nie może kwestionować przyjętych tam założeń.

W zakresie zarzutu wskazania w wykazie wykonanych prac projektów nieadekwatnych z wymogami siwz, złożonych przez konsorcjum Elgama, zamawiający stwierdził, iż informacje zawarte w ofercie oraz w wyjaśnieniach wykonawcy pozwalają przyjąć, że wskazany warunek siwz został dochowany w wymaganym zakresie. Zgodnie z punktem 7.1.1.2.2.1 siwz zamawiający zwracał się do wykonawców o wykazanie się zamówieniem obejmującym dostawę liczników energii elektrycznej i koncentratów wraz z niezbędną infrastrukturą służącą do budowy kanału komunikacyjnego w technologii PLC

(pasmo CENELEC A) w oparciu o specyfikację IDIS lub OSGP lub PRIME lub G3 PLC. Zamawiający nie wykluczył możliwości przedstawienia w wykazie referencyjnym zamówień, w których zastosowano uniwersalne moduły komunikacyjne, pod warunkiem, że jedną z obsługiwanych przez uniwersalny moduł specyfikacji jest przez niego wymagana, nawet, jeżeli specyfikacja ta nie jest u danego zamawiającego wykorzystywana. W wyjaśnieniach z dnia 12 listopada 2014 roku konsorcjum Elgama potwierdziło, że dostarczone do firmy Severelectro urządzenia (liczniki i koncentratory) posiadają uniwersalne platformy sprzętowe i komunikacyjne, które są przystosowane do komunikacji w technologii OFDM PRIME i są zdolne do budowy kanału komunikacyjnego w oparciu o specyfikację OFDM PRIME, zapewniającego dwukierunkową transmisję danych z koncentratorami. Tym samym potwierdzone zostało spełnienie wymagania zamawiającego dotyczącego warunku dopuszczenia do udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia.

W świetle argumentów użytych przez odwołującego, których celem jest potwierdzenie słuszności przedmiotowego zarzutu, a które mówią o tym, że wymiana Firmware urządzeń odbywa się zdalnie i jest to element nieobjęty dostawą do klienta, który wystawił referencje dla konsorcjum Elgama, należy zamawiający stwierdził, że są one chybione, ponieważ zamawiający nie wymagał, aby wykonawcy wykazywali, iż w ramach projektu referencyjnego realizowana była dostawa Firmware urządzeń, więc fakt sposobu, czy też warunków wymiany Firmware z punktu widzenia wymagań dotyczących potwierdzenia warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia dla zamawiającego jest nieistotny i nie podlega ocenie.

Zamawiający stwierdził, iż referencje odbiorcy urządzeń należy traktować całościowo w kontekście przedmiotu zamówienia referencyjnego, który zakładał zastosowanie w urządzeniach uniwersalnej platformy sprzętowej i komunikacyjnej. W takim zakresie należyte wykonanie prac zostało potwierdzone. W istocie zatem wykonawca wykazał więcej niż było wymagane przez zamawiającego, co nie może stanowić racjonalnego zarzutu przeciwko jego ofercie.

W zakresie zarzutu braku dochowania wymogu o pochodzeniu towarów przez wykonawcę Decsoft SA zamawiający podniósł, że rozważania objęte na str. 12 odwołania nie są objęte formalnym zakresem odwołania. Z ostrożności zamawiający wskazał, że Decsoft przedstawił wymagane oświadczenie o pochodzeniu towarów.

W zakresie zarzutu nieuprawnionego poprawienia omyłki w ofercie Decsoft zamawiający wskazał, że omyłka w ofercie Decsoft była oczywista, łatwa do wychwycenia oraz prosta do poprawienia. Nie wymaga skomplikowanych zabiegów ani inwencji ze strony

zamawiającego. Wartość ustalona po poprawieniu została samodzielnie wyliczona w tabeli

przez wykonawcę. Modyfikacja oferty była nie tyle prawem, co obowiązkiem zamawiającego.

W zakresie zarzutu warunku udziału w postępowaniu wykonawcy Decsoft zamawiający podniósł, że argumentacja odwołującego jest bezprzedmiotowa, lecz z uwagi na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa argumenty nie mogą być w prosty sposób zweryfikowana przez Izbę.

W zakresie zarzutu braku opinii dla sprawozdania finansowego w ofercie Decsoft zamawiający wskazał, iż raport biegłego rewidenta dla sprawozdań finansowych nie został utajniony i jest dostępny dla wykonawców. Odwołujący miał możliwość zapoznać się z jego treścią, co potwierdzają notatki z dnia:

- 01.20.2014 roku – wgląd do wszystkich ofert Zadanie nr 1 i Zadanie nr 2
- 08.12.2014 roku – wgląd do protokołu postępowania oraz odtajnionych części ofert
- 10.12.2014 roku – wgląd do str. 3 i 4 oferty Decsoft.

Zamawiający wskazał, że – niezależnie od powyższej argumentacji – nieskuteczność odwołania w stosunku do konsorcjum Elgama (pozycja 1 w rankingu) czyni jednocześnie bezprzedmiotowym zarzuty w stosunku do Decsoft SA (pozycja 2 w rankingu). Bez skutecznego zakwestionowania wyboru najkorzystniejszej oferty odwołujący II nie ma interesu prawnego w negowaniu oferty Decsoft SA, skoro nie ma to wpływu na wynik przetargu i możliwość udzielenie zamówienia odwołującemu. Potwierdzenie zatem przez Izbę prawidłowości postępowania zamawiającego wobec oferty Konsorcjum Elgama pozwala formalnie pominąć wszystkie zarzuty dotyczące Decsoft SA.

Na rozprawie w dniu 15 stycznia 2015 roku odwołujący cofnął zarzuty odwołania dotyczące: braku wniesienia wadium przez konsorcjum ADD Elgama oraz wykonawcę Decsoft S.A., zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny konsorcjum Elgama, zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia konsorcjum Elgama z powodu niezłożenia dokumentów podmiotowych, zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Decsoft S.A., z powodu niezgodności treści oferty załącznika nr 23 z treścią SIWZ, zarzut dotyczący bezpodstawnego poprawienia omyłki w ofercie Decsoft S.A., zarzut dotyczący zaniechania wezwania dokumentów do uzupełnienia dokumentów - w postaci opinii biegłego rewidenta. W pozostałym zakresie podtrzymał zarzuty odwołania.

Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w części dotyczącej nieuprawnionego utajnienia tych dokumentów zawartych w ofertach konsorcjum ADD ELGAMA i Decsoft SA, które Izba wskazała szczegółowo w sentencji wyroku.

Izba uznała, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba uznała za zasadne zarzuty dotyczące nieuprawnionego utajnienia w ofercie konsorcjum ADD Elgama: sprawozdań finansowych spółki ADD – Production S.R.L. w Kiszyniowie oraz UAB „ELGAMA-ELEKTRONIKA" w Wilnie wraz z opinią biegłego rewidenta, a w ofercie wykonawcy Decsoft: formularza ofertowego, zaświadczenia o zdolności kredytowej, wykazu wykonanych zamówień oraz dokumentu zawierającego zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów.

Izba podtrzymuje argumentację prawną dotyczącą możliwości zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa podaną przy rozpoznawaniu analogicznych zarzutów podniesionych w odwołaniu o sygn. akt KIO 2666/14 i stwierdza, że zarówno przystępujący Konsorcjum ADD Elgama, jak i wykonawca Decsoft nie wykazali, iż informacje przez nich zastrzeżone wykazują cechy konieczne do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Podkreślenia wymaga, iż wszelkie odstępstwa od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wymagają szczególnego rozpoznania przez zamawiającego. W ocenie Izby wykazanie, iż pewne informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy do wykonawcy, który w tym celu obowiązany jest złożyć szczegółowe i poparte dowodami wyjaśnienia.

Izba zgadza się, iż informacje zastrzeżone przez wykonawców mogą mieć dla nich wartość gospodarczą, niemniej jednak – jak to już wyżej wskazano – dla uznania, że dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, nie może być ona ujawniona do wiadomości publicznej oraz należy podjąć w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania

poufności.

Izba dokonała oceny wyjaśnień złożonych przez obydwa wskazane podmioty i skonstatowała, że są one zbyt ogólne i lakoniczne, by można jest uznać za wystarczające

dla uznania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawcy ograniczyli się do podania krótkiej i bardzo ogólnej formułki. Nie przedstawili też żadnych dowodów na okoliczność wykazania, iż dokonali jakichkolwiek czynności w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji. Stąd też brak jest podstaw do zaniechania ich ujawnienia przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

Izba nie uwzględniła zarzutu zaniechania wykluczenia konsorcjum ADD Elgama z powodu niewykazania, iż posiada on wymagane przez zamawiającego doświadczenie w zakresie dostawy liczników energii elektrycznej i koncentratorów wraz z niezbędną infrastrukturą służącą do budowy kanału komunikacyjnego w technologii PLC (pasmo CENELEC A).Certyfikat aprobaty z dnia 22 czerwca 2014 roku, z którego wynika, że Severelectro potwierdza, iż ADD PRODUCTION S.R.L. wykonała dostawy 879 koncentratorów danych, 66 627 liczników energii elektrycznej modeli NP71 oraz NP73 na uniwersalnej, sprzętowej oraz komunikacyjnej platformie wspierającej S-FSK IEC 61334-5-1 oraz OFDM PRIME w celu zapewnienia dwukierunkowej transmisji danych z koncentratorami.

Pismem z dnia 3 listopada 2014 roku zamawiający wezwał konsorcjum ADD Elgama do złożenia wyjaśnień w zakresie realizacji zamówienia na rzecz Severelectro. Wskazał, że wykonawca oświadczył w ofercie, że w ramach zamówienia ADD Production dostarczyła inteligentne liczniki funkcjonujące na platformie S-FSK IEC 61334-5-1 oraz OFDM PRIME. Zamawiający wezwał do wykazania, jaka ilość liczników dostarczonych w ramach ww. zamówienia komunikowała się w technologii OFDM PRIME. Zgodnie z pkt. 7.1.1.2.2.1 siwz doświadczenie wykonawcy powinno obejmować co najmniej 1 zamówienie, w ramach którego dostarczył co najmniej 40 000 sztuk liczników w technologii PLC w oparciu o specyfikację IDIS, OSGP, PRIME lub G3 PLC.

W piśmie z dnia 12 listopada 2014 roku konsorcjum stwierdziło, iż urządzenia dostarczone do Severelectro posiadają wbudowaną uniwersalną platformę sprzętową i komunikacyjną przeznaczoną do komunikacji w technologii PLC, która może komunikować się przy użyciu protokołu (technologii) OFDM PRIME lub S-FSK IEC 61334-5-1. Wszystkie urządzenia dostarczone do Severelectro przez partnera Konsorcjum, - spółkę ADD Production S.R.L. są przystosowane do komunikacji w technologii OFDM PRIME i S-FSK IEC 61334-5-1. Zastosowanie uniwersalnej platformy sprzętowo-komunikacyjnej nadaje urządzeniom wyłącznie dodatkową funkcjonalność, tj. możliwość skorzystania ze specyfikacji S-FSK IEC, jednak nie ogranicza funkcjonalności urządzenia ani nie odróżnia od innych podobnych urządzeń w przypadku wykorzystywania do komunikacji według specyfikacji. OFDM PRIME.

W ocenie Izby odwołujący nie udowodnił, iż liczniki dostarczane w ramach realizacji kontraktu z Severelectro nie były przystosowane do komunikacji w technologii PRIME. W szczególności dowodami na wykazanie zasadności tego zarzutu nie mogą być wydruki ze strony internetowej czasopisma „Wieczernyj Biszkek” ani też stenogram audycji telewizyjnej w telewizji MIR 24. Izba nie neguje co do zasady możności składania dowodów w formie wydruków ze stron internetowych, jednakże muszą one cechować się odpowiednim stopniem wiarygodności i fachowości. Tymczasem w rozpoznawanym przypadku dowodami miałyby być informacje prasowe, których rzetelności nikt nie zweryfikował. Nie sposób także wywieść z nich, że urządzenia, których dotyczą, pochodzą z zamówienia, które wykazał przystępujący. Z kolei treść korespondencji prowadzonej z Panem M. D. jest zbyt lakoniczna, by mogła stanowić dowód w sprawie, zwłaszcza wobec dokumentów złożonych przez przystępującego ADD Elgama.

Izba oceniła jako wiarygodne dokumenty złożone przez przystępującego ADD Elgama. Dotyczy to w szczególności Certyfikatu aprobaty z dnia 22 czerwca 2014 roku. Z dokumentu tego wynika, iż przystępujący ADD Elgama spełnia warunek w zakresie wymaganego doświadczenia.

Nieuwzględnienie wskazanego zarzutu czyni zbędnym rozpoznawanie zarzutu dotyczącego złożenia niewłaściwych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie prac dla Energa Operator SA. Zgodnie z wymaganiami zamawiającego wystarczające było bowiem wskazanie tylko jednego projektu.

Izba nie uwzględniła zarzutu zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum ADD Elgama z uwagi na niewłaściwy załącznik nr 23 do SIWZ. Zamawiający w pkt. 5.6 SIWZ wskazał, że odrzuci oferty, w których udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców nie przekracza 50%. W celu wykazania spełniania powyższego wymogu wykonawcy obowiązani byli złożyć wraz z ofertą oświadczenie o udziale towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców.

Oświadczenie o udziale towarów zostało złożone przez każdego z członków konsorcjum ADD Elgama z osobna. W ocenie Izby brak jest podstaw do uznania, że złożenie oświadczeń w tej formie dotknięte jest wadliwością.

Zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. W myśl ust. 2 w przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia

albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pełnomocnikiem Konsorcjum ADD Elgama jest Systemy Pomiarowe ELGAMA Sp. z o.o. w Świdnicy.

Instytucja pełnomocnictwa uregulowana jest w art. 95 i nast. Kodeksu cywilnego. Jest to umocowanie do działania w cudzym imieniu opierające się na oświadczeniu reprezentowanego. Żaden z przepisów Kodeksu cywilnego ani też innego obowiązującego w Polsce aktu prawnego, nie wyłącza możności osobistego działania osoby, pomimo tego że udzieliła innej osobie pełnomocnictwa. Podkreślić przy tym należy, iż zawiązane przez wykonawców konsorcjum nie jest osobnym podmiotem prawnym składającym ofertę. Oferta została złożona przez 3 osoby ubiegające się wspólnie o udzielenie zamówienia, które łączy zawarta przez nie umowa konsorcjum. Przyjęcie, iż oferta została złożona przez konsorcjum rozumiane jako osobny byt prawny, nie może się ostać. Skoro zaś ofertę złożyły trzy podmioty, każdy z ich mógł złożyć ważne oświadczenie w kwestii pochodzenia towarów. Odmienne stanowisko nie znajduje podstawy prawnej.

Brak jest również podstaw do uznania, że zamawiający niezasadnie zaniechał odrzucenia oferty konsorcjum ADD ELGAMA z uwagi na fakt, iż wykonawca ten, pomimo złożenia oświadczeń o pochodzeniu towarów, nie spełnia warunku związanego z koniecznością dostarczenia towarów w ilości przekraczającej 50% z krajów UE lub z krajów, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców. Podkreślić należy, że zamawiający, dla wykazania spełnienia tego wymogu, żądał wyłącznie złożenia oświadczenia według wzoru stanowiącego załącznik nr 23 do siwz. Zamawiający nie wymagał natomiast innych danych, w szczególności konkretnego wskazania pochodzenia zaoferowanych urządzeń. Konsorcjum ADD Elgama uczyniło zadość wymogom siwz, składając wymagane oświadczenie i w związku z brakiem konieczności składania innych dokumentów bądź danych mających służyć potwierdzeniu powyższego wymogu, brak jest podstaw do uznania, że jego oferta była w tym zakresie wadliwa. Podkreślenia wymaga, iż Konsorcjum ADD Elgama nie wskazało w ofercie kraju pochodzenia liczników i nie miało obowiązku do takiego wskazania. Nawet przy założeniu, iż liczniki produkowane będą w Mołdawii, odrzucenie oferty z powodu niespełniania wymogu w zakresie wskazanego wymogu nie jest możliwe. Jest to bowiem tylko przypuszczenie odwołującego, które samo w sobie, nie może być podstawą do odrzucenia oferty.

Izba nie uwzględniła zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Decsoft z uwagi na niespełnianie przez niego warunku udziału w postępowaniu. Izba przeanalizowała dokumenty złożone przez wykonawcę Decsoft, w tym wykaz wykonanych zamówień i oświadczenie podmiotu trzeciego w zakresie udostępnienia zasobów i

skonstatowała, że dokumenty te potwierdzają, iż wykonawca spełnia warunek udziału w

postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia. Izba podkreśla, że informacje stanowiące podstawę do takiego rozstrzygnięcia objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawcy, w związku z czym ich ujawnienie w uzasadnieniu orzeczenia nie jest możliwe. Izba nakazała wprawdzie zamawiającemu ujawnienie tych informacji, jednakże do czasu wykonania wyroku przez zamawiającego, zastrzeżenie ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest skuteczne.

Izba nie podziela argumentacji zamawiającego dotyczącej nieprawidłowej formy odwołania. Żaden z przepisów ustawy Pzp ani też rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań nie zobowiązuje wykonawców do lokalizowania zarzutów w jednym miejscu odwołania. Należy zgodzić się, iż odwołanie winno zawierać precyzyjnie określone zarzuty, przy czym jako zarzut należy rozumieć wskazanie konkretnej czynności zamawiającego lub zaniechania dokonania czynności, do której zamawiający był zobowiązany z mocy ustawy. Oczywiście pożądanym byłoby, by zarzuty te znajdowały się w jednej części odwołania, niemniej jednak ich umieszczenie w różnych miejscach nie może skutkować uznaniem, że w ogóle nie zostały one podniesione.

Odnosząc się natomiast do argumentacji, iż ewentualne uwzględnienie zarzutów dotyczących wykonawcy Decsoft nie może mieć wpływu na wynik postępowania, Izba stwierdza, iż nie badała dokumentów utajnionych przez konsorcjum ADD Elgama pod kątem ich zgodności z wymaganiami siwz. Odwołujący – po zapoznaniu się z treścią odtajnionej dokumentacji – będzie mógł je zweryfikować pod względem zgodności z siwz i – ewentualnie – podnosić wobec nich zarzuty. Stąd też brak jest podstaw do przyjęcia, iż uwzględnienie zarzutów wobec Decsoft nie może mieć wpływu na wynik postępowania.

40

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....

41