Sygn. akt: KIO 1173/13

WYROK
z dnia 29 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**
Protokolant: Łukasz Listkiewicz
po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 maja 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **17 maja 2013 r.** przez wykonawcę: **GTS Poland Sp. z o.o. ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Bank Gospodarstwa Krajowego, Al. Jerozolimskie 7, 00-955 Warszawa,** przy udziale wykonawcy: **Exatel S.A. ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **GTS Poland Sp. z o.o. ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa,**
   2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **GTS Poland Sp. z o.o. ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa,** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący: …...……...

Sygn. akt: KIO 1173/13

U z a s a d n i e n i e:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usług kolokacji obejmujących najem powierzchni serwerowej, usługi transmisji światłowodowej do Centrali, usługi migracji i inne usługi powiązane” (Dz. Urz. UE 2013/S 005-005766 z 8.01.2013 r.), w dniu 17 maja 2013 r. zostało złożone w formie elektronicznej (z podpisem zweryfikowanym przy pomocy kwalifikowanego ważnego certyfikatu) odwołanie przez wykonawcę: GTS Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym, tj. 17 maja 2013 r.

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności wyboru oferty wykonawcy Exatel S.A. z siedzibą w Warszawie, zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, ewentualnie zaniechania wezwania wykonawcy Exatel S.A. do uzupełnienia dokumentów, o której to czynności odwołujący został powiadomiony w trybie art. 27 ust. 2 ustawy Pzp w dniu 8 maja 2013 r. W tym samym dniu odwołujący otrzymał również odmowną odpowiedź zamawiającego na pismo wzywające do ujawnienia zastrzeżonych informacji w ofercie Exatel.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Bankowi Gospodarstwa Krajowego w Warszawie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej zwanej ustawą Pzp, tj.:
1. art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Exatel S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Exatel”) pomimo, iż oferowane przez Exatel usługi nie spełniają wymagań określonych przez zamawiającego w wierszu 3 Tabeli wymaganych parametrów usługi (Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia), a zatem oferta jest niezgodna z SIWZ,
2. ewentualnie w przypadku niepotwierdzenia się powyższego zarzutu - naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Exatel do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowane usługi spełniają wymagania zamawiającego zgodnie z rozdziałem X punkt 1 SIWZ (specyfikacji istotnych warunków zamówienia),

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Exatel S.A. pomimo, iż oferowane przez Exatel usługi nie spełniają wymagań określonych przez zamawiającego w poz. 19 Załącznika 3c - Formularz Oferty Technicznej, a zatem oferta jest niezgodna z SIWZ,
4. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Exatel pomimo iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje w zakresie spełniania wymagań zamawiającego w zakresie powierzchni, którymi dysponuje dla realizacji przedmiotu zamówienia,
5. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Exatel pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia,
6. ewentualnie, jeśli Exatel nie był wzywany do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie - naruszenie art. 26 ust. 3 poprzez zaniechanie wezwania Exatel do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia,
7. art. 8 ust. 1 i 2 i 3 Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia zastrzeżonych w ofercie Exatel informacji, jak również zaniechanie wezwania Exatel do wykazania zasadności zastrzeżenia części oferty,
8. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy,
9. naruszenie innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

Powołując się na uszczerbek swego interesu w uzyskaniu zamówienia, jako wykonawcy, który złożył ofertę sklasyfikowaną na drugiej pozycji, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonanie czynności:

1) unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty;
2) odtajnienia informacji zastrzeżonych w ofercie Exatel;
3) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert oraz wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty złożonej przez Exatel, ewentualnie wezwania Exatel do uzupełnienia brakujących dokumentów.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący ponosił, co następuje.

Zarzut 1 - dotyczący niespełniania wymagań dotyczących lokalizacji obiektu (wiersz 3. Tabeli wymaganych parametrów usługi - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia).

W Załączniku do SIWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia, Zamawiający wymagał, tego że: „Lokalizacja nie może znajdować się na terenach, które mogłaby objąć swym zasięgiem klęska żywiołowa, taka jak podtopienie czy zalanie według danych dla zagrożenia 20 letniego”. Na potwierdzenie spełniania powyższych wymagań, zamawiający żądał przedstawienia dokumentów określonych w rozdziale X.1 SIWZ, tj. dokumentu wystawionego przez uprawniony podmiot, właściwy ze względu na miejsce lokalizacji obiektu, w którym znajduje się powierzchnia, którą dysponuje wykonawca, opisującego stan zagrożenia powodzią obszaru, na którym zlokalizowany jest ww. obiekt, w szczególności zagrożenia, o których mowa w art. 9 ust. 1 lit 6b) i 6c) ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. Prawo wodne (tj. Dz. U. z 2012 r. poz. 145).

Zgodnie z przepisami ustawy Prawo wodne (przepisy Działu Va w zw. z art. 92 ustawy Prawo wodne), organem odpowiedzialnym za ocenę ryzyka i ochronę przeciwpowodziową na szczeblu lokalnym jest Dyrektor Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej (na szczeblu centralnym organem właściwym jest centralny organ administracji rządowej - Prezes Krajowego Zarządu Gospodarki Wodnej). Oznacza to, że uprawnionym podmiotem właściwym ze względu na miejsce lokalizacji obiektu w rozumieniu rozdziału X.1 SIWZ powinien być Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Warszawie. W zakresie jego odpowiedzialności i kompetencji leży bowiem monitorowanie oraz ocena stanu zagrożenia powodziowego poszczególnych obszarów. Wykonawca Exatel nie załączył do oferty dokumentu wystawionego przez właściwy Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej, a tym samym - nie potwierdził zgodności oferowanej usługi z wymaganiami zamawiającego. Do oferty Exatel (str. 24) dołączono jedynie pismo z Urzędu Miasta Stołecznego Warszawy informujące, iż lokalizacja obiektu znajduje się poza zasięgiem potencjalnych stref zalewowych rzeki Wisły. Jednakże, w świetle przepisów ustawy Prawo wodne, Urząd Miasta

nie jest podmiotem uprawnionym do wydawania tego typu dokumentów.

Co więcej, treść pisma nie odwołuje się w żaden sposób do oceny ryzyka dokonywanej w ramach ustawowych kompetencji przez Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej, a jedynie - powołuje się na mapy opracowywane przez podmiot prywatny na potrzeby opiniowania projektów miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego. Wobec wyraźnych postanowień SIWZ w zakresie potwierdzenia spełniania wymogów przez podmiot uprawniony i w zakresie określonym w szczególności przepisami ustawy Prawo wodne, dokument przedstawiony przez Exatel należy uznać za niewystarczający dla potwierdzenia zgodności oferty z SIWZ.

Zarzut 2 - ewentualnie w przypadku niepotwierdzenia się powyższego zarzutu – ad. 1 - naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Exatel do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowane usługi spełniają wymagania zamawiającego zgodnie z rozdziałem X. 1 SIWZ.

Zarzut. 3 - niezgodności oferty z SIWZ w zakresie wymagań dotyczących powierzchni.

W poz. 19 Formularza Oferty Technicznej, zamawiający postawił wymagania dotyczące udostępnianej powierzchni: „Całość udostępnianej powierzchni winna być wyposażona w techniczną podłogę podniesioną, spełniającą następujące wymagania lub równoważne do nich:

- minimalna wysokość 450 mm;
- klasa odporności ogniowej min. REI30;
- obciążenie powierzchniowe >= 20kN/m2;
- obciążenie punktowe >= 5kN na panel;
- podłoga powinna być wyposażona w panele wentylacyjne umożliwiające swobodną cyrkulację i sterowane nawiewem powietrza z klimatyzacji precyzyjnej.

Powyższe wnioski, co do niespełnienia przez Exatel S.A. tych wymogów - odwołujący wywiódł z wydruku z ekranu strony internetowej wykonawcy Exatel pod adresem http://www.exatel.pl/pl/uslugi/uslugi-dodane/kolokacja.htm#tabs-113, gdzie uwidoczniono następujące dane techniczne dotyczące usługi kolokacji:

przestrzeń na instalację szafy - 2,5 m2,
maksymalna wysokość prześwitu między podłogą a sufitem - 3 m,
maksymalne obciążenie podłogi - 6 kN/m2,
klimatyzacja 20-25 st. C,
system zasilania prądem zmiennym 230 VAC,
system zasilania prądem stałym 48 VDC,
wilgotność 40-60%.

Z powyższych informacji wynika, zdaniem odwołującego, iż oferta Exatel nie spełnia wymagań w zakresie nośności powierzchni. Obiekt, którym dysponuje Exatel posiada parametr maksymalnego obciążenia podłogi o wartości 6 kN/m2, która jest dużo niższa niż wymagana wartość 20 kN/m2. Oferta Exatel podlega zatem odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ.

Zarzut 4 – złożenia nieprawdziwych informacji przez Exatel. Powyższa niezgodność (omówiona w pakt 3) świadczy o niezgodności oferty Exatel z treścią SIWZ, a także - o tym, iż wykonawca ten złożył w trakcie postępowania nieprawdziwe oświadczenie - dotyczące

---

spełniania wskazanego wymogu. Wobec faktu, iż potwierdzenie spełniania wymogu w zakresie parametrów udostępnianej powierzchni jest okolicznością mającą wpływ na wynik postępowania, złożenie jej powinno skutkować wykluczeniem Exatel S.A. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – jak wywodził odwołujący.

Zarzut 5 - niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Zgodnie z pkt VII.1 SIWZ, zamawiający wymagał wykazania się przez wykonawców realizacją co najmniej 2 zamówień polegających na świadczeniu usług kolokacji, każde o wartości minimum 700 000,00 zł brutto. Dla potrzeb oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, zamawiający zdefiniował ponadto sposób rozumienia usług „kolokacji”,

doprecyzowując w jakim zakresie wymaga posiadania przez wykonawców odpowiedniej wiedzy i doświadczenia. Ze sformułowania SIWZ wynika, że zamawiający uzna warunek za spełniony, gdy wartość realizowanej usługi kolokacji wyniesie, co najmniej 700 000 zł.

W wykazie „Doświadczenie" w jawnej części oferty Exatel wskazane zostało tylko jedno zamówienie, realizowane dla BGK, którego należyte wykonania miał potwierdzić list referencyjny załączony na stronie 22 oferty Exatel. Z treści tego dokumentu wynika, iż oprócz usług kolokacji, Exatel realizował na rzecz odbiorcy również usługę dostępu do Internetu oraz dzierżawy światłowodowych kanałów cyfrowych i włókien światłowodowych. W wykazie, wykonawca wskazał, iż wartość zamówienia wyniosła ponad 700 000,00 zł, jednakże ani z wykazu ani z treści referencji nie wynika, czy wartość samej usługi kolokacji osiągnęła wymaganą kwotę. Brak doprecyzowania w tym zakresie, co najmniej budzi wątpliwości, czy wskazana przez Exatel kwota nie obejmuje łącznie usługi kolokacji oraz pozostałych usług świadczonych w ramach tego zamówienia.

Zdaniem odwołującego, zamawiający zaniechał wezwania do uzupełnienia wykazu o powyższe informacje, nie wezwał także do wyjaśnień (brak jest w protokole z postępowania informacji o wezwaniu Exatel w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp). W sytuacji, w której powyższe zamówienie jest jednym z dwóch wskazanych w ofercie, (przy czym odwołujący założył, że druga usługa została wskazana w części zastrzeżonej, jako tajemnica przedsiębiorstwa) to tym samym, wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu (zamawiający wymagał zrealizowania, co najmniej dwóch usług).

Odwołujący przywołując okoliczność, iż jakkolwiek część oferty jest zastrzeżona, jako tajemnica przedsiębiorstwa - to istnieje wysokie prawdopodobieństwo, iż Exatel nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. W związku z powyższym wnosił o zbadanie [przez Izbę] części oferty Exatel zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa - pod kątem

wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego przez zamawiającego doświadczenia.

Zarzut 6 – jeśli Exatel nie był wzywany do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie - naruszenie art. 26 ust. 3 poprzez zaniechanie wezwania Exatel do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia,

Zarzut 7 - zaniechania odtajnienia części oferty Exatel - wykazu usług. Odwołujący przywoływał poglądy doktryny i orzecznictwa, że prawo do zastrzeżenia w treści oferty informacji stanowiących w opinii wykonawcy, tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest nigdy prawem bezwzględnym, chociażby dlatego, że wykonawca nie może zastrzec elementów, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp. Przedsiębiorca utajniający określone informacje w swojej ofercie czy wniosku musi w sposób niebudzący najmniejszych wątpliwości wykazać, iż - zgodnie z dyspozycją normy wynikającej z przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - informacje zastrzeżone mają wartość gospodarczą (stanowią informacje techniczne, technologiczne, handlowe lub organizacyjne przedsiębiorstwa), a jako zbiór informacji nie były nigdzie wcześniej prezentowane i nie są one dostępne dla osób postronnych. Zatem wyłączenie jawności nie może być dokonywane przez wykonawcę swobodnie - bez wypełnienia powyższych przesłanek, jak również nie może być bezkrytycznie przyjmowane przez zamawiającego.

Odwołujący podkreślał, że wykonawcy poprzez utajnienie swoich dokumentów dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu - uniemożliwiają weryfikację swojej zdolności do wykonania zamówienia, co narusza w sposób rażący zasadę jawności postępowania.

Wskazywał, iż za tajemnicę przedsiębiorstwa nie mogą być uznane informacje, które są dostępne na podstawie ustawy o udostępnianiu informacji publicznych. Zatem informacje o umowach zawartych przez podmioty zobowiązane do stosowania tych przepisów – na podstawie art. 4 ustawy o dostępie do informacji publicznej, (czyli nie tylko umowy zawarte na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych) nie mogą być zastrzegane, jako tajemnica przedsiębiorstwa. W związku z powyższym wnosił o zbadanie [przez Izbę] - czy usługi wskazane przez Exatel zostały zrealizowane na rzecz takich podmiotów i w przypadku potwierdzenia się powyższej okoliczności, wnosił o nakazanie zamawiającemu udostępnienie informacji zawartych w wykazie i referencjach zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa - w pełnym zakresie.

Na poparcie swoich twierdzeń odwołujący przytoczył orzecznictwo:

7

---

a. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2010-06-07, KIO/UZP 938/10, KIO/UZP 997/10, KIO/UZP 1035/10: „Za niezasadne Izba uznała natomiast wyłączenie jawności dokumentów dotyczących doświadczenia posiadanego przez wykonawców. (...) Wyniki postępowania przed Izbą oraz akta sprawy nie pozwalają na ustalenie, że informacje dotyczące doświadczenia wykonawców: w szczególności wykazy wykonanych usług, karty projektów, wraz z załącznikami, a nawet referencje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreślić należy, że wykazy dotyczą doświadczenia zdobytego przy realizacji kontraktów publicznych, a karty projektów stanowią tabelaryczną informację, której zakres nie odnosi się w ocenie Izby do indywidualnych uwarunkowań technicznych, technologicznych, organizacyjnych wykonawców. (...) Skoro art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 zostały naruszone zasadne jest ujawnienie całości informacji związanych z wykonaniem kontraktów.

b. w wyroku z 9 lipca 2009 r. (KIO/UZP 797/09) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że: „Zamawiający zobowiązany jest zbadać każdy zastrzeżony dokument jako zawierający tajemnicę przedsiębiorstwa, biorąc pod uwagę definicję tajemnicy przedsiębiorstwa zawartą w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...). Naczelną zasadą zamówień publicznych jest bowiem jawność i konkurencyjność, co oznacza, iż utajnienie przez wykonawców jakichkolwiek dokumentów powinno mieć charakter rzeczywiście wyjątkowy."

c. w wyroku z dn.1.08.2008 r. (KIO/UZP 745/08) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że: „to Zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępnienia informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia (uchwała SN z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05). Tak więc tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób, a powyższe mieści się w charakterze obowiązków, a nie uprawnień Zamawiającego. (...) może się bowiem okazać, iż tajemnicą przedsiębiorstwa faktycznie jest objęta tylko część dokumentu. W takim przypadku zastrzeżenie całej treści dokumentu jest nieuprawnione. "

Ponadto, odwołujący utrzymywał, że zgodnie z orzecznictwem wykazy usług składane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, co do zasady nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Tak m.in. podano w wyroku KIO z dnia 23 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 528/10 „Należy podkreślić co do zasady zarówno wykaz usług, czy referencje załączone do oferty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Przesądza o tym również liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. To na Zamawiającym spoczywa obowiązek wyjaśnienia

8

---

powyższych okoliczności (jest to obowiązek nie zaś uprawnienie) a następnie podjęcia decyzji o odtajnieniu, bądź nie oferty wykonawcy. Zdaniem Izby, w zaistniałych okolicznościach sprawy nie zostały w sposób dostateczny wykazane przesłanki zaistnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. To na wykonawcy, który zastrzega powyższe informacje spoczywa obowiązek wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca taki powinien być przygotowany na uzasadnienie zastrzeżenia charakteru powyższych informacji. Co do zasady informacje dotyczące przedmiotu zamówienia, dat rozpoczęcia i zakończenia usługi a także odbiorcy ww. usługi nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa (na co wskazuje załącznik do formularza ofertowego - szczególna wycena usług). Aby powyższe okoliczności zostały przez wykonawcę zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa powinny zostać przez niego w sposób dostateczny uzasadnione. "

Zarzut 8 – dotyczący naruszenia zasad postępowania określonych w art. 7 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania z zachowaniem reguł uczciwej konkurencji.

Odwołujący podsumował, że zamawiający był, zatem zobowiązany do weryfikacji zasadności zastrzeżenia części oferty, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, biorąc pod uwagę przesłanki uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również okoliczność, iż zastrzeżeniu nie może podlegać cały dokument, a jedynie te z zawartych w nim informacji,

które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 20 maja 2013 r., do postępowania odwoławczego w terminie ustawowym określonym w art. 185 ust 2 ustawy Pzp zgłosili przystąpienie wykonawcy:

1. Exatel S.A. ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa, pismem z dnia 23 maja 2013 r. w kopii przesłanym stronom - po stronie zamawiającego, który powołał się na swój interes utrzymania czynności wyboru jego oferty do realizacji zamówienia,
2. ATM S.A. z siedzibą w Warszawie, pismem z dnia 22 maja 2013 r. w kopii przesłanym stronom - po stronie odwołującego, który wywodził, że rozstrzygnięcie sprawy może mieć wpływ na wybór jego oferty.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę Exatel S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego, którego interes w popieraniu stanowiska zamawiającego na rzecz utrzymania wyboru jako najkorzystniejszej - oferty przystępującego – jest niewątpliwy.

Izba postanowiła nie dopuścić wykonawcy ATM S.A. z siedzibą w Warszawie - po stronie odwołującego. Uwzględnienie odwołania prowadziłoby do wyboru oferty

---

odwołującego, która została sklasyfikowana na drugiej pozycji. Zgłaszający przystąpienie nie zaskarżył ustalonego przez zamawiającego w dniu 8 maja wyniku przetargu, w którym jego oferta została sklasyfikowana na trzecim miejscu. Zgłaszający przystąpienie nie wykazał interesu w popieraniu stanowiska odwołującego.

Pismem złożonym dnia 28 maja 2013 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie swego stanowiska w odniesieniu do zarzutów odwołania, tj:

„1) zarzutu dotyczącego niespełnienia wymagań dotyczących lokalizacji obiektu (wiersz 3. Tabeli Wymaganych parametrów usługi - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia);

2) zarzutu dotyczącego niezgodności oferty wykonawcy Exatel S.A. z SIWZ w zakresie wymagań dotyczących powierzchni;

3) zarzutu w zakresie niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia;

4) zarzutu w zakresie zaniechania odtajnienia części oferty wykonawcy Exatel S.A. – wykaz usług.

W ocenie Zamawiającego:

Ad. 1) Zarzut Odwołującego uznać należy za bezprzedmiotowy.

Zamawiający określając w treści SIWZ warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania tych warunków wskazał, iż żąda m.in. następujących dokumentów:

Dokumentu wystawionego przez uprawniony podmiot, właściwy ze względu na miejsce lokalizacji obiektu, w którym znajduje się powierzchnia którą dysponuje wykonawca, opisującego stan zagrożenia powodzią obszaru na którym zlokalizowany jest ww. obiekt, w szczególności zagrożenia, o którym mowa w art. 9 ust. 1 lit. 6b) i 6c) ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. Prawo wodne (tj. Dz. U. z 2012 r. poz. 145).

Kreując warunki „przedmiotowe" oraz wskazując wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie uznane zostaną przez Zamawiającego za potwierdzające spełnianie tych warunków Zamawiający, po dokonaniu oceny obowiązującego stanu prawnego w zakresie zasad i zakresu przedstawienia informacji opisującej stan zagrożenia powodzią, z uwagi na fakt, iż organami właściwymi w sprawach gospodarowania wodami (zgodnie z brzmieniem art. 4 ust. 1 ustawy z dnia z dnia 18 lipca 2001 r. Prawo wodne (t.j. Dz. U. z 2012 r. poz. 145) (dalej: „ustawa Pw') są:

1) minister właściwy do spraw gospodarki wodnej;

---

2) Prezes Krajowego Zarządu Gospodarki Wodnej - jako centralny organ administracji rządowej, nadzorowany przez ministra właściwego do spraw gospodarki

wodnej;

3) dyrektor regionalnego zarządu gospodarki wodnej - jako organ administracji rządowej niezespolonej, podlegający Prezesowi Krajowego Zarządu Gospodarki Wodnej;

4) wojewoda;

5) organy jednostek samorządu terytorialnego,

wskazał, iż oczekuje jedynie „Dokumentu wystawionego przez uprawniony podmiot, właściwy ze względu na miejsce lokalizacji obiektu, w którym znajduje się powierzchnia którą dysponuje wykonawca", nie żądał natomiast dokumentu wystawionego przez odpowiedni organ administracji rządowej (zespolonej lub niezespolonej), czy samorządowej, tj. nie narzucił wykonawcom wymagań co do rodzaju podmiotu, do którego winni się zwrócić wykonawcy celem uzyskania i przedłożenia informacji żądanej przez Zamawiającego. Stanowisko Zamawiającego potwierdza de facto także dyspozycja art. 88 ust. 1 ustawy Pw, która wprost wskazuje, iż ochrona przed powodzią jest zadaniem organów administracji rządowej i samorządowej.

Ponadto zasadnym jest podkreślenie, iż Odwołujący celowo lub w wyniku braku zrozumienia zapisu SIWZ w tym zakresie pomija fakt, iż Zamawiający nie odwoływał się do treści konkretnego aktu prawnego kreującego zarówno prawa i obowiązki w zakresie ochrony ludzi i mienia przed powodzią, jaki i też wskazującego prawną formę ich realizacji (decyzja, postanowienie, zaświadczenie etc,).

Działanie Zamawiającego, z uwagi na brzmienie dyspozycji przytoczonego wyżej art. 4 ustawy Pw w tym zakresie podyktowane było potrzebą zapewnienia równego traktowania wykonawców, z uwagi na fakt, iż każdy z nich mógł wystąpić do innego z ww. uprawnionych podmiotów w celu uzyskania stosownej informacji.

Jedynym odwołaniem do treść przepisów powszechnie obowiązujących jest wskazanie, w celu jednoznacznego rozumienia przez wszystkich zainteresowanych (uczestników postępowania, wykonawców jak i Zamawiającego) wprowadzanych do treści SIWZ pojęć, definicji obszaru narażonego na niebezpieczeństwo powodzi oraz obszaru szczególnego zagrożenia powodzią, rozumianych jednak jako otwarty katalog pojęć.

W ocenie Zamawiającego Odwołujący pomija także, fakt, iż Zamawiający jasno sprecyzował swoje oczekiwania co do treści przedkładanego dokumentu. Dokument ten winien opisywać stan zagrożenia powodzią. Zwrot zatem „... powyższa lokalizacja znajduje się poza zasięgiem potencjalnych stref zalewowych rzeki Wisły", w szczególności z uwagi na podobne sformułowania użyte w dokumentach przedstawionych przez pozostałych wykonawców (w tym Odwołującego), winien być uznany za „opisujący stan zagrożenia powodzią" w sposób spełniający wymagania określone w SIWZ.

Ad. 2)

Odnosząc się do treści sformułowanego zarzutu na wstępie zasadnym jest przypomnienie, co zostało pominięte w treści odwołania, iż przedmiotem zamówienia objęte są usługi kolokacji obejmujące swoim zakresem najem powierzchni serwerowej, usługi transmisji światłowodowej, usługi migracji i inne usługi powiązane.

Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ jasno i jednoznacznie sprecyzował rodzaj i zakres usług jakie będą świadczone przez podmiot wyłoniony w postępowaniu. Zakres, rodzaj i poziom nabywanych usług odpowiada bieżącym i przyszłym potrzebom Zamawiającego. Pozwala także na prawidłową realizację zadań nałożonych na Zamawiającego.

Wykonawcy w odpowiedzi na treść Ogłoszenia o zamówieniu oraz warunki SIWZ, po zapoznaniu się z ich postanowieniami samodzielnie dokonywali oceny w zakresie spełniania warunków udziału w postępowania jak i warunków realizacji potencjalnej umowy. Fakt, iż w toku postępowania wykonawcy złożyli szereg zapytań do treści SIWZ wskazuje, że wykonawcy ci przygotowując się do złożenia ofert dokonywali stosownej analizy własnego potencjału, tak aby ocenić czy są w stanie sprostać szczególnym spersonalizowanym wymaganiom Zamawiającego.

Zatem z całą mocą podkreślić należy, iż usługa realizowana na rzecz Zamawiającego po przeprowadzeniu przedmiotowego postępowania będzie usługą dedykowaną wyłącznie dla Zamawiającego, tym samym nie może ona być oceniania przez pryzmat usług bezpośrednio dostępnych dla nieograniczonej liczby zainteresowanych u każdego z podmiotów realizujących tego typu usługi na rynku, tj. usług nie wymagających szczególnego

przygotowania usługodawcy do ich realizacji.

Mając powyższe na uwadze, odnosząc się do przywołanych przez Odwołującego informacji dostępnych na stronach internetowych wykonawcy Exatel SA, w ocenie Zamawiającego, zarzut, iż informacje przytoczone przez Odwołującego winny stanowić podstawę do stwierdzenia przez Zamawiającego niezgodności oferty wykonawcy Exatel SA z treścią SIWZ, a w efekcie niezgodność ta skutkować winna wykluczeniem wykonawcy Exatel SA z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w ocenie Zamawiającego uznać należy w całości za bezprzedmiotowy.

Za taką oceną przemawia po pierwsze fakt, iż zgodnie z utrwalonym w doktrynie i orzecznictwie poglądem, strony internetowe są jedynie nośnikiem informacji, a nie oświadczeniem woli z uwagi na fakt, iż nie ma prawnego obowiązku zamieszczania na tych stronach informacji najbardziej aktualnych, pełnych, które spełniać będą wymagania w zakresie wiążących oświadczeń woli podmiotu upubliczniającego te informacje.

Po drugie podkreślić należy, iż Zamawiający wskazał w treści SIWZ, iż dokumentem wiążącym zarówno Zamawiającego jak i wykonawcę, który potwierdzał będzie, iż oferowane usługi spełniają żądane parametry jest oświadczenie woli wykonawcy składane w postaci Formularza Oferty Technicznej stanowiącego załącznik nr 3c do SIWZ.

Zatem oświadczenie wykonawcy w tym zakresie jest jedynym dokumentem wiążącym dla Zamawiającego zarówno na etapie oceny oferty jak i realizacji zawartej umowy.

Ad. 3 i 4)

Zarzut, dotyczący „niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia" w ocenie Zamawiającego winien być oceniany w korelacji z zarzutem „w zakresie zaniechania odtajnienia części oferty wykonawcy Exatel S.A. - wykaz usług".

Na powyższe wskazuje bowiem fakt, iż z faktu zaniechania przez Zamawiającego odtajnienia części oferty Exatel S.A. Odwołujący wywodzi „wysokie prawdopodobieństwo", iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Przechodząc zatem do oceny podniesionych zarzutów, Zamawiający pragnie podkreślić, iż prowadząc przedmiotowe postępowanie dochował należytej staranności w zakresie badania i oceny ofert, w tym dokonując czynności opisanych w szczególności w art. 26 ust 3, 87 ust. 1, 90 ust. 1 ustawy Pzp, co znajduje potwierdzenie w treści dokumentacji postępowania przekazanej Krajowej Izbie Odwoławczej.

Zamawiający dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w szczególności w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, w oparciu o przedłożone wyjaśnienia wykonawców, uprawniony był do stwierdzenia, iż wykonawcy ci spełniają warunki udziału w postępowaniu określone SIWZ. Ocena ta dokonywana była z zachowaniem zasad określonych w dyspozycji art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, tj. przy uwzględnieniu zakazu ujawnia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane.

Zarzut zaniechania przez Zamawiającego czynności wezwania wykonawcy Exatel S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie wartości usług kolokacji wykazanych jako zrealizowane na rzecz BGK, z uwagi na fakt, iż z treści wykazu i przedłożonych referencji zdaniem Odwołującego nie wynika wprost wartość „usługi kolokacji", w ocenie Zamawiającego uznany być winien za bezprzedmiotowy.

Po pierwsze z uwagi na fakt, iż w treści SIWZ Zamawiający wskazał, iż „Poprzez „kolokację" Zamawiający rozumie udostępnienie powierzchni technicznych wraz z mediami właściwymi dla tego typu pomieszczeń (w szczególności zasilania, klimatyzacji zabezpieczeń) i niezbędnych pomieszczeń biurowych" zatem Zamawiający oczekiwał

---

wykazania realizacji kompleksowej usługi, która swoim zakresem obejmuje szerszy zakres usług niż wyłącznie najem powierzchni, co wynika wprost z zapisu SIWZ.

Po drugie z uwagi na treść dokumentów referencyjnych potwierdzających należyte wykonanie/wykonywanie wykazanych usług przez wykonawców. Dokumenty te opisują wprost, iż usługa kolokacji realizowana była w powiązaniu z mediami właściwymi dla tego

typu pomieszczeń (w tym także dostępu do sieci Internet lub dostępu do łączy światłowodowych).

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odtajnienia przez Zamawiającego części oferty Exatel S A. w ocenie Zamawiającego zarzut ten uznany być winien za bezprzedmiotowy.

Znamiennym jest fakt, iż wszyscy wykonawcy dokonali zastrzeżenia części swoich ofert jako zawierających informacje stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.) (dalej: „ustawa Znk").

Wskazać należy, iż ustawa Pzp obliguje Zamawiającego do dokonania badania zasadności zastrzeżeń poczynionych przez wykonawców w zakresie poufności składanych ofert w szczególności wypełnienia dyspozycji art. 11 ust. 4 ustawy Znk. Zamawiający dokonując takiego badania winien wykazać fakt zaistnienia lub też braku ustawowych przesłanek warunkujących możliwość poczynienia tego typu zastrzeżeń.

W przedmiotowym postępowaniu, w ocenie Zamawiającego, przesłanki takie występują w odniesieniu do wszystkich wykonawców, którzy skorzystali z dyspozycji art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w szczególności w odniesieniu m.in. do składanego wraz z ofertą wykazu „Doświadczenie" stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ. Niezaprzeczalnym jest także fakt, iż Zamawiający w toku badania i oceny złożonych ofert uzyskał od wykonawców zgodę na odtajnienie pierwotnie zastrzeżonych informacji z uwagi na fakt, iż wykonawcy w odpowiedzi na argumentację Zamawiającego uznali fakt, iż brak jest przesłanek do dokonania tego typu czynności."

Izba nie stwierdziła podstaw skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania, oferty wykonawcy Exatel S.A., wezwania do Exatel do udzielenia wyjaśnień i udzielonej odpowiedzi.

Izba nie dopuściła dowodu wnioskowanego przez odwołującego, tj. z wydruku ze strony internetowej Biura Bezpieczeństwa i Zarządzania Kryzysowego m.st. Warszawy, uznając bezprzedmiotowość takiego dowodu. Izba przyjęła, że jednostka organizacyjna m.st. Warszawy, wydając kwestionowane zaświadczenie działała w granicach przynależnych jej

kompetencji, zgodnie z art. 217 i 218 Kodeksu postępowania administracyjnego. W myśl art. 218 § 1 kpa organ administracji publicznej obowiązany jest wydać zaświadczenie, gdy chodzi o potwierdzenie faktów albo stanu prawnego, wynikającego z prowadzonej przez ten organ ewidencji, rejestrów, bądź z innych danych znajdujących się w jego posiadaniu.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron i przystępującego Exatel S.A.- przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skoro dowodził że czynności zamawiającego związane z wyborem najkorzystniejszej oferty, podjęte zostały z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, prowadząc tym samym, do możliwości poniesienia szkody przez odwołującego, którego oferta uzyskała drugą lokatę.

Rozdział II SIWZ. Opis przedmiotu zamówienia.

W skład zamówienia wchodzi „Świadczenie usług kolokacji obejmujących, najem powierzchni serwerowej, usługi transmisji światłowodowej do Centrali, usługi migracji i inne usługi powiązane." Zakres usługi kolokacji opisuje Załącznik nr 2 do SIWZ.

Oferty złożyło 5 wykonawców:

Netia S.A. – liczba uzyskanych punktów – 40,96;

Exatel S.A. – liczba uzyskanych punktów – 100;

ATM S.A. – liczba uzyskanych punktów – 73,88;

GTS Poland Sp. z o.o. – liczba uzyskanych punktów – 86,01;

Konsorcjum: TP S.A. oraz Qumak S.A. – liczba uzyskanych punktów – 52,12.

Rozdział XXIV SIWZ, punkt 3. Formularz oferty technicznej stanowiący zał. nr 3c do SIWZ

winien wskazywać, które z wymagań zamawiającego są spełnione przez wykonawcę.

a) niespełnienie wymagań określonych przez zamawiającego jako „krytyczne” będzie skutkowało odrzuceniem ofert wykonawcy,
b) niespełnienie wymagań określonych przez zamawiającego jako „istotne” będzie związane w przypadku wyboru danej oferty jako najkorzystniejszej z realizacją uprawnień zamawiającego opisanych w § 10 istotnych postanowień umowy, tj. będzie uprawniało zamawiającego do naliczenia kar umownych w trakcie realizacji umowy.

15

Ad. Zarzut 1. W wierszu 3 Tabeli wymaganych parametrów usługi (Opis Przedmiotu Zamówienia Zał. nr 2 oraz Formularz Oferty Technicznej, Zał. 3c do SIWZ), widnieje wymóg, że lokalizacja nie może znajdować się na terenach, które mogłaby objąć swym zasięgiem kląska żywiołowa, taka jak podtopienie czy zalanie według danych dla zagrożenia 20 letniego. Na potwierdzenie powyższego zamawiający wymagał w rozdziale X.1 SIWZ zaświadczenia uprawnionego podmiotu. Wymieniony wymóg zamawiający ustalił jako „krytyczny,” w razie niespełnienia skutkujący odrzuceniem oferty.
Wykonawca Exatel S.A. w wierszu 3 ww. tabeli załącznika nr 3c do SIWZ potwierdził spełnienie tegoż wymogu, że proponowana przez niego lokalizacja nie znajduje się na terenach które mogłaby objąć swym zasięgiem kląska żywiołowa, taka jak podtopienie czy zalanie według danych dla zagrożenia 20 letniego. Na poświadczenie złożył pismo z dnia 19 marca 2013 r. Urzędu Miasta Stołecznego Warszawy - Biura Bezpieczeństwa i Zarządzania Kryzysowego, w którym Urząd ten pisze, że w odpowiedzi na pismo z dnia 13.03.2013 r. w sprawie zagrożenia powodziowego dla budynku przy ul. Mory 8 (Bemowo) w Warszawie, uprzejmie informuje, że powyższa lokalizacja znajduje się poza zasięgiem potencjalnych stref zalewowych rzeki Wisły. Powyższe wynika z analizy map zasięgu zagrożenia powodziowego m.st. Warszawy, opracowanych przez firmę Hydroprojekt Sp. z o.o., przyjętych w drodze uchwały przez Radę m.st. Warszawy, będących podstawą opiniowania projektów miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego.
Stanowisko Zamawiającego. Zamawiający stwierdził, że wymagał potwierdzenia okoliczności, iż proponowana przez wykonawcę lokalizacja nie jest narażona na zagrożenia powodziowe - poprzez przedstawienie informacji podmiotu uprawnionego. Zamawiający nie wyznaczył konkretnego organu, który miałby omawiany wymóg potwierdzać. Pozostawił wykonawcom dowolność w tym zakresie. Celem było uzyskanie wiarygodnej informacji, która mogła pochodzić od organów posiadających takie informacje, a nie tylko od Dyrektora Zarządu Gospodarki Wodnej. Zamawiający przywołując treść postawionego warunku, i wskazanych postanowień ustawy Prawo wodne, odnosił się do zdefiniowania zagrożeń, przy których nie dopuścił, aby proponowany obiekt wykonawcy znajdował się na obszarach, gdzie byłby narażony na wystąpienie zagrożeń powodziowych. Definicja stan zagrożenia powodzią jest nieostra, dlatego w tym tylko zakresie odesłał do ustawy Prawo wodne. Zamawiający stwierdził, że przedstawione przez Exatel S.A. zaświadczenie Biura Bezpieczeństwa i Zarządzania Kryzysowego m.st. Warszawy wpisywało się prawidłowo w postawiony przez niego wymóg SIWZ i zawierało informacje wymagane. Inni wykonawcy również przedłożyli tego typu dokumenty, które zamawiający zaakceptował.
Stanowisko przystępującego. W treści warunku mowa o podmiocie uprawnionym, a nie organie właściwym. Wobec tego, odniesienia „informacji podmiotu uprawnionego” - jedynie
16

---

do dyrektora RZGW byłoby nieuprawnione. Zamawiający wymagał informacji podmiotu uprawnionego ze względu na miejsce lokalizacji wskazanego obiektu, a nie ze względu na właściwość rzeczową w sprawie. Mapy zagrożenia powodziowego dla całego kraju nie zostały jeszcze w całości wykonane, ponieważ nie minął termin ustawowy określony do grudnia 2013 r., wobec czego może nawet taki dokument nie być opracowany na dzień dzisiejszy. Takie informacje, czy dokumenty, według stanu bieżącego ich opracowania są udostępniane właściwym organom administracji, jak i jednostkom samorządu terytorialnego. Tym samym podmiot, który opracowuje plan zagospodarowania przestrzennego dysponuje niezbędnymi opracowaniami, wobec czego miasto było uprawnione do tego, żeby wydać potwierdzenie okoliczności braku zagrożeń powodziowych w oparciu o materiały służące do opracowania miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego. Organ administracji w

oparciu o przepisy kodeksu postępowania administracyjnego - art. 218 § 1 wydaje zaświadczenia o okolicznościach, które jest w stanie potwierdzić na podstawie posiadanych danych. Tym samym, przystępujący stwierdził, że przedstawione przez niego zaświadczenie jest właściwe.

Stanowisko Izby. W ocenie Izby zarzut jest bezpodstawny. Zamawiający nie narzucił jaki podmiot ma wystawić poświadczenie okoliczności, że względem obiektu proponowanego w ofercie dla świadczenia usługi kolokacji - nie występują zagrożenia powodziowe. Jeżeli nawet, zgodnie z przepisami ustawy Prawo wodne (przepisy Działu Va w zw. z art. 92), organem odpowiedzialnym za ocenę ryzyka i ochronę przeciwpowodziową na szczeblu lokalnym jest Dyrektor Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej (na szczeblu centralnym organem właściwym jest centralny organ administracji rządowej - Prezes Krajowego Zarządu Gospodarki Wodnej), to nie oznacza automatycznie, że jest zarazem jedynym uprawnionym podmiotem właściwym ze względu na miejsce lokalizacji obiektu, w rozumieniu postanowień Rozdziału X pkt. 1 SIWZ, do poświadczania tych okoliczności. Z opracowań tego rodzaju - dotyczących zagrożeń powodziowych, mają prawo korzystać inne organy i przetwarzać zawarte dane dla potrzeb własnych, zgodnie z właściwością działania, a więc także dla potrzeb opracowania miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego. Zamawiający nie postawił takiego warunku, że jedynym dokumentem, jaki ma przedłożyć wykonawca ma być zaświadczenie wystawione przez Dyrektora Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej. W ocenie Izby, także właściwy wydział Urzędu Miasta st. Warszawy, tj. Biuro Bezpieczeństwa i Zarządzania Kryzysowego był uprawnionym, aby wydać zaświadczenie tej treści, jakie przedstawił wykonawca Exatel S.A. na wykazanie, że proponowana lokalizacja obiektu nie stwarza zagrożeń powodziowych. Przywoływany w SIWZ przepis art. 9 ust. 1 punkt 6b i 6c ustawy z dnia 18 lipca 2001 Prawo wodne (Dz. U. z 2012, poz. 145) dotyczy zakresu ryzyka powodziowego, a nie wyznaczenia podmiotu, które to ryzyko miałby

potwierdzać, lub wykluczać. Organ administracji w oparciu o przepisy kodeksu postępowania administracyjnego - art. 218 § 1 wydaje zaświadczenia o okolicznościach, które jest w stanie potwierdzić na podstawie posiadanych danych i rejestrów.

Ad. Zarzut 2. Stanowisko Izby. Skoro nie potwierdził się zarzut, że wykonawca Exatel S.A. nie przedstawił odpowiedniego zaświadczenia, iż lokalizacja jego obiektu nie znajduje się na terenach zalewowych, tym samym, nie mogło dojść do naruszenie przez zamawiającego art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Exatel do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowane usługi spełniają wymagania zamawiającego zgodnie z Rozdziałem X pkt 1 SIWZ, gdyż przedstawione zaświadczenie należało uznać za odpowiednie.

Ad. Zarzut 3. Poz. 19 Załącznika 3c - Formularz Oferty Technicznej, podawała wymagania odnośnie udostępnianej powierzchni: „Całość udostępnianej powierzchni winna być wyposażona w techniczną podłogę podniesioną, spełniającą następujące wymagania lub równoważne do nich, między innymi:

- obciążenie powierzchniowe >= 20kN/m2;
- obciążenie punktowe >= 5kN na panel.

Wymóg powyższy był ustalony jako „istotny" i jego spełnienie zostało potwierdzone w ofercie wykonawcy Exatel.

Stanowisko zamawiającego. Odnośnie zarzutu niespełnienia przez Exatel ww. warunku, zamawiający powołał się na poglądy wynikające z piśmiennictwa i orzecznictwa, że przedstawiany przez odwołującego wydruk ze strony internetowej - nie może stanowić dowodu na potwierdzenie podnoszonych przez odwołującego zarzutów. Zaznaczał, że informacje na stronie internetowej są ulotne, mogą być zmieniane, czy nie stanowić aktualnej informacji, a w szczególności nie mają waloru oświadczenia woli, a walor taki należy natomiast przypisać ofercie wykonawcy. Exatel S.A. świadczy dotychczas usługi na rzecz zamawiającego i już w tej chwili obciążenia jakie ta powierzchnia przenosi - są większe, niż te dane, które odwołujący znalazł na stronie internetowej. Świadczy to o możliwości dostosowania obiektu Exatel do potrzeb zamawiającego. Zamawiający danym zamówieniem zwiększa swoje potrzeby w odniesieniu do usługi kolokacji. Stwierdził, że istnieją rozwiązania techniczne, które pozwalają na zwiększenie przenoszenia napięć i nośności powierzchni pod urządzenia, które mają być zainstalowane.

Przystępujący wnosił o oddalenie tego zarzutu. Zaznaczał, że na stronie internetowej, na

którą powoływał się odwołujący, nie została zidentyfikowana powierzchnia, co do konkretnej lokalizacji obiektu. Exatel dysponuje więcej niż jedną powierzchnią kolokacyjną. Wydruk ze strony WWW nie stanowi dowodu, że właśnie tę powierzchnie przystępujący zaoferuje.
18

Zarzut, w ocenie przystępującego, nie został udowodniony. Przystępujący zaznaczał, że faktycznie dysponuje zarówno większą powierzchnią, niż wymagał zamawiający, jak i powierzchniami przenoszącymi większe obciążenia, a więc jego oświadczenie złożone w ofercie - odpowiada prawdzie. Obiekty, w których zamierza świadczyć usługę na rzecz zamawiającego w przypadku uzyskania tego zamówienia, w chwili obecnej spełniają parametr nośności z nadwyżką, albowiem w latach ubiegłych podlegały modernizacji m.in. w zakresie wzmocnienia konstrukcji, dlatego też znacząco krótszy zaoferował termin uruchomienia usługi dla zamawiającego. Świadcząc tę usługę nie musi przenosić zasobów do innej lokalizacji, a więc wpływa to na skrócenie okresu przygotowawczego, stąd mogą wywodzić się różnice między zaoferowanym terminem uruchomienia usługi między poszczególnymi wykonawcami. Zamawiający posiada informacje wynikające z aktualnej współpracy z Exatel, że oświadczenia zawarte w ofercie odpowiadają stanowi faktycznemu. Dowód wykazania nie spełnienia przez konkurenta wymagania SIWZ, czy też podania nieprawdziwych informacji obciąża odwołującego.
Stanowisko Izby. Wykonawca Exatel S.A. w poz. 19 Zał. 3c - Formularza Oferty Technicznej podał, że proponowana przez niego powierzchnia spełnia powyższe wymagania w odniesieniu do parametru obciążenie powierzchniowe >= 20kN/m2; ustalone przez zamawiającego, jako „istotne". Wobec podanych warunków, że brak spełnienia wymagań „istotnych" nie będzie powodował odrzucenia oferty, nawet gdyby wymaganie odnośnie nośności podłogi nie zostało spełnione – oferta wykonawcy nie mogłaby zostać odrzucona z powodów podnoszonych przez odwołującego.
Za istotne warunki zamówienia, o których stanowi art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający przyjął te warunki, które nazwał „krytycznymi", często też oznaczanymi w dokumentacjach przetargowych, jako tzw. warunki „graniczne", efektem niespełnienia których jest odrzucenie oferty. Udowadnianie przywoływanych przez odwołującego okoliczności – na tezę, że zachodziły podstawy do odrzucenia oferty Exatel z wymienionej przyczyny, było więc bezprzedmiotowe w świetle postanowień SIWZ.
Izba podzieliła stanowisko zamawiającego oraz przystępującego, że informacje na stronie internetowej mogą być dowolnie podawane, czy zmieniane, lub też nie stanowić aktualnej informacji, a w szczególności nie mają waloru oświadczenia woli, który należy przypisać ofercie wykonawcy. Z tych względów ich moc dowodowa jest ograniczona. W warunkach zamówienia, zamawiający nie wymagał potwierdzenia deklarowanych w ofercie parametrów technicznych obiektu. Dlatego też, mógł dokonać oceny oferty wyłącznie w oparciu o dokumenty opisane w SIWZ. Odwołujący natomiast oparł się na domniemaniach, że Exatel faktycznie dysponuje takimi możliwościami, jakie wynikają ze złożonego przez odwołującego

19

---

wydruku ze wskazanej strony internetowej, a więc mniejszymi niż zaoferowane. Zarzut nie został przez odwołującego dowiedziony.

Ad. Zarzut 4, dotyczący podania nieprawdziwych informacji w odniesieniu do oferowanej powierzchni. Odwołujący zaznaczał, że wydruk ze strony internetowej potwierdza znaczną różnicę oferowanej nośności podłogi obiektu, gdzie niezbędne prace mogłyby polegać na wzmocnieniu konstrukcji budynku, ale byłoby to długotrwałe. Zdaniem odwołującego powinien zamawiający wyjaśnić takie okoliczności czy Exatel ma możliwość świadczenia usługi w obiekcie charakteryzującym się wyznaczonymi parametrami nośności podłogi i dostosowania tego obiektu w czasie, jaki zadeklarował na rozpoczęcie usługi. Odwołujący nie zgadzał się z tym, że zamawiający nie ma prawa weryfikować oświadczeń wykonawcy, które zamawiający odnosił nie tyle do swego prawa w tym zakresie, ile do podstaw przeprowadzenia takich czynności, w danym stanie faktycznym.
Stanowisko Zamawiającego. Wydruk ze strony internetowej nie może stanowić dowodu, że wykonawca podał nieprawdziwe informacje w ofercie. Z treści oferty i oświadczeń wykonawcy Exatel wynika stan odmienny. Zamawiający ocenia jako treść oferty - oświadczenia wykonawcy wykonania przedmiotu zamówienia w określony sposób i przy

pomocy określonych środków i w oparciu o wymagane dokumenty, i nie jest uprawniony do dokonywania weryfikacji złożonych oświadczeń w oparciu o informacje nie będące nośnikami woli, a za takie należy uznać informacje zawarte na stronach internetowych.
Przystępujący zaprzeczył temu, jakoby złożył nieprawdziwe informacje, które miałyby wpływ na wybór jego oferty i tak jak zamawiający, zaznaczał że przedstawiony wydruk ze strony internetowej nie stanowi dowodu na okoliczności przywoływane przez odwołującego.
Stanowisko Izby. Oferta techniczna (Formularz Oferty Technicznej według Załącznika nr 3c do SIWZ) odnosi się do przedmiotu zamówienia, aspektów materialnych zaoferowanego świadczenia i sposobu jego wykonania. Przy tym zamawiający, jako sprzeczne z treścią SIWZ – skutkujące w razie niespełnienia odrzuceniem oferty – oznaczył wymagania, które nazwał „krytycznymi"; inne wymagania, które nazwał „istotnymi" w razie braku ich spełnienia miały skutkować jedynie naliczeniem kar w trakcie realizacji umowy. Odwołujący przedłożonym wydrukiem ze strony internetowej, nie podważył oświadczeń przystępującego Exatel S.A. Dla wykazania nieprawdziwości oświadczenia konkurenta w złożonej ofercie, wymagany jest dowód pewny, jednoznacznie potwierdzający taką okoliczność. Takiego charakteru z natury rzeczy nie mają różne informacje, stanowiące wydruki ze stron internetowych, na których treści i aktualizacji danych nie można polegać. W końcu także okoliczność, iż nawet, gdyby dane w ofercie Exatel S.A. w odniesieniu do nośności podłogi były nieścisłe, to w myśl ustalonych w SIWZ warunków – nie mogło by to powodować

zaniechania wyboru tej oferty do realizacji zamówienia, skoro była najkorzystniejsza w oparciu o podane w SIWZ kryteria wyboru. Z tego względu roztrząsanie zarzutu odwołującego było bezprzedmiotowe, gdyż nie została wykazana także jedna z łącznych przesłanek wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, obligująca zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania, gdy złożył nieprawdziwe informacje, ale wyłącznie - mające wpływ, lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Przystępujący także w Załączniku nr 7 do SIWZ stanowiącym oświadczenie wykonawcy o spełnieniu warunków w zakresie potencjału technicznego, podał, że obiekt, w którym znajduje się powierzchnia, którą dysponuje oraz sama powierzchnia odpowiadają parametrom niezbędnym do wykazania spełnienia warunku posiadania potencjału technicznego, zgodnie z przedstawionym zestawieniem wymagań w odniesieniu do danego warunku. Wykonawca Exatel S.A. udzielił odpowiedzi potwierdzających na wszystkie postawione wymagania w załączniku nr 7 do SIWZ. Jak również potwierdził w poz. 19 Załącznika 3c - Formularz Oferty Technicznej, wyznaczone parametry techniczne dla oferowanej powierzchni. Należało uwzględnić stanowisko zamawiającego, że ocenia on jako treść oferty - oświadczenia wykonawcy wykonania przedmiotu zamówienia w określony sposób i przy pomocy określonych środków i w oparciu o wymagane dokumenty, i nie jest uprawniony do dokonywania weryfikacji złożonych oświadczeń w oparciu o informacje nie będące nośnikami oświadczeń woli, a za takie należy uznać informacje zawarte na stronach internetowych. Zamawiający jest upoważniony oceniać ofertę w sposób, jaki podał z góry w warunkach zamówienia. Może wprawdzie poddać weryfikacji oświadczenia wykonawcy, np. poprzez zwrócenie się o informacje do podmiotów zewnętrznych, ale wówczas, gdy poważnie określone wątpliwości co do ich zgodności ze stanem rzeczywistym. Jest to uprawnienie po stronie zamawiającego, zatem odwołujący nie mógł w tym względzie przypisywać zamawiającemu zaniechania wykonania obowiązków określonych ustawą Pzp. Izba wzięła pod uwagę okoliczność, że przystępujący świadczy dotychczas usługę kolokacji na rzecz zamawiającego, a więc możliwości techniczne tego wykonawcy są zamawiającemu bliżej znane.

Ad. Zarzut 5. W zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, SIWZ w rozdziale VII pkt 1 stanowi, że zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał z należytą starannością, co najmniej 2 zamówienia polegające na świadczeniu usług kolokacji, o wartości minimum 700 000,00 zł brutto każde z zamówień. Poprzez „kolokację" zamawiający rozumie udostępnienie powierzchni technicznych i biurowych wraz z mediami właściwymi dla tego typu pomieszczeń (w szczególności zasilania, klimatyzacji, zabezpieczeń).

Zamawiający w przypadku, gdy przedmiotem zamówienia są świadczenia okresowe i ciągłe dopuszczał nie tylko zamówienia wykonane (tj. zakończone) ale również wykonywane. W takim przypadku, część zamówienia już faktycznie wykonana musi wypełniać wymogi określone przez zamawiającego w ww. warunku.
Załącznik nr 6 do SIWZ stanowi „wykaz – Doświadczenie" wykonawcy składającego ofertę, w którym należało podać: odbiorcę usługi, opis wykonanego lub wykonywanego zamówienia w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku, daty wykonania zamówienia, lub informację, że zamówienie wciąż trwa, wartość brutto wykonanego zamówienia w PLN. Przedłożyć dokumenty, że wskazane w wykazie zamówienia zostały wykonane lub są wykonywane należycie.
Wykonawca Exatel S.A. w załączniku nr 6 do SIWZ w wykazie doświadczenia ujął w części jawnej oferty, jedną usługę wykonywaną na rzecz zamawiającego, której zakres i ogólna wartość nie była kwestionowana odwołaniem. Odwołujący podważał jedynie, że wartość tej usługi odnoszona do przedmiotu zdefiniowanej usługi kolokacji, może być mniejsza niż 700 000,00 zł.
W części niejawnej oferty, przystępujący Exatel wskazał dalsze 2 usługi kolokacji, każda nich na rzecz podmiotu prywatnego, i każda o wartości powyżej 700 000 zł.
Przystępujący przedstawił referencje, że usługi ujęte w wykazie doświadczenia, wykonane były lub są wykonywane należycie.
Wykaz usług na rzecz podmiotów prywatnych wraz z referencjami, został oznaczony jako tajemnica przedsiębiorstwa Exatel S.A.
Pismem z dnia 16 kwietnia 2013 r. zamawiający wezwał Exatel S.A. do wyjaśnień w odniesieniu do wartości zrealizowanych zamówień, w tym także na rzecz zamawiającego, w nawiązaniu do zakresu zamówienia na „kolokację", tj. udostępnienia powierzchni technicznych i biurowych wraz z mediami właściwymi dla tego typu pomieszczeń (w szczególności zasilania, klimatyzacji, zabezpieczeń).
W odpowiedzi z dnia 18 kwietnia 2013 r. wykonawca Exatel S.A. potwierdził, że aktualnie kontynuowane usługi tak na rzecz zamawiającego, jak i na rzecz podmiotów prywatnych, ujęte w wykazie doświadczenia zawodowego w utajnionej części oferty, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, osiągnęły oczekiwaną przez zamawiającego wartość, tzn. 700 000,00 zł każda - w odniesieniu do zakresu usługi zdefiniowanej w SIWZ – jako kolokacja.

Stanowisko zamawiającego. Zamawiający wnosił o oddalenie zarzutu oraz powołał się na okoliczność, iż ten element oferty Exatel S.A. był przez niego gruntownie wyjaśniany. Zamawiający oświadczył, że uzyskał potwierdzenie i wyjaśnienie wykonawcy, które w sposób bezsporny pozwala stwierdzić, że wykonawca Exatel spełnił warunek podmiotowy wiedzy i doświadczenia w odniesieniu do wartości usług kolokacyjnych, które ujął w wykazie wiedzy i doświadczenia.
Przystępujący Exatel przywoływał treść dyspozycji zamawiającego, że przy opisie wykonanego lub wykonywanego zamówienia, wykonawca miał podać informację w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku doświadczenia, a jak wynika z opisu tego warunku w rozdziale VII pkt 1 SIWZ przez kolokację należało rozumieć udostępnienie powierzchni technicznych wraz z mediami właściwymi dla tego typu pomieszczeń, w szczególności zasilania, klimatyzacji i niezbędnych pomieszczeń biurowych. Dlatego przystępujący w złożonym wykazie wskazał na usługi kolokacji w rozumieniu ustalonym poprzez cytowany warunek, i dla tak określonego zakresu rzeczowego podał wartość zrealizowanych usług referencyjnych nie mniejszą niż 700 000,00 zł każda. Przystępujący nie legitymował się w wykazie doświadczenia usługami telekomunikacyjnymi, o których szerzej mowa w referencji, ale wyłącznie usługami kolokacji. Złożył oświadczenie, że wartość tych usług jest nie mniejsza niż 700 000,00 zł. Stwierdził, że nie wykazał się szerszym doświadczeniem niż wymagane, w związku z czym nie zaniżył wartości samej usługi kolokacji. Wartość usługi kolokacyjnej na rzecz zamawiającego przekracza 60 000 zł miesięcznie, wobec czego zamawiający mógł w odniesieniu do usług wykonywanych na jego rzecz nawet sam zweryfikować oświadczenie zawarte w ofercie. Zaznaczał, że wykazał ów warunek w zakresie 3 usług, a minimalnie wymagane były 2 usługi, zatem zaprzeczył twierdzeniom, jakoby zachodziły podstawy do wykluczenia go z postępowania.

Stanowisko Izby. Zarzut nie znalazł potwierdzenia. Przystępujący w wykazie doświadczenia zawodowego w ofercie podał łącznie 3 usługi referencyjne których przedmiotem była kolokacja, o wartości 700 000 zł każda, co dodatkowo potwierdził w złożonych wyjaśnieniach. Wykonawca Exatel S.A. spełnił zatem warunek wiedzy i doświadczenia wyznaczony przez zamawiającego w postanowieniach Rozdziału VII pkt 1 SIWZ w zakresie szerszym niż wymagane doświadczenie w odniesieniu do zrealizowania 2 usług kolokacji. Przedstawił również referencje wystawione przez zlecających usługi, z ich pozytywną oceną. Innych dokumentów dla wykazania warunku wiedzy i doświadczenia, niż wykaz usług i referencje, zamawiający nie wymagał. Okoliczności te przystępujący Exatel dodatkowo potwierdził w wyjaśnieniach na wezwanie zamawiającego, i nie zachodzą zdaniem Izby żadne podstawy do kwestionowania ich treści. Zamawiający był zdolny zweryfikować

wartość usługi referencyjnej w odniesieniu do kolokacji, świadczonej przez Exatel na jego rzecz, w oparciu o dokonywane rozliczenia stron bieżąco realizowanej umowy.

Ad. Zarzut 6. Zaniechania wezwania Exatel S.A. do uzupełnienia dokumentów podmiotowych.

Stanowisko Izby. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia. Przystępujący Exatel złożył wymagane dokumenty w odniesieniu do wykazania potencjału wiedzy i doświadczenia, zatem nie zachodziło zaniechanie przez zamawiającego wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków podmiotowych, tj. wykazania wartości zrealizowanych usług. Zamawiający nie wzywał wykonawcy Exatel S.A. do uzupełnienia dokumentów i wobec tego, że wykonawca ten wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, w sposób oznaczony przez zamawiającego w SIWZ, wzywanie do uzupełniania dokumentów w przedmiotowym zakresie – nie miałoby usprawiedliwionych racji.

Ad. Zarzut 7. W ofercie wykonawcy Exatel S.A. zostały utajnione dokumenty: wykazu Doświadczenia w odniesieniu do jego części opisującej usługi referencyjne, wykonane na rzecz podmiotów prywatnych wraz z referencjami.

Zamawiający nie odtajnił zastrzeżonych w ofercie Exatel informacji, jak również - nie wzywał wykonawcy Exatel S.A. do wykazania zasadności zastrzeżenia tej części oferty. Utajnione dokumenty w ofercie wykonawcy Exatel uznał decyzją własną – bez potrzeby zasięgania wyjaśnień wykonawcy, jako spełniające wymagania art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (Dz. U. z 2003 r. nr 153, poz. 1503 ze zm.), tj. wypełniające przesłanki skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący w piśmie z dnia 25 kwietnia 2013 r. domagał się podania:

1. Jaka część oferty Exatel została zastrzeżona?
2. Czy zamawiający badał zasadność zastrzeżenia oferty Exatel (i przesłania całej korespondencji)?
3. Czy w zastrzeżonej części oferty znajdowały się referencje?

Odwołujący w swojej ofercie zastrzegł wykaz usług - Doświadczenie, referencje, Plan ochrony obiektu.

W piśmie z dnia 8 maja 2013 r. zamawiający odmówił odwołującemu podania żądanych informacji.

Stanowisko Zamawiającego. Zamawiający oświadczył, że dokonał materialnej wykładni trafności dokonanych zastrzeżeń oraz gruntowanie zbadał wszystkie informacje zastrzeżone. Do niektórych wykonawców zwracał się o poddanie uzasadnienia zastrzeżenia informacji, tych które budziły wątpliwości zamawianego. Do Exatel nie zwracał się o podanie uzasadnienia dla zastrzeżenia dokumentu wykazu Doświadczenia zawodowego. Uznał, że taka przesłanka wystąpiła, i że Exatel S.A. mógł zasadnie utajnić dokument wykazu Doświadczenia zawodowego, tak samo jak uczynił to odwołujący, gdyż dane te dotyczyły usług na rzecz podmiotów prywatnych.

Przystępujący Exatel zaznaczał, że doświadczenie było zdobyte przy usługach dla sektora prywatnego, więc nie zachodzi tu przypadek obligatoryjnego udostępnienia informacji o charakterze publicznym. Uważał, że zastrzeżone informacje wykazu Doświadczenia spełniły

przesłanki ustawowe jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż dotyczą kontaktów handlowych, wobec czego nie znajdował podstaw do ich odtajnienia i spełnienia żądań odwołującego. Przystępujący podnosił jednocześnie, że argumentacja odwołującego, przedstawiona do protokołu rozprawy, prowadzi do rozszerzenia zarzutów gdyż zarzut odwołania dotyczył zasadności zastrzeżenia informacji zawartych w ofercie, a na rozprawie zarzut ten został rozciągnięty na inne szersze okoliczności. Przystępujący zaprzeczył twierdzeniom, iżby z treści ustawy o dostępie do informacji publicznej z dnia 6 września 2001 r. (Dz. U. Nr 112, poz. 1198 ze zm.) wynikał wprost wymóg, aby podmioty, w których większościowy udział ma Skarb Państwa były automatycznie zobowiązane do udostępniania jakichkolwiek informacji mieszczących się pojęciu informacji publicznej. Oświadczył, że podmioty wskazane przez niego w części tajnej, nie są oparte na kapitale większościowym Skarbu Państwa i nie były zobowiązane do ujawniania informacji. Nawet gdyby zamawiający naruszył art. 8 ustawy Pzp przez odmówienie odwołującemu wglądu do części jawnej złożonych wyjaśnień, to naruszenie takie pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, co nie upoważnia Izby do uwzględnienia w tym zakresie zarzutów odwołania.
Stanowisko Izby: Zarzut nie znalazł potwierdzenia. Zamawiający nie zwracał się do wykonawcy Exatel S.A. o podanie powodów, dla jakich wykaz Doświadczenia, w części usług świadczonych na rzecz podmiotów prywatnych - został objęty tajemnicą przedsiębiorstwa.
Inni wykonawcy, włącznie z odwołującym również zastrzegli przedstawione wykazy Doświadczenia – jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający uznał, że takie wykazy, uwzględniając charakter danych w nich zawartych - mogą korzystać z ochrony przed udostępnianiem w postępowaniu. Zatem nie widział powodów do wzywania wykonawców do wyjaśnień w przedmiotowym zakresie. Zamawiający bezsprzecznie przeprowadził

weryfikację zastrzeżonych dokumentów ofert, skoro w jej wyniku, część dokumentów została odtajniona, jak chociażby zaświadczenie Dyrektora Zarządu Gospodarki Wodnej przedłożone przez odwołującego. Zamawiający nie jest każdorazowo zobligowany wzywać wykonawców do podania uzasadnienia dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, o ile jest w stanie samodzielnie ustalić, że zachodzą ku temu podstawy.

Jakkolwiek, Izba podziela teoretyczne poglądy odwołującego w odniesieniu do przesłanek objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa danych oferty, to należało uwzględnić realia niniejszego postępowania. Izba nie mogła pominąć, że i odwołujący zastrzegł przedmiotowy wykaz – jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa, z tych samych względów, iż kontakty handlowe nawiązane z podmiotami prywatnymi nie muszą być ujawniane na rzecz konkurentów i wpisują się w definicję tajemnicy przedsiębiorstwa w oparciu o art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 153, poz. 1503 ze zm.). Z tych samych przyczyn zastrzegł tajemnicę w odniesieniu do wykazu Doświadczenia również przystępujący.

Izba nie uznaje, iż odwołujący wykonawca jest legitymowany do domagania się odtajnienia oferty konkurenta, jako bezprawnie zastrzeżonej - godzącej w jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i prawa wykonawców do weryfikacji i ewentualnego kwestionowania dokumentów utajnionych, skoro w tym samym postępowaniu podejmuje identyczne czynności i zastrzeżenia względem własnej oferty, przywołując przy tym analogiczne uzasadnienie. Wobec powszechnego w tym postępowaniu zastrzeżenia wykazu usług, zamawiający mógł samodzielnie, nawet bez wymagania wyjaśnień od wykonawców, uznać, iż działania te są usprawiedliwione, traktując tym samym wykonawców w równy sposób.

Nawet jeżeli część wyjaśnień Exatel S.A. odnosiła się do usługi na rzecz zamawiającego, które to dokumenty nie były zastrzeżone jako tajne, i wbrew decyzji zamawiającego - powinny zostać udostępnione, to uchybienie takie pozostawało bez wpływu na wynik postępowania, a zatem nie upoważniało Izby do uwzględnienia w tym zakresie odwołania, stosownie do dyspozycji art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba uznała za zbyt daleko idące założenia i domniemania odwołującego, że podmioty prywatne, które były zlecającymi usługi kolokacji na rzecz przystępującego, mogły być zobowiązane do ujawniania informacji na zasadach ustawy o dostępie do informacji publicznej, o ile ich większościowym współwłaścicielem jest Skarb Państwa, czemu zresztą przystępujący zaprzeczył.

Ad. Zarzut 8. Naruszenia zasad postępowania o zamówienie publiczne art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

26

W ocenie Izby, skoro nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, podnoszone wobec konkretnych czynności i zaniechań zamawiającego, nie mogło też nastąpić naruszenie naczelnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, statuowanych w art. 7 ust. 1 i 3, tj. zasady równego traktowania wykonawców i zapewnienia pomiędzy nimi uczciwej konkurencji. Wybór oferty Exatel S.A. nie naruszył art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Tak sformułowane ogólne naruszenie zasad postępowania - nie kreuje zarzutu bez związku z wykazaniem naruszenia szczegółowych przepisów ustawy - przez czynności lub też zaniechania zamawiającego.
Postępowanie dowodowe nie wykazało naruszenia przez zamawiającego:
1. art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Exatel S.A. z siedzibą w Warszawie pomimo, iż oferowane przez Exatel usługi nie spełniają wymagań określonych przez zamawiającego w wierszu 3 Tabeli wymaganych parametrów usługi (Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia),
2. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Exatel do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowane usługi spełniają wymagania zamawiającego zgodnie z Rozdziałem X pkt.1 SIWZ,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Exatel S.A. pomimo, iż oferowane przez Exatel usługi nie spełniają wymagań określonych przez zamawiającego w poz. 19 Załącznika 3c - Formularz Oferty Technicznej,
4. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Exatel pomimo iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje w zakresie spełniania wymagań zamawiającego w odniesieniu do powierzchni, którymi dysponuje dla realizacji przedmiotu zamówienia,
5. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Exatel pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia,
6. naruszenie art. 26 ust. 3 poprzez zaniechanie wezwania Exatel do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia,
7. art. 8 ust. 1 i 2 i 3 Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia zastrzeżonych w ofercie Exatel informacji, jak również - zaniechanie wezwania Exatel do wykazania zasadności zastrzeżenia części oferty.

27

Tym samym, nie wykazało naruszenia zasad art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp - równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania wbrew regułom uczciwej konkurencji.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Izba zaliczyła na poczet kosztów postępowania odwoławczego uiszczony przez odwołującego wpis, stosownie do postanowień § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

……..

28