

WYROK

z dnia 22 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach **12 i 19 lipca 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 17 czerwca 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Konica Minolta Business Solutions Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zarządzanie drukiem biurowym* (nr postępowania PZW/9/2015)

prowadzonym przez: **PGE Polska Grupa Energetyczna S.A. z siedzibą w Warszawie – pełnomocnika działającego w imieniu i na rzecz zamawiających: PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie, PGE Energia Odnawialna S.A. z siedzibą w Warszawie, PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Belchatowie, PGE Obrót S.A. z siedzibą w Rzeszowie, PGE Systemy S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

A. RICOH Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

B. Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje PGE Polskiej Grupie Energetycznej S.A. z siedzibą w Warszawie unieważnienie zaproszenia do aukcji oraz odtajnienie wszystkich dotychczas nieujawnionych dokumentów załączonych do pisma RICOH Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z 31 maja 2016 r. oraz korespondencji z SI-Consulting sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.**

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża **PGE Polską Grupę Energetyczną S.A. z siedzibą w Warszawie** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – Konica Minolta Business Solutions Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od **PGE Polskiej Grupy Energetycznej S.A. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **odwołującego – Konica Minolta Business Solutions Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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:

Uzasadnienie

PGE Polska Grupa Energetyczna S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Zamawiający”} – jako pełnomocnik działający w imieniu i na rzecz zamawiających: PGE Dystrybucja S.A. z siedzibą w Lublinie, PGE Energia Odnawialna S.A. z siedzibą w Warszawie, PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie, PGE Obrót S.A. z siedzibą w Rzeszowie, PGE Systemy S.A. z siedzibą w Warszawie) – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”}, postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego dostawy pn. *Zarządzanie wydrukiem biurowym* (nr postępowania PZW/9/2015).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 22 grudnia 2015 r. nr 2015/S_247-450429, w tym samym dniu Zamawiając zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {www.gkpge.pl}, na której od tego dnia udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

7 czerwca 2016 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu – Konica Minolta Business Solutions Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Konica Minolta”} – zaproszenie do udziału aukcji elektronicznej wraz z informacją o ofertach dopuszczonych do udziału w aukcji i przyznanej im punktacji.

17 czerwca 2016 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego i zaniechania wyboru oferty Konica Minolta jako najkorzystniejszej, w konsekwencji zaniechania wykluczenia z postępowania RICOH Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Ricoh”} lub odrzucenia jego oferty, a także od zaniechania odtajnienia dokumentów dotyczących spełniania przez Ricoh warunków udziału w postępowaniu oraz zaniechania wezwania Ricoh do wyjaśnienia uzupełnionych dokumentów dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów – wg systematyki odwołania lit. od a do j}}:

1. Art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) {dalej również: „uznk”} – wobec zaniechania odtajnienia dokumentów i oświadczeń dotyczących wiedzy i doświadczenia oraz potencjału kadrowego uzupełnionych przez Ricoh, pomimo że nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa.

2. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 11 pkt 4 uznk – przez to, że powyżej opisane zaniechanie prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
3. Art. 24 ust. 2 pkt 3 – przez zaniechanie wykluczenia Ricoh, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania odnośnie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia określonego w rozdziale IX pkt 2 lit. a) i c) SIWZ (str. 8-9), zawarte w „Wykazie wykonanych dostaw urządzeń wielofunkcyjnych – załącznik nr 5A” {dalej również: „załącznik nr 5A”} i „Wykazie wykonanych wdrożeń systemu zarządzania wydrukiem – załącznik nr 5C {dalej również: „załącznik nr 5C”} oraz dokumentach związanych z udostępnieniem zasobów.
4. Art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 87 ust. 1 zd. drugie – przez zaniechanie odrzucenia oferty Ricoh, której treść została zmieniona i uzupełniona po upływie terminu składania ofert przez powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcom, podczas gdy w pierwotnej ofercie Ricoh wskazał, że nie powierzy wykonania żadnej części podwykonawcom.

{Alternatywnie, w sytuacji gdy z treści zobowiązania do udostępnienia zasobów (lub innych dokumentów potwierdzających udostępnienie) wynika, że udostępnienie nie ma formy podwykonawstwa:}

Art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 26 ust. 2b – przez bezpodstawne uznanie, że zobowiązania do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego (lub inne dokumenty potwierdzające udostępnienie) w postaci wiedzy i doświadczenia potwierdza realność udostępnienia tych zasobów, podczas gdy Ricoh nie zagwarantował udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, co doprowadziło do zaniechania wykluczenia Ricoh z powodu niewykazania posiadania wiedzy i doświadczenia.

5. Art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 26 ust. 2b – przez zaniechanie wykluczenia Ricoh z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia, polegające na bezpodstawnym uznaniu, że możliwe jest zsumowanie doświadczenia różnych podmiotów w celu wykazania spełnienia tych warunków.
6. Art. 26 ust. 3 i 4 – przez zaniechanie wezwania do wyjaśnień uzupełnionych oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu

w zakresie wiedzy i doświadczenia określonego w rozdziale IX pkt 2 lit. a) i c) SIWZ oraz potencjału kadrowego określonego w rozdziale IX pkt 3 lit. b) i c) SIWZ.

7. Art. 91a ust. 1 – przez zaproszenie do aukcji elektronicznej wykonawcy podlegającego wykluczeniu i którego oferta powinna zostać odrzucona.
8. Art. 91b ust. 1 – przez zaproszenie do aukcji wykonawców, pomimo tego, że w postępowaniu nie złożono trzech ofert niepodlegających odrzuceniu.
9. Art. 91 ust. 1 – przez wadliwą ocenę oferty Ricoh oraz zaniechanie odrzucenia tej oferty i wykluczenia Ricoh.
10. Art. 7 ust. 1 – przez naruszenie przepisów przywołanych w odwołaniu, co skutkuje naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań – wg systematyki odwołania lit. od a do e} :

1. Unieważnienia zaproszenia wykonawców do aukcji elektronicznej.
2. Odtajnienia dokumentów dotyczących spełniania przez Ricoh warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy o doświadczenia oraz potencjału kadrowego, w tym dokumentów i oświadczeń uzupełnionych przez Ricoh (także dotyczących podmiotów udostępniających zasoby) i korespondencji z SI-Consulting sp. z o.o.
3. Dokonania ponownej oceny ofert.
4. Odrzucenia oferty Ricoh, wykluczenia tego Wykonawcy lub wezwania do wyjaśnień dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia oraz potencjału kadrowego.
5. Wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów w szczególności podnosząc następujące okoliczności prawne i faktyczne jako uzasadniające wniesienie odwołania.

{ad pkt 1 i 2 listy zarzutów – pkt 2 uzasadnienia}

Zdaniem Odwołującego ponieważ uzupełnione przez Ricoh wykazy wykonanych zamówień (załączniki nr 5A i 5C) oraz wykaz osób (załącznik nr 8) są datowane na 2 lutego 2015 r. (tj. przed terminem składania ofert), natomiast uzasadnienie zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa zostało sporządzone 31 maja 2016 r. (tj. po terminie składania ofert), nie jest ono skuteczne z uwagi na brzmienie art. 8 ust. 3 pzp, biorąc pod uwagę również fakt, że składając ofertę Ricoh nie dokonał takiego zastrzeżenia w stosunku do żadnego z dokumentów.

Ponadto według treści odwołania zastrzeżenie przez Ricoh jako tajemnicy przedsiębiorstwa zobowiązań podmiotów trzecich, wykazów oraz referencji uzupełnionych na potwierdzenie spełniania warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia, o których mowa w rozdziale IX pkt 2 lit. a) i c) SIWZ, jest nieskuteczne z następujących powodów.

Po pierwsze – aby udostępnienie wiedzy i doświadczenia było realne udostępniający swoją wiedzę i doświadczenie podmiot trzeci powinien brać udział w realizacji zamówienia, w konsekwencji zarówno jego tożsamość, jak i treść jego zobowiązania będą na dalszym etapie zamówienia stanowić informację jawną.

Po drugie – Ricoh nie udowodnił spełnienia przez zastrzeżone informacje przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 uznk, gdyż:

- z powołania się przez Ricoh na zobowiązanie do zachowania poufności nałożonego umową z podmiotem trzecim nie wynika wykazanie wszystkich trzech przesłanek wynikających z tego przepisu;
- podnoszony przez Zamawiającego niepubliczny charakter odbiorców zamówień nie może stanowić samostojącej podstawy dla objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa;
- jeżeli dla Ricoh wartość gospodarczą ma umiejętność dobierania partnerów biznesowych i nawiązywanie współpracy z podmiotami na rynku, które mają szczególne kwalifikacje lub zasoby (na co powołał się Ricoh), ujawnienie tożsamości podmiotów udostępniających zasoby, treści ich zobowiązań, dat ich podpisania, referencji i innych dokumentów dotyczących tych podmiotów nie będzie wiązało się z ujawnieniem tej metodyki.

Po trzecie – nieuprawnione jest zastrzeżenie całości dokumentów zobowiązań i poświadczeń należytego wykonania zamówienia, w tym treści zobowiązań, dat ich podpisania, zakresu udostępnionej wiedzy i doświadczenia czy nazwy udostępniającego, a także treści wykazów w zakresie przedmiotu, dat wykonania, wartości zamówień, gdyż utajnieniu mogą podlegać poszczególne informacje, a nie całe dokumenty.

Po czwarte – bezzasadne jest zastrzeżenie informacji dotyczących zamówień zrealizowanych na rzecz podmiotów publicznych, również gdy zostały udostępnione w trybie art. 26 ust. 2b pzp, gdyż wiedza o tych zamówieniach jest zagwarantowana ustawą o dostępie do informacji publicznych. Odwołujący ustalił, że w uzupełnionym załączniku nr 5C w poz. 2 znajduje się takie zamówienie. Zdaniem Odwołującego respektowanie powołania się przez Ricoh na ochronę tożsamości podmiotu udostępniającego prowadziłoby do nierównego traktowania wykonawców na korzyść tych, którzy samodzielnie nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, gdyż tylko oni mogliby uniknąć weryfikacji przez innych wykonawców.

Po piąte – bezzasadne jest utajnienie części zmienionego opisu przedmiotu zamówienia w poz. 2 załącznika nr 5C dotyczącej zamówienia na rzecz SI-Consulting sp.

z o.o., a także wszelkich informacji uszczegóławiających dotyczących tego zamówienia (także korespondencji z tym podmiotem), gdyż informacje o tym zamówieniu były jawne w wersji wykazu załączonej do oferty, a pismo skierowane przez Zamawiającego do tego podmiotu nie obejmowało żadnych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż dotyczyło wyłącznie faktu kontynuacji umowy, ilości urządzeń dostarczonych w okresie 03.02.2013 – 03.02.2016 r. i wartości dostaw za ten okres oraz należytego wykonania dostaw.

W odniesieniu do zastrzeżenia dodanych informacji o realizowanych projektach w wykazie osób, dla których imiona i nazwiska, a także posiadane certyfikaty były jawne, Odwołujący wskazał, że uzupełnienie było wynikiem stwierdzenia, że wskazane w pierwotnym wykazie projekty nie wykazują dla S.K. i S.W. minimalnego wymaganego doświadczenia. Zdaniem Odwołującego w tych okolicznościach powołanie się przez Ricoh na obawę przed wrogimi przejęciami pracowników jest nieracjonalne. Odwołujący dodał, że informacje o pierwszej z powyższych osób znajdują się w powszechnie dostępnej witrynie LinkedIn.

{ad pkt 4 listy zarzutów – pkt 3 uzasadnienia}

Odwołujący stwierdził, że zarówno orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, jak i Krajowej Izby Odwoławczej jednomyślnie interpretuje przepisy dotyczące możliwości powołania się na zasoby podmiotu trzeciego w postaci wiedzy i doświadczenia, wskazując, że posłużenie się potencjałem podmiotu trzeciego jest możliwe wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca zapewni realny udział tego podmiotu w wykonaniu zamówienia.

Odwołujący zrelacjonował, że:

- Zamawiający żądał wskazania w pkt 15 formularza ofertowego, jakie części zamówienia wykonawca powierzy podwykonawcom, a Ricoh nie wskazał żadnej części zamówienia jak tej, którą zamierza powierzyć podwykonawcom;
- Ricoh w wykazie osób stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ wskazał jedynie własnych pracowników (jako podstawę dysponowania wskazał umowę o pracę oraz przy jednej osobie umowę o dzieło), również w wykazie uzupełnionym pismem z 31 maja 2016 r.;
- Ricoh pierwotnie wykazywał wyłącznie własną wiedzę i doświadczenie, natomiast z treści pisma z 31 maja 2016 r. wynika, że w ramach uzupełnienia dokumentów skorzystał z udostępnienia zasobów przez trzy podmioty: jednego dla warunku wykazywanego w załączniku nr 5A (poz. 3) i dwóch dla warunku wykazywanego w załączniku nr 5C (poz. 1 i 2).

Odwołujący zarzucił, że jeżeli Ricoh zamierza skorzystać z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego w formie podwykonawstwa, jest to sprzeczne z art. 87 ust. 1 pzp, który zakazuje dokonywania zmian w treści złożonej oferty, skoro oświadczył, że nie zamierza powierzyć podwykonawcom wykonania żadnej części zamówienia.

Alternatywnie Odwołujący zarzucił, że jeżeli wiedza i doświadczenie mają być udostępniane Ricoh przez doradztwo i konsultacje (zastrzegając, że tego nie wie z racji nieujawnienia mu dokumentów dotyczących udostępnienia zasobów), nie zapewnia to rzeczywistego udostępnienia zasobów, a ma na celu wyłącznie formalne wykazanie, że podmiot trzeci udostępnił nie tylko referencje, podczas gdy zaangażowanie podmiotów trzecich ma charakter pozorny. O tym ostatnim ma świadczyć w szczególności brak zaangażowania w wykonanie zamówienia i nadzór nad nim personelu któregośkolwiek podmiotu trzeciego, podczas gdy osoby te, które faktycznie świadczyły usługi wdrożenia systemu zarządzania wydrukiem o wymaganych cechach, są istotnym „nośnikiem” wiedzy i doświadczenia.

Niezależnie od powyższego Odwołujący zarzucił, że dokument powinien potwierdzać istnienie zobowiązania podmiotu trzeciego względem Ricoh najpóźniej w dniu składania ofert. Według Odwołującego okoliczności sprawy przemawiają za tym, że nie miało to miejsca, zastrzegając jednocześnie, że będzie w stanie szerzej odnieść się do tej kwestii po udostępnieniu mu bezpodstawnie zastrzeżonych zobowiązań podmiotów trzecich.

{ad pkt 3 listy zarzutów – pkt 4 uzasadnienia}

Odwołujący zarzucił, że złożenie przez Ricoh wykazów datowanych na 2 lutego 2016 r. oraz zobowiązań, które miałyby potwierdzać spełnianie wymagań na dzień składania ofert, stanowi złożenie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż w rzeczywistości nie dysponował w tej dacie udostępnionymi zasobami ani dokumentami to potwierdzającymi.

Według Odwołującego świadczy o tym całokształt przebiegu badania spełniania przez Ricoh warunków udziału w postępowaniu, gdyż dopiero wyniki czynności Zamawiającego podjęte w wykonaniu wyroków Izby z 26 kwietnia 2016 r. w sprawach KIO 452/16 i KIO 458/16 spowodowały pojawienie się konieczności uzupełnienia pierwotnych wykazów nr 5A i 5C, obejmujących wyłącznie własne zamówienia. Uzupełnione wykazy odnoszą się w swojej treści wprost do wezwania Zamawiającego z 31 maja 2016 r., które było skutkiem powyżej wymienionych wykazów. Gdyby uzupełnione wykazy były rzeczywiście z 2 lutego 2016 r., obejmowałyby wszystkie zamówienia – zarówno własne, jak i udostępnione.

{ad pkt 5 listy zarzutów – pkt 5 uzasadnienia}

Odwołujący zrelacjonował, że

–w rozdziale IX pkt 2 lit. a) przewidziano, że wykonawca musi wykazać: *Posiadanie wiedzy i doświadczenia związanego z przedmiotem zamówienia i proporcjonalnego do przedmiotu zamówienia (art. 22 ust 1 pkt 2 Ustawy) obejmujące należyte wykonanie w okresie ostatnich 3 (trzech) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: co najmniej 3 dostaw (realizowanych na podstawie odrębnych umów, obejmujących sprzedaż, najem, dzierżawę, leasing lub inną podobną umowę) wraz z usługą instalacji urządzeń wielofunkcyjnych (MFP - Multifunction Printer), w ilości co najmniej 200 sztuk i wartości co najmniej 1 000 000,00 zł netto (bez podatku od towarów i usług VAT) każda dostawa (umowa).*

– w piśmie z 31 maja 2016 r. na wykazanie powyższego warunku Ricoh powołał się uzupełniająco na jedno zamówienie zrealizowane przez podmiot trzeci.

Odwołujący zarzucił, że skoro według warunku wykonawca był zobligowany wykazać 3 dostawy, potencjał podmiotu trzeciego, który zrealizował tylko jedną dostawę, jest nieadekwatny, gdyż nie posiada wiedzy i doświadczenia wynikających z 3 dostaw, którą mógłby udostępnić w sposób realny wykonawcy.

Odwołujący zrelacjonował, że:

– w rozdziale IX pkt 2 lit. c) przewidziano, że wykonawca musi wykazać: *Posiadanie wiedzy i doświadczenia związanego z przedmiotem zamówienia i proporcjonalnego do przedmiotu zamówienia (art. 22 ust 1 pkt 2 Ustawy) obejmujące należyte wykonanie w okresie ostatnich 3 (trzech) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: co najmniej 2 wdrożeń (realizowanych na podstawie odrębnych umów) systemu zarządzania wydrukiem sieciowym, realizującego zadania związane z wydrukiem podążającym, kontrolą dostępu za pomocą kart zbliżeniowych, rozliczaniem wydruków oraz kontrolą techniczną urządzeń w tym monitorowaniem ich stanu technicznego i poziomu materiałów eksploatacyjnych, każde dla minimum 200 urządzeń wielofunkcyjnych (MFP - Multifunction Printer) obsługiwanych przez system najpóźniej na moment składania ofert.*

– w piśmie z 31 maja 2016 r. na wykazanie powyższego warunku Ricoh powołał się uzupełniająco na zasoby dwóch podmiotów trzecich, z których każdy wykonał jedno wdrożenie.

Odwołujący zarzucił, że żaden z tych podmiotów nie posiada wiedzy i doświadczenia wymaganego treścią warunku udziału w postępowaniu tj. wynikających z należytego wykonania przez wykonawcę co najmniej dwóch wdrożeń.

Odwołujący powołał się na to, że jak wskazuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, warunek udziału w postępowaniu obejmujący wykonanie dwóch (lub więcej) zamówień nie może być dzielony pomiędzy różne podmioty, gdyż incydentalne wykonanie zamówienia nie oznacza posiadania doświadczenia, które zdobyłby podmiot wykonując kolejne (drugie) zamówienie. Według Odwołującego odmienna wykładania byłaby sprzeczna z celem stawiania warunków udziału w postępowaniu w postaci wiedzy i doświadczenia, ponieważ prowadziłyby do stanu, w którym zamówienie mógłby otrzymać podmiot nieposiadający doświadczenia i niedysponujący zasobami żadnego podmiotu posiadającego pełne doświadczenie pozwalające na należyłą realizację zamówienia. Odwołujący wskazał na wyrok Izby z 7 sierpnia 2014 r. (sygn. akt KIO 1495/14), który choć dotyczy sumowania potencjału wiedzy i doświadczenia w konsorcjum, *per analogiam* dotyczy udostępnienia zasobów.

Odwołujący powołał się także na stanowisko doktryny, że nie można sumować identycznego doświadczenia dwóch różnych wykonawców – jeżeli obaj wykonali po jednym zamówieniu, wspólnie nie odpowiadają wykonawcy, który wykonał dwa zamówienia. Według Odwołującego tym bardziej dotyczy to sytuacji, gdy żaden z podmiotów samodzielnie nie posiada wymaganego doświadczenia, lecz dopiero ich suma spełnia wymaganie określone jako minimalne, a dodatkowo żaden z tych podmiotów nie będzie uczestniczył w wykonaniu zamówienia jako podwykonawca.

{ad pkt 6 listy zarzutów – pkt 6 uzasadnienia}

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający bezzasadnie uznał zamówienie realizowane dla SI-Consulting sp. z o.o. za odpowiadające wymaganiom określonym w rozdziale IX pkt 2 lit. a) SIWZ, pomimo że ten wystawca referencji nie udzielił odpowiedzi na pytania Zamawiającego zadane pismem z 10 maja 2016 r. w trybie § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. poz. 231) {dalej również: „rozporządzenie o dokumentach”}, zamiast tego pouczając Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego, ponieważ według art. 26 ust. 2a pzp na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania spełniania warunków udziału, w zaistniałej sytuacji konieczne jest zwrócenie się przez Zamawiającego do Ricoh o udzielenie jednoznacznych wyjaśnień odnośnie ilości urządzeń dostarczonych w okresie od 3 lutego 2013 r. do 2 lutego 2016 r. oraz wartości zrealizowanych w tym czasie dostaw (wystarczy rząd wielkości odpowiadający treści warunku).

Odwołujący przypomniał, że jak wskazała także Izba w wyroku, dla zamówienia wykonanego w 2010 r. w wykazie podano 269 urzędzeń, a w referencjach określenie „ponad 250”. Stąd na cały okres 6 lat (2010-2016) pozostawało mniej niż 19 urzędzeń lub określenie z referencji mogło obejmować liczbę urzędzeń wskazaną w wykazie. Odwołujący podniósł, że ponieważ dostawa urzędzeń musiała dotyczyć okresu 3 lat poprzedzających upływ terminu składania ofert, samo trwanie umowy jest bezprzedmiotowe, o ile nie wiązało się z dostawami urzędzeń.

Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, że ponieważ w referencjach SI-Consulting sp. z o.o. wskazano na wykonanie zamówienia dla Grupy IMPEL (której spółki były odbiorcą urzędzeń, jednoznaczne ustalenie dalszego sposobu wykonania umowy było niezbędnym dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

{ad pkt 6 listy zarzutów – pkt 7 uzasadnienia}

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności:

- Zamawiający pismem z 24 maja 2016 r. wezwał Ricoh do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie określonych w rozdziale IX pkt 3 lit. b) i c) SIWZ warunków dotyczących potencjału kadrowego, gdyż z wykazu osób wynika, że D.K. posiada jedynie doświadczenie w serwisie urzędzeń MFP, a nie – jak wymagał Zamawiający – zarówno w serwisie urzędzeń, jak i w obsłudze urzędzeń;
- z uzupełnionego wykazu wynika, że od maja 2011 r. D.K. posiada doświadczenie w *instalacji i konfiguracji urzędzeń oraz obsłudze serwisowej w ramach kontraktu serwisowego*.

Odwołujący zarzucił, że z uzupełnionego wykazu nie wynika, że ww. osoba posiada doświadczenie w obsłudze urzędzeń MFP, w tym kiedy i przy jakim projekcie miałby je uzyskać.

Według Odwołującego:

- należy odróżnić obsługę eksploatacyjną urzędzeń od obsługi serwisowej urzędzeń, która *de facto* polega na interwencji w przypadku awarii urzędzenia;
- obsługa urzędzeń wymaga posiadania innych umiejętności niż obsługa serwisowa urzędzeń, stąd Zamawiający rozróżnił oba pojęcia wymagając wykazania doświadczenia zarówno w serwisie urzędzeń, jak i obsłudze urzędzeń.

1 lipca 2016 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości, w szczególności w następujący sposób odnosząc się do poszczególnych zarzutów

{1. zarzuty dotyczące zaniechania odtajnienia uzupełnionych dokumentów i oświadczeń}

Na wstępie Zamawiający podał, że po wniesieniu odwołania dokonał ponownej oceny dokumentów, które zostały zastrzeżone przez Ricoh jako tajemnica przedsiębiorstwa, w wyniku czego pismem z 22 czerwca 2016 r. (znak DZ/252/2016/W) odtajnił następujące dokumenty:

- 1) uzupełniony wykaz z załącznika nr 5A w odniesieniu do doświadczenia zdobytego przy realizacji projektu dla SI-Consulting sp. z o.o.;
- 2) uzupełniony wykaz z załącznika nr 5C w zakresie poz. 2 dot. zamówienia realizowanego na rzecz Urzędu Miasta Krakowa przez Copy Felix;
- 3) referencje wystawione przez Urząd Miasta Krakowa z 22 października 2015 r. potwierdzające należyte wykonanie zamówienia na wdrożenie oprogramowania do obsługi kopiowania i druku wraz z identyfikacją użytkowników;
- 4) pismo Copy Felix z 29 stycznia 2016 r. będąc uzupełnieniem informacji dotyczących realizacji zamówienia na rzecz Urzędu Miasta Krakowa,
- 5) informację z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej Rzeczypospolitej Polskiej dotycząc L.T. Copy Felix.

W związku z tym Zamawiający z jednej strony podniósł, że kwestia braku odtajnienia ww. dokumentów oraz zawartych w nich informacji przestała być sporna między stronami. Z drugiej strony według Zamawiającego w tym zakresie odwołanie będzie podlegało oddaleniu na podstawie art. 192 ust. 2 pzp z uwagi na brak wpływu na wynik postępowania.

Zamawiający podniósł, że choć załączone do pisma z 31 maja br. załączniki w postaci wykazów datowane są na 2 lutego br., jednak zawarte w nich informacje oznaczone jako tajemnica przedsiębiorstwa są nowe, gdyż stanowią odpowiedź na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia tych dokumentów. Stąd zastrzeżenie ich w dacie ich złożenia jest logiczne, w pełni uzasadnione i zgodne z art. 8 ust. 3 pzp. Ricoh w terminie składania ofert nie wiedział, jakie jeszcze informacje Zamawiający zażąda w ramach czynności wyjaśnienia czy uzupełnienia oferty.

Zamawiający dodał, że art. 8 ust. 3 pzp co prawda odnosi się wyłącznie do ofert i wniosków, jednak od lat stosuje się go *per analogiam* także do innych dokumentów zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa, m.in. wyjaśnień i uzupełnień. W takim wypadku terminem na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa i wykazanie, że zastrzeżone informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jest chwila złożenia zamawiającemu danego dokumentu.

Zamawiający powołał się na to, że nie pozostał bezkrytyczny w stosunku do

zastrzeżenia dokonanego przez Ricoh. Po pierwsze – skłonił Ricoh do odtajnienia uzasadnienia dla tego zastrzeżenia. Po drugie – podjął działania sprawdzające, czy informacje o zamówieniach prezentowanych w wykazach. W wyniku czego odtajnił wymienione powyżej dokumenty, pomimo braku zgody Ricoh, gdyż stwierdził, że dotyczą zamówienia publicznego, o którym informacje są publicznie dostępne na stronach internetowych.

Odnosnie nieodtajnienia pozostałych dokumentów złożonych w uzupełnieniu przez Ricoh dla wykazania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, Zamawiający podniósł następujące argumenty:

- możliwość utajnienia zależy wyłącznie od spełnienia przesłanek wynikających z art. 8 ust. 2 pzp i art. 11 ust. 4 uznk, a nie od tego, czy wykonawca uczestniczy w postępowaniu samodzielnie, wspólnie czy korzysta z potencjału podmiotów trzecich;
- sprawy związane z tajemnicą przedsiębiorstwa należy w każdym przypadku traktować indywidualnie, stąd w zależności od okoliczności ten sam rodzaj informacji może stanowić lub nie tajemnicę przedsiębiorstwa, dopuszcza się zastrzeżenie całych dokumentów lub poszczególnych informacji;
- Ricoh wykazał, że informacje dotyczące udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia (tj. treść zobowiązania, referencji oraz wykazów dostaw i wdrożeń) spełniają przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 4 uznk;
- nieujawnione do wiadomości publicznej informacje dotyczące podmiotów trzecich, ich kontrahentów, umów przez nich zawartych i kwot z nich wynikających zawarte w uzupełnionych wykazach mają dla Ricoh wartość gospodarczą, gdyż mogą mieć znaczenie dla prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, w tym dla jego pozycji na rynku konkurencyjnym;
- ujawnienie treści zobowiązania do udostępnienia zasobów zniweczyłoby objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa faktu udostępnienia zasobów przez dany podmiot;

Ponadto Zamawiający zawarł w części odpowiedzi na odwołanie, którą uznał za tajemnicę przedsiębiorstwa, dodatkowe uzasadnienie dla utajnienia tożsamości jednego z podmiotów udostępniających Ricoh wiedzę i doświadczenie, oparte na jego wiedzy o całokształcie prowadzonego postępowania.

Według Zamawiającego w odniesieniu do wykazu osób Ricoh odpowiednio uzasadnił objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa informacji na temat kariery zawodowej S.K. oraz S.W., gdyż dopiero ujawnienie doświadczenia czy kwalifikacji tych osób stwarza zagrożenia podkupieniem tych osób przez konkurencję.

Ponadto Zamawiający podniósł, że witryna internetowa wskazana w odwołaniu nie zawiera tych informacji, które utajniono dla S.K., na dowód czego załączył stosowny wydruk.

{2. zarzuty dotyczące podwykonawstwa oraz udostępnienia zasobów}

Zamawiający ujawnił, że korzystanie przez Ricoh z wiedzy i doświadczenia podmiotów trzecich nie będzie realizowane w formie podwykonawstwa, a Ricoh zgodnie z oświadczeniem zawartym w ofercie będzie wykonywał zamówienie samodzielnie. Stąd według Zamawiającego zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 pzp jest bezprzedmiotowy.

Zamawiający podniósł, że zna orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości i Izby dotyczące możliwości powoływania się na wiedzę i doświadczenie podmiotów trzecich, jednak nie wskazuje ono, że udostępnienie tych zasobów może następuje wyłącznie przez podwykonawstwo, gdyż może przybierać inną formę byleby wykonawca zapewnił realny udział podmiotu udostępniającego w wykonaniu zamówienia.

Według Zamawiającego twierdzenie, że udostępnienie doświadczenia przez doradztwo i konsultacje nie zapewnia rzeczywistego udostępnienia zasobów, jest sprzeczne z ugruntowanym orzecznictwem Izby.

Zdaniem Zamawiającego z treści zobowiązań przedstawionych przez Ricoh wynika, że *w sposób realny wykonawca ten zapewnił Zamawiającemu udział podmiotów którymi dysponuje w wykonaniu Zamówienia* o charakterze aktywnym, gdyż jedną z czynności realizowanych przez podmioty trzecie będzie nadzór nad wykonaniem zamówienia.

Fakt wskazania przez Ricoh w zakresie warunku dysponowania odpowiednim personelem tylko swoich pracowników nie oznacza, po pierwsze, że tylko oni będą realizowali tak duże i skomplikowane zamówienie, a po drugie, że nie będą w to zaangażowany personel podmiotu trzeciego, który ma zapewnić transfer doświadczenia wykonawcy.

{3. zarzut dotyczący nieprawdziwych informacji wpływających na wynik postępowania}

Według Zamawiającego:

- zarzut opiera się na danych złożenia uzupełnionych wykazów, jednak nie jest jasne, które informacje i dlaczego Odwołujący uważa za nieprawdziwe, gdyż zaprezentował jedynie swoje domysły;
- podzielenie stanowiska Odwołującego uniemożliwiłoby jakiegokolwiek uzupełnianie dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 pzp, gdyż każde nowe informacje oraz dokumenty, których złożenie w trybie tego przepisu jest dopuszczalne, można byłoby uznać za nieprawdziwe i wpływające na wynik postępowania;
- ponieważ wykonawca składając ofertę nie wie jak zostaną ocenione oświadczenia lub

dokumenty przez zamawiającego, zupełnie normalną jest sytuacja, że na początku nie podaje wszystkich informacji o swoim doświadczeniu czy potencjale osobowym, a dopiero, gdy okazują się one niewystarczające na wezwanie zamawiającego przedstawia nowe zasoby;

– Odwołujący, choć to na nim spoczywał ciężar dowodu, nie wykazał przesłanek wynikających z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, zarówno co do nieprawdziwości informacji, jak i złożenia ich w wyniku celowego i zawinionego działania.

{4. zarzut dotyczący dopuszczenia zsumowania doświadczenia różnych podmiotów}

Zdaniem Zamawiającego zarzut zmierza do nowej interpretacji warunków udziału dotyczących wiedzy i doświadczenia oraz sposobu oceny ich spełniania, która:

– jest sprzeczna z art. 23 ust. 3 pzp dotyczącym wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia przez wykonawców oraz z art. 26 ust. 2b pzp, wprowadzającym możliwość korzystania z potencjału osób trzecich, jak również z zasadami uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

– jest zawężająca i nie wynika z żadnego zapisu ogłoszenia oraz SIWZ, gdyż Zamawiający wymagając określonej liczby dostaw lub usług nie zastrzegł, że nie mogą one być wykonane przez dwa różne podmioty, a tylko w razie wyartykułowania tego wprost, można by to egzekwować;

– prowadziłyby do uznania, że tylko Odwołujący spełnia warunki, gdyż wszyscy pozostali wykonawcy, którzy złożyli oferty bazowali na doświadczeniu podmiotów trzecich i nie mają lub nie mieli samodzielnie co najmniej 2 wdrożeń lub 3 dostaw.

{5. zarzut niewyjaśnienia wątpliwości co do wykazania warunków dot. wiedzy i doświadczeń.}

Zamawiający podniósł, że przeprowadził czynności, do których został zobowiązany w wyniku uwzględnienia przez Izbę wyroków w sprawach o sygn. akt KIO 452/16 i KIO 458/16 (których fragmenty zacytował):

– uzyskał od SI-Consulting potwierdzenie, że na podstawie zawartej w 2010 r. i trwającej nadal umowy ramowej, w ramach której urządzenia wielofunkcyjne są wymieniane i dostarczane w miarę potrzeb, Ricoh, także w okresie 2014 - 2015, należycie zrealizował dostawy,

– po zapoznaniu się z otrzymanym uzasadnieniem uznał, że nadmiarowo poprosił o informacje dotyczące ilości urządzeń oraz wartości, stąd odstąpił od dalszego wyjaśniania tych kwestii;

- uzyskał od Ricoh uzupełnienie wykazu o informację potwierdzoną przez SI- SI-Consulting;
- wyjaśnienia oraz uzupełnienie nie budzą żadnych wątpliwości, gdyż otrzymał jednoznaczną odpowiedź na pytanie, które Izba nakazała zadać.

Zdaniem Zamawiającego zarzut odwołania stanowi kolejną polemikę Odwołującego dotyczącą spełniania przez Ricoh warunku zamówieniem na rzecz SI-Consulting, stąd powinien być odrzucony na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 pzp, gdyż Odwołujący powołuje się na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie o sygn. akt KIO 452/16 jego poprzedniego odwołania. W szczególności za nowe okoliczności nie można uznać pism SI-Consulting i Ricoh.

{6. zarzut niewyjaśnienia wątpliwości co do wykazania warunków dot. potencjału kadrowego}

Zdaniem Zamawiającego zarzut podlega odrzuceniu, gdyż:

- spóźniony, gdyż opis umiejętności i doświadczenia D.K. w wykazie był znany Odwołującemu od upływu terminu składania ofert, a składając poprzednie odwołanie nie kwestionował wyłącznie okres posiadanego doświadczenia;
- ewentualnie dotyczy tych samych okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia w sprawie o sygn. akt KIO 452/16.

Niezależnie od powyższego według Zamawiającego teza, że osoba, która posiada umiejętności związane z serwisem urządzeń nie potrafi tych urządzeń obsługiwać, jest oderwana od zasad logiki, gdyż bez umiejętności obsługi urządzenia nie sposób wykonać czynności serwisowych.

Zamawiający powołał się również na definicje wskazujące wprost, że obsługa urządzeń to nic innego jak ich obsługa serwisowa, przytaczając za Wikipedią definicje obsługi jednokrotnej, codziennej i okresowej.

Pismem z 21 czerwca 2016 r. Zamawiający poinformował Izbę, że kopię odwołania przekazał wykonawcom uczestniczącym w prowadzonym postępowaniu drogą elektroniczną 20 czerwca 2016 r.

23 czerwca 2016 r. wpłynęły w formie pisemnej do Prezesa Izby zgłoszenia przez Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie {dalej również: „Asseco”} oraz Ricoh Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie r. przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Powyższe przystąpienia zostały zgłoszone w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu (od przekazania kopii odwołania przez Zamawiającego) i wymogu

przekazania jego kopii Stronom, a zatem Asseco i Ricoh stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba nie uwzględniła zgłoszonych przez Odwołującego zastrzeżeń, gdyż z obu pism wynikało do której z dwóch stron sporu wskazanych w odwołaniu zgłaszane są przystąpienia.

Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Po przeprowadzeniu niezbędnych czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp.

Zamawiający nie uznał zarzutów odwołania.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępujących, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniach przystąpień i dalszych pismach Uczestników, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na potwierdzenie się jednego z zarzutów.

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę ocenioną najwyżej spośród ofert trzech wykonawców zaproszonych do aukcji. Odwołujący wykazał również możliwość poniesienia szkody w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż w razie wykluczenia Ricoh z postępowania wybór najkorzystniejszej oferty odbędzie się bez przeprowadzenia aukcji elektronicznej. Przesłanka szkody jest również spełniona w odniesieniu do zarzutów dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż Odwołujący

domaga się odtajnienia dokumentów w zakresie nieznanym mu dotychczas okoliczności, których nie uczynił przedmiotem zarzutów stawianych w ciemno.

I. zarzut dotyczący zastrzeżonej przez Ricoh tajemnicy przedsiębiorstwa
{w odwołaniu pkt 1 i 2 listy zarzutów i pkt 2 uzasadnienia}

Izba ustaliła następujące istotne okoliczności:

Ricoh uzupełniając dokumenty część z nich zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa:

- 1) załącznik nr 5A (wykaz dostaw) – poz. 2 co do poprawionego opisu zamówienia na rzecz SI-Consulting sp. z o.o. zamieszczonego w 2. kolumnie i poz. 3 co do wszystkich informacji dotyczących nowo wykazanej dostawy;
- 2) załącznik nr 5C (wykaz wdrożeń) – w całości, czyli wszystkie informacje dotyczące dwóch nowo wykazanych wdrożeń;
- 3) załącznik nr 6 (wykaz osób) – odnośnie uzupełnionego opisu doświadczenia (3, 4 i 5 kolumna) dla S.K. i S.W.;
- 4) referencje dotyczące nowo wykazanej dostawy z poz. 3 załącznika nr 5A;
- 5) referencje dotyczące nowo wykazanych wdrożeń z poz. 1 (wraz z pismem uzupełniającym wykonawcy wdrożenia) i poz. 2 załącznika nr 5C;
- 6) pisemne zobowiązania podmiotów, które były wykonawcą tych wdrożeń, oraz oświadczenia i dokumenty tych podmiotów dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu i wykazania braku podstaw do wykluczenia.

Z pisma Ricoh z 31 maja 2016 r. wynika, że wraz z dokonaniem zastrzeżenia w powyższym zakresie Ricoh podał następujące argumenty dla wykazania, że zastrzeżone informacje w poszczególnych dokumentach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa:

ad 1)

– poz. 2 – umowy o współpracy z SI-Consulting zobowiązują do utajnienia uszczegółowienia zakresu współpracy;

– poz. 3 – brak argumentacji;

ad 2), 5) i 6)

– zawierają istotne dla działalności biznesowej Ricoh informacje o charakterze gospodarczym, które nie zostały podane do wiadomości publicznej i dostęp do nich jest ograniczony wyłącznie do ścisłego kręgu osób, które są zobowiązane do zachowania ich w poufności;

– zobowiązanie kontraktowe na rzecz podmiotów udostępniających, które przekazując dokumenty zastrzegły ich poufność,

– szczególną wartością gospodarczą dla Ricoh jest umiejętność dobierania partnerów biznesowych i nawiązywania współpracy z wieloma podmiotami na rynku, posiadającymi szczególnie kwalifikacje lub posiadającymi określone konieczne zasoby;

– utajnione informacje stanowią *o naszej konkurencyjności i elastyczności w projektowaniu dedykowanych rozwiązań dla szerokiego spectrum klientów i spełniania najsurowszych wymagań*;

ad 3)

– szczegóły dotyczące przebiegu pracy zawodowej oraz doświadczenia w realizacji projektów u wskazanych klientów oraz dane osób kontaktowych mają wartość gospodarczą oraz istotne znaczenie w aspekcie organizacyjnym przedsiębiorstwa, gdyż zespół osób realizujących poszczególne usługi na rzecz podmiotów trzecich, ich doświadczenie (również posiadane certyfikaty), umiejętności oraz zdobyta wiedza stanowią wartość dodaną firmy, a ujawnienie tych informacji narażałoby na ryzyko wrogich przejęć (tych pracowników);

ad 1) - 6)

– pracownicy lub współpracownicy podpisują umowy o zachowaniu poufności i są poinformowani o konieczności zachowania tajemnicy określonych informacji;

– Ricoh posiada zaawansowane systemy ochrony informacji i ochrony danych dla środowiska informatycznego, a bezpieczeństwo informacji stanowi jeden z kluczowych filarów prowadzonej działalności handlowej;

Po wniesieniu odwołania Zamawiający dokonał odtajnienia dokumentów w takim zakresie, w jakim opisał to w odpowiedzi na odwołanie.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 1-3 pzp jest zasadny, gdyż Ricoh zastrzegając część uzupełnionych dokumentów jako niepodlegające udostępnieniu, nie wykazał, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przypomnienia wymaga, że jawność postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, jest zasada jawności postępowania, wyrażona w art. 8 ust. 1 pzp, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 pzp, zgodnie z którym 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 oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dostrzec należy, że w poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, nr druku 1653) wskazano, m.in.: *Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.*

Stąd w znowelizowanym art. 8 ust. 3 pzp na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert lub wniosków jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał, udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przy czym użyte przez ustawodawcę sformułowanie, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania”, oznacza coś więcej aniżeli samo wyjaśnienie (uzasadnienie) powodów objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Z pewnością za takie „wykazanie” nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się *de facto* do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponadto według znowelizowanego przepisu wykonawcy mają obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków. W odniesieniu do informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, a zawartych w dokumentach składanych zamawiającemu w toku postępowania należy stosować *per analogiam* omówione powyżej reguły postępowania wyrażone w art. 8 ust. 3 pzp, czyli wraz z ich złożeniem należy dokonać zarówno stosowanego zastrzeżenia,

jak i wykazać jego zasadność. W konsekwencji zamawiający winien ustalić, czy wykazanie nastąpiło w momencie składania zastrzeganej informacji.

Zdaniem Izby ogólnikowe uzasadnienie zastrzeżenia podane przez Ricoh nie wykazywało, że zastrzegane informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, Ricoh zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 uznk: (1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, (2) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej, (3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Izba, dokonując pod kątem powyższych przesłanek analizy uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa podanego przez Ricoh w piśmie z 31 maja 2016 r., stwierdziła, że dla większości informacji nie wykazuje ono spełnienia 1 i 3 przesłanki.

Nie sprecyzowano, jaką samodzielną wartość gospodarczą miałby mieć zmodyfikowany opis poz. 2 załącznika 5A. Powołanie się na utajnienie szczegółów współpracy z SI-Consulting jest bezprzedmiotowe, gdyż zarówno nowy opis, jak pismo od SI-Consulting, nie zdradza żadnych szczegółów, a jedynie koryguje opis w sposób, który ma potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Twierdzenie, że uzupełniony wykaz nr 5C (ostatecznie spór dotyczył poz. 1, skoro Przystępujący Ricoh sam na rozprawie odtajnił zobowiązanie dotyczące poz. 2) i załączone dokumenty powiązane (referencje, zobowiązania i inne dokumenty podmiotów trzecich), że stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa zarówno Ricoh, jak i podmiotów udostępniających nie zostało choćby uprawdopodobnione. Podmioty trzecie miały zobowiązać Ricoh do zachowania poufności, jednak nic takiego nie wynika z treści zobowiązań, choć a żadnych innych dokumentów potwierdzających istnienie takich zobowiązań nie przedstawiono. Warto przy tym zauważyć, że z uwagi na specyfikę dokumentów zobowiązań do udostępnienia zasobów podmioty je wystawiające doskonale wiedzą, że będą one składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym zasadą jest jawność. Jeżeli zatem nie opatrzyły tych dokumentów żadnym zastrzeżeniem, nie sposób dopatrzeć się po ich stronie woli ich utajniania. Natomiast złożone na rozprawie przez Przystępującego Ricoh umowy partnerskie-handlowe, choć zawierają § 6 „Klauzula poufności”, to z zawartych tam postanowień nie wynika, że fakt samej współpracy jest tajemnicą, a bliżej niesprecyzowane informacje poufne i objęte tajemnicą handlową oraz dokumenty wyraźnie oznaczone jako wewnętrzne i poufne. Warto przy tym zauważyć, że pewne szczegóły tej współpracy, które faktycznie Ricoh uważał za tajemnicę przedsiębiorstwa, nie zdradził nawet Izbie,

odpowiednio je zasłaniając przy wykonywaniu kopii. Wobec charakteru i daty zawarcia tych umów nie zasługują na wiarę, skądinąd ogólnikowe, twierdzenia Ricoh, że powodem utajnienia jest konieczność ochrony umiejętności doboru partnerów biznesowych i nawiązania współpracy z wieloma podmiotami na rynku, które posiadają szczególne kwalifikacje lub określone zasoby. Abstrahując od tego, że jak trafnie ujął to Odwoływający, zastrzeżone informacje nie dotyczą, a tym samym nie zdradzają, tej metodologii, której ujawnienia obawia się Ricoh. Przede wszystkim posiadanie takich umiejętności jest normalnym przymiotem przedsiębiorcy, a tajemnicą należałoby objąć ich brak, z obawy, że dowie się o tym konkurencja. Dodać należy, że w tym przypadku nie były wymagane żadne szczególne kwalifikacje inne niż wynikające z warunku udziału, czyli wykonania wdrożenia systemu zarządzania wydrukiem o określonej skali. Wątpliwa jest również możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa faktu posiadania partnerów handlowych, których zadaniem jest przecież sprzedaż produktów (zarówno sprzętu, jak i oprogramowania) oferowanych przez Ricoh, a zatem dostarcie do jak największej liczby klientów. Jeżeli nawet nie udało się im jeszcze nic sprzedać, z kolei wątpliwa jest wartość gospodarcza posiadania takiego „uśpionego” przedstawiciela handlowego, a przynajmniej nie zostało to choćby wyjaśnione przez Ricoh. Nie opisuje, a tym bardziej nie wykazuje istnienia żadnej konkretnej wartości gospodarczej utajnienia danych podmiotów udostępniających zasoby powołanie się na to, że stanowi *o konkurencyjności i elastyczności {Ricoh} w projektowaniu dedykowanych rozwiązań dla szerokiego spectrum klientów i spełniania najsurowszych wymagań*.

W przypadku osób, których dane osobowe zostały już ujawnione, a które przecież miały spełniać wymagania odpowiadające warunkom, zupełnie nieprzekonujące jest twierdzenie, że podanie danych, które to potwierdzają ma odrębną i samoistną wartość organizacyjną. Warto zauważyć, że utajniono wyłącznie daty nabycia doświadczenia i nazwy podmiotów, a nie zakres wykonywanych czynności czy posiadane przez te osoby certyfikaty. Na podstawie lakonicznego uzasadnienia nie sposób stwierdzić, jakie to szczególne kwalifikacje wynikające z dat i nazw podmiotów, a nie z treści warunku, miałyby stanowić szczególną wartość organizacyjną przedsiębiorstwa Ricoh. Wszyscy zainteresowani powzięli już wiedzę o tym, że osoby mają posiadać takie kwalifikacje i doświadczenie, jakie zostało opisane w treści warunku, dla którego spełnienia zostały jawnie zgłoszone.

Przesłanka podjęcia działań w celu zachowania w poufności również nie została wykazana. Wbrew twierdzeniu zawartemu w uzasadnieniu podanym przez Ricoh dokumenty zobowiązań nie zostały opatrzone przez podmioty udostępniające klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, brak również nadania takich klauzul w stosunku do pozostałych dokumentów, choć takie wyraźne oznaczenie informacji poufnych miało się znaleźć według przywołanych powyżej postanowień umowy partnersko-handlowej. Z kolei po stronie Ricoh

nie jest wystarczające ogólne powołanie się na stosowanie w prowadzonej działalności prawnych i technicznych środków ochrony informacji, bez jakiegokolwiek sprecyzowania, jakie znalazło to przełożenie na ochronę informacji zastrzeżonych w tym postępowaniu. Ponadto nie przedstawiono żadnych dowodów, które potwierdzałyby zastosowanie tych środków w odniesieniu do tych informacji. Nie dziwi to o tyle, że utajnienie faktu posiadania przedstawicieli handlowych, których zadaniem jest jak najszersze zaistnienie na rynku z produktami oferowanymi przez Ricoh, wydaje się być zadaniem karkołomnym. Nie nastroczało również żadnej trudności udowodnienie faktycznego istnienia klauzul, które zobowiązywały pracowników do utajnienia nazw podmiotów, u których wykonują czynności związane z serwisem, obsługą czy utrzymaniem produktów Ricoh. Wypadałoby również dowieść, że odbiorcy tych usług utrzymują w tajemnicy zarówno fakt użytkowania produktów Ricoh, jak i korzystania z usług dotyczących tych produktów.

Ponieważ dla utajnienia uzupełnionego 5A w zakresie poz. 3 w ogóle nie przedstawiono żadnego uzasadnienia (co spowodowało przyjęcie przez Odwołującego mylnego założenia, że w tym zakresie Ricoh też polega na zasobach podmiotu trzeciego), tym samym nie wykazano żadnej z przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 uznk.

Dodatkowe badanie przeprowadzone przez Zamawiającego oraz domyślanie się przez niego dodatkowych powodów, dla których podmiot udostępniający mógłby chcieć utajnić fakt współpracy z Ricoh, nie mogą zastępować uzasadnienia podanego przez samego zainteresowanego utajnieniem informacji. Przydatność przeprowadzonej weryfikacji była ograniczona, gdyż była one oderwana od treści otrzymanego uzasadnienia i pozwalała jedynie wychwycić, wyłącznie pod kątem informacji dostępnych w sieci Internet, fakt ewidentnego niespełnienia przesłanki nieujawnienia do informacji publicznej. Z kolei nie jest rolą Zamawiającego konstruowanie na podstawie jego wiedzy o całości dokumentów złożonych w prowadzonym przez siebie postępowaniu dodatkowych powodów utajnienia informacji, które nie znalazły odzwierciedlenia w otrzymanym od Ricoh uzasadnieniu.

W tej sprawie nie bez znaczenia jest również okoliczność, że utajnienie informacji nastąpiło dopiero na skutek zakwestionowania pierwotnych wykazów, częściowo w odniesieniu do tych samych zamówień i osób, co wskazuje, że miało jedynie służyć zapobieżeniu możliwości zakwestionowania uzupełnionych dokumentów. Wpisuje się w to również działanie Zamawiającego, który nawet po odtajnieniu tożsamości jednego z podmiotów udostępniających, nie ujawnił większości dokumentów dotyczących tego podmiotu, w szczególności treści zobowiązania do udostępnienia zasobów, a jednocześnie wywodził z niej argumentację.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 pzp Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie

w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba stwierdziła, że stwierdzone naruszenie art. 8 ust. 1-3 ustawy pzp przez zaniechanie odtajnienia uzupełnionych przez Ricoh dokumentów może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż w ogóle nie zostały udostępnione informacje dotyczące po jednej z poz. załączników nr 5A i 5C, a także informacje z załącznika nr 8, konieczne dla wykazania warunków udziału w postępowaniu, których potwierdzeniu służą. Ustalenie, że Zamawiający wbrew przepisom ustawy pzp zaniechał uznania za bezskuteczne zastrzeżenia informacji jak tajemnica przedsiębiorstwa doprowadziło do konieczności nakazania Zamawiającemu dokonania tej czynności. Powyższe umożliwi innym wykonawcom skuteczne skorzystanie ze środków ochrony prawnej w takim zakresie, w jakim nie mogli skorzystać z nich wcześniej z uwagi na nieudostępnienie im dokumentów uzupełnionych przez Przystępującego Ricoh. W konsekwencji może to doprowadzić do skutecznego zakwestionowania spełniania przez Ricoh warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji wybór najkorzystniejszej oferty będzie musiał być dokonany bez przeprowadzenia aukcji. Tym samym wynik postępowania może jeszcze ulec zmianie.

II. zarzuty dotyczące spełniania przez Ricoh
warunków udziału dotyczących wiedzy i doświadczenia

Ponieważ Ricoh przedstawił w uzupełnionym załączniku nr 5a wyłącznie zrealizowane przez siebie dostawy, zarzuty niewykazania warunku określonego w rozdziale IX {w tabeli *de facto* zamieszczonej w pkt 9.2.9} pkt 2 lit. a) s.i.w.z., które opierają się na twierdzeniu, że Ricoh polega w tym zakresie na zasobach podmiotów trzecich, są bezprzedmiotowe, a zatem bezzasadne.

{zarzut z pkt 5 listy zarzutów i pkt 5 uzasadnienia odwołania}

Izba ustaliła, że w odniesieniu do warunku określonego w rozdziale IX pkt 9.2.8 tabela pkt 2 lit. c) s.i.w.z. Ricoh rzeczywiście w uzupełnionym załączniku nr 5C wskazał dwa wdrożenia wykonane przez dwa różne podmioty, które zobowiązały się do udostępnienia mu wynikającej z nich wiedzy i doświadczenia.

Jednakże z opisu sposobu spełniania warunku udziału zacytowanego w odwołaniu nie wynika, że wymagana do realizacji przedmiotowego zamówienia wiedza i doświadczenie musi wynikać z dwukrotnego należytego wykonania wdrożeń wyłącznie przez ten sam podmiot (wykonawcę lub podmiot trzeci). W rozdziale IX s.i.w.z. dotyczącym warunków

udziału w postępowaniu nie wprowadzono takiego zastrzeżenia ani w uwagach dodatkowych tabeli z pkt 9.2.8 opisującej warunki dotyczące wiedzy i doświadczenia oraz dokumenty na ich potwierdzenie, ani w postanowieniach dotyczących wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia (pkt 9.4.2 nakazuje wręcz złożenie wspólnego wykazu wykonanych wdrożeń) czy polegania na zasobach podmiotów trzecich (pkt 9.5 powtarza regulację art. 26 ust. 2b pzp oraz § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia o dokumentach).

Umknęło uwadze Odwołującego, że przedmiotem jedyne go rozstrzygnięcia, na które się powołał – wyroku Izby z 7 sierpnia 2014 r., sygn. akt KIO 1495/14) {*nota bene* utrzymanego wyrokiem Sądu Okręgowego w Szczecinie z 12 listopada 2014 r., sygn. akt VIII Ga 327/14} – było wykluczenie z postępowania na roboty budowlane konsorcjum za niespełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, dla którego opis sposobu oceny zamieszczony w s.i.w.z. wprost wprowadzał następujące zastrzeżenie: *warunek wiedzy i doświadczeniu nie podlega sumowaniu – oznacza to, że albo Wykonawca składający ofertę wykaże się realizacją dwóch wymaganych robót albo jeden z uczestników konsorcjum wykaże się realizacją dwóch wymaganych robót [warunek wiedzy i doświadczenia nie będzie spełniony, jeżeli wszyscy uczestnicy konsorcjum w sumie wykażą zrealizowanie dwóch robót ale żaden z nich nie wykonał wymaganych dwóch robót], albo, w sytuacji gdy Wykonawca, który nie ma wymaganego doświadczenia [nie ma wykonanych dwóch robót] polega na zasobach innego podmiotu – podmiot ten musi wykazać zrealizowanie dwóch wymaganych robót*. Na tej podstawie Izba wywiodła, że tak postawiony warunek jest nie tyle wymaganiem wykonania co najmniej dwóch robót, co wymaganiem wykonania tych robót co najmniej dwa razy, a według niego nabycie wymaganego doświadczenia następuje dopiero przy drugim pozytywnie zrealizowanym zadaniu. Przede wszystkim Izba uznała za niezasadny zarzut wykluczonego konsorcjum, że tak sformułowany przez zamawiającego opis sposobu oceny spełniania warunku, jako sprzeczny z art. 23 ust. 3 pzp, jest z mocy art. 58 § 1 i 3 Kodeksu cywilnego bezwzględnie nieważny.

Natomiast niczego nie wnosi do sprawy powołanie się na poglądy przedstawicieli doktryny, które zostały zaprezentowane w sposób tak lakoniczny, że nie sposób się do nich odnieść, gdyż nie zaprezentowano kontekstu dla zaprezentowanej tezy. Wydaje się jednak, że chodzi tu o wypowiedzi dotyczące postulowanego wzorca konstruowania warunków zamówienia {z przypisów zamieszczonych na odwołanie wynika, że nie są to glosy do orzeczeń}, czyli jak powinny być one kształtowane przez zamawiających, co nie jest przedmiotem rozstrzygnięcia w tej sprawie.

Wreszcie zauważyć trzeba, że w odwołaniu brak jakiegokolwiek odniesienia się do specyfiki wdrożenia objętego przedmiotem zamówienia, która miałaby przemawiać za tym, że nabycie koniecznej dla jego wykonania wiedzy i doświadczenia następuje dopiero przy

drugim należycie zrealizowanym wdrożeniu. Tym samym nie zostało to również udowodnione, pomimo ciężącego na Odwołującym z mocy art. 190 ust. 1 pzp ciężaru dowodu.

Przedewszystkim takie okoliczności mogłyby być rozważane jako istotne, gdyby przedmiotem rozstrzygnięcia w tej sprawie była kwestia ukształtowania przez Zamawiającego opisu sposobu oceny spełniania warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia. Natomiast na tym etapie zarzut sformułowany w odwołaniu nie może być uwzględniony, gdyż w istocie Odwołujący domaga się przeprowadzenia oceny spełniania warunków udziału w odmienny sposób niż zapisany w specyfikacji.

Z art. 26 ust. 2a pzp wynika, że wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać nie później niż na dzień składania ofert spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pzp. Przy czym art. 22 ust. 3 pzp nakazuje zamieścić opis sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków w ogłoszeniu o zamówieniu, a art. 36 ust. 1 pkt 5 – w specyfikacji. Według art. 22 ust. 1 pkt 2 pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp nie potwierdził się, gdyż Ricoh wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu w sposób oczekiwany przez Zamawiającego w tym postępowaniu.

{ad pkt 4 listy zarzutów – pkt 3 uzasadnienia}

Izba ustaliła, że Ricoh wraz uzupełnionym załącznikiem 5C złożył dwa dokumenty pn. „Pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia”, w których wykonawcy wdrożeń wyszczególnionych w uzupełnionym wykazie, *zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 2b ustawy z dnia 29 stycznia 2004r.- Prawo zamówień publicznych (...)* zobowiązali się do udostępnienia Ricoh na potrzeby wykonania tego zamówienia swojej wiedzy i doświadczenia zdobytych podczas realizacji projektów, potwierdzonych załączonymi dokumentami. Obydwa podmioty trzecie oświadczyły, że udostępniając powyższe zasoby na podstawie umowy o współpracy zawartej z Ricoh, zobowiązują się przez cały okres realizacji tego zamówienia do udzielania doradztwa oraz konsultacji technicznych pracownikom Ricoh, bez brania udziału w realizacji zamówienia. Ponadto wykonawca wdrożenia z poz. 1 sprecyzował, że będzie świadczył doradztwo w następującym zakresie: merytoryczny nadzór obejmujący ocenę prawidłowości założeń wdrożeniowych, konsultacje i doradztwo w przypadkach trudności napotkanych podczas realizacji wdrożenia oraz szkolenie

personelu w zakresie niezbędnym do należytego wykonania wdrożenia, jeżeli zajdzie taka potrzeba w czasie jego realizacji.

Powyższe nie oznacza to jednak, że alternatywny w stosunku do bezprzedmiotowego zarzutu zmiany treści oferty zarzut niewykazania spełniania warunku udziału zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do ogólnych rozważań zamieszczonych w odwołaniu co do jednolitej interpretacji w orzecznictwie, zarówno krajowym, jak Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej {dalej również: „Trybunał” lub „TSUE”}, przepisów dotyczących możliwości powoływania się przez wykonawcę na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego, sprostować należy, co następuje.

W sprawie zastosowanie ma art. 26 ust. 2b pzp 2b. *{Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.}* jako przepis implementujący art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. 2004 L 134, s. 114 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6, t. 7, s. 132) {dalej również: „dyrektywa 2004/18” lub „dyrektywa klasyczna”}. W odniesieniu do tych przepisów w orzecznictwie wskazuje się jednolicie, że możliwość polegania na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu uwarunkowana jest wykazaniem przez wykonawcę, że będzie nimi realnie dysponował podczas realizacji zamówienia. Jest tak w szczególności, gdy podmiot ten będzie uczestniczył w wykonywaniu tego zamówienia w charakterze podwykonawcy odnośnie części, do której realizacji konieczne są te zasoby. Natomiast możliwość udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez konsultacje, doradztwo czy szkolenia, czyli bez bezpośredniego zaangażowania podmiotu trzeciego w realizację zamówienia, jest w orzecznictwie nie tyle sporna, co podlega zawsze ocenie *ad casu*, w zależności od okoliczności danej sprawy.

Jako podsumowanie dorobku orzecznictwa w tym zakresie może posłużyć wyrok Trybunału z 7 kwietnia 2016 r. w sprawie C-324/14 Partner A.D., dotyczący m.in. następującego pytania Krajowej Izby Odwoławczej: *Czy art. 48 ust. 3 w związku z art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] można interpretować w ten sposób, że poleganie przez wykonawcę na zdolnościach innych podmiotów w zakresie ich wiedzy i doświadczenia „niezależnie od*

charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań” oraz „dysponowanie zasobami” tych podmiotów oznacza, że w trakcie realizacji zamówienia wykonawca nie musi mieć z tymi podmiotami żadnych powiązań lub mieć bardzo luźne i nieokreślone powiązania, tj. może wykonywać zamówienie samodzielnie (bez udziału innego podmiotu) albo udział ten może polegać na „doradztwie”, „konsultacjach”, „szkoleniu” itp.? Czy też art. 48 ust. 3 należy interpretować w ten sposób, że podmiot, na którego zdolności powołuje się wykonawca, musi rzeczywiście i osobiście wykonać zamówienie w zakresie, w jakim jego zdolności były deklarowane?

W pkt 1 sentencji Trybunał odpowiedział orzekając, że Artykuł 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi w związku z art. 44 ust. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że:

- przyznają one każdemu wykonawcy prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z tymi podmiotami powiązań, o ile zostanie wykazane instytucji zamawiającej, że kandydat lub oferent będzie w rzeczywistości dysponował zasobami tych podmiotów, które to zasoby są niezbędne do wykonania tego zamówienia oraz
- nie można wykluczyć, że korzystanie z tego prawa może być ograniczone w szczególnych okolicznościach z uwagi na przedmiot danego zamówienia, a także jego cele. Jest tak w szczególności w przypadku, gdy kandydat lub oferent nie może polegać na zdolnościach podmiotu trzeciego niezbędnych do wykonania tego zamówienia, co oznacza, że może on powołać się na wskazane zdolności wyłącznie wtedy, gdy podmiot trzeci osobiście i bezpośrednio uczestniczy w wykonaniu odnośnego zamówienia.

Wyjaśnić należy, że Trybunał interpretując powyższe przepisy nie wykluczył w ogóle możliwości udostępnienia wykonawcy wiedzy i doświadczenia przez konsultacje i doradztwo podmiotu dysponującego tymi zasobami, natomiast w okolicznościach faktycznych postępowania o udzielenie zamówienia, które legły u podstaw sformułowanego pytania, wyraził się o tym sceptycznie, ostateczną ocenę pozostawiając jednak sądowi zadającemu pytanie {zob. w szczególności motywy 47 i 48}.

Jednocześnie Trybunał jednoznacznie orzekł w pkt 5 sentencji, że art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 nie może być interpretowany w świetle art. 63 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18 {dalej również: „nowa dyrektywa klasyczna” lub „dyrektywa 2014/24”}. Ten ostatni przepis przewiduje, że wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów „tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne”. Zdaniem Trybunału art. 63

dyrektywy 2014/24 – nie stanowiąc w żaden sposób kontynuacji art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 ani nie zawierając wyjaśnień co do zakresu tego ostatniego – wprowadza nowe przesłanki, które nie były przewidziane w poprzednim systemie prawnym, a tym samym wprowadza istotne zmiany w odniesieniu do przysługującego wykonawcy prawa polegania na zdolnościach innych podmiotów w ramach zamówienia publicznego {zob. w szczególności motywy 89 - 91}.

W drugiej kolejności Izba zważyła, że na zarzut odwołania składają się dwa następujące twierdzenia (zarzuty):

- po pierwsze – w przypadku tego zamówienia realne udostępnienie wiedzy i doświadczenia zapewnić może wyłącznie podwykonawstwo podmiotów, które wykonały wdrożenia objęte uzupełnionym wykazem;
- po drugie – udostępnienie wiedzy i doświadczenia przez konsultacje i doradztwo wykonawców wdrożeń z uzupełnionego załącznika nr 5C ma charakter pozorny, gdyż istotnym nośnikiem tej wiedzy są osoby, które uczestniczyły w tych wdrożeniach, a Ricoh wskazał w wykazie osób wyłącznie personel własny.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do pierwszej kwestii, gdyż jest to zarzut najdalej idący. Izba stwierdziła, że Odwołujący nie zawarł w odwołaniu żadnych okoliczności, które potwierdzałyby zasadność jego sformułowania. Odwołujący w ogóle nie odniósł się do specyfiki wdrożenia objętego przedmiotem zamówienia, co byłoby konieczne dla wykazania, że dla jego wykonania konieczne jest bezpośrednio zaangażowanie podmiotów trzecich w charakterze podwykonawców tej części zamówienia. Tym samym nie zostało to również udowodnione, pomimo ciężącego na Odwołującym z mocy art. 190 ust. 1 pzp ciężaru dowodu.

Odwołujący skupiając się na drugiej kwestii, pomija jednocześnie inne istotne dla oceny realności udostępnienia wiedzy i doświadczenia okoliczności. Ricoh zaoferował wdrożenie systemu zarządzania wydrukiem sieciowym opartym na oprogramowaniu Equitrac firmy Nuance. W pierwotnym załączniku nr 5C pierwsze wdrożenie (na rzecz TUIR Warta S.A.) również było oparte na tym oprogramowaniu, a drugie wdrożenie z tego wykazu oparte było na oprogramowaniu IDS Imagus firmy Genius Bytes. Jednocześnie z uzupełnionego załącznika nr 8 wynika, że wśród osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, są dwie osoby posiadające doświadczenie we wdrażaniu systemów zarządzania wydrukiem, w tym opartym na oprogramowaniu Equitrac, oraz wydany przez producenta tego systemu certyfikat potwierdzający odbycie szkolenia w zakresie jego eksploatacji, instalacji i konfiguracji.

Izba zważyła, że biorąc pod uwagę powyższe okoliczności kompleksowa ocena spełniania przez Ricoh warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wynikłej z dwóch

wdrożeń systemu zarządzania wydrukiem sieciowym wypada pozytywnie. W szczególności znaczenie ma faktyczna zdolność Ricoh, w tym jego personelu skierowanego do realizacji przedmiotowego zamówienia, do skorzystania z konsultacji i doradztwa oraz szkoleń służących przekazaniu wiedzy i doświadczenia nabytego przez podmioty, które zrealizowały wdrożenia objęte uzupełnionym załącznikiem nr 5C. Istotne jest, że Ricoh nie jest wykonawcą, który podejmuje się tego rodzaju zadania po raz pierwszy. Przeciwnie, przedmiot zamówienia, w tym jego część odnosząca się do wdrożenia systemu zarządzania wydrukiem, są zbieżne z jego powszechnie znanym przedmiotem działalności jako producenta urządzeń drukujących oferującego również oprogramowanie do zarządzania i rozliczania masowym wydrukiem. Opisane w pierwotnym załączniku nr 5C wdrożenia własne Ricoh nie mogły zostać wzięte pod uwagę wyłącznie z tego powodu, że zostały wykonane dawniej niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert, pomimo przeprowadzania później jego aktualizacji. Ricoh dysponuje jednocześnie osobami, które mają aktualne doświadczenie w implementacji oferowanego systemu zarządzania wydrukiem.

Złożone na rozprawie przez Przystępującego Ricoh umowy o współpracy zawarte na początku 2010 r. dodatkowo uwiarygodniają, że Ricoh będzie mógł wyegzekwować zobowiązania podjęte przez jego długoletnich partnerów handlowych, z którymi nawiązał współpracę w zakresie oferowania, sprzedaży i wdrażania urządzeń i oprogramowania dystrybuowanego przez Ricoh, przy czym obie strony tych umów zobowiązały się wzajemnie udzielać wszelkiej możliwej pomocy w poprawie jakości świadczonych usług.

Z art. 26 ust. 2a pzp wynika, że wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać nie później niż na dzień składania ofert spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pzp. Przy czym art. 22 ust. 3 pzp nakazuje zamieścić opis sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków w ogłoszeniu o zamówieniu, a art. 36 ust. 1 pkt 5 – w specyfikacji. Według art. 22 ust. 1 pkt 2 pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. {Brzmienie art. 26 ust. 2b przywołano powyżej.}

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp nie potwierdził się, gdyż Ricoh wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu w sposób wymagany przez Zamawiającego w tym postępowaniu.

{zarzut z pkt 6 listy zarzutów i pkt 6 uzasadnienia odwołania}

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia tego zarzutu.

W wyroku z 26 kwietnia 2016 r. (sygn. akt KIO 452/16) Izba uwzględniła poprzednie

odwołanie Konica-Minolta, zawierające m.in. zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 pzp przez zaniechanie wezwania Ricoh do wyjaśnień oraz uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunku, o którym mowa rozdziale IX pkt 9.2.8 pkt 2 lit a) tabeli, sprecyzowany w odniesieniu do poz. 2 załącznika nr 5A w ten sposób, że zgodnie z treścią warunku należało wykazać się dostawami o wartości co najmniej 1 mln zł netto zrealizowanymi w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, podczas gdy dostawa wykonana w 2010 r. nie mieści się w tym 3-letnim okresie. Uwzględniając ten zarzut Izba nakazała Zamawiającemu w ramach powtórnego badania ofert m.in. zwrócić się do SI-Consulting sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów dotyczących zamówienia oraz wezwanie Ricoh do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału. W uzasadnieniu sprecyzowano, że Zamawiający ma zwrócić się do wystawcy referencji, tj. SI-Consulting sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, o wskazanie, czy na podstawie umowy ramowej również po 2010 r. wykonawca Ricoh dostarczał i instalował dla tego odbiorcy urządzenia wielofunkcyjne o wskazanych w wykazie modelach. Następnie, w zależności od uzyskanych informacji, Zamawiający miał wezwać Ricoh do uzupełnienia załącznika nr 5A polegającego albo na ujęciu w nim informacji pozwalających stwierdzić cechy oczekiwanej dostawy, albo na wskazaniu innego zamówienia (wraz z poświadczeniem). Ponadto Izba dodała, co następuje: *I choć dopuszczenie przez zamawiającego legitymowania się przez wykonawcę doświadczeniem w realizacji dostawy i instalacji w 2010 roku dużej liczby urządzeń oraz doświadczeniem w realizacji dostawy mniejszych ilości urządzeń w latach następnych na podstawie jednej umowy (np. umowy ramowej), może budzić wątpliwości z punktu widzenia zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia w 2016 roku, to w świetle brzmienia warunku sformułowanego w przedmiotowym postępowaniu jest możliwe, ponieważ wymóg co do ilości i wartości urządzeń wskazany w warunku odnieść należy do całego okresu umowy.*

Pismem z 10 maja 2016 r. Zamawiający zwrócił się do SI-Consulting sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu m.in. z pytaniem o liczbę urządzeń wielofunkcyjnych dostarczonych przez Ricoh w okresie od 3 lutego 2013 r. do 3 lutego 2016 r. W odpowiedzi – zwracając uwagę na powyżej przywołaną treść rozstrzygnięcia Izby, które przesądza, że jeżeli dostawy były też realizowane w ostatnich 3 latach w ramach jednej umowy, wykonawca może dokonać sumowania całości dostaw w ramach umowy, a nie tylko trzech ostatnich lat – potwierdzono należyte zrealizowanie dostaw od 2010 r. „do dziś”, także w okresie 2014 - 2016.

Pismem z 24 maja 2016 r. Zamawiający zwrócił się do Ricoh w trybie art. 26 ust. 3 pzp o uzupełnienie załącznika nr 5A w poz. 2 polegające na ujęciu w nim informacji pozwalającej na stwierdzenie spełniania warunku udziału, w szczególności, że dostawy

urządzeń wielofunkcyjnych odbywały się także po 3 lutym 2013 r. W odpowiedzi pismem z 31 maja 2016 r. Ricoh przedstawił wykaz uzupełniony w taki właśnie sposób.

Izba zważyła, że w tych okolicznościach zarzut odwołania jest bezzasadny, gdyż Zamawiający w toku powtórzonych czynności uzyskał potwierdzenie spełniania warunku według powyżej przywołanej interpretacji. Brak zatem podstaw do wyjaśniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 4 pzp.

Natomiast w takim zakresie, w jakim zarzut zmierza do zakwestionowania tej interpretacji, jest niedopuszczalny z mocy art. 189 ust. 2 pkt 5 pzp. Jeżeli Odwołujący się nie zgadzał z interpretacją warunku dokonaną przez Izbę w poprzedniej sprawie, mógł ją zwalczać wyłącznie w drodze wniesienia skargi do sądu okręgowego, a nie ponownie przed Izbą.

IV. zarzut złożenia przez Ricoh nieprawdziwych informacji

odnośnie spełniania warunków udziału dotyczących wiedzy i doświadczenia

{zarzut z pkt 3 listy zarzutów i pkt 4 uzasadnienia odwołania}

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Dla wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp konieczne jest stwierdzenie, że: po pierwsze – wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje, po drugie – stanowiło to poważne wprowadzenie w błąd zamawiającego, gdyż informacje te miały wpływ lub mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, po trzecie – wykonawca działał z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd lub nastąpiło to w wyniku jego niedbalstwa.

Wymaga zaznaczenia, że spośród okoliczności podnoszonych w odwołaniu istotny był wyłącznie zarzut złożenia nieprawdziwego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy Ricoh nie dysponował zasobami podmiotów trzecich przed upływem terminu składania ofert. Natomiast zdaniem Izby nie ma żadnego znaczenia, czy przed tym terminem zostały sporządzone dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału, zarówno wykazy, poświadczenia, a nawet same dokumenty tzw. zobowiązań podmiotów trzecich. Złożenie w postępowaniu tego ostatniego rodzaju dokumentu w formie pisemnej wymusza art. 26 ust. 2b pzp. Sporządzenie dokumentów po terminie składania ofert jest dopuszczalne, a czasem wręcz nieuniknione, jeżeli składane są w trybie art. 26 ust. 3 pzp, czyli na skutek wezwania do uzupełnienia dokumentów zawartych lub brakujących w ofercie. Stąd w orzecznictwie dotyczącym art. 26 ust. 3 pzp wskazuje się, że istotna jest nie data sporządzenia dokumentu, ale czy jego z treści wynika potwierdzenie spełniania

warunków udziału w postępowaniu nie później niż na upływie terminu składania ofert. Stąd w okolicznościach tej sprawy istotna mogła być jedynie kwestia, czy do upływu terminu składania ofert istniały materialne podstawy do sporządzenia dokumentów o treści złożonej w uzupełnieniu, a nie daty, w jakich te dokumenty faktycznie powstały.

Tym niemniej Izba stwierdziła, że na obu dokumentach zobowiązań widnieją daty sprzed upływu terminu składania ofert, a Odwołującemu nie udało się wykazać, że dokumenty te zostały w rzeczywistości sporządzone po terminie składania ofert, a przede wszystkim, że Ricoh przed tą datą nie mógł polegać na zasobach podmiotów trzecich, które wykonały wdrożenia objęte uzupełnionym załącznikiem nr 5C. Ponieważ, jak sam wskazywał Odwołujący, był to jedyny dostępny dla niego środek dowodowy, a okoliczności te nie były stwierdzone innymi dowodami, Izba dopuściła wnioskowany przez niego dowód z zeznań świadków oraz przesłuchania Przystępującego Ricoh. Na tej podstawie ustalono dodatkowo, że Ricoh po wszczęciu postępowania przed złożeniem oferty równolegle starał się zarówno o uzyskanie od swoich klientów korporacyjnych poświadczeń wykonanych na ich rzecz wdrożeń systemu zarządzania wydrukiem, jak i o zapewnienie wsparcia przez swoich partnerów handlowych, o których wiedział, że również wykonywali takie wdrożenia. W rezultacie na wypadek niepowodzenia wykazania warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia w oparciu o własne realizacje, uzyskano możliwość powołania się w tym zakresie na wiedzę i doświadczenie partnerów handlowych, z którymi Ricoh od lat współpracuje. Dodatkowo złożone na rozprawie przez Przystępującego Ricoh umowy potwierdzają, że wykonawcy wdrożeń objętych uzupełnionym załącznikiem nr 5C są jego partnerami handlowymi, z którymi już na początku 2010 r. nawiązał współpracę w zakresie oferowania, sprzedaży i wdrażania urządzeń i oprogramowania dystrybuowanego przez Ricoh, przy czym obie strony tych umów zobowiązały się wzajemnie udzielać wszelkiej możliwej pomocy w poprawie jakości świadczonych usług.

Doświadczenie wynikające z orzekania w sprawach dotyczących postępowań o udzielenie zamówień wskazuje, że taki przebieg zdarzeń jest jak najbardziej wiarygodny, gdyż każdy zapobiegliwy wykonawca, spodziewając się, że wybrany przez niego sposób wykazania warunków udziału w postępowaniu może zostać skutecznie zakwestionowany, na wszelki wypadek zapewnia sobie możliwość ich wykazania w inny sposób.

Dodatkowo należy zauważyć, że sposób ujęcia zarzutu spowodował, że Odwołujący nie był w stanie podciągnąć podnoszonych przez siebie okoliczności pod przesłanki, które Izba wyszczególniła powyżej. Jeżeli nieprawdziwą informacją miałoby być oświadczenie o spełnianiu warunków udziału, zostało ono złożone wraz z ofertą, a w chwili jego składania Ricoh mógł uważać, że oświadcza prawdę zarówno w oparciu o swoje przekonanie co do własnego potencjału, jak i udostępnionego, nawet jeżeli wprawdzie ujawnił tylko pierwszy z nich.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp nie potwierdził się.

V. zarzuty dotyczące spełniania przez Ricoh warunków udziału dotyczących potencjału kadrowego
{zarzuty z pkt 6 listy zarzutów i pkt 7 uzasadnienia odwołania}

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia tego zarzutu.

We wspomnianym wyroku z 26 kwietnia 2016 r. (sygn. akt KIO 452/16) Izba uwzględniła poprzednie odwołanie Konica-Minolta, zawierające m.in. zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 pzp przez zaniechanie wezwania Ricoh do wyjaśnień oraz uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunku, o którym mowa rozdziale IX pkt 9.2.8 pkt 3 lit. b) tabeli, sprecyzowany w odniesieniu do D.K. w ten sposób, że w kolumnie 4 wykazu osób Ricoh nie wpisał dat umożliwiających weryfikację wymaganego rocznego doświadczenia w serwisowaniu i obsłudze urządzeń wielofunkcyjnych. Uwzględniając ten zarzut Izba nakazała Zamawiającemu w ramach powtórnego badania ofert m.in. wezwanie Ricoh do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie tego warunku udziału. Z uzasadnienia wynika, że Zamawiający niezasadnie przyjął, że wystarczające było podanie przez Ricoh w kolumnie drugiej wykazu, że osoba ta posiada wieloletnie doświadczenie w serwisie urządzeń wielofunkcyjnych, gdyż ponieważ jest to wynik weryfikacji doświadczenia dokonanej przez samego Wykonawcę na podstawie nieznanych Zamawiającemu informacji źródłowych. Ponadto Izba dodała, co następuje: *Dostrzeżenia nadto wymaga, że wynik weryfikacji wykonawcy ogranicza się do doświadczenia „w serwisie urządzeń”, podczas gdy zamawiający żądał nie tylko doświadczenia w „serwisowaniu urządzeń”, ale także doświadczenia „w obsłudze urządzeń” (założyć przy tym należy, że wskazanie w warunku zarówno doświadczenia w serwisowaniu, jak i w obsłudze urządzeń ma dla zamawiającego znaczenie).*

Pismem z 24 maja 2016 r. Zamawiający zwrócił się do Ricoh w trybie art. 26 ust. 3 pzp o uzupełnienie załącznika nr 8 w odniesieniu do D.K. w zakresie wykazania wymaganego rocznego doświadczenia w serwisowaniu i obsłudze urządzeń wielofunkcyjnych, polegające na podaniu w kolumnie czwartej dat potwierdzających doświadczenie oraz wskazaniu w kolumnie trzeciej, że osoba ta posiada doświadczenie zarówno w serwisowaniu, jak i obsłudze urządzeń.

W odpowiedzi pismem z 31 maja 2016 r. Ricoh przedstawił wykaz uzupełniony o:
– (w czwartej kolumnie) datę maj 2011 r. jako początek wykonywania instalacji i konfiguracji urządzeń oraz obsługi serwisowej w ramach kontraktu serwisowego już uprzednio wpisanego (w trzeciej kolumnie) jako zakres wykonywanych czynności (przy czym wskazanie

jako daty końcowej określenia „trwa” znajdowało się od początku w wykazie;

– (w drugiej kolumnie) dopisania obsługi urządzeń jako objętej wieloletnim doświadczeniem obok dotychczas wpisanego serwisu urządzeń.

Ponadto w wykazie od początku była informacja na rzecz jakiego podmiotu były świadczone te prace.

Izba zważyła, że w tych okolicznościach zarzut odwołania jest bezzasadny, gdyż Zamawiający w toku powtórzonych czynności uzyskał potwierdzenie spełniania warunku w zakwestionowanym poprzednio przez Odwołującego zakresie, czyli co do ponad rocznego doświadczenia D.K., przy czym zgodnie z wytycznymi Izby zostało doprecyzowane, że obejmuje ono zarówno serwisowanie, jak i obsługę urządzeń wielofunkcyjnych.

Z wiedzy i doświadczenia składu orzekającego wynika, że obsługa serwisowa stanowi wyższy stopień wtajemniczenia niż zwykła obsługa urządzenia. Oczywiście jest, że serwis urządzeń wymaga posiadania wyższych, co nie znaczy innych, kwalifikacji niż zwykła obsługa urządzeń. Stąd odmienne stanowisko Odwołującego, w tym czynione przez niego w odwołaniu rozróżnienie, jest zupełnie nieprzekonujące, a wręcz przeczy zdrowemu rozsądkowi. Tym niemniej należy odnotować, że Przystępujący Ricoh czuł się w obowiązku wykazać za pomocą złożonych na rozprawie kilkudziesięciu protokołów instalacji, że D.K. przeprowadzał u klientów szkolenie podstawowe w zakresie obsługi urządzeń.

Ponadto zarzut braku wykazania projektu przy którym powyższa osoba zdobyła wymagane doświadczenie jest bezprzedmiotowy, nie wszystko jest „projektem”, ewentualnie na swoje potrzeby Odwołujący powinien przyjąć, że jest to projekt realizowany na rzecz podmiotu wskazanego w wykazie.

Nie potwierdził się zatem zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 pzp.

VI. pozostałe zarzuty

{zarzuty z pkt 11 -14 listy zarzutów i pkt 8 uzasadnienia odwołania}

Zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1, art. 91a ust. 1, art. 91b ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 pzp nie mają charakteru samoistnego, należy je uznać za zasadne tylko w takim zakresie, w jakim znalazł potwierdzenie zarzut naruszenia art. 8 ust. 1-3 pzp, co czyni niewątpliwie przedwczesnym zaproszenie Ricoh do aukcji.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 8 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając

na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 tej ustawy – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w związku z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, z ograniczeniem jego wysokości do maksymalnej kwoty wynikającej ze wskazanego powyżej przepisu rozporządzenia.

Przewodniczący: