

**Sygn. akt: KIO 840/11  
KIO 841/11  
KIO 848/11**

**WYROK  
z dnia 6 maja 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 maja 2011 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

- A. w dniu 21 kwietnia 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Comarch S.A., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39a, „Energio-Moc” Wzorcownia Sp. z o.o., 44-100 Gliwice, ul. Zabrska 6, Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o., 30-415 Kraków, ul. Wadowicka 12,
- B. w dniu 21 kwietnia 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Asseco Poland S.A., 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14, Sygnity S.A., 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180,
- C. w dniu 21 kwietnia 2011 r. przez wykonawcę Accenture Sp. z o.o., 00-121 Warszawa, ul. Sienna 39,

w postępowaniu prowadzonym przez PGE Polska Grupa Energetyczna S.A., 00-496 Warszawa, ul. Mysia 2 działająca w imieniu własnym i na własną rzecz oraz w imieniu i na rzecz PGE Dystrybucja S.A. i PGE Obrót S.A.

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Asseco Poland S.A., 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14, Sygnity S.A., 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180 zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 840/11 po stronie zamawiającego oraz KIO 848/11 po stronie odwołującego

- B. wykonawcy Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., 02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 2A zgłaszającego swoje przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 840/11, KIO 841/11, KIO 848/11 po stronie zamawiającego
- C. wykonawcy Accenture Sp. z o.o., 00-121 Warszawa, ul. Sienna 39 zgłaszającego swoje przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 840/11, KIO 841/11 po stronie zamawiającego
- D. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Cross Sp. z o.o., 00-195 Warszawa, ul. Słomińskiego 15/507, Comp S.A., 02-230 Warszawa, ul. Jutrzenki 116 zgłaszających swoje przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 840/11, KIO 841/11 po stronie zamawiającego oraz KIO 848/11 po stronie odwołującego
- E. wykonawcy Siemens IT Solutions and Services Sp. z o.o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11 zgłaszającego swoje przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt: KIO 841/11 po stronie zamawiającego oraz KIO 848/11 po stronie odwołującego

**orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołanie oznaczone sygnaturą akt KIO 840/11 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności oceny wniosków i powtórzenie tej oceny z uwzględnieniem wniosku odwołującego. Oddala wniesione odwołania oznaczone sygn. akt KIO 841/11, KIO 848/11.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Asseco Poland S.A., 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14, Sygnity S.A., 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180, wykonawcę Accenture Sp. z o.o., 00-121 Warszawa, ul. Sienna 39 i PGE Polska Grupa Energetyczna S.A., 00-496 Warszawa, ul. Mysia 2 działająca w imieniu własnym i na własną rzecz oraz w imieniu i na rzecz PGE Dystrybucja S.A. i PGE Obrót S.A. i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **45.000 zł 00 gr.** (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Comarch S.A., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39a, „Energio-Moc” Wzorcownia Sp. z o.o., 44-100 Gliwice, ul. Zabrska 6, Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o., 30-415 Kraków, ul. Wadowicka 12 i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

Asseco Poland S.A., 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14, Sygnity S.A., 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180 i wykonawcę Accenture Sp. z o.o., 00-121 Warszawa, ul. Sienna 39 tytułem wpisów od odwołań,

## 2.2 zasądza:

- A. od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Asseco Poland S.A., 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14, Sygnity S.A., 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180 kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz PGE Polska Grupa Energetyczna S.A., 00-496 Warszawa, ul. Mysia 2 działająca w imieniu własnym i na własną rzecz oraz w imieniu i na rzecz PGE Dystrybucja S.A. i PGE Obrót S.A., stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- B. od wykonawcy Accenture Sp. z o.o., 00-121 Warszawa, ul. Sienna 39 kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz PGE Polska Grupa Energetyczna S.A., 00-496 Warszawa, ul. Mysia 2 działająca w imieniu własnym i na własną rzecz oraz w imieniu i na rzecz PGE Dystrybucja S.A. i PGE Obrót S.A., stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

2.3 zasądza od PGE Polska Grupa Energetyczna S.A., 00-496 Warszawa, ul. Mysia 2 działająca w imieniu własnym i na własną rzecz oraz w imieniu i na rzecz PGE Dystrybucja S.A. i PGE Obrót S.A. na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Comarch S.A., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39a, „Energomoc” Wzorcownia Sp. z o.o., 44-100 Gliwice, ul. Zabrska 6, Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o., 30-415 Kraków, ul. Wadowicka 12 kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. 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 840/11  
KIO 841/11  
KIO 848/11**

## **Uzasadnienie**

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – PGE Polska Grupa Energetyczna S.A. z siedzibą w Warszawie w trybie negocjacji z ogłoszeniem na „Budowę i wdrożenie Centralnego Systemu Obsługi i Rozliczeń Klientów (CSORK) w obszarze sprzedaży detalicznej oraz dystrybucji energii elektrycznej Grupy Kapitałowej PGE” (nr postępowania: UW/30001120/2010), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2011/S 10-015399 w dniu 15 stycznia 2011 r., wobec czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w dniu 21 kwietnia 2011 r. zostały wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania uczestników tego postępowania: Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie, ENERGO-MOC WZORCOWNIA Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, Zakład Systemów Komputerowych Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (KIO/840/11), Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie (KIO/841/11), Accenture Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (KIO/848/11). Kopie odwołań zostały przekazane zamawiającemu w dniu 21 kwietnia 2011 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i klasyfikacji wykonawców zapraszanych do składania ofert wstępnych w dniu 11 kwietnia 2011 r.

### I. Sygn. akt KIO 840/11

W odwołaniu Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie, ENERGO-MOC WZORCOWNIA Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, Zakład Systemów Komputerowych Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej zwani konsorcjum Comarch), zarzucono zamawiającemu niezgodne z przepisami ustawy wykluczenie konsorcjum Comarch z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy oraz zaniechanie zakwalifikowania konsorcjum Comarch do dalszego udziału w postępowaniu. W wyniku tych czynności odwołujący uznał, iż doszło do naruszenia przepisów ustawy wskazanych w art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 57 ust. 2 i 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności polegających na poinformowaniu o otrzymanych przez wykonawców ocenach spełniania warunków udziału w postępowaniu i klasyfikacji wykonawców zapraszanych do składania ofert wstępnych, nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia konsorcjum Comarch z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy, nakazanie zamawiającemu powtórzenia oceny wniosków z uwzględnieniem wniosku odwołującego oraz zakwalifikowania go do dalszego udziału w postępowaniu.

Na podstawie informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, odwołujący powziął jedynie wiadomość o wykluczeniu z postępowania 5 z 10 wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a także o podstawie własnego wykluczenia, dokonanego w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy. Z taką oceną wniosku odwołujący się nie zgodził i zaprzeczył, jakoby podlegał wykluczeniu w sytuacji, w której wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i powinien otrzymać ocenę (punktową) spełniania warunków pozwalającą na zakwalifikowanie do grona wykonawców zapraszanych do złożenia ofert wstępnych na podstawie art. 57 ust. 2 i 3 ustawy. Oceny punktowej zamawiający w ogóle nie przeprowadził w stosunku do wniosku odwołującego. Decyzja zamawiającego o wykluczeniu konsorcjum Comarch z postępowania została poprzedzona procedurą uzupełnienia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełniania warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia (wykaz wykonanych dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie), a także późniejszymi wyjaśnieniem treści uzupełnionych dokumentów i oświadczeń, w odpowiedzi na żądanie wskazania szczegółowych cech zamówień w pozycjach 1-29 tabeli oraz połączenia zamówień z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie. Zamawiający zwrócił się również o wyjaśnienie sformułowania „... w organizacjach o wyodrębnionych jednostkach organizacyjnych, w których liczba układów pomiarowych nie może być mniejsza niż 500 000.”. Zamawiający uznał, iż złożony nowy wykaz zawierający zmieniony opis przedmiotu zamówienia w poz. 1-29 nie mógł być wzięty pod uwagę przy ewentualnej ocenie wniosku, gdyż stanowił o kolejnym uzupełnieniu dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, do czego konsorcjum zostało już wcześniej wezwane. Zamawiający uznał, iż wykonawca nie wykazał, iż zamówienia opisane w poz. 19-29 potwierdzają spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia opisanego w sekcji III.2.3 pkt 1 lit. c) ogłoszenia o zamówieniu, gdyż użyte w opisie przedmiotu sformułowanie „... w organizacjach o wyodrębnionych jednostkach organizacyjnych, w których liczba układów pomiarowych nie może być mniejsza niż 500 000” nie wskazuje w sposób jednoznaczny, że prace dotyczyły liczby układów pomiarowych nie jest mniejsza niż 500 000. Odwołujący nie zgodził się z możliwością traktowania wyjaśnień zawartych w piśmie z dnia 4 kwietnia 2011 r. za powtórne uzupełnienie wykazu zamówień, które odnosiły się do wcześniej uzupełnionego dokumentu (pismo z dnia 22 marca 2011 r.). Treść wyjaśnień odpowiadała żądaniom zamawiającego i zawierała informacje, jakich zamawiający oczekiwał ujęte tabelarycznie dla zapewnienia ich czytelności. Nie stanowiły one merytorycznej zmiany wcześniej złożonych oświadczeń i informacji zawartych w wykazie. Odwołujący użył bezpośrednio sformułowania zawartego w ogłoszeniu „... w organizacjach (...)”, co powinno być uznane za potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. W wyjaśnieniach poprawił błędną formę gramatyczną w odniesieniu 19-29 tabeli, co nie zmieniło jego woli wykazania się realizacją zamówień w

organizacjach o wyodrębnionych jednostkach organizacyjnych, w których liczba układów pomiarowych nie jest mniejsza niż 500 000, czyli jest większa niż wymagana ogłoszeniem. Zamawiający zakwestionował cztery zamówienia wskazane w wykazie, na tej podstawie, iż nie mógł w sposób jednoznaczny stwierdzić, że odnoszą się one do tej usługi do której przyporządkował referencje wykonawca, tj.:

- poz. 3 i 4 tabeli dla których załączono dokumenty – „Protokół – Rozliczenie końcowe” (str. 27 i 28 uzupełnienia), które mają dotyczyć tylko jednego w wielu wymaganych elementów – świadczenia usług serwisowych na podstawie umowy serwisowej;
- poz. 5 tabeli do której załączono list referencyjny (str. 29 uzupełnienia), oceniony jako niewystarczający dla potwierdzenia spełnienia warunku, gdyż nie dotyczy wdrożenia systemu IT, a jedynie dostawy sprzętu komputerowego i oprogramowania,
- poz. 6 tabeli wraz z protokołem (str. 30-33 uzupełnienia) nie została potwierdzona, gdyż z treści dokumentu nie wynika kto jest zamawiającym, ani kto jest wykonawcą zamówienia i nie wskazuje, że dotyczy zamówienia z poz. 6 tabeli.

Odwołujący uznał, iż okoliczność złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu mogła mieć jedynie wpływ na liczbę uzyskanych punktów, ponieważ bez kwestionowanych przez zamawiającego zamówień warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia odwołujący spełnił i powinien otrzymać jeszcze dodatkowe punkty. Zamawiający nie wzywał wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentów mających potwierdzać wykonanie zamówień i ograniczył się do własnej interpretacji ich zapisów, które zostały wprowadzone przez odbiorców. Odwołujący nie może uzyskać dokumentów o bardziej szczegółowej treści, stąd zamawiający powinien polegać na oświadczeniu wykonawcy zawartym w wykazie, które pozwalały na ocenę zamówienia. Wykluczenie odwołującego dokonane w tych okolicznościach zostało dokonane z naruszeniem przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Ocena informacji dotyczących pozycji 23, 26 i 28, jako nieprawdziwych została dokonana w parciu o treść wyjaśnień, jakie uzyskał on od zamawiających w odpowiedzi na skierowane do nich zapytanie dotyczące zakresu zamówień. Zamawiający uzyskał informację, iż liczba punktów pomiarowych we wskazanych pozycjach była mniejsza od deklarowanej przez wykonawcę ilości nie mniejszej niż 500 000. Zdaniem odwołującego zamawiający dokonał zmiany wymagania w stosunku do zawartego w treści ogłoszenia o zamówieniu, sugerując, że miało ono dotyczyć określonej liczby punktów.

Do postępowania odwoławczego w dniu 26 kwietnia 2011 przystąpili po stronie zamawiającego: konsorcjum firm: Asseco Poland S.A i Sygnity S.A; Hewlett-Packard Polska sp. z o.o.; Accenture Sp. z o.o.; konsorcjum firm: Cross Sp. z o.o. i COMP S.A.

## II Sygn. akt KIO 841/11

W odwołaniu konsorcjum Asseco Poland S.A, Sygnity S.A. (zwane dalej konsorcjum Asseco), zarzuciło zamawiającemu dokonanie wykluczenia konsorcjum Asseco z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy oraz naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy. Okolicznością wskazaną przez zamawiającego dla uzasadnienia wykluczenia konsorcjum Asseco z postępowania, był udział członka zarządu jednego z konsorcjantów – Sygnity S.A. w pracach związanych z przygotowaniem dokumentacji pozwalającej na przygotowanie i przeprowadzenie postępowania na wdrożenie i serwis systemu CSORK. Zamawiający stwierdził, iż wiedza, jaką zdobyła ta osoba daje przewagę konsorcjum Asseco nad pozostałymi uczestnikami postępowania i na tej podstawie uznał, iż spełnione zostały przesłanki do wykluczenia konsorcjum Asseco z postępowania wskazane w art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy. Odwołujący przyznał, iż obecny członek zarządu spółki – konsorcjanta, był zatrudniony przez wykonawcę prac związanych z audytem dokumentacji postępowania oraz brał udział w wykonywaniu umowy zawartej pomiędzy zamawiającym a tą spółką. Okoliczność ta, zdaniem odwołującego, nie może jednak stanowić samodzielnej podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Odwołujący wskazał na niespełnienie wszystkich przesłanek wskazanych w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy, tj. udziału wskazanej osoby w przygotowaniu oferty, a także ustalenie, iż udział ten wpłynął na ograniczenie konkurencji. Z uwagi na wybrany tryb postępowania, tj. negocjacje z ogłoszeniem, zamawiający nie udostępnił na tym etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a jedyne informacje o postępowaniu wynikają z ogłoszenia o zamówieniu, które nie zawierają szczegółowych warunków wykonania zamówienia. Uniemożliwia to ustalenie w jakim zakresie prace świadczone w ramach umowy wcześniejszej wpłynęły na kształt dokumentacji przetargowej. Odwołujący wskazał również na upływ czasu, jaki miał miejsce od wykonywania czynności związanych z przygotowaniem dokumentacji przetargowej, a ogłoszeniem przedmiotowego postępowania, co mogło prowadzić do wprowadzenia zmian w dokumentacji. W ocenie odwołującego, na obecnym etapie postępowania, obejmującym złożenie dokumentów formalnych, nie może być mowy o wykorzystaniu wiedzy związanej z przygotowaniem postępowania, a ewentualne wykluczenie może nastąpić na etapie, w którym składana jest oferta. Odwołujący zaprzeczył, jakoby członek zarządu konsorcjanta brał udział w złożeniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a tym bardziej w złożeniu oferty. Nie brał on udziału w pracach zespołu odpowiedzialnego za przygotowanie wniosku, jak również nie składał oświadczeń woli lub wiedzy wobec zamawiającego (nie podpisywał dokumentów składanych we wniosku). Odwołujący wskazał na istnienie zobowiązania do zachowania w poufności informacji zdobytych podczas wykonywania prac przez okres 3 lat od dnia ich zakończenia, które uniemożliwiało udział osoby w czynnościach związanych z przygotowaniem dokumentów, przy których zdobyta wiedza mogłaby być



wykorzystana. Zdaniem odwołującego, samo bezpośrednie wykonywanie czynności związanych z przygotowaniem postępowania, nie przesądza o ograniczeniu konkurencji w postępowaniu. Przy braku dowodu potwierdzającego rzekome utrudnienie konkurencji, czynność wykluczenia konsorcjum Asseco stała w sprzeczności z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy. Zamawiający nie udowodnił, iż wskazana osoba nie przestrzega zobowiązania do zachowania w poufności informacji uzyskanych w związku z wcześniejszą współpracą z zamawiającym. O braku wpływu na konkurencyjność w postępowaniu przesądzać ma liczba uczestników tego postępowania, w którym złożono 10 wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, z których 5 zostało uznanych za spełniające warunki udziału w postępowaniu.

Konsorcjum Asseco zakwestionowało brak wezwania innych wykonawców do uzupełnienia brakujących dokumentów. Odwołujący wskazał na brak skuteczności zastrzeżenia we wniosku Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji dotyczących wykazu doświadczeń i wykazu osób. Ponadto, odwołujący zakwestionował przedstawione we wnioskach Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., Siemens IT Solutions and Services Sp. z o.o. oraz konsorcjum Cross Sp. z o.o., Comp S.A., polisy ubezpieczeniowe, jako nieodpowiadające warunkowi udziału w postępowaniu, w odniesieniu do wysokości ubezpieczenia.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wykluczenia go z postępowania oraz nakazanie zamawiającemu dalsze prowadzenie postępowania z udziałem odwołującego, w tym przeprowadzenie ponownej oceny wniosków i wezwanie wskazanych w uzasadnieniu wykonawców do uzupełnienia niezłożonych dokumentów.

W dniu 26 kwietnia 2011 r. do postępowania odwoławczego przystąpili wykonawcy: Siemens IT Solutions and Services Sp. z o.o. po stronie zamawiającego, Accenture Sp. z o.o. po stronie zamawiającego, Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. po stronie zamawiającego, konsorcjum: Cross Sp. z o.o., Comp S.A po stronie zamawiającego.

### III Sygn. akt KIO 848/11

W odwołaniu Accenture Sp. z o.o. (zwane dalej Accenture) zarzuciło zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 3 pkt 4 w związku z art. 26 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy, wynikające z zaniechania wezwania wykonawcy Hewlett Packard Polska Sp. z o.o. do przedłożenia wymaganej polisy OC. Zarzuty odwołującego sprowadzają się do oceny zasadności decyzji zamawiającego, który uznał złożoną polisę OC za potwierdzającą spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący zakwestionował prawidłowość polisy OC, w której wyłączono odpowiedzialność z tytułu niektórych ryzyk, tj. odpowiedzialność cywilna zawodowa, oprogramowanie komputerowe, odpowiedzialność cywilna zawodowa,

przetwarzanie danych, programowanie, konsultacje informatyczne, odpowiedzialność cywilna kontraktowa z wyłączeniem czystych strat finansowych. Odwołujący uznał, iż z porównania zakresu polisy z przedmiotem zamówienia, możliwe jest przypuszczenie całkowitego wyłączenia odpowiedzialności związanej z realizacją tego zamówienia. Zdaniem odwołującego, dokument polisy OC winien umożliwić ocenę, czy wykonawca daje rękojmię realizacji przedmiotu zamówienia, jak również zabezpieczenie w przypadku wystąpienia szkód.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności oceny wniosków i powtórzenie tej oceny, wezwanie HP do przedłożenia prawidłowej polisy OC oraz wykluczenie tego wykonawcy w przypadku nieprzedłożenia wymaganego dokumentu.

W dniu 26 kwietnia 2011 r. do postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienie: Siemens IT Solutions and Services Sp. z o.o. po stronie odwołującego, Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. po stronie zamawiającego, konsorcjum: Cross Sp. z o.o., Comp S.A po stronie odwołującego, konsorcjum: Asseco Poland S.A, Sygnity S.A. po stronie odwołującego.

### **Stanowisko Izby**

Dla rozpoznania wniesionych odwołań w pierwszej kolejności należało ustalić stan prawny wiążący w sprawach rozpoznawanych łącznie. Odwołania będące przedmiotem rozpoznania wniesione zostały do Krajowej Izby Odwoławczej na zasadach obowiązujących po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), a zatem do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy w brzmieniu znowelizowanym.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia żadnego z odwołań, równocześnie przyznając legitymację prawną do wniesienia środków ochrony prawnej wszystkim odwołującym. Izba nie uwzględniła w szczególności stanowiska zamawiającego, który kwestionował wystąpienie naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia po stronie odwołującego Accenture (sygn. akt: KIO 848/11), zakwalifikowanego do dalszego etapu postępowania. Podnoszone w odwołaniu tego wykonawcy zarzuty dotyczyły prawidłowości oceny wniosku innego wykonawcy, którego zamawiający zamierza zaprosić do złożenia oferty wstępnej. Ponieważ postępowanie prowadzone jest w procedurze dwuetapowej, od prawidłowości czynności zamawiającego podjętych w pierwszym etapie postępowania, zależy dalszy przebieg postępowania. Izba

uznała, iż złożenie odwołania na czynności związane z oceną wniosków innych wykonawców ma na celu ochronę interesu odwołującego, który ma szansę uzyskać przedmiotowe zamówienie. W interesie odwołującego jest ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców, z którymi będzie rywalizował w kolejnym etapie postępowania, przez co zwiększa szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Ocena wystąpienia szkody u odwołującego nie może być dokonana w oderwaniu od etapu postępowania, na którym podejmowane są czynności zamawiającego. Ponieważ nie jest możliwe na etapie składania wniosków ustalenie pozycji oferty odwołującego, ocena możliwości poniesienia szkody musi mieć jedynie charakter hipotetyczny, podobnie jak ma to miejsce w przypadku wnoszenia środków ochrony prawnej wobec postanowień ogłoszenia, czy też specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ewentualne błędy zamawiającego popełnione na etapie weryfikacji wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, mogą prowadzić nawet do konieczności unieważnienia postępowania, co wiązałoby się z obciążeniem wykonawców kosztami, jakie ponieśli w związku z ubieganiem się o przedmiotowe zamówienie. Ponieważ obecnie nie można wskazać, który wykonawca złożyłby najkorzystniejszą ofertę, należy uznać, iż może być to oferta każdego, do którego zamawiający skieruje zaproszenie do złożenia oferty wstępnej, a więc również odwołującego Accenture. W tej sytuacji, wniesienie odwołania miało na celu ochronę interesu odwołującego, a także zabezpieczenie tego wykonawcy przed ewentualną szkodą, jaka wiązałaby się z utratą zamówienia i koniecznością poniesienia kosztów udziału w postępowaniu. Należy przy tym zauważyć, iż jedynie na obecnym etapie postępowania, wykonawcy mogą skutecznie (w terminie) podnosić zarzuty względem oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez pozostałych wykonawców. Przesądza to tym bardziej o konieczności zapewnienia rzeczywistej ochrony interesów wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołań, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy PrZamPubl, Izba rozpoznała odwołania na rozprawie.

I. Zarzuty podniesione przez konsorcjum Comarch (sygn. akt: KIO 840/11)

Izba uznała odwołanie za zasadne.

Zarzut naruszenia art. 24 ust 2 pkt 3 i 4, art. 57 ust. 2 i 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynikał z decyzji zamawiającego o wykluczeniu konsorcjum Comarch z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jak ustalono na podstawie pisma z dnia 11.04.2011 r. (informacja o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu), zamawiający uznał, iż wykonawca nie wykazał spełniania warunków opisanych w sekcji III.2.3 pkt 1 lit a i c ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający porównując informacje zawarte w tabeli (wykaz zamówień) ze wskazanymi przez wykonawcę

dokumentami mającymi potwierdzać ich należyte wykonanie, nie mógł stwierdzić ponad wszelką wątpliwość, iż dokumenty te potwierdzają realizację zamówień objętych wykazem. Dotyczyło to pozycji: 3,4, 5 i 6 oraz 19-29. Dodatkowo zamawiający stwierdził, iż informacje dotyczące zamówień wskazanych w pozycjach 23, 26 i 28 uzupełnionego wykazu dostaw, noszą znamiona informacji nieprawdziwych co do wymaganej liczby układów pomiarowych.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż tak w zakresie warunku opisanego w sekcji III.2.3 pkt 1 lit. a, jak i w lit. c, dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu wystarczyło wykazać się odpowiednio, jednym zamówieniem w zakresie projektowania, budowy wdrożenia i integracji systemu IT (...) – lit. a i jednym zamówieniem w zakresie zaprojektowania, budowy, wdrożenia i integracji systemu odczytu i układów pomiarowych i zarządzania danymi pomiarowymi w sektorze Utility (...) – lit. c. W wykazie złożonym przez konsorcjum Comarch w trybie uzupełnienia brakujących dokumentów, wykonawca przedstawił 16 zamówień dotyczących wykonania systemu IT (lit. a) i 11 zamówień dotyczących wykonania systemu Utility (lit. c) i załączył dokumenty mające potwierdzać ich należyte wykonanie. W zakresie zamówień wykazywanych w celu potwierdzenia spełniania warunku opisanego pod lit. a, zamawiający zakwestionował część (cztery) z szesnastu wskazanych przez konsorcjum Comarch (poz. 3, 4, 5 i 6) i zakwestionował w całości zamówienia wskazane dla wykazania spełnienia warunku opisanego pod lit. c ogłoszenia. W zakresie pierwszego z opisanych warunków, stwierdzenie iż cztery zamówienia nie mogą być zakwalifikowane, pozostawało bez wpływu na możliwość potwierdzenia, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu na podstawie pozostałych zamówień nie kwestionowanych przez zamawiającego. Uznanie w tych okolicznościach, iż wykonawca nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w sekcji III,2,3 pkt 1 lit. a zostało dokonane z naruszeniem treści ogłoszenia o zamówieniu. Skoro zamawiający wymagał co najmniej jednego zamówienia, to było ono wystarczające dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Ponieważ zamawiający nie kwestionował pozostałych zamówień, Izba przyjęła przy rozstrzygnięciu, iż odpowiadały one zakresem warunkom opisanym w ogłoszeniu. Zamówienia, które nie odpowiadały wymaganiom zamawiającego mogły mieć znaczenie jedynie przy dokonywaniu punktacji wniosków wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu i to przy ustaleniu, że liczba tych wykonawców jest większa niż przewidziana w ogłoszeniu. Izba przyznała słuszność twierdzeniom zamawiającego, iż pozycje 3, 4, 5 i 6 wykazu nie mogły być uznane dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu z uwagi na nieścisłości pomiędzy wykazem, a załączonymi dokumentami. Słusznie zamawiający zauważył, iż zamówienia opisane w pozycji 3 i 4 nie obejmowały całości prac opisanych w treści ogłoszenia (z protokołów rozliczenia końcowego, str. 27 i 28, wynika, że zawarte umowy dotyczyły usług serwisowych, a zatem nie obejmowały zaprojektowania, budowy, wdrożenia i integracji

systemu). Również zamówienia wskazane w pozycjach 5 i 6 nie obejmowały całości prac opisanych w warunku udziału w postępowaniu i obejmowały jedynie dostawy sprzętu oraz jego instalację i konfigurację (na co wskazywała treść referencji, str. 29, 30-33). W ocenie Izby, zamawiający nie mógł pominąć informacji o zakresie zamówień, wynikających z dokumentów wystawionych przez odbiorców, które nie potwierdzały oświadczenia konsorcjum Comarch zawartego w wykazie, tym bardziej, że sam wykonawca ograniczył się przy sporządzaniu wykazu do przekopiowania treści warunku. W tej sytuacji, faktyczny opis przedmiotu zamówienia, jaki wykonawca miał zamieścić w wykazie, wynikał z treści dokumentów składanych w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. Nadużyciem byłoby stwierdzenie, że wykaz zawierał opis przedmiotu zamówienia, jaki miał sporządzić wykonawca. Samo przekopiowanie identycznej treści ogłoszenia w kilkunastu pozycjach wykazu, które dotyczyły odrębnych zamówień, w zasadzie nie wносиło żadnej treści. W tych okolicznościach, zamawiający jedynie na podstawie treści dokumentów mógł zidentyfikować rzeczywisty zakres przedmiotu zamówienia. Zapisy w nich zawarte były jednoznaczne, stąd zamawiający mógł samodzielnie ocenić na ich podstawie czego dotyczyły zamówienia. Izba uznała, iż brak staranności wykonawcy w przygotowaniu dokumentów obciąża konsekwencjami tego wykonawcę. Ewentualne wezwanie do złożenia wyjaśnień co do treści wykazu nie zmieniałoby ustalenia poczynionego w oparciu o złożone dokumenty, iż przedmiot zamówienia był węższy od wymaganego w opisie warunków udziału w postępowaniu. Również na rozprawie konsorcjum nie przedstawiło żadnych dowodów pozwalających na ustalenie, że zamówienia zakwestionowane przez zamawiającego obejmowały szerszy zakres świadczenia, niż wynikający z treści dokumentów załączonych do wykazu. Niezależnie od powyższego, zamawiający nie mógł pominąć przy ocenie wniosków pozostałych zamówień, których prawidłowości nie kwestionował, a zatem na obecnym etapie należało przyjąć, iż potwierdzały one spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Odnośnie kwestionowanych pozycji wykazu, dotyczących warunku udziału w postępowaniu opisanego w sekcji III,2.3 pkt 1 lit. c, za niewystarczające dla przyjęcia braku wykazania jego spełnienia, Izba uznała stwierdzenie, iż zamawiający nie mógł ustalić liczby układów pomiarowych – nie mniejszej niż 500 000, jakiej dotyczyć miały prace. Zamawiający wskazał za niewystarczające użycie w opisie przedmiotu zamówienia sformułowania: „... w organizacjach o wyodrębnionych jednostkach organizacyjnych, w których liczba układów pomiarowych nie jest mniejsza niż 500 000”. W ocenie składu orzekającego, oba sformułowania, tj. użyte w wykazie: „... nie może być mniejsza niż 500 000”, a następnie w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień: „...nie jest mniejsza niż 500 000”, mają identyczne znaczenie, tj. wskazują na liczbę układów - co najmniej 500 000. Ewentualne wątpliwości rozwiewała treść dokumentów załączonych do wykazu, w których podane

zostały ilości urządzeń pomiarowych: 766 000 dla systemu ELIOT (oddział w Będzinie – str. 53), 660 000 dla systemu ELIOT (oddział w Bielsku-Białej – str. 54), 850 000 dla systemu ELIOT (oddział w Krakowie – str. 52), 3,2 mln dla systemu SID (str. 55). Zamawiający zwrócił się w piśmie z dnia 1 kwietnia 2011 r. o „wyjaśnienie jak należy rozumieć fragment opisu zamówień wskazanych w poz. 19-29 ww. tabeli, tj. „... w których liczba układów pomiarowych nie może być mniejsza niż 500 000?”. Zamawiający uznał, iż przez użycie takiego zwrotu nie może ustalić spełnienia warunku udziału w postępowaniu i przywołał treść warunku. Trudno na podstawie tak postawionego pytania odgadnąć intencję zamawiającego, tym bardziej, że wykonawca użył zwrotu z ogłoszenia. Mogło to sprowokować odwołującego do zmiany formy gramatycznej, która w ocenie Izby w żaden sposób nie wpływała na zakres oświadczenia tego wykonawcy, tym bardziej, że nie podlegały dalszemu uzupełnieniu dokumenty mające potwierdzać należyte wykonanie zamówień. Izba wskazuje, że skoro zamawiający nie sprecyzował skąd wynikają jego wątpliwości i nie wskazał jakich informacji oczekuje, to wyciąganie negatywnych konsekwencji względem wykonawcy było naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Wykonawca przyporządkował dokumenty do poszczególnych pozycji wykazu, a w części z nich zawarta była informacja o ilości układów pomiarowych, a zatem zamawiający mógł ustalić, które z nich mogą być przyjęte dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu. Okoliczność, iż wykonawca wykazywał się doświadczeniem nie tylko odpowiadającym wymaganiom zamawiającego, nie może prowadzić do wniosku, iż nie wykazał on spełniania warunku udziału w postępowaniu.

W tych okolicznościach, Izba nie znalazła uzasadnienia dla decyzji zamawiającego o wykluczeniu konsorcjum Comarch z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

W odniesieniu do zarzutu podania nieprawdziwych informacji dotyczących zamówień mających potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu, opisanego w sekcji III.2.3 pkt 1 lit c ogłoszenia, Izba uznała, iż w okolicznościach faktycznych nie zachodziła przesłanka z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy do wykluczenia konsorcjum Comarch z postępowania.

W pierwszej kolejności należało ustalić treść ogłoszenia, w której interpretacji strony nie były zgodne. Zamawiający wymagał: „jedno zamówienie w zakresie zaprojektowania, budowy, wdrożenia i integracji systemu obsługi odczytów i układów pomiarowych i zarządzania danymi pomiarowymi w sektorze Utility (tj. elektroenergetycznym, gazowym, ciepłowniczym lub wodno-kanalizacyjnym) obejmujące dostawę sprzętu, licencji oraz świadczenie usług serwisowych, w organizacjach o wyodrębnionych jednostkach organizacyjnych, w których liczba układów pomiarowych nie może być mniejsza niż 500 000”. W ocenie Izby, wskazanie liczby układów pomiarowych dotyczyło organizacji, a nie

zamówienia (wymagane jedno zamówienie, a zatem właściwe byłoby użycie zwrotu: „w którym”), na co wskazuje użycie liczby mnogiej słowa „których” po opisie dotyczącym jednostek organizacyjnych. Interpretacja zamawiającego była odmienna, gdyż odnosił on liczbę układów pomiarowych do liczby urządzeń objętych zamówieniem realizowanym na rzecz jednostek organizacyjnych. Pomimo odmiennej interpretacji zapisu ogłoszenia, należało przyznać rację zamawiającemu, który wykazał za pomocą treści uzyskanych od odbiorców pism, iż liczba układów pomiarowych wskazana dla jednostek organizacyjnych opisanych w pozycjach 23, 26 i 28, jest w rzeczywistości mniejsza od wymaganej. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów przeciwnych, wskazując jedynie na źródło informacji uzyskanych od podmiotu trzeciego, z którego potencjału odwołujący skorzystał w trybie art. 26 ust. 2 b ustawy.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy wyklucza się z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Zamawiający powoływał się na okoliczność, iż zamówienia wykazywane na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu miały być punktowane w ramach dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a zatem podanie nieprawdziwych informacji może mieć wpływ na wynik, w postaci ustalenia kręgu wykonawców zakwalifikowanych do dalszego etapu postępowania. Co do zasady, należy zgodzić się z argumentacją zamawiającego, jednak okoliczności towarzyszące badanej sprawie, nie pozwalały na stwierdzenie istnienia wpływu nieprawdziwych informacji na wynik postępowania.

Zgodnie z treścią ogłoszenia (sekcja VI.3 ppkt 15 lit. c) punkty miały być przyznawane według określonego schematu: „wykonawca otrzyma 2 punkty, ale nie więcej niż 10 punktów za wszystkie kwalifikujące się zamówienia”. W przypadku, gdy po dokonaniu oceny w sposób określony wyżej, na ostatnim (piątym) miejscu kwalifikującym Wykonawców do dalszego udziału w postępowaniu znajdzie się więcej niż 1 Wykonawca, do złożenia ofert wstępnych zostaną zaproszeni wszyscy Wykonawcy, którzy znajdą się na tym miejscu (ppkt 16). Izba przyjmując, że informacje nieprawdziwe nie miały wpływu na wynik postępowania miała na uwadze, iż zamawiający nie kwestionował pozostałych ośmiu zamówień, które wskazało konsorcjum Comarch dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. Przyjmując taki stan rzeczy, Izba musiała uznać, iż pozostałe zamówienia były odpowiednie pod względem zakresu świadczenia, a zatem wykonawca wykazał się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu, dla którego wystarczało wskazanie jednego zamówienia. Mając na względzie zasadę przyznawania punktów (za każde zamówienie 2 pkt i maksymalnie 10 punktów za wszystkie kwalifikujące się zamówienia), wskazanie już pięciu zamówień, odpowiadających opisanemu w ogłoszeniu, pozwalało na uzyskanie maksymalnej liczby punktów w tym kryterium oceny. Pozostałe zamówienia nie miały zatem żadnego

znaczenia dla uzyskania wyższej punktacji i poprawy pozycji rankingowej wniosku konsorcjum Comarch. Nie można zatem przyjąć, że trzy zamówienia, wprowadzające mylne wyobrażenie o prawdziwej ilości punktów pomiarowych, mogły mieć jakiegokolwiek znaczenie dla zakwalifikowania konsorcjum Comarch do dalszego etapu postępowania.

W oparciu o powyższe, Izba uznała, iż wykluczenie konsorcjum Comarch na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy, nie znajdowało uzasadnienia i nakazała unieważnienie tej czynności i przeprowadzenie ponownej oceny wniosków z uwzględnieniem wniosku konsorcjum Comarch.

## II. Sygn. akt KIO 841/11

Odwołanie konsorcjum Asseco podlegało oddaleniu.

Podstawowy zarzut podniesiony w odwołaniu dotyczył czynności wykluczenia konsorcjum Asseco z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy. Nie było spornym pomiędzy stronami ustalenie zakresu czynności, w których uczestniczył członek zarządu jednej ze spółek składających obecnie wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Na podstawie zgodnych oświadczeń stron, Izba ustaliła, iż uczestniczył on w przygotowaniu dokumentów koniecznych do przygotowania i przeprowadzenia postępowania, w którym złożone zostały wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W związku z wykonywanymi czynnościami, osoba ta posiadała pełną wiedzę o założeniach dotyczących Centralnego Systemu Obsługi i Rozliczeń Klientów (CSORK), w tym w szczególności o złożeniach budżetowych, jak również zakresie przedmiotowej usługi. Odwołujący nie kwestionował stanowiska zamawiającego, który uznał, iż czynności wykonywane na wcześniejszym etapie postępowania dotyczyły przygotowania dokumentacji niezbędnej dla przeprowadzenia postępowania na budowę i wdrożenie CSORK w obszarze sprzedaży detalicznej oraz dystrybucji energetycznej GK PGE. Odwołujący kwestionował natomiast wypełnienie przesłanek określonych w art. 24 ust. 2 pkt 1 i dotyczących stwierdzenia udziału osoby w przygotowaniu oferty, a także ustalenia możliwości ograniczenia konkurencji w postępowaniu.

Izba uznała, iż okoliczności faktyczne wskazują na spełnienie przesłanek do wykluczenia konsorcjum Asseco z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy. Zgodnie z przywołaną podstawą prawną, zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji. W odniesieniu do konsorcjum Asseco nie



zachodziła okoliczność, iż wykonawca ten wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, które były wykonywane przez inny podmiot w ramach umowy, której przedmiotem była weryfikacja i audyt przyjętych założeń dotyczących Centralnego Systemu Obsługi i Rozliczeń Klienta („CSORK”) w obszarze obrotu detalicznego oraz dystrybucji energii Grupy Kapitałowej PGE, a także weryfikacja projektu specyfikacji istotnych warunków zamówienia opracowanego na potrzeby przeprowadzenia postępowania na CSORK. Izba uznała, iż faktyczny udział w wykonaniu wskazanej umowy członka zarządu spółki – konsorcjanta Sygnity S.A. oznaczał, iż konsorcjum Asseco posłużyło się w celu sporządzenia oferty osobą uczestniczącą bezpośrednio w dokonywaniu czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania, co wypełniało przesłankę do wykluczenia konsorcjum Asseco z postępowania. W pierwszej kolejności Izba uznała, iż pełnienie funkcji członka zarządu spółki akcyjnej oznacza przyjęcie odpowiedzialności za czynności podejmowane w imieniu i na rzecz spółki. W ocenie Izby, nie jest możliwe przyjęcie, iż członek zarządu powołany do kierowania sprawami spółki, wskazany w rejestrze jako wiceprezes zarządu ds. sprzedaży, nie brał udziału w czynności związanej ze złożeniem oferty tej spółki w przetargu. Dla przyjęcia stanowiska przeciwnego nie jest wystarczające ustalenie istnienia zobowiązania osobistego członka zarządu do zachowania w poufności informacji uzyskanych w związku z wykonanymi z ramienia innego podmiotu, czynnościami na rzecz zamawiającego. Zobowiązanie to pozostaje bez znaczenia dla ustalenia, iż członek zarządu prowadzi sprawy spółki. Możliwe jest bowiem podejmowanie decyzji w sprawach bieżących spółki bez potrzeby ujawniania komukolwiek informacji objętych klauzulą poufności. W szczególności decyzja taka mogła dotyczyć potrzeby zawiązania konsorcjum w celu wspólnego ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. W ocenie składu orzekającego, możliwe jest wypełnienie przesłanek wykluczenia z postępowania opisanych w art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy już na etapie składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Posługiwanie się osobą w celu sporządzenia oferty nie musi dotyczyć wyłącznie technicznej strony złożenia oferty, ale w szczególności może być związane z czynnościami poprzedzającymi jej złożenie, a koniecznymi do jej przygotowania. Taką czynnością w postępowaniu dwuetapowym jest niewątpliwie przygotowanie i złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, bez którego nie będzie możliwe złożenie oferty wstępnej, czy też ostatecznej. Aby doszło do spełnienia przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 1, tj. posługiwanie się w celu sporządzenia oferty osobą wykonującą bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem postępowania, nie musi mieć to odzwierciedlenia w samej treści oferty, chociaż bez tego znacznie utrudnione byłoby dowodzenie tej okoliczności. Jeżeli zatem już z treści składanych dokumentów, czy to na etapie wniosku (w postępowaniu dwuetapowym), czy też w ofercie (postępowanie jednoetapowe), możliwe jest wywiedzenie bezpośredniego udziału konkretnej osoby w

czynnościach związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania, to należy uznać, iż wykonawca posługuje się tą osobą w celu sporządzenia oferty. Obalenie tego domniemania spoczywa w tej sytuacji na wykonawcy, który winien wobec decyzji zamawiającego o wykluczeniu go z postępowania, najpóźniej na rozprawie przedstawić dowody przeczące takiemu ustaleniu. W sytuacji, która zaistniała w niniejszej sprawie, posługiwanie się osobą miało niewątpliwie miejsce z uwagi na pełnioną przez tą osobę funkcję w organie spółki - Zarządzie, odpowiedzialnym za prowadzenie spraw spółki, w imieniu której podjęto decyzję o udziale w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący na rozprawie złożył między innymi uchwałę Zarządu spółki Sygnity S.A. z dnia 15 kwietnia 2011 r. w sprawie wyznaczenia odpowiedzialnego członka zarządu za podejmowanie wewnętrznych decyzji związanych z uczestnictwem spółki w przedmiotowym przetargu. Izba uznała, iż dokument ten nie mógł mieć znaczenia dla obalenia stwierdzenia, iż spółka posługiwała się osobą wykonującą bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem tego postępowania, gdyż uchwał ta podjęta została po dacie złożenia wniosku (12.02.2011 r.), a zatem nie obejmowała czynności decyzyjnych zarządu o udziale w postępowaniu, w tym o potrzebie zawiązania konsorcjum. Posługiwanie się osobą w celu sporządzenia oferty może mieć różnoraki charakter i zakres. Ustawodawca nie zawęził, poprzez sprecyzowanie zapisu ustawowego, na czym polegać ma posługiwanie się osobą. Izba nie przyjęła, jako istotnych dla rozstrzygnięcia, oświadczeń członków zarządu o powierzeniu obowiązków w zakresie nadzoru i koordynacji czynności w postępowaniu innemu członkowi zarządu, złożonych po upływie terminu do składania wniosków. Oświadczenia te nie mogą stanowić dowodu przeciwnego ustaleniu możliwości uczestniczenia w czynnościach decyzyjnych pozostałych członków zarządu. Celem przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy jest realizacja zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Jego dyspozycją objęci są wykonawcy, którzy wykonali pewne czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności. Ustawodawca założył bowiem, że mogli oni uzyskać pewne informacje dotyczące postępowania, a to może zapewnić im przewagę i pozwolić odpowiednio przygotować ofertę. Nadto, uczestnicząc w tych czynnościach – w przygotowaniu postępowania o zamówienie publiczne, mogli wpłynąć na jego wynik (por. wyrok SO w Słupsku z 30.09.2008 r., sygn. akt: VII Ga 36/08). W wyroku tym Sąd dokonał wykładni przepisu, wskazując na rodzaj czynności związanej z przygotowaniem postępowania (np. opis przedmiotu zamówienia, oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia, przygotowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia), konieczność ustalenia bezpośredniego związku pomiędzy rezultatem prac podmiotu uczestniczącego w postępowaniu przygotowawczym, a jego wykorzystaniem przez zamawiającego oraz przesłankę negatywną, której wykazanie spoczywa na odwołującym, tj.

wykazanie, iż udział tego wykonawcy nie utrudni uczciwej konkurencji. Wykładani ta dotyczy zarówno sytuacji, w której wykonawca wykonywał bezpośrednio czynności związane przygotowaniem postępowania, jak i sytuacji, kiedy czynności takie wykonywała osoba, którą posługuje się wykonawca.

W okolicznościach badanej sprawy, nie było sporu, co do ustalenia, że członek zarządu spółki składającej wspólnie z innym podmiotem wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem postępowania. Istnienie bezpośredniego związku pomiędzy rezultatem prac wykonanych przez doradcę biznesowego – Deloitte Business Consulting S.A., a jego wykorzystaniem w obecnie prowadzonym postępowaniu, znajduje potwierdzenie już w treści protokołu postępowania, w którym zamawiający wskazał na zakres czynności, jakie zamawiający zlecił doradcy biznesowemu. Czynności te obejmowały przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia, ustalenie wartości zamówienia, przygotowanie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, określenie kryteriów oceny ofert (Druk ZP-NO, pkt 4 lit. B tabeli). Wskazuje to na bezpośrednie wykorzystanie przez zamawiającego efektów pracy doradcy biznesowego, za których jakość oraz odpowiedzialność merytoryczną ponosił późniejszy członek zarządu spółki Sygnity S.A. W ocenie Izby, konsorcjum Asseco posiadało już w momencie składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przewagę nad pozostałymi wykonawcami ubiegającymi się o przedmiotowe zamówienie, która wynikała z pełnej wiedzy o treści dokumentów, jakie zamawiający dopiero przekazał pozostałym uczestnikom w kolejnym etapie postępowania. Wiedza ta mogła mieć istotne znaczenia dla podjęcia decyzji o ubieganiu się o zamówienie, w tym również o potrzebie zawiązania konsorcjum z uwagi na poziom skomplikowania przedmiotu zamówienia. Informacje te nie były dostępne pozostałym uczestnikom, którzy tym samym znajdowali się w gorszej sytuacji w stosunku do konsorcjum Asseco. Konsorcjum Asseco nie wykazało na rozprawie zaistnienia przesłanki negatywnej, która niweczyłaby skutek w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania, poprzez wykazanie, iż jego udział w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji. Samo wskazanie na fakt zawiązania konsorcjum z innym podmiotem, co miało dowodzić rozszerzeniu konkurencji, w żaden sposób nie odnosiło się do sytuacji pozostałych wykonawców, którzy przystąpili do postępowania. Natomiast twierdzenia odwołującego o możliwości wprowadzenia zmian w dokumentacji przetargowej, wydają się być gołosłowne, tym bardziej, iż stoją w sprzeczności z informacjami zawartymi w protokole postępowania.

Mając powyższe na względzie, Izba uznała za zasadną decyzję zamawiającego o wykluczeniu konsorcjum Asseco z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Pozostałe zarzuty dotyczące wniosków innych wykonawców Izba oddaliła, jako gołosłowne. Jedyne skonkretyzowane zarzuty, podnoszone wspólnie względem polis ubezpieczenia OC, nie znajdowały oparcia w treści warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający poza wymaganiami złożenia opłaconej polisy, na sumę ubezpieczenia w wysokości co najmniej 10 milionów PLN na jeden wypadek ubezpieczeniowy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, nie zastrzegł żadnych istotnych postanowień, co do zakresu ubezpieczenia. Zamawiający nie wprowadził szczegółowych wymogów dotyczących warunku wkładu własnego (franszyza), a zatem ewentualne zastrzeżenia zawarte w treści polis w tym zakresie nie mogły mieć znaczenia dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

### III. Sygn. akt: KIO 848/11

Odwołanie Accenture podlega oddaleniu.

Izba uznała zarzuty podniesione w odwołaniu za bezzasadne, mając na uwadze treść ogłoszenia i wskazany przez zamawiającego sposób oceny spełniania warunku dotyczącego zdolności ekonomicznej i finansowej.

Odwołanie się w opisie zdolności ekonomicznej i finansowej do ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, nie oznacza ustanowienie wymagania objęcia ubezpieczeniem wszystkich szkód, jakie mogą być spowodowane w związku z przedmiotem zamówienia, które to stanowisko odwołujący prezentował na rozprawie. Taki wymóg nie wynikał z treści ogłoszenia. Zamawiający nie mógł zatem oceniać dokumentów według kryteriów nie wskazanych w ogłoszeniu, tj. poprzez ustalanie, czy polisa ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej obejmuje w całości przedmiot zamówienia. Słusznie podnosił zamawiający, iż dokument ten nie ma potwierdzać ubezpieczenia przedmiotu zamówienia, a jedynie potwierdzać, iż wykonawca znajduje się w sytuacji finansowej i ekonomicznej, umożliwiającej realizację przedmiotu zamówienia, co zostało skonkretyzowane przez zamawiającego jedynie poprzez wskazanie wymaganej wysokości ubezpieczenia. W ocenie Izby, zamawiający w sposób prawidłowy ocenił dokument załączony do wniosku HP, który potwierdza zawarcie umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej między innymi za: za szkody wyrządzone na osobie lub na mieniu z tytułu prowadzonej działalności lub posiadanego mienia, za produkt ubezpieczającego, za dzieło ukończone przez ubezpieczającego (str. 65 wniosku), na łączną kwotę 14.773.500,00 PLN. Stanowisko odwołującego opierało się na pewnym domniemaniu, iż zakres ubezpieczenia może nie obejmować w całości przedmiotu zamówienia, co dodatkowo przy braku dowodu

potwierdzającego takie domniemanie, nie mogło przesądzać o zasadności twierdzeń odwołującego.

W tych okolicznościach odwołanie podlegało oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 i 3 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).

**Przewodniczący: .....**