

Sygn. akt: KIO 1228/12

WYROK

z dnia 26 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 czerwca 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 czerwca 2012 r. przez wykonawcę **AGN Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 04-802 Warszawa, ul. Zbójnogórska 36a** w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie, ul. Jana Pawła II nr 70 (adres do korespondencji: ul. Poleczki 33, 02-822 Warszawa),**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie, 31 – 864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39A** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1228/12 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **it Works S.A. z siedzibą w Krakowie, 31-864 Kraków, ul. Jana Pawła II 411C (lider konsorcjum); AlmavivA SpA z siedzibą w Rzymie, Via di Casal Boccone 188/190, Włochy** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1228/12 po stronie zamawiającego,
- C. wykonawcy **Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1228/12 po stronie zamawiającego,

- D. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Centrum Komputerowe ZETO S.A. z siedzibą w Łodzi, 90-146 Łódź, ul. Narutowicza 136 (lider konsorcjum); Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, 10-113 Olsztyn, ul. Pieniężnego 6/7; Connectis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 00-113 Warszawa, ul. Emilii Plater 53** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1228/12 po stronie zamawiającego,
- E. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Infovide-Matrix S.A. z siedzibą w Warszawie, 00-838 Warszawa, ul. Prosta 51 (lider konsorcjum); DahliaMatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 00-120 Warszawa, ul. Złota 59; Oracle Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 01-208 Warszawa, ul. Przykopowa 31** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1228/12 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie oraz nakazuje odtajnienie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa we wniosku złożonym przez: wykonawcę **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Warszawie, wykonawcę Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Centrum Komputerowe ZETO S.A. z siedzibą w Łodzi (lider konsorcjum); Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie; Connectis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w sposób wskazany w uzasadnieniu,
2. kosztami postępowania obciąża **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie, ul. Poleczki 33, 02-822 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **AGN Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 04-802 Warszawa, ul. Zbójnogórska 36** a tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od **Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie, ul. Poleczki 33, 02-822 Warszawa** na rzecz wykonawcy **AGN Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 04-802 Warszawa, ul. Zbójnogórska 36 a** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego przyspieszonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Utrzymanie, modyfikacje i ulepszenie systemów aplikacyjnych OFSA, OFSA-PROW, OFSA-PROW-DD, RG-PROW”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 marca 2012 r., nr 56-091672.

W dniu 31 maja 2012 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę AGN Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym”, o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o otrzymanych ocenach spełniania tych warunków przez wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu oraz wykonawcach zaproszonych do składania ofert.

W dniu 11 czerwca 2012 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 11 czerwca 2012 r.) od czynności zamawiającego polegających na:

1. zaniechaniu podjęcia czynności polegającej na odtajnieniu i udostępnieniu odwołującemu jako jawnych, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonych przez następujących wykonawców:
 - 1) Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, zwanego dalej „wykonawcą Asseco”,
 - 2) Hewlett – Pacard Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „wykonawcą HP”,
 - 3) Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie, zwanego dalej „wykonawcą Comarch”,
 - 4) Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „wykonawcą Sygnity”,
 - 5) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Centrum Komputerowe ZETO S.A. z siedzibą w Łodzi, Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie i Connectis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanych dalej „konsorcjum ZETO”,

- 6) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Centrum IT Works S.A. z siedzibą w Krakowie, Almagora SpA z siedzibą w Rzymie (Włochy), zwanych dalej „konsorcjum it Works”,
- 7) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Infovide - Matrix S.A. z siedzibą w Warszawie, Dahliamatic Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Oracle Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanych dalej „konsorcjum Infovide-Matrix”,
które zostały przez ww. wykonawców zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa w zakresie informacji obejmujących:
- a) wykazy zrealizowanych zamówień przedstawionych w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Sekcji III.2.1) pkt I.1.1) ogłoszenia o zamówieniu, wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie wskazanych w tych wykazach zamówień,
 - b) wykazy zrealizowanych zamówień w zakresie przekraczającym wymagania minimalne, o których mowa w Sekcji III.2.1) pkt I.1.1) lit. b) ogłoszenia o zamówieniu,
 - c) dokumenty potwierdzające udostępnienie wykonawców niezbędnych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia, osób zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolności finansowych innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp,
 - d) wykazy osób zdolnych do wykonania zamówienia przedstawionych w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Sekcji III.2.1) pkt I.1.2) ogłoszenia o zamówieniu, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz podstawą do dysponowania tymi osobami,
 - e) wykazy osób zdolnych do wykonania zamówienia w zakresie przekraczającym wymagania minimalne, o których mowa w Sekcji III.2.1) pkt I.1.2) lit. d) ogłoszenia o zamówieniu, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz podstawą do dysponowania tymi osobami,

o w efekcie stanowi naruszenie art. 7 ust. 1, 8 ust. 1 – 3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp

2. zaniechaniu podjęcia czynności uznania zaświadczenia o niekaralności dla członków zarządu Almagiva SpA oraz odpowiedniego zaświadczenia dla podmiotu zbiorowego to jest Almagiva SpA przedstawionych przez konsorcjum it Works, za niepotwierdzające spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a konsekwencji zaniechaniu podjęcia czynności, do które zamawiający jest zobowiązany na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, to jest wezwania konsorcjum it Works do złożenia wyjaśnień w zakresie zaświadczeń o niekaralności dla członka zarządu Almagiva SpA, a w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości powyższych dokumentów, zaniechaniu podjęcia czynności wezwania do ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp

co w efekcie stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 pkt 8 i 9 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp;

3. zaniechaniu podjęcia czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp to jest wykluczenia konsorcjum it Works z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania i jednocześnie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp ze względu na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

co w efekcie stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp;

4. w konsekwencji okoliczności określonych w punkcie 3 powyżej, niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego polegającej na uznaniu, że wykonawca konsorcjum it Works wykazało spełnienie warunków udziału w postępowaniu, mimo, że dokumenty przedstawione przez tego wykonawcę nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp

5. w konsekwencji okoliczności określonych w punkcie 3 i 4 powyżej, niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego polegającej na zakwalifikowaniu do dalszego udziału w postępowaniu konsorcjum it Works,

co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 51 ust. 1a ustawy Pzp,

6. zaniechaniu podjęcia czynności zakwalifikowania odwołującego do dalszego udziału w postępowaniu, a tym samym niesłusznego przyjęcia, że zajmuje on pozycję 8 w rankingu wykonawców i nie zostanie zaproszony do składania ofert,

co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 51 ust. 1-2 ustawy Pzp,

7. podjęciu czynności polegającej na wezwaniu do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, a następnie wezwaniu do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawcy Comarch do złożenia wyjaśnień a następnie złożenia dokumentów lub oświadczeń w zakresie zamówień przekraczających wymagania minimalne, o których mowa w sekcji III.2.1) pkt I.1.2) lit. d) ogłoszenia o zamówieniu,

co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Zarzucając zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 – ust. 3, art. 24 ust. 1 pkt 8) i 9) oraz ust.2 pkt 3 i pkt 4 w zw. z art. 51 ust. 1 – ust. 2, art. 26 ust. 3 i ust. 4 oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

Odwołujący cofnął na rozprawie zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia i udostępnienia odwołującemu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyspecyfikowanych na stronie 2 odwołania, litera c) do e) w ofertach wskazanych w odwołaniu wykonawców, jak również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp (podjęcia czynności polegającej na wezwaniu do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, a następnie wezwaniu do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawcy Comarch do złożenia wyjaśnień, a następnie dokumentów lub oświadczeń w zakresie zamówień przekraczających wymagania minimalne, o których mowa w sekcji III.2.1) pkt I.1.2) lit. d) ogłoszenia o zamówieniu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treść ogłoszenia o zamówieniu, złożone wnioski, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut dotyczący zaniechania podjęcia czynności polegającej na odtajnieniu udostępnieniu jako jawnych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu potwierdził się.

Izba ustaliła, iż wykonawcy: Asseco, HP, Comarch, Sygnity, ZETO, konsorcjum it Worsk oraz konsorcjum Infovide-Matrix w składanych wnioskach jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegli „oświadczenia – wykaz zamówień”, stanowiących załącznik nr 3a i 3b.

Zamawiający, pismem z dnia 26 kwietnia 2012 r., zwrócił się do tych wykonawców do złożenia wyjaśnień oraz przedstawienia dowodów na okoliczność, iż zastrzeżone we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu informacje, w tym dotyczące „oświadczenia - wykaz zamówień” (załącznik nr 3a i 3b) jako tajemnica przedsiębiorstwa w istocie nimi są.

Wszyscy wykonawcy złożyli wyjaśnienia, a część z tych wyjaśnień została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Skład orzekający Izby uznał, iż aby można było mówić o uprawnionym bądź nieuprawnionym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa zamawiający powinien dokonać oceny, czy łącznie zostały spełnione przesłanki z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), a więc dokonać oceny, jaki charakter mają zastrzeżone informacje i czy są one takimi informacjami, które są nieznane ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca ma wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnych odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. To zamawiający bada bowiem skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępnienia informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia (uchwała SN z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05). A ponieważ podstawową zasadą zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od tej zasady musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób. Tak więc wszelkie odstępstwa od zasady jawności muszą być uzasadnione i udowodnione. Tymczasem obecnie praktyką wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia stało się nieuprawnione obejmowanie tajemnicą przedsiębiorstwa niemal całych wniosków i ofert składanych w postępowaniu. Wykonawcy zastrzegają bowiem informacje nie mające takiego charakteru, a – jak się wydaje - jedynie po to by utrudnić

konkurentom weryfikację składanych przez nich wniosków czy też ofert, co w konsekwencji powoduje naruszenie podstawowych zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W niniejszym stanie faktycznym zamawiający badał wnioski wszystkich wykonawców pod kątem prawidłowości zastrzeżenia przez nich informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Niemniej jednak w sposób nieprawidłowy dokonał oceny wyjaśnień złożonych przez: wykonawcę Asseco, wykonawcę HP i wykonawcę ZETO. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować wyjaśnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, łącząc prawidłowość zastrzeżenia określonych informacji tylko i wyłącznie z faktem ich złożenia.

Odnosząc się do **wykazu 3a i 3b złożonego przez wykonawcę Asseco** stwierdzić należy, iż zamawiający zobowiązany jest odtajnić następujące informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. w „oświadczeniu – wykaz zamówień”, stanowiącym załącznik nr 3a poz. 1 i 2 tego wykazu (sekcja III.2.1) I 1 lit. a) oraz sekcja III.2.1) I 1 lit. b) ogłoszenia o zamówieniu) oraz w „oświadczeniu – wykaz zamówień”, stanowiącym załącznik nr 3b pozycje: 1, 2, 3, 4, 7 i 8 tego wykazu. Zamówienia wyspecyfikowane w ww. pozycjach obydwu wykazów zostały zrealizowane bowiem na rzecz pomiotów publicznych. Tym samym – zgodnie z art. 139 ust. 3 ustawy Pzp – umowy dotyczące tych realizacji są jawne i podlegają udostępnieniu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej, gdyż przepis ten stanowi kontynuację generalnej zasady jawności postępowania. A ponadto wykonawca ten, uzasadniając powody objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wartości realizacji wyspecyfikowanych we wskazanych pozycjach wykazu, nie wykazał zaistnienia w stosunku do tych właśnie informacji przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nawet jeśli informacje te (dotyczące wartości zamówienia) są – jak wykonawca ten podniósł w złożonych wyjaśnieniach - informacjami przetworzonymi dla potrzeb tego konkretnego postępowania to jednak informacje dotyczące wartości tych realizacji są dostępne, w tym nie tylko w trybie dostępu do informacji publicznych. Wartość danej realizacji (w przypadku realizacji na rzecz podmiotów publicznych) jest bowiem znana już po podaniu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Tym samym utajnianie wartości tych kontraktów realizowanych na rzecz podmiotów publicznych jest nieuprawnione.

Natomiast Izba uznała zasadność zastrzeżenia przez wykonawcę Asseco dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia wskazanego w pozycji 1 i 2 wykazu 3a, a więc „listu referencyjnego” z dnia 3 kwietnia 2012 r. Co do zasady treść referencji mających potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu nie może być objęta tajemnicą przedsiębiorstwa przed jej udostępnieniem pozostałym wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia. Niemniej jednak z uwagi na zawarte w ich treści szczegółowe dane techniczne i technologiczne związane z realizacją zamówień, które nie znajdują

odzwierciedlenia w treści umów – kwestie te podnosił bowiem wykonawca Asseco w złożonych wyjaśnieniach - należy uznać, iż informacje te istotnie mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do **wykazu 3a i 3b złożonego przez wykonawcę HP** stwierdzić należy, iż zamawiający zobowiązany jest odtajnić następujące informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. w „oświadczeniu – wykaz zamówień”, stanowiącym załącznik nr 3a poz. 1 tego wykazu (sekcja III.2.1) I 1 lit. a) ogłoszenia o zamówieniu) wraz z referencjami dotyczącymi tej pozycji oraz w „oświadczeniu – wykaz zamówień”, stanowiącym załącznik nr 3b pozycje: 1, 2 i 3 tego wykazu. Zamówienia wyspecyfikowane w ww. pozycjach obydwu wykazów zostały zrealizowane na rzecz pomiotów publicznych, a informacje dotyczące tych realizacji dostępne są zarówno w trybie ustawy Pzp (art. 139 ust. 3 ustawy Pzp), jak i ustawy o dostępie do informacji publicznej. Natomiast wykonawca nie wykazał poza powołaniem się na to, iż informacje te nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, iż zachodzą w stosunku do nich podstawy do objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Jego wyjaśnienia w tym zakresie są bowiem tak ogólnikowe, iż można by je przypisać dowolnemu wykonawcy. A ponadto nie wyczerpują przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. To bowiem wykonawca, który opatrzył określone informacje klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa powinien był wykazać w sposób nie budzący żadnych wątpliwości zasadność objęcia ich tą tajemnicą. Tymczasem wykonawca HP tych okoliczności w istocie nie wykazał.

Odnosząc się do **wykazu 3a i 3b złożonego przez wykonawcę ZETO** stwierdzić należy, iż zamawiający zobowiązany jest odtajnić następujące informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. w „oświadczeniu – wykaz zamówień”, stanowiącym załącznik nr 3b pozycje: 1, 2 i 3. Zamówienia wyspecyfikowane w ww. pozycjach obydwu wykazów zostały zrealizowane bowiem na rzecz pomiotów publicznych, a informacje dotyczące tych realizacji dostępne są zarówno w trybie ustawy Pzp (art. 139 ust. 3 ustawy Pzp), jak i ustawy o dostępie do informacji publicznej. Wykonawca ten również nie wykazał poza ogólnymi stwierdzeniami, iż zachodzą przesłanki do objęcia tych właśnie informacji klauzulą tajemnicą przedsiębiorstwa.

Natomiast Izba uznała zasadność zastrzeżenia informacji zawartych w „oświadczeniu – wykaz zamówień”, stanowiącym załącznik nr 3a, gdyż w jego ramach wykonawca wymagane doświadczenie oparł na potencjale podmiotów trzecich i ich ujawnienie rzeczywiście mogło by spowodować ujawnienie nie tylko faktu współpracy handlowej pomiędzy poszczególnymi firmami, jak również doprowadziłoby do ujawnienia informacji na temat zasobów nieposiadanych przez tego wykonawcę i osłabiło jego pozycję rynkową, ale także ujawniło bardzo szczegółowo opisany w nich zakres udostępnienia

Izba uznała zasadność zastrzeżenia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa we wniosku złożonym przez **wykonawcę Comarch, konsorcjum it Works i konsorcjum Infovide-Matrix**, uznając iż wykonawcy ci wykazali prawidłowość zastrzeżenia tych informacji.

Odnosząc się do **wykazu 3a i 3b złożonego przez wykonawcę Comarch, konsorcjum it Works i konsorcjum Infovide-Matrix** przede wszystkim stwierdzić należy, iż wykonawcy ci w zastrzeżonych pozycjach wskazanych wykazów wyspecyfikowali zamówienia realizowane na rzecz podmiotów prywatnych, „(...) a ustawa o dostępie do informacji publicznej swym zakresem tego typu umów nie obejmuje. Umowy z takimi podmiotami (podmiotami prywatnymi) nie mają przymiotu jawności i żaden przepis prawa nie obliguje stron takiego stosunku do ujawnienia informacji dotyczących realizacji takiej umowy. Częstą praktyką przy zawieraniu tego typu umów jest bowiem zastrzeżenie przez strony tychże umów poufności wszelkich informacji w nich zawartych. (...) Tego typu informacje są bowiem informacjami handlowymi posiadającymi wartość gospodarczą i jako takie mają znaczenie dla prowadzonej działalności, w tym dla pozycji wykonawcy na rynku”. (wyrok z dnia 12 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 590/12 i 600/12). A ponadto wykonawcy ci, udzielając wyjaśnień wykazali zasadność zastrzeżenia wykazów bądź też określonych pozycji wykazów, udzielając bardzo szczegółowych, spójnych i logicznych argumentów okoliczność tę uzasadniających. Podali charakter tych informacji, powody dla których informacji tych dotychczas nie ujawniono, jak również działania jakie zostały podjęte celem zapobieżenia ich ujawnieniu.

Nadto odnosząc się do kwestii dotyczącej informacji zawartych w pozycjach 4, 5 i 6 „oświadczenia – wykaz zamówień” załącznika nr 3b, załączonego do wniosku konsorcjum Infovide-Matrix stwierdzić należy, iż wykonawca ten faktycznie – jak wynika z akt postępowania, jak i jego oświadczenia złożonego na rozprawie – nigdy nie wyrażał zgody na odtajnienie tych pozycji (poz. 4, 5 i 6). Zamówienia te zostały zrealizowane bowiem na rzecz podmiotów niepublicznych. A okoliczność, iż odwołujący - jak podniósł to przystępujący na rozprawie - wszedł w ich posiadanie w sposób nieuprawniony i informacje te zna obecnie określone ograniczone grono osób, w tym odwołujący, mimo iż zgody na ich ujawnienie konsorcjum Infovide-Matrix nie wyraziło, nie powoduje utraty przez te informacje charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do **wykazu 3a i 3b złożonego przez wykonawcę Sygnity** stwierdzić należy, iż wykonawca ten w sposób nie budzący żadnych wątpliwości wykazał zasadność zastrzeżenia zawartych w powołanych wykazach informacji, przedkładając wyciągi z zawartych umów dotyczących realizacji wyspecyfikowanych w wykazie, a zobowiązujących go do podjęcia i zapewnienia wszelkich niezbędnych środków zapewniających dochowanie klauzuli poufności na warunkach w nich określonych.

Tym samym stwierdzić należy, iż zarzut ten potwierdził się w zakresie dotyczącym wniosków wykonawców: Asseco, HP i ZETO.

Zarzut dotyczący zaświadczenia o niekaralności dla członków zarządu Almaviva SpA oraz zaświadczenia dla podmiotu zbiorowego, dotyczący niepotwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak również złożenia nieprawdziwych informacji przez tego wykonawcę nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż w załączeniu do wniosku wykonawca ten złożył zaświadczenia o niekaralności dla członków zarządu Almaviva SpA oraz zaświadczenie dla podmiotu zbiorowego wraz z ich tłumaczeniami.

Odwołujący w odwołaniu wniesionym w dniu 11 czerwca 2012 r. zakwestionował złożone zaświadczenia, podnosząc iż na oryginałach tych dokumentów oraz na oryginałach zaświadczeń znajdujących się na stronach 86-87, 90-91, 98-99 znajduje się dodatkowa klauzula („od dnia 1 stycznia 2012 roku niniejsze zaświadczenie nie może być składane w organach administracji publicznej lub prywatnym zarządcom usług publicznych (art. 40 Rozp. Prez. Rep. Z dnia 28 grudnia 200 r. nr 445”), która w złożonych dokumentach nie została przetłumaczona, a ponadto klauzula ta wątpliwym czyni prawidłowość uznania tych dokumentów jako potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający, pismem z dnia 15 czerwca 2012 r., wskazał, iż przedstawione we wniosku tłumaczenia KRK (str. 93, 95, 103, 105, 107 wniosku), dotyczące firmy Almaviva SpA nie zostały przetłumaczone w pełnym zakresie, jednocześnie wzywając konsorcjum it Works do złożenia właściwie przetłumaczonych dokumentów.

W odpowiedzi na powyższe konsorcjum it Works złożyło pełne tłumaczenia dokumentów ze strony 92, 94, 102, 104 i 106 wniosku.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 8 i 9 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: „osoby prawne, których urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia (...)”, „podmioty zbiorowe, wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary”. Na potwierdzenie czego – zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 5 i 6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009, Nr 226, poz. 1817), zwanego dalej rozporządzeniem w sprawie dokumentów – zamawiający może żądać „aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania

wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert” (§ 2 ust. 1 pkt 5) i „aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert” (§ 2 ust. 1 pkt 6). Natomiast wykonawca posiadający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 „składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy” (§ 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów) powołanego rozporządzenia. Tak więc zasadą, w przypadku wykonawców zagranicznych, jest sięganie do porządku prawnego kraju wykonawcy ubiegającego się o przedmiotowe zamówienie w takim kształcie i zakresie jaki w nim obowiązuje. Porządki prawne poszczególnych państw różnią się bowiem rodzajem sankcji administracyjnych czy karnych, czy też katalogiem czynów zabronionych, kwalifikowaniem ich jako wykroczenie lub przestępstwo, przesłankami popełnienia czynu, jak też wysokością kary. Natomiast ustawodawca poprzez określoną treść rozporządzenia w sprawie dokumentów dał jednak pierwszeństwo dokumentom urzędowym wystawianym w różnych państwach nie nakładając na zamawiających obowiązku badania ich pełnej zgodności z polskim rejestrem karnym, tym samym uwzględniając różnice w systemach prawnych państw. Skoro więc odwołujący kwestionuje określoną treść zawartą w takim dokumencie (dokumencie pochodzącym od odpowiednich organów zagranicznych) powinien w sposób nie budzący żadnych wątpliwości wykazać, iż ów zapis dyskwalifikuje taki dokument. Tymczasem odwołujący poza podaniem kwestionowanej treści dokumentu nie wykazał, iż ów dokument nie może z określonych przyczyn być dokumentem składanym na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. To bowiem na odwołującym – zgodnie z art. 6 k.c. – ciąży ciężar dowodu. Tymczasem kwestionowana klauzula odnosi się wyraźnie do „organów administracji publicznej lub prywatnych zarządców usług publicznych” a niewątpliwym jest, iż zamawiający jest państwową osobą prawną, która nie działa w sferze władztwa państwa. Tym samym nie można do zamawiającego odnieść treści tej klauzuli.

Natomiast z okoliczności niepełnego tłumaczenia części ze złożonych zaświadczeń (kwestionowanej klauzuli) nie można wywieść złożenia nieprawdziwych informacji, zwłaszcza, że dowodzący nie wykazał, iż fakt jej zamieszczenia w treści zaświadczenia dyskwalifikuje te zaświadczenia, powodując, iż nie można uznać, że osoby, których zaświadczenia dotyczą były karane.

Tym samym stwierdzić należy, iż zarzuty odwołującego nie potwierdziły się.

Zarzuty dotyczące uchybień we wniosku konsorcjum it Works (rozbieżności w datach złożonego wniosku i załączonych do niego pełnomocnictw oraz oświadczeń, że konsorcjum spełnia warunki określone w art. 22 ust 1 ustawy Pzp i członka konsorcjum Almax, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp) potwierdziły się, jednak z uwagi na to, że zamawiający wezwał wykonawców do uzupełnienia stosownych dokumentów, które prawidłowo zostały uzupełnione w dniu 22 czerwca 2012 r. i potwierdzają prawidłowość wniosku złożonego przez wykonawcę it Works, ich rozpatrywanie stało się bezprzedmiotowe.

Nadto Izba stwierdziła, iż podnoszony przez odwołującego na rozprawie zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia opinii bankowej oraz polisy w ofercie wykonawcy HP, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie był podniesiony w odwołaniu, a Izba – zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp – nie może orzekać co do zarzutów, które nie były podniesione w odwołaniu. Zarzutu tego nie można bowiem wywieść z ogólnego sformułowania zarzutu 1 odwołania, w sytuacji gdy odwołujący w dalszej części zarzutu enumeratywnie wylicza nieodtajnione dokumenty i bark wśród nich dokumentów kwestionowanych obecnie.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury złożonej do akt sprawy.

Przewodniczący:

