

Sygn. akt KIO 1474/11

Sygn. akt KIO 1479/11

**WYROK**  
z dnia 28 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:        **Agata Mikołajczyk**

Protokolant:            **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 lipca 2011 r.** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

a) w dniu **11 lipca 2011 r.** przez **Siemens IT Solutions and Services Sp. z o.o.**, ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu, ul. H. Kamieńskiego 73a, 51-124 Wrocław,**

przy udziale wykonawcy - S & T Services Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1474/11 po stronie Odwołującego;

oraz przy udziale wykonawców:

A. B3System S.A., Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa,

B. SYGNITY S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa,

C. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum firm: Impel IT Sp. z o.o., SI-Consulting S.A., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,

D. Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa,

E. ComArch S.A., Aleja Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków,

zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1474/11 po stronie Zamawiającego;

b) w dniu **11 lipca 2011 r.** przez **ComArch S.A.**, Al. Jana Pawła II 41g, 31-864 Kraków, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu, ul. H. Kamieńskiego 73a, 51-124 Wrocław,**

przy udziale wykonawcy - Siemens IT Solutions and Services Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-

821 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1479/11 po stronie Odwołującego;

oraz przy udziale wykonawców:

A. B3System S.A., Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa,

B. SYGNITY S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa,

C. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum firm: Impel IT Sp. z o.o., SI-Consulting S.A., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,

D. Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa,

zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1479/11 po stronie Zamawiającego;

**orzeka:**

I. w sprawie o sygn. akt. KIO 1474/11,

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - **Siemens IT Solutions and Services Sp. z o.o.**, ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - **Siemens IT Solutions and Services Sp. z o.o.**, ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego - **Siemens IT Solutions and Services Sp. z o.o.**, ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa, na rzecz Zamawiającego - **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu**, ul. H. Kamieńskiego 73a, 51-124 Wrocław, kwotę **1.800 zł 00 gr** (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

II. w sprawie o sygn. akt. KIO 1479/11,

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - **ComArch S.A.**, Al. Jana Pawła II 41g, 31-864 Kraków, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego -

**ComArch S.A.**, Al. Jana Pawła II 41g, 31-864 Kraków, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego - **ComArch S.A.**, Al. Jana Pawła II 41g, 31-864 Kraków, na rzecz Zamawiającego - **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu**, ul. H. Kamieńskiego 73a, 51-124 Wrocław, kwotę **1.800 zł 00 gr** (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **we Wrocławiu**.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 1474/11**

**Sygn. akt: KIO 1479/11**

### Uzasadnienie

Odwołania zostały wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę i wdrożenie systemów wspomaganie działalności administracyjnej i naukowej (FK, KP, GM) oraz systemu wspomaganie analiz oraz monitorowania procesów naukowo-medycznych i zarządczych wraz z dostawą infrastruktury gromadzenia danych zgodnych z zaprojektowanym modelem biznesowym dla WSSK we Wrocławiu”, prowadzonym przez Zamawiającego - Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu.

**Sygn. akt: KIO 1474/11**

Odwołujący - Siemens IT Solutions and Services sp. z o.o. z Warszawy stwierdził, że Zamawiający - Wojewódzki Szpital Specjalistyczny we Wrocławiu, reprezentowany przez: Europejskie Centrum Technologii Informatycznych i Zarządzania ITmed sp. z o.o. z Wrocławia naruszył:

1. przepis art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania, mimo spełnienia przez Odwołującego wszystkich warunków udziału w Postępowaniu, zgodnie z warunkami ogłoszonego przetargu;
2. przepis art. 51 ust. 1 w zw. z art. 51 ust. 1a ustawy Pzp poprzez zaniechanie poinformowania Odwołującego o spełnieniu przez Odwołującego warunków udziału w Postępowaniu i otrzymanej przez Odwołującego ocenie spełniania tych warunków;
3. przepis art. 26 ust. 3 w zw. z art. 50 ust. 1 oraz w zw. z art. 51 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uwzględnienia złożonego przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, co skutkowało bezprawnym wykluczeniem Odwołującego z prowadzonego Postępowania i zaniechaniu przyznania Odwołującemu oceny (punktów) za spełnianie poszczególnych warunków;
4. przepis art. 24 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wskazania pełnego uzasadnienia faktycznego oraz prawnego podstaw wykluczenia Odwołującego, ograniczając się jedynie do powołania odpowiedniej treści ogłoszenia o zamówieniu.

Wskazując na powyższe wniósł o merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie; nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania; nakazanie

Zamawiającemu dokonania powtórzenia badania i oceny złożonych w Postępowaniu wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu;

W uzasadnieniu podał, że na podstawie punktu III.2.3) podpunkt 1.3. ogłoszenia o zamówienie każdy wykonawca wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia był zobowiązany złożyć dokumenty i oświadczenia potwierdzające, że wykonawca posiada należytą wiedzę i doświadczenie w zakresie należytego wykonania w okresie ostatnich trzech lat przed terminem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 1 zamówienia polegającego na dostawie licencji i świadczeniu usług wdrożeniowych systemu EOD [Elektronicznego Obiegu Dokumentów], wraz z możliwością zastosowania kwalifikowanego podpisu elektronicznego w jednostkach zatrudniających, co najmniej 500 pracowników, o wartości jednostkowej zamówienia nie mniejszej niż 500.000,00 PLN brutto. Wskazał także, że Zamawiający w dniu 11 marca 2011 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia oświadczeń lub dokumentów oraz wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy, wskazując na ostatniej stronie wezwania, iż wyjaśnienia mogą zostać złożone faksem na numer 71/349 33 44 w terminie do dnia 21 marca 2011 r. do godziny 14: 00, a następnie powinny być przekazane pocztą lub osobiście do siedziby Pełnomocnika Zamawiającego w terminie do dnia 25 marca 2011 r. W wykonaniu wezwania do złożenia wyjaśnień i dokumentów, Odwołujący pismem z dnia 18 marca 2011 r. uzupełnia wykaz usług o brakujące informacje. Pismo to zostało doręczone Pełnomocnikowi Zamawiającemu faksem w dniu 21 marca 2011 r., w tym samym dniu drogą elektroniczną, a następnie dostarczone przesyłką kurierską w dniu 23 marca 2011 r. - a więc z zachowaniem terminów określonych przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 11 marca 2011 r. W dniu 11 kwietnia 2011 r. Zamawiający poinformował uczestników postępowania o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 punkt 7 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, iż połączenie z numerem faksu 71/349 33 44 wskazanym przez Zamawiającego, jako numer, na który należało przesłać dodatkowe wyjaśnienia lub uzupełnienia, nie było w dniu 21 marca 2011 r. możliwe. W dniu 22 kwietnia 2011 r. Zamawiający zawiadomił o wniesieniu odwołania przez Sygnity S.A., które zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 punkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 146 ustawy Pzp poprzez bezprawne unieważnienie postępowania, jak również naruszenie art. 51 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wobec wykonawców biorących udział w Postępowaniu, czynności polegających na przeprowadzeniu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zawiadomienia o wynikach Postępowania i przyznaniu oceny punktowej zgodnie ze złożonymi wnioskami. Wyrokiem z dnia 6 maja 2011 r. (sygn.akt: KIO/849/11) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie Sygnity S.A. i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz

nakazała powtórzenie badania i oceny wniosków. W dniu 9 czerwca 2011 r. Zamawiający wezwał do złożenia przez Odwołującego oświadczeń lub dokumentów w zakresie wskazanym w tym piśmie do dnia 16 czerwca 2011 r. i pismem z dnia 14 czerwca 2011 r. Odwołujący przedłożył stosowne wyjaśnienia i uzupełnienia. W dniu 30 czerwca 2011 r. Zamawiający poinformował o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków oraz o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania, na mocy art. 24 ust. 2 punkt 4) ustawy Pzp wskazując, że Informacje zawarte w wykazie zrealizowanych zamówień (załącznik 3 wykaz zamówień, wzór - załącznik nr 3 do wniosku) w sekcji III.2.3 pkt 1.3 w pozycjach 1, 2, 3 nie potwierdzają spełnienia warunku określonego w sekcji III.2.3) pkt 1.3 Ogłoszenia o zamówieniu. Odwołujący stwierdził, że zgodnie z punktem III.2.3. podpunkt 1.3 ogłoszenia o zamówieniu w uzupełnieniu z dnia 18 marca 2011 r. Odwołujący na stronach 10 - 11 uzupełnienia przedstawił dwie usługi spełniające wymagania Zamawiającego. Pierwsza z nich wskazana w wierszu oznaczonym numerem 1 wyjaśnień dotyczyła „wdrożenia systemu klasy Enterprise Content Managment z możliwością zastosowania kwalifikowanego podpisu elektronicznego, w zakresie: zarządzania dokumentami, digitalizacja, archiwizacja, zarządzanie treścią portalową, praca grupowa, sterowanie przepływem pracy. Inne cechy projektu: wdrożenie w jednostce zatrudniającej powyżej 500 pracowników, dostawa licencji i świadczenie usług wdrożeniowych systemu EOD. Wartość zamówienia wynosiła powyżej 500.000 zł. Druga ze wskazanych usług na potwierdzenie spełniania warunku określonego przez Zamawiającego w punkcie III.2.3 podpunkt 1.3 ogłoszenia o zamówieniu, a mianowicie w wierszu oznaczonym numerem 2 wyjaśnień dotyczyła „wdrożenia systemu ERP w zakresie m.in. następujących funkcjonalności: system obiegu dokumentów (EOD) z możliwością zastosowania kwalifikowanego podpisu elektronicznego, wdrożenie w jednostce zatrudniającej powyżej 500 pracowników, dostawa licencji i świadczenie usług wdrożeniowych systemu EOD. Wartość zamówienia powyżej 500.000 zł. Ewidentnie więc Odwołujący wykazał spełnianie warunków, o których mowa w punkcie III.2.3 podpunkt 1.3 ogłoszenia o zamówieniu. Co więcej, Odwołujący wskazał dwie usługi, a spełnienie warunku było uzależnione, od co najmniej jednej takiej usługi, jaką wskazał Odwołujący. Niezrozumiałe zatem jest, na jakiej podstawie i w oparciu o jakie dokumenty i oświadczenia, Zamawiający dyskwalifikuje Odwołującego z dalszego udziału w prowadzonym przez siebie postępowaniu przetargowym. Mając na względzie, iż Odwołujący spełnił wszystkie warunki udziału w postępowaniu, zaniechanie poinformowania go o ocenie spełniania warunku, przyznanych punktach i dalszej kwalifikacji poprzez zaproszenie do złożenia oferty stanowi jawne i skrajne naruszenie przepisu art. art. 51 ust. 1 w zw. z art. 51 ust. 1a ustawy Pzp. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 50 ust. 1 oraz w zw. z art. 51 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uwzględnienia złożonych przez Odwołującego na wezwanie

Zamawiającego uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, co skutkowało bezprawnym wykluczeniem Odwołującego z prowadzonego postępowania i zaniechaniu przyznania Odwołującemu oceny (punktów) za spełnianie poszczególnych warunków. Z ostrożności, Odwołujący formułuje poniższe wnioski w zakresie nieuwzględnienia uzupełnień złożonych przez Odwołującego pismem z dnia 18 marca 2011 r., albowiem Zamawiający posiadał wiedzę i zapoznał się z treścią informacji, oświadczeń i dokumentów, przekazanych mu w dniu 21 marca 2011 r. Odwołujący spełnił również wymaganie Zamawiającego odnośnie przesłania uzupełnień pocztą lub osobiście na adres pełnomocnika w terminie do dnia 25 marca 2011 r. poprzez przekazanie pisma z dnia 18 marca 2011 r. przesyłką kurierską, którą Zamawiający otrzymał w dniu 23 marca 2011 r. o godzinie 13: 23 a więc dwa dni przed upływem przewidzianego terminu. Odwołujący wskazał także, że Zamawiający w treści wezwania z dnia 11 marca 2011 r. wskazał jednoznacznie, iż „Dokumenty lub oświadczenia oraz wyjaśnienia można przekazać faksem na nr 71/349 33 44 w terminie do dnia 21.03.2011 r. do godz. 14: 00, a następnie przekazać pocztą lub osobiście do siedziby Pełnomocnika (...) w terminie do dnia 25.03.2011 r.". Zamawiający zatem fakultatywnie dopuścił możliwość przesłania uzupełnień faksem, a obligatoryjnie pocztą lub osobiście, przy czym końcowym dniem był dzień 25 marca 2011 r. Nawet gdyby przyjąć interpretację, która ewentualnie może przyświecać Zamawiającemu, że w przypadku braku połączenia faksem, należało doręczyć uzupełnienia do dnia 21 marca 2011 r. w każdy inny dowolny sposób, to Odwołujący wskazuje, że w tym samym dniu przed godziną 14: 00 wysłał do pracownika pełnomocnika Zamawiającego skan uzupełnień. Zamawiający w piśmie z dnia 30 czerwca 2011 r. o wykluczeniu z Postępowania jasno formułuje swoje wnioski i uzasadnienie faktyczne w stosunku do pozostałych wykonawców, którzy mieli problem z przesłaniem uzupełnień i wyjaśnień Zamawiającemu w dniu 21 marca 2011 r.

### **Sygn. akt: KIO 1479/11**

Odwołanie wniesione przez Wykonawcę - COMARCH S.A. z Krakowa dotyczy:

1. uznania, że wykonawca Sygnity S.A. złożył dokumenty dotyczące podmiotów udostępniających mu zasoby w formie zgodnej z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, podczas gdy złożone dokumenty nie odpowiadają wymaganiom dotyczącym poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów pochodzących od tych podmiotów;
2. uznania, że wykonawca Sygnity S.A. udowodnił zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w sytuacji gdy wykonawca ten przedstawił we wniosku zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów, które nie spełniają ustawowego wymogu pisemności i jednocześnie nie przedstawił innych dowodów

potwierdzających tę okoliczność;

3. z ostrożności procesowej - uznania, że wykonawcy: Konsorcjum Impel IT, B3System SA, Consortia sp. z o. o. i Hewlett-Packard Polska sp. z o. o. złożyli dokumenty dotyczące podmiotów udostępniających im zasoby w formie zgodnej z ww. Rozporządzeniem oraz uznanie że udowodnili oni, iż będą dysponować zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w oparciu o zobowiązania tych podmiotów, które nie spełniają warunku pisemności;
4. zaniechania wykluczenia wykonawców Sygnity S.A. Konsorcjum Impel IT, B3System SA, Consortia sp. z o. o. i Hewlett-Packard Polska sp. z o. o. z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu lub przyznania tym wykonawcom za dużej ilości punktów;
5. z ostrożności procesowej - zaniechania Zamawiającego wezwania Sygnity SA, Konsorcjum Impel IT, B3System SA, Consortia sp. z o. o. i Hewlett-Packard Polska sp. z o. o. do uzupełnienia wniosków;
6. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechaniu odtajnienia dokumentów złożonych przez wykonawców którzy złożyli wnioski w postępowaniu zastrzeżonych jako „informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa”, wskazanych w uzasadnieniu odwołania, pomimo że informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wskazując na powyższe Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu § 6 ust. 2 Rozporządzenia w zw. z art. 25 ust. 1 Ustawy poprzez uznanie, iż wykonawca Sygnity S.A. złożył dokumenty dotyczące podmiotów udostępniających mu zasoby w formie zgodnej z ww. Rozporządzeniem, podczas gdy złożone dokumenty nie odpowiadają wymaganiom dotyczącym poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów dotyczących tych podmioty;
2. naruszenie przepisu art. 26 ust. 2b Ustawy poprzez uznanie, iż wykonawca Sygnity S.A. udowodnił zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w sytuacji gdy wykonawca ten przedstawił we wniosku jako dowód zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów, które nie spełniają ustawowego wymogu pisemności i jednocześnie wobec nieprzedstawienia przez tego wykonawcę żadnych innych dowodów potwierdzających tę okoliczność;
3. z ostrożności procesowej - naruszenie przepisu § 6 ust. 2 rozporządzenia w zw. z art. 25 ust. 1 Ustawy oraz naruszenie przepisu art. 26 ust. 2b ustawy w stosunku do Konsorcjum Impel IT, B3System SA, Consortia sp. z o. o. i Hewlett-Packard Polska sp. z o. o., poprzez uznanie, iż złożyli oni dokumenty dotyczące podmiotów udostępniających im zasoby w formie zgodnej z ww. rozporządzeniem oraz uznanie że udowodnili oni, iż będą dysponować zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w oparciu o zobowiązania tych podmiotów, które nie spełniają warunku pisemności;



4. naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców Sygnity SA, Konsorcjum Impel IT, B3System SA, Consortia sp. z o. o. i Hewlett-Packard Polska sp. z o. o. z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez ocenę wniosków tych wykonawców z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji i przyznanie tym wykonawcom za dużej ilości punktów;
5. z ostrożności procesowej - naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie Zamawiającego wezwania Sygnity S.A. oraz Konsorcjum Impel IT, B3System SA, Consortia sp. z o. o. i Hewlett-Packard Polska sp. z o. o. do uzupełnienia wniosków o dokumenty spełniające wymagania co do formy pisemnej (odnośnie zobowiązania podmiotów do udostępnienia zasobów) oraz spełniające wymagania Rozporządzenia dotyczące poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów dotyczących tych podmiotów;
6. naruszenie przepisu art. 8 ust. 3 i art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia dokumentów złożonych przez wykonawców którzy złożyli wnioski w postępowaniu zastrzeżonych jako „informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa”, wskazanych w uzasadnieniu odwołania, pomimo że informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
7. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
2. nakazanie Zamawiającemu odtajnienia (poprzez ich udostępnienie) dokumentów niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa, złożonych we wnioskach wykonawców wskazanych w uzasadnieniu odwołania;
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania weryfikacji prawidłowości zastrzeżenia przez wykonawców tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wdrożeń systemów wykonanych na rzecz podmiotów prywatnych, czego Zamawiający nie uczynił pomimo istotnych wątpliwości co do zasadności dokonanego utajnienia, wskazanych w uzasadnieniu odwołania;
4. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
5. z ostrożności procesowej - nakazanie Zamawiającemu wezwania Sygnity S.A. i pozostałych wykonawców, którzy zostali w wyniku oceny wniosków zakwalifikowani do pierwszej piątki, tj. Konsorcjum Impel IT, B3System SA, Consortia sp. z o. o. i Hewlett-

Packard Polska sp. z o. o., a którzy przedłożyli we wnioskach dokumenty dotyczące podmiotów trzecich niezgodne z wymaganiami poświadczania ich za zgodność z oryginałem oraz zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia im zasobów, które nie spełniają wymogu pisemności - do ich uzupełnienia, z tym zastrzeżeniem, że wezwanie to nie powinno mieć miejsca, o ile wykonawcy ci byli już uprzednio wzywaniu do uzupełnienia tych dokumentów ze względu na zasadę jednokrotnego uzupełniania dokumentów;

6. nakazanie Zamawiającemu ponownego przeliczenie punktów należnych wykonawcy Sygnity S.A. - bez uwzględnienia doświadczenia i wiedzy udostępnionej mu przez podmioty trzecie w trybie art. 26 ust. 2b Ustawy, które nastąpiło z naruszeniem bezwzględnie wymaganej formy prawnej oraz z naruszeniem wymogów (§ 6 ust. 2 Rozporządzenia) co do poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów dotyczących podmiotów trzecich, a w przypadku niespełniania po odjęciu tego doświadczenia minimalnych warunków udziału w postępowaniu - wykluczenia tego wykonawcy;
7. nakazanie Zamawiającemu ponownego przeliczenie punktów należnych pozostałym wykonawcom, którzy zostali w wyniku oceny wniosków zakwalifikowani do pierwszej piątki, tj. tj. Konsorcjum Impel IT, B3System SA, Consortia sp. z o. o. i Hewlett-Packard Polska sp. z o. o. - bez uwzględnienia doświadczenia i wiedzy udostępnionej im przez podmioty trzecie w trybie art. 26 ust. 2b Ustawy, które nastąpiło z naruszeniem bezwzględnie wymaganej formy prawnej oraz z naruszeniem wymogów (§ 6 ust. 2 rozporządzenia), co do poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów dotyczących podmiotów trzecich; a w przypadku niespełniania po odjęciu tego doświadczenia minimalnych warunków udziału w postępowaniu - wykluczenia tych wykonawców.

W uzasadnieniu Odwołujący podał, że wykonawca - Sygnity S.A. - na potwierdzenie warunków określonych w pkt. III.2.3) ppkt 1.2. i 1.3. ogłoszenie - przedstawił m.in. wdrożenie systemu zrealizowane na rzecz ARiMR przez podmiot trzeci, tj. Hewlett-Packard (dalej „HP”), który to podmiot udostępnił Sygnity S.A. posiadane w tym zakresie zasoby. Dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie tego zamówienia jest złożona we wniosku referencja wystawiona przez ARMiR na rzecz HP z dnia 22 lipca 2009 roku (strona 86 wniosku Sygnity SA). Dokument ten należy do kategorii dokumentów „dotyczących podmiotów trzecich”, udostępniających zasoby wykonawcy w rozumieniu § 6 ust. 2 rozporządzenia (tak m.in. KIO 1701/10 wyrok z dnia 24 sierpnia 2010 r.). Ustawodawca za dopuszczalną formę przedkładania tego typu dokumentów uznał kopię - poświadczoną za zgodność z oryginałem przez podmiot trzeci. Za niedopuszczalne w świetle powołanego przepisu uznać należy poświadczanie tego typu dokumentu przez samego wykonawcę, jeżeli nie został on do tego wyraźnie upoważniony. Powyższe potwierdza orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, w którym stwierdzono: „Za dopuszczalną formę złożenia dokumentów dotyczących podmiotu

uznano więc ich poświadczenie za zgodność z oryginałem. Poświadczenie za zgodność z oryginałem jest oświadczeniem wiedzy, które wskazuje, iż składającemu je podmiotowi znany jest oryginał dokumentu w takim stopniu, że może poświadczyć, że przedłożona kopia jest z nim tożsama, tym samym dokumentem tym nie musi dysponować. Niemniej jednak podmiot inny, a więc także wykonawca, niż podmiot, z którego zasobów wykonawca w danym postępowaniu będzie korzystał powinien posiadać umocowanie do działania w imieniu podmiotu, w tym także do uwierzytelniania składanych w jego imieniu dokumentów. Z literalnego brzmienia powołanego wyżej przepisu w sprawie dokumentów wynika bowiem, wbrew twierdzeniom Odwołującego, a jak słusznie wywodził Zamawiający użycie słowa "odpowiednio" wskazuje iż poświadczenie dokumentów przez wykonawcę lub przez podmiot (...) uzależnione jest od tego, czy dokument dotyczy wykonawcy, czy tego podmiotu, tym samym nie dając wykonawcy, który nie posiada stosownego umocowania od tego podmiotu, prawa do poświadczenia dokumentów w imieniu podmiotu, na którego zasoby się powołuje (sygn. KIO/1161/10, wyrok z dnia 30 czerwca 2010 r.). Wykonawca - Sygnity S.A. przedstawił we wniosku kopię poświadczoną za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika wykonawcy (Sygnity SA). W świetle powyższego uregulowania Sygnity S.A. by móc skutecznie posłużyć się przedmiotowym doświadczeniem winna była przedstawić we wniosku pełnomocnictwo podmiotu trzeciego (HP) upoważniające wykonawcę do składania w jego imieniu stosownych poświadczeń, z prawem do dalszego udzielania pełnomocnictwa w tym zakresie. Należy stwierdzić, że we wniosku Sygnity S.A. stosownego pełnomocnictwa HP brak. W tej sytuacji powyższe doświadczenie nie mogło być brane pod uwagę i nie mogło zostać uwzględnione przez Zamawiającego przy dokonywaniu oceny wniosku tego wykonawcy, co stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego § 6 ust. 2 rozporządzenia w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe oznacza bowiem brak złożenia dokumentów w formie wymaganej prawem. Zaś niezłożenie dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego skutkuje obowiązkiem wykluczenia wykonawcy, który powołuje się na potencjał podmiotów trzecich z powodu niewykazania spełnienia warunków, względnie obowiązkiem obniżenia punktacji – po uprzednim (bezskutecznym) wezwaniu wykonawcy do ich uzupełnienia. Wobec powyższego Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, iż ten nie wezwał Sygnity S.A. do uzupełniania stosownego pełnomocnictwa od HP, upoważniającego do poświadczenia za zgodność dokumentów pochodzących od tego podmiotu, co stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy. Reasumując tę część rozważań stwierdzić należy, że wymaganie zamawiającego, aby dokumenty pochodzące od podmiotu udostępniającego swoje zasoby były poświadczane za zgodność z oryginałem przez te podmioty, odpowiada prawu (sygn. akt: KIO 735/11 Sygn. akt: KIO 736/11 WYROK z dnia 19 kwietnia 2011 r.). Jednocześnie - ze względu na utajnienie przez pozostałych wykonawców, którzy zostali zakwalifikowani do pierwszej piątki tj. Konsorcjum Impel IT, B3Svstem SA, Consortia sp. z o. o. i Hewlett-Packard Polska sp. z o. o. -

praktycznie całych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - Odwołujący podnosi z ostrożności powyższy zarzut także w stosunku do nich. Pomimo istnienia przesłanek do odtajnienia przynajmniej części dokumentów składanych we wnioskach jako niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa (o czym w zarzucie nr III poniżej) - Zamawiający dokonał odtajnienia umów podawanych w ramach wykazania warunku doświadczenia, a realizowanych na rzecz podmiotów z sektora publicznego, wyłącznie w stosunku do wykonawcy Sygnity S.A. Stąd też Odwołujący był w stanie zweryfikować pod powyższym kątem jedynie dokumenty tego wykonawcy. Nie mniej jednak w ocenie Odwołującego jest wysoce prawdopodobne, iż powyższy błąd Zamawiający popełnił również w stosunku do pozostałych ww. wykonawców. W niniejszym postępowaniu widoczne jest bowiem, iż wykonawcy w bardzo szerokim zakresie korzystali z zasobów innych podmiotów, w tym także dokonując swoistego wzajemnego transferu referencji, tak by multiplikować punktowany potencjał i uzyskać miejsce w pierwszej piątce (świadczą o tym m.in. wezwania zamawiającego do uzupełniania dokumentów z marca 2011 roku, w których Zamawiający kwestionował te same referencje ze względu na rozbieżności w konkretnych datach, a które kierowane były m.in. Sygnity SA, Consortia sp. z o. o., HP, B3 System S.A., czy Betacom SA). Z uwagi na szeroko zakrojone posługiwanie się zasobami podmiotów trzecich w każdym z wniosków znajdują się „dokumenty dotyczące podmiotów trzecich” - co do których, z uwagi na dostrzeżone w przypadku wniosku Sygnity S.A. naruszenie przepisów ustawy i rozporządzenia przez Zamawiającego - zachodzi wysokie prawdopodobieństwo popełnienia takiego samego naruszenia. W tej sytuacji Odwołujący jakkolwiek niemający dostępu do przedmiotowych dokumentów - podnosi powyższy zarzut naruszenia § 6 ust. 2 Rozporządzenia w zw. z art. 25 ust. 1 Ustawy także wobec wniosków wykonawców Konsorcjum Impel IT, B3System S.A., Consortia sp. z o. o. i Hewlett-Packard Polska sp. z o. a Zamawiający dokonując ponownej oceny wniosków winien bowiem - w imię zasady równego traktowania wykonawców - zbadać pod kątem postawionego zarzutu także pozostałe ww. wnioski. Jednocześnie Odwołujący z ostrożności podnosi zarzut zaniechania wezwania przez Zamawiającego ww. wykonawców do uzupełnienia dokumentów dotyczących podmiotów trzecich, które spełniałyby wymagania określone w § 6 ust. 2 rozporządzenia, co do potwierdzania za zgodność z oryginałem. Odwołujący wobec braku danych co do charakteru i rodzaju przedmiotowych dokumentów oraz wobec braku pewności (z uwagi na ich utajnienie) co do faktu złożenia we wnioskach pełnomocnictw podmiotów trzecich do poświadczenia w ich imieniu za zgodność z oryginałem tychże dokumentów przez wykonawców - wnosi o uwzględnienie powyższego zarzutu i zobowiązanie Zamawiającego do dokonania wezwania do uzupełnienia stosownych dokumentów, spełniających wymogi co do poświadczenia za zgodność z oryginałem dokumentów dotyczących podmiotów trzecich - z zastrzeżeniem wyrażonej w art. 26 ust. 3 ustawy zasady jednokrotnego wzywania do uzupełnienia

dokumentów. W przypadku bezskutecznego lub wadliwego uzupełnienia tych dokumentów Zamawiający winien w wyniku ponownej oceny wniosków albo dokonać stosownego obniżenia przyznanych wykonawcom punktów, albo - w przypadku niespełnienia warunków minimalnych udziału w postępowaniu - winien dokonać ich wykluczenia z postępowania.

Co do zarzutu dotyczącego niezachowania ustawowego wymagania co do formy pisemnej zobowiązań podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów, Odwołujący stwierdził, że wykonawca Sygnity S.A. w celu udowodnienia Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, zdecydował się na przedstawienie we wniosku m.in. zobowiązań do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów następujących podmiotów trzecich, tj. HP i Auxilium Audyt, które to zobowiązania nie spełniają ustawowego wymogu pisemności, wyrażonego w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, albowiem:

- 1) zobowiązanie HP, które udostępniło wykonawcy zasoby w postaci doświadczenia (referencji) i osób zdolnych do wykonania zamówienia - zostało przedstawione w kserokopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika Sygnity S.A.;
- 2) zobowiązanie Auxilium Audyt, które udostępniło wykonawcy osoby zdolne do wykonania zamówienia - zostało przedstawione w kserokopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika Sygnity S.A.

W świetle art. 26 ust. 2 b Ustawy jedyną dopuszczalną formą udowodnienia Zamawiającemu dysponowania odpowiednimi zasobami jest forma pisemna, a zatem zawierająca własnoręczny podpis albo opatrzona tzw. bezpiecznym podpisem elektronicznym (art. 78 § 1 i § 2 k.c. w zw. z art. 14 ustawy). Forma kserokopii potwierdzona za zgodność z oryginałem przez wykonawcę nie spełnia tego wymagania. Akceptując kserokopię Zamawiający naruszył art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Powyższe powoduje, że przedstawione na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu dokumenty pochodzące od podmiotów trzecich, a składające się na potwierdzenie warunku wymaganego doświadczenia (wykaz dostaw i usług oraz referencje), jak i dysponowania odpowiednim zespołem osób (wykaz osób) - nie mogły być brane pod uwagę, bowiem wykonawca Sygnity S.A. nie udowodnił w sposób przewidziany Ustawą iż z powyższych zasobów będzie mógł korzystać. Nieudowodnienie powyższej okoliczności skutkuje obowiązkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania z uwagi na niespełnienie warunku, względnie obowiązkiem stosownego obniżenia naliczonych wykonawcy punktów - po uprzednim (bezskutecznym) wezwaniu go do uzupełnienia dokumentów. Wobec powyższego Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, iż ten nie wezwał Sygnity S.A. do uzupełniania dokumentów zawierających zobowiązanie podmiotów trzecich, spełniających wymagania formy pisemnej, co stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wskazując na orzecznictwo stwierdził, że forma określona w art. 26 ust. 2b dotyczy zarówno zobowiązań składanych przez podmiot trzeci na rzecz wykonawcy, jak i zobowiązań innych podmiotów do udostępnienia zasobów na rzecz podmiotu, który następnie

udostępnia dane zasoby wykonawcy". Jednocześnie Odwołujący z ostrożności podnosi zarzut naruszenia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp także w stosunku do pozostałych wykonawców, którzy zostali zakwalifikowani do pierwszej piątki, tj. Konsorcjum Impel IT, B3System SA, Consortia sp. z o. o. i Hewlett-Packard Polska sp. z o. o. Jest bowiem prawdopodobne (czego Odwołujący, z uwagi na utajnienie praktycznie całych wniosków tych wykonawców, nie może zweryfikować), iż Zamawiający także w stosunku do nich popełnił podobny błąd jak w przypadku oceny wniosku Sygnity SA i uznał za prawidłowe i spełniające wymóg pisemności zobowiązania podmiotów trzecich, przedstawione w formie kserokopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Równocześnie Odwołujący odpowiednio do wymogów art. 26 ust. 3 ustawy z ostrożności podnosi zarzut zaniechania wezwania przez Zamawiającego ww. wykonawców do uzupełnienia stosownych dokumentów potwierdzających dysponowanie zasobami, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp - z zastrzeżeniem zasady jednokrotnego wzywania do uzupełnienia dokumentów. W przypadku bezskutecznego lub wadliwego uzupełnienia tych dokumentów Zamawiający winien nie uwzględnić zasobów podmiotów trzecich i w wyniku ponownej oceny wniosków albo dokonać stosownego obniżenia przyznanych ww. wykonawcom punktów, albo - w przypadku niespełnienia warunków minimalnych udziału w postępowaniu - winien dokonać ich wykluczenia z postępowania.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania czynności odtajnienia informacji, zawartych we wnioskach wykonawców Odwołujący wskazał, że tym postępowaniu o zamówienie publiczne miało miejsce zastrzeżenie przez wykonawców - jako tajemnicy przedsiębiorstwa - praktycznie całych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Z powyższego względu weryfikacja przez Odwołującego prawidłowości złożonych wniosków była praktycznie uniemożliwiona. Zamawiający dostrzegł nieprawidłowość zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa niektórych dokumentów złożonych przez wykonawców, wzywając niektórych z nich do wyjaśnienia przyczyn i zasadności uznania, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Efekt powyższych wezwań i wyjaśnień jest dla Odwołującego niezrozumiały. Zamawiający odtajnił i udostępnił dokumenty potwierdzające spełnienie warunku, jakie dotyczyły umów realizowanych w trybie ustawy Pzp na rzecz zamawiających z sektora publicznego wrywkowo i jedynie w stosunku do niektórych wykonawców. Stanowi to o naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Ustawy) poprzez ich odmienne traktowanie, pomimo że jawny ze względu na art. 139 § 3 ustawy Pzp charakter dokumentów (umowy zrealizowane na rzecz zamawiających publicznych) był taki sam jak w przypadku odtajnionych informacji złożonych np. we wniosku Sygnity S.A. Zamawiający zobowiązany był odtajnić przynajmniej dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału, a dotyczące realizowanych usług na rzecz zamawiających z sektora publicznego - w stosunku do wniosków wszystkich wykonawców - czego nie uczynił. Nie odtajnił odpowiednich

pozycji w wykazach lub referencji złożonych we wnioskach wykonawców: Konsorcjum Impel, HP, Consortia, B3System, Alma i Betacom. Odtajnił natomiast (w całości lub częściowo) dokumenty dotyczące wdrożeń w jednostkach z sektora finansów publicznych złożonych we wnioskach wykonawców Sygnity SA, Alma i Siemens. W ocenie Odwołującego nie istnieją żadne uzasadnione powody dla odmiennego traktowania wykonawców w tym zakresie, zwłaszcza w świetle powtarzającego się we posługiwaniu się tymi samymi referencjami - w ramach zasobów udostępnianych przez podmioty trzecie. Działanie Zamawiającego, polegające na dokonaniu odtajnienia tego samego rodzaju dokumentów, jawnych z mocy przepisów ustawy Pzp (art. 139 ust. 3 ustawy Pzp), w sposób wrywkowy narusza dodatkowo art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto Zamawiający stosował zasadę przestrzegania zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa niekonsekwentnie również w tym zakresie, iż w części udostępnionych Odwołującemu wezwań do wyjaśnień podawała o jakie podmioty z sektora publicznego chodzi, zaś w części wezwań dane te zostały przez niego zamazane. Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 3 ustawy - Prawo Zamówień Publicznych wykonawca może zastrzec, iż część oferty nie może być udostępniona, wyłącznie w przypadku, gdy zawiera ona informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z definicją tajemnicy przedsiębiorstwa zamieszczoną w art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - „przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.” W świetle definicji tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie sposób uznać, aby informacje niezbędne do wykazania doświadczenia wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu w zakresie wykazywanych dostaw i usług, a dotyczące jawnych umów realizowanych w trybie ustawy Pzp - mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o zobowiązanie Zamawiającego do odtajnienia przedmiotowych dokumentów złożonych we wnioskach wykonawców: Konsorcjum Impel, HP, Consortia, B3System, Alma i Betacom. Zwrócił także uwagę na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, stwierdzając, że „Izba ocenia również, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów potwierdzających wykonanie umów na rzecz podmiotów prywatnych nie może być uznane *per se* za tajemnicę przedsiębiorstwa i podlegać ochronie.” Zdaniem Odwołującego, Zamawiający winien zażądać od wszystkich wykonawców, którzy zastrzegli w swych wnioskach jako tajemnicę przedsiębiorstwa wykazy i referencje dotyczące wdrożeń na rzecz podmiotów prywatnych - wyjaśnień co do zasadności dokonanego zastrzeżenia tajemnicy, w szczególności w kontekście powtarzającego się w niniejszym postępowaniu wzajemnego „transferu referencji”. Wdrożenia systemów, które są znane co do ich zakresu i charakteru (w stopniu pozwalającym na posłużenie się nimi na

potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu) aż tylu wykonawcom w jednym przetargu (jak podano przykładowo w pkt. 1.7. uzasadnienia) - nie mogą być „tajemnicą przedsiębiorstwa”. Twierdzenie przeciwne oznaczałoby zgodę na fikcję, która przeczy istocie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji składanych w przetargach, a która winna być wyjątkiem od zasady jawności dokumentacji w postępowaniu. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o zobowiązanie Zamawiającego do zażądania wyjaśnień, co do dokonanego przez wszystkich wykonawców utajnienia dokumentów dotyczących wdrożeń systemów zrealizowanych także na rzecz podmiotów prywatnych, co jest uzasadnione wysokim stopniem ogólności tych informacji, odpowiadaniu im de facto wymaganiami ogłoszenia oraz tym, iż informacje te są znane wielu wykonawcom występującym w niniejszym postępowaniu.

**Rozpoznając odwołania Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołania podlegają oddaleniu.

**Sygn. akt: KIO 1474/ 11**

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołujący się wykonawca - Siemens IT Solutions and Services sp. z o.o. nie legitymuje się interesem w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Tym samym odwołanie podlega oddaleniu bez merytorycznego rozpatrywania zarzutów i żądań podniesionych w tym odwołaniu.

Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w orzecznictwie i doktrynie podstawą skutecznego wniesienia odwołania jest wypełnienie przez wnoszącego odwołanie materialno-prawnej przesłanki, o której stanowi przepis art. 179 ust.1 ustawy Pzp. W myśl tego przepisu legitymację do wniesienia środka ochrony prawnej (w tym wypadku odwołania) ma tylko ten podmiot, który wykaże przede wszystkim interes w uzyskaniu zamówienia, a ponadto możliwość poniesienia szkody. Analogiczne uregulowanie – tak jak w art.179 ust.1 ustawy Pzp - wynika także z art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady 92/13/EWG [zwanej także odwoławczą]. Posiadanie takiej legitymacji czynnej przez wnoszącego odwołanie podlega badaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą z urzędu w celu ustalenia dopuszczalności wniesienia odwołania, bowiem brak takiej legitymacji prowadzi do oddalenia odwołania. Zgodnie ze wskazanym art. 179 ust.1 ustawy Pzp, wnoszący odwołanie wykonawca musi



wykazać, że ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Tym samym wykonawca musi wykazać adekwatny związek pomiędzy zarzucanym naruszeniem prawa, a naruszeniem interesu odwołującego się podmiotu oraz wykazać możliwość poniesienia szkody, będącej skutkiem takiego naruszenia. Nie wykazanie takiego związku przyczynowego skutkuje – jak już wskazywano - oddaleniem odwołania bez merytorycznego rozpoznawania podniesionych w nim zarzutów.

Tak jak podniósł wykonawca – Comarch - przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – wnoszący odwołanie nie zakwestionował oceny wniosków w stosunku do żadnego z wykonawców, którzy po dokonanej ocenie zakwalifikowani zostali do pierwszej piątki, która zostanie zaproszona do złożenia ofert. W tej sytuacji faktycznej, interes Odwołującego w rozumieniu art. 179 ustawy Pzp miałby miejsce tylko i wyłącznie wtedy, gdyby jego wniosek mógł uzyskać więcej punktów niż najniższa z ocen, jaką uzyskali ww. wykonawcy, tj. min. 19 punktów. Izba podzieliła także pogląd, że interes, o którym stanowi przepis art.179 ust.1 ustawy Pzp w przetargu ograniczonym, wyraża się na tym etapie postępowania w możliwości zapewnienia sobie przez wykonawcę - w wyniku uwzględnienia odwołania - udziału w kolejnym etapie postępowania, jako wykonawcy zaproszonego do składania oferty. Powyższej okoliczności Odwołujący nie udowodnił, i co więcej w ogóle nie odniósł się do faktu dokonanej oceny i punktacji wykonawców i tym samym ocena ta w świetle odwołania wykonawcy nie może być wzruszona. Odwołujący nie wykazał także, iż jego wniosek mógłby zostać oceniony wyżej niż wniosek wykonawców uplasowanych na pozycji 3-5 listy rankingowej. Ponadto - w toku rozprawy - Odwołujący potwierdził możliwość uzyskania tylko 17 punktów, a zatem poniżej liczby punktów uzyskanych przez wykonawców zakwalifikowanych do dalszego etapu. Izba zwraca także uwagę, że odwoływanie się do rozstrzygnięcia w przedmiocie odwołania o sygn. akt: KIO 1479/11 jest chybione, albowiem w tym przypadku wykonawca przystępujący Comarch, będący jednocześnie wnoszącym odwołanie wykonawcą w sprawie o sygn. akt: KIO 1479/11 podniósł w przystąpieniu także zarzuty do wniosku Odwołującego, wskazując na podstawy wykluczenia wnoszącego odwołanie.

### **Sygn. akt: KIO 1479/11**

W odwołaniu podniesiono zarzut nieprawidłowego poświadczenia za zgodność z oryginałem dokumentów dotyczących podmiotów trzecich udostępniających wykonawcy zasoby, oraz zarzut dotyczący niezachowania ustawowego wymagania, co do formy pisemnej zobowiązań podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów, a także zarzut zaniechania czynności odtajnienia informacji, zawartych we wnioskach wykonawców.

Rozpoznając zarzut nieprawidłowego poświadczenia za zgodność z oryginałem dokumentów dotyczących podmiotów trzecich udostępniających wykonawcy zasoby, Izba stwierdziła, że Zamawiający w sekcji VI pkt 3 ppkt 2 wymagał, aby tylko wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego został złożony, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej. Z kolei dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału wykonawca mógł złożyć w formie oryginału tj. w formie pisemnej bądź kserokopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. To oznacza, że w tym postępowaniu o zamówienie publiczne każdy z dokumentów dołączonych do wniosku mógł być złożony w formie kserokopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że w postępowaniu wykonawcy są zobowiązani w sytuacjach nieokreślonych przez Zamawiającego stosować się do obowiązujących przepisów prawa zamówień publicznych. Przede wszystkim obowiązkiem Zamawiającego jest zamieszczanie w ogłoszeniu o zamówieniu wszystkich wymaganych przepisami prawa informacji, w tym także określenie wymagań, co do dopuszczalnej formy dokumentów, w jakiej mogą być składane. Powyższe wiąże się bowiem z realizacją zapewnienia pełnej przejrzystości i równego traktowania wykonawców w postępowaniu o zamówienie publiczne, które to zasady wynikają z przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz Traktatu WE.

W ogłoszeniu o zamówieniu – str. 6 w sekcji III pkt 3.2 akapit ostatni pod lit.d) – Zamawiający zamieścił także informację w brzmieniu art. 26 ust.2b ustawy Pzp, nie zastrzegając jednocześnie, że wskazane pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia ma być złożone formie pisemnej pod rygorem nieważności, jak w przypadku wniosku. Zatem także do tego zobowiązania będzie miał wskazany ppkt 2 sekcji VI pkt 3 i tym samym także ten dokument może być przedłożony w formie kserokopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę składającego wniosek o dopuszczenie do udziału w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym podlega także oddaleniu zarzut, dotyczący niezachowania ustawowego wymagania, co do formy pisemnej zobowiązań podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów.

Argumentacja niezgodności wskazanego postanowienia sekcji VI pkt 3 ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu z przepisem art. 26 ust.2b ustawy Pzp oraz § 6 ust.2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane nie podlega rozpatrzeniu przez Izbę z uwagi na upływ terminu określonego art. 180 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało bowiem w Dz. Urz. UE w dniu

19 stycznia 2011 r., zatem termin na kwestionowanie jego postanowień upłynął w dniu 29 stycznia 2011 r.

Na marginesie Izba zauważa, że powoływany przepis § 6 ust.2 rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów (...) dotyczy dokumentów wymienionych w § 1 ust. 2 i 3 tego rozporządzenia. Zgodnie z ust. 2 § 1, jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2, a w myśl ust.3 - jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy, polega na zdolnościach finansowych innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wymaga się przedłożenia informacji, o której mowa w ust. 1 pkt 9, dotyczącej tych podmiotów. Tym samym powoływany § 6 ust.2 nie odnosi się do dokumentu nazywanego w praktyce oświadczeniem lub zobowiązaniem podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji [udostępnienia] niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Izba zwraca także uwagę, że wskazywane w odwołaniu orzeczenia KIO nie dotyczą dokumentu, o którym stanowi art. 26 ust.2b ustawy Pzp. Natomiast orzeczenie – sygn. akt: KIO/104 i 105/11 przywołane przez Zamawiającego i przystępującego – w ocenie Izby – odnosi się po części do podobnego stanu faktycznego. Tak jak wskazano w tym wyroku, (...) treść art. 26 ust. 2b ustawy Pzp otwiera jedynie katalog dowodów za pomocą, których wykonawca może udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia wskazując na pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego. Takim dokumentem może być np. umowa o współpracy pomiędzy wykonawcą składającym ofertę a podmiotem trzecim. Skoro więc bez wątplenia wykonawca załączając do oferty taką umowę byłby uprawniony do złożenia jej w kopii potwierdzonej przez siebie za zgodność z oryginałem to nie sposób przyjąć, iż w takiej samej formie nie mogło być załączone do oferty pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia niezbędnych zasobów.”

Powyższe ustalenia zatem nie potwierdzają wskazywanego w odwołaniu naruszenia art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp i tym samym nie wymaga to zastosowania w stosunku do wykonawców [Sygnity S.A., Konsorcjum Impel IT, B3System SA, Consortia sp. z o. o. i Hewlett-Packard Polska sp. z o. o.] procedury określonej art. 26 ust.3 ustawy Pzp.

Nie podlega także uwzględnieniu zarzut zaniechania czynności odtajnienia informacji,

zawartych we wnioskach wykonawców Sygnity S.A., Konsorcjum Impel IT, B3System SA, Consortia sp. z o. o. i Hewlett-Packard Polska sp. z o. o.] procedury określonej art. 26 ust.3 ustawy Pzp.

W tym przypadku Odwołujący, wskazując na naruszenie przepisu art. 8 ust. 3 i art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, podniósł, że Zamawiający zaniechał odtajnienia zastrzeżonych we wnioskach informacji, które to informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wskazał także, że (...) pomimo istnienia przesłanek do odtajnienia przynajmniej części dokumentów składanych we wnioskach, jako niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający dokonał odtajnienia umów podawanych w ramach wykazania warunku doświadczenia, a realizowanych na rzecz podmiotów z sektora publicznego, wyłącznie w stosunku do wykonawcy Sygnity S.A. Stwierdził także, że nie mając dostępu do wskazywanych dokumentów, jak w przypadku Sygnity – konieczne było podniesienie w odwołaniu także zarzutu naruszenia § 6 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów (...) w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, również wobec wniosków wykonawców Konsorcjum Impel IT, B3System S.A., Consortia sp. z o. o. i Hewlett-Packard Polska sp. z o. o.. Stanowi to - zdaniem wykonawcy - o naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp) poprzez ich odmienne traktowanie. Jego zdaniem Zamawiający zobowiązany był odtajnić przynajmniej dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału, a dotyczące realizowanych usług na rzecz zamawiających z sektora publicznego - w stosunku do wniosków wszystkich wykonawców. W konkluzji wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do odtajnienia przedmiotowych dokumentów złożonych we wnioskach wykonawców: Konsorcjum Impel, HP, Consortia, B3System, Alma i Betacom, a także o zobowiązanie Zamawiającego do zażądania wyjaśnień, co do dokonanego przez wszystkich wykonawców utajnienia dokumentów, dotyczących wdrożeń systemów zrealizowanych także na rzecz podmiotów prywatnych.

Rozpoznając niniejszy zarzut Izba miała na względzie przede wszystkim dyrektywę zawartą w art. 192 ust.2 ustawy Pzp, zgodnie z którą Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ lub może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba miała także na względzie dyrektywę, wynikającą z ust. 7 tego artykułu, w myśl której Izba może orzekać tylko, co do tych zarzutów, które zawarto w odwołaniu.

W niniejszej sprawie fakt utajnienia dokumentów przez wykonawców w całości lub w jakiejś części dokumentów pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, gdyż ich odtajnienie w żądanym zakresie - z uwagi na podnoszone – z ostrożności procesowej -

zarzuty w stosunku do Konsorcjum Impel IT, B3System S.A., Consortia sp. z o. o. i Hewlett-Packard Polska sp. z o.o. – nie zmieniają punktacji tych wniosków. Żądanie bowiem odtajnienia wniosków było oparte na przypuszczeniu, że - podobnie jak wykonawca Sygnity S.A. – wskazani wykonawcy przedstawili zobowiązania podmiotów trzecich w niewłaściwej formie. Tak jak wskazała Izba powyżej zarzut, co do formy dokumentów - jako niezasadny - podlega oddaleniu.

Jednocześnie Izba zwraca uwagę, iż tak jak wynika z ustaleń poczynionych w toku rozprawy, Zamawiający wszczął procedurę wyjaśniającą także w zakresie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez tych wykonawców, których wnioski zostały zakwalifikowane do grupy wykonawców zapraszanych do złożenia oferty, kierując do tych wykonawców wezwania o wyjaśnienia w pismach z dnia 11 marca 2011r. Skutkiem tej procedury wykonawcy - Sygnity i Impel wyrazili zgodę na odtajnienie – w części - zastrzeżonych dokumentów. Z kolei pozostali wykonawcy nie wyrazili takiej zgody wskazując, iż kwestia jawności wynikająca z umów, które zostały zawarte w przedłożonym wykazie zrealizowanych zamówień, regulowana jest postanowieniami art. 139 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, umowy o udzielenie zamówienia publicznego są co prawda jawne, jednakże jawność ta jest realizowana przy zachowaniu specyficznych zasad przewidzianych w przepisach o dostępie do informacji publicznej. Wspomniane przepisy, regulujące kwestie dostępu do informacji publicznej, przewidują zaś po pierwsze określoną procedurę udostępniania tych informacji przez uprawnione do tego organy, a co ważniejsze zawierają też przepisy, określające ograniczenia prawa do informacji publicznej w zakresie I na zasadach określonych w przepisach o ochronie informacji niejawnych oraz o ochronie innych tajemnic ustawowo chronionych. Oznacza to, iż z samego tylko faktu, iż usługa wspomniana w wykazie usług była realizowana w drodze umowy zawartej w ramach zamówienia publicznego, nie można wnioskować, iż informacje jej dotyczące są jawne czy powszechnie dostępne dla każdego potencjalnego odbiorcy, a tym samym, że nie spełniają one kryteriów określonych w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wskazane ustalenia zatem nie potwierdzają zarzutu nie podjęcia w stosunku do każdego z wykonawców, procedury wyjaśniającej, w zakresie zamówień realizowanych na rzecz sektora finansów publicznych. Tym samym zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców nie podlega uwzględnieniu.

Odrębną kwestią pozostaje ocena skuteczności zastrzeżenia informacji jako

tajemnicy przedsiębiorstwa. Oczywiście Zamawiający - w świetle uchwały SN z dnia 21.10.2005 r. w sprawie badania skuteczności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia informacji jak stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa (sygn. akt: II CZP 74/05) jest nie tylko uprawniony, lecz wręcz zobowiązany do przeprowadzenia stosownej weryfikacji, mając na względzie art. 8 ust.1 ustawy Pzp, oraz ust. 3 tego przepisu w związku z art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie ze wskazanym art. 11 ust 4 przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Informacje zastrzeżone przez B3Svstem S.A., Consortia sp. z o. o. i Hewlett-Packard Polska sp. z o.o., odnoszące się do zamówień realizowanych na rzecz Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa można kwalifikować jako informacje handlowe definiowane w orzecznictwie i doktrynie jako całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym, jednakże – co wymaga podkreślenia - dla uznania prawidłowości dokonanego zastrzeżenia niezbędne jest łączne spełnienie przesłanek zawartych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przyczyny wyłączenia jawności muszą mieć też charakter na tyle obiektywny, by możliwa była ich weryfikacja w postępowaniu odwoławczym. W tych przypadkach Zamawiający poprzestał w istocie na braku zgody wykonawcy, co do wyłączenia jawności i tym samym uchybił – zdaniem Izby – obowiązkowi zapewnienia jawności postępowania o zamówienie publiczne. Także w trakcie rozprawy w żaden sposób nie odniósł się, co do trafności uzasadnienia wskazywanego przez wykonawców. W ocenie Izby brak było podstaw do uznania, że zastrzeżone dane mają wartość gospodarczą na **tylę** istotną, że zasadne jest wyłączenia ich spod kontroli wykonawców w tym postępowaniu. Wymaga także podkreślenia, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów potwierdzających wykonanie umów na rzecz podmiotów prywatnych nie może być uznane – tak jak podał Odwołujący - *per se* za tajemnicę przedsiębiorstwa i podlegać tylko z tego tytułu ochronie. Przy ocenie tych umów Zamawiający powinien także kierować się wytycznymi zawartymi w art. 11ust.4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W tym przypadku twierdzenia wykonawcy przystępującego Hewlett-Packard Polska sp. z o.o. o wartości gospodarczej zastrzeganych informacji było pozbawione obiektywnej argumentacji.

Mając powyższe ustalenia na względzie Izba, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, oraz w związku z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w sprawie sygn. akt: KIO 1474/11, a w sprawie o sygn. akt: KIO 1479/11w zw. z art. 192 ust.2 ustawy Pzp - orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie

przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

.....