

WYROK

z dnia 1 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2011 r. przez odwołującego - **ComArch S.A., 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 39a** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Narodowy Fundusz Zdrowia, 02-390 Warszawa, ul. Grójecka 186,**

przy udziale wykonawców:

- A. **KAMSOFT S.A., 40-235 Katowice, ul. 1 Maja 133,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego i sprzeciw od uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania,
- B. **SYGNITY S.A., 02-486 Warszawa, al. Jerozolimskie 180,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego,
- C. **Bull Polska Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Suwak 3,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego i sprzeciw od uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania,,
- D. **NEWIND Grupa Apator Sp. z o.o., 54-413 Wrocław, ul. Klecińska 125,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego i sprzeciw od uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania,.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **KAMSOFT S.A., 40-235 Katowice, ul. 1 Maja 133, Bull Polska Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Suwak 3 i NEWIND Grupa Apator Sp. z o.o., 54-413 Wrocław, ul. Klecińska 125** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ComArch S.A., 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 39a** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od **KAMSOFT S.A., 40-235 Katowice, ul. 1 Maja 133** na rzecz **ComArch S.A., 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 39a** kwotę 6 200 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wniesienia wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa przed KIO,
- 2.3. zasądza od **Bull Polska Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Suwak 3** na rzecz **ComArch S.A., 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 39a** kwotę 6 200 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wniesienia wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa przed KIO;
- 2.4. zasądza od **NEWIND Grupa Apator Sp. z o.o., 54-413 Wrocław, ul. Klecińska 125** kwotę 6 200 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wniesienia wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa przed KIO;
- 2.5. zasądza od **KAMSOFT S.A., 40-235 Katowice, ul. 1 Maja 133** na rzecz **Narodowego Funduszu Zdrowia, 02-390 Warszawa, ul. Grójecka 186** kwotę 1 200 zł 00 gr (słownie: tysiąc dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów zastępstwa przed KIO;
- 2.6. zasądza od **Bull Polska Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Suwak 3** na rzecz **Narodowego Funduszu Zdrowia, 02-390 Warszawa, ul. Grójecka 186** kwotę 1 200 zł 00 gr (słownie: tysiąc dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów zastępstwa przed KIO;
- 2.7. zasądza od **NEWIND Grupa Apator Sp. z o.o., 54-413 Wrocław, ul. Klecińska 125** na rzecz **Narodowego Funduszu Zdrowia Centrala, 02-390 Warszawa, ul. Grójecka 186** kwotę 1 200 zł 00 gr (słownie: tysiąc dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów zastępstwa przed KIO.

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 w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Narodowy Fundusz Zdrowia z siedzibą w Warszawie (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. na „Budowa, wdrożenie oraz konserwacja systemu wspierającego procesy elektronicznej wymiany informacji dotyczących zabezpieczenia społecznego dla sektora ubezpieczeń zdrowotnych w Polsce (EESSI - PL)”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 18 maja 2011 r., poz. 2011/S 95-156255. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 12 sierpnia 2011 r. Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość oceny wniosków złożonych w postępowaniu i zarzuciła Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3) Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców: Asseco Poland S.A., Merido Sp. z o.o., Kamssoft SA, Global Services Sp. z o.o., TANGRAM Sp. z o.o., pomimo iż wykonawcy ci złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wyniki postępowania,
2. naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4) Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców: Asseco Poland SA, Merido Sp. z o.o., Kamssoft SA, Global Services Sp. z o.o., TANGRAM Sp. z o.o., BULL Polska SA, NEWIND Sp. z o.o., Sygnity SA pomimo iż wykonawcy ci nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu,
3. naruszenie przepisu art. 51 ust. 1 - 3 w związku z art. 26 ust 2b Prawa zamówień publicznych poprzez przyznanie wykonawcom Asseco Poland SA, Merido Sp. z o.o., Kamssoft SA, Global Services Sp. z o.o., TANGRAM Sp. z o.o., Sygnity SA, BULL Polska SA, NEWIND Sp. z o.o. zbyt dużej ilości punktów oraz niewłaściwego miejsca w rankingu wykonawców,
4. naruszenie przepisu § 6 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów w zw. z art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez uznanie, iż wykonawcy: Merido Sp. z o.o., Kamssoft SA, Global Services Sp. z o.o., TANGRAM Sp. z o.o., Sygnity SA, BULL Polska SA, NEWIND SP. z o.o. złożyli dokumenty dotyczące podmiotów udostępniających im zasoby i biorące udział w realizacji zamówienia w formie zgodnej z Rozporządzeniem w sprawie

dokumentów, podczas gdy złożone dokumenty nie odpowiadają wymaganiom dotyczącym poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów dotyczących tych podmiotów;

5. naruszenie przepisu art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych poprzez uznanie, iż wykonawcy: Merido Sp. z o.o., Kamsoft SA, Global Services Sp. z o.o., TANGRAM Sp. z o.o., Sygnity SA, BULL Polska SA, NEWIND SP. z o.o. udowodnili Zamawiającemu, iż będą dysponowali zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w sytuacji, gdy wykonawcy ci przedstawili we wniosku jako dowód dokumenty, które nie spełniają ustawowego wymogu pisemności i jednocześnie wobec nieprzedstawienia przez tego wykonawcę żadnych innych dowodów potwierdzających tę okoliczność;

6. z ostrożności procesowej - naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie Zamawiającego wezwania wykonawców: Asseco Poland SA, Merido Sp. z o.o., Kamsoft SA, Global Services Sp. z o.o., TANGRAM Sp. z o.o., Sygnity SA, BULL Polska SA, do uzupełnienia wniosków o dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu,

7. z ostrożności procesowej - naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie Zamawiającego wezwania wykonawców: Merido Sp. z o.o., Kamsoft SA, Global Services Sp. z o.o., TANGRAM Sp. z o.o., Sygnity SA, BULL Polska SA, do uzupełnienia wniosków o dokumenty spełniające wymagania Rozporządzenia w sprawie dokumentów dotyczące poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów dotyczących tych podmiotów;

8. naruszenia przepisu art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wystąpienia do wykonawców o udzielenie wyjaśnień w zakresie podstaw zastrzeżenia części wniosków jako tajemnicy przedsiębiorstwa,

9. naruszenie przepisu art. 8 ust. 3 i art. 96 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, 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;

10. naruszeniu przepisu art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;

2. nakazanie Zamawiającemu wystąpienia do wykonawców o udzielenie wyjaśnień w zakresie podstaw zastrzeżenia części wniosków jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz następnie odtajnienie - poprzez ich udostępnienie - dokumentów niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa, zgodnie z uzasadnieniem odwołania;
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
4. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z postępowania wykonawców: Asseco Poland SA, Merido Sp. z o.o., Kamssoft SA, Global Services Sp. z o.o., TANGRAM Sp. z o.o., Sygnity SA, BULL Polska SA, NEWIND Sp. z o.o.,
5. nakazanie Zamawiającemu ponownego przeliczenia punktów należnych wykonawcom Asseco Poland SA, Merido Sp. z o.o., Kamssoft SA, Global Services Sp. z o.o., TANGRAM Sp. z o.o., Sygnity SA, BULL Polska SA, NEWIND Sp. z o.o. - bez uwzględnienia doświadczenia i wiedzy udostępnionej im przez podmioty trzecie w trybie art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych,
6. z ostrożności procesowej - nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawców: Asseco Poland SA, Merido Sp. z o.o., Kamssoft SA, Global Services Sp. z o.o., TANGRAM Sp. z o.o., Sygnity SA, BULL Polska SA, do uzupełnienia wniosków o dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
7. z ostrożności procesowej - nakazanie Zamawiającemu wezwania Merido Sp. z o.o., Kamssoft SA, Global Services Sp. z o.o., TANGRAM Sp. z o.o., BULL Polska SA, Sygnity SA, którzy przedłożyli we wnioskach dokumenty dotyczące podmiotów trzecich niezgodne z wymaganiami poświadczania ich za zgodność z oryginałem oraz zobowiązania podmiotów trzecich do
8. z ostrożności procesowej - nakazanie Zamawiającemu ponownego przeliczenia punktów należnych wykonawcom Asseco Poland SA, Merido Sp. z o.o., Kamssoft SA, Global Services Sp. z o.o., TANGRAM Sp. z o.o., Sygnity SA, BULL Polska SA, NEWIND SP. z o.o. - bez uwzględnienia doświadczenia i wiedzy udostępnionej im przez podmioty trzecie w trybie art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych, które nastąpiło z naruszeniem zarówno przepisu art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych, jaki i bezwzględnie wymaganej formy prawnej oraz z naruszeniem wymogów przepisu § 6 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów co do poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów dotyczących podmiotów trzecich.

Odwołujący uzasadniał swoje zarzuty następująco:

I. Zaniechanie wykluczenia z postępowania Asseco Poland SA, Merido Sp. z o.o., Kamssoft SA, Global Services Sp. z o.o., TANGRAM Sp. z o.o. pomimo iż wykonawcy ci podali nieprawdziwe informacje.

We wnioskach wszystkich w/w wykonawców, tj. Asseco Poland SA, Merido Sp. z o.o., Kamssoft SA, Global Services Sp. z o.o., TANGRAM Sp. z o.o., znajduje się jednakowy komplet dokumentów - wykaz usług wraz z referencjami. Zdaniem Odwołującego wykonawcy ci podali nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania - tj. mające wpływ na ilość punktów przyznanych im przez Zamawiającego oraz następnie na miejsce w rankingu.

la. Usługa wykonana przez Asseco Poland SA na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych dotycząca budowy i wdrożenia systemu KSI ZUS.

Wykonawcy wskazali, iż usługa świadczona była w okresie od października 1997 roku do października 2010 roku. Wynikałoby z tego, że usługa ta świadczona była na podstawie jednej umowy o wartości ponad 200mln złotych, obejmującej ten okres. Tymczasem już z samej treści referencji wynika całkiem inny stan faktyczny - otóż ZUS oświadczył, że takich umów było 15, z czego 1 umowa (z 1997 roku) dotyczyła zaprojektowania i przekazania do eksploatacji, 7 umów dotyczyło świadczenia usług administrowania i eksploatawania KS1 ZUS, zaś 7 umów było bliżej nieokreślonymi „umowami uzupełniającymi” do umowy z 1997 roku. Tym samym w/w wykonawcy podali we wnioskach nieprawdę w zakresie zarówno okresu obowiązywania umowy, jak i jej wartości.

Co więcej - do wniosku nie został dołączony prawidłowy dokument potwierdzający należyte wykonanie wskazanej usługi. Otóż wskazano, iż usługa była świadczona do października 2010 roku, podczas gdy załączony list referencyjny nr 275 datowany jest na dzień 10 lutego 2010 roku - zatem list ten nie może potwierdzać należytego wykonania usługi, której realizacja została zakończona w październiku 2010 roku.

Co więcej - Odwołujący kwestionuje, iż w okresie 3 lat przed dniem składania wniosków Asseco Poland SA świadczyło na rzecz ZUS usługę budowy i wdrożenia systemu KSI ZUS. Budowa i wdrożenie tego systemu rozpoczęło się w 1997 roku i zakończyło przed 16 czerwca 2008 roku. W okresie ostatnich 3 lat Asseco Poland SA co najwyżej świadczyło usługi rozwojowe i utrzymaniowe, jednakże nie można ich potraktować jako równoważne z usługą budowy i wdrożenia systemu informatycznego.

lb. Usługa wykonana przez Asseco Poland SA na rzecz Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji dotycząca budowy i wdrożenia systemu CEPiK.

Wykonawcy wskazali, iż usługa świadczona była w okresie 2003 - 2010. Wynikałoby z tego, że usługa ta świadczona była na podstawie jednej umowy o wartości ponad 137 mln złotych, obejmującej ten okres. Tymczasem zdaniem Odwołującego usługa polegająca na budowę i wdrożeniu zakończyła się przed 16 czerwca 2008 roku, zaś po tej dacie świadczona była wyłącznie usługa utrzymania i rozwoju systemu.

II. Zaniechanie wykluczenia z postępowania Asseco Poland SA, Merido Sp. z o.o., Kamsoft SA, Global Services Sp. z o.o., TANGRAM Sp. z o.o. pomimo iż wykonawcy ci nie spełniają warunków podmiotowych w zakresie zdolności technicznej.

Jak wykazano w pkt I - wskazane przez w/w wykonawców usługi na potwierdzenie spełniania warunków podmiotowych nie potwierdzają spełniania tych warunków. Tym samym - z części wniosków, które zostały udostępnione Odwoływacemu - nie wynika spełnianie przez tych wykonawców warunków podmiotowych, a zatem wykonawcy ci powinni zostać wykluczeni z postępowania.

Być może objęte tajemnicą przedsiębiorstwa części wniosków potwierdzają spełnianie warunków podmiotowych - ale tego Odwołujący stwierdzić nie może.

III. Przyznanie wykonawcom Asseco Poland SA., Merido Sp. z o.o., Kamsoft SA, Global Services Sp. z o.o., TANGRAM Sp. z o.o., Sygnity SA, Bull Polska SA i NEWIND Sp. z o.o. zbyt dużej ilości punktów - z naruszeniem przepisu art. 26 ust 2b Prawa zamówień publicznych.

Jak już wskazano - wnioski Asseco Poland SA, Merido Sp. z o.o., Kamsoft SA, Global Services Sp. z o.o., TANGRAM Sp. z o.o. są identyczne w zakresie wykazu usług, który nie został objęty tajemnicą przedsiębiorstwa. Z faktu tego Odwołujący wnioskuje, iż także w zakresie wykazu usług i wykazu osób, objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, wnioski te także są identyczne - tj. podmioty te zawarły w nich identyczne usługi (użyczone przez Asseco Poland SA) oraz identyczne wykazy osób (użyczonych przez Asseco Poland SA oraz Kamsoft Sp. z o.o.). Takie zachowanie w/w wykonawców ma cel oczywisty - na tzw. „jednym pakiecie” doświadczenia oraz potencjału osobowego uzyskanie przez powiązane ze sobą i działające w porozumieniu firmy maksymalnej ilości punktów, co ma doprowadzić do zajęcia przez te powiązane ze sobą i działające w porozumieniu firmy pierwszych 5 miejsc i wyeliminowania konkurencji. Podobna sytuacja „pożyczania” referencji i osób ma miejsce w przypadku:

- działających wspólnie i w porozumieniu BULL Polska SA oraz NEWIND Sp. z o.o.,
- Sygnity SA.

Zdaniem Odwołującego zdobyta ilość 87 punktów w przypadku Asseco Poland SA, Merido Sp. z o.o., Kamsoft SA, Global Services Sp. z o.o., TANGRAM Sp. z o.o., Sygnity SA, BULL Polska SA, NEWIND SP. z o.o. została przyznana niezgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych.

W ocenie Odwołującego, korzystanie z możliwości tzw. „pożyczania” doświadczenia, przewidziana w przepisie art. 26 ust. 2 Prawa zamówień publicznych jest możliwe wyłącznie w celu potwierdzania spełniania warunków udziału w postępowaniu - nie jest jednak możliwe korzystanie z tego przepisu w celu innym, np. w celu uzyskania większej ilości punktów. Celem przepisu art. 26 ust, 2b Prawa zamówień publicznych było wdrożenie art. 47 ust. 2

oraz art. 48 ust. 3 Dyrektywy 2004/18/WE oraz zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego - które to przepisy Dyrektywy dopuszczają poleganie wykonawcy przy wykazywaniu spełniania warunków na zdolnościach innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączących ich z nimi stosunków. Pogląd powyższy został wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 sierpnia 2011 roku, sygn. akt KIO/1549/11 i KIO/1569/11. W konsekwencji, zdaniem Odwoływającego, Zamawiający przyznał maksymalną ilość punktów wszystkim wykonawcom, którzy zajęli pierwszą pozycję w rankingu, z naruszeniem Prawa zamówień publicznych - tj. przyznał im punkty za „pożyczone doświadczenie i zasoby ludzkie”. Wobec faktu, że wnioski w tym zakresie są utajnione, Odwoływający nie może wykazać tego wprost, z powołaniem się na odpowiednie strony wniosków. Wiadomo jednak jest, że w zastrzeżonych częściach oferty znajdują się dodatkowe usługi oraz taka ilość osób w wykazie osób - która spowodowała przyznanie przez Zamawiającego maksymalnej ilości punktów.

IV. Nieprawidłowe poświadczanie za zgodność z oryginałem dokumentów dotyczących podmiotów trzecich udostępniających zasoby na rzecz wykonawców: Merido Sp. z o.o., Kamsoft SA, Global Services Sp. z o.o., TANGRAM Sp. z o.o.

Zgodnie z postanowieniami ogłoszenia: Jeżeli Wykonawca wykazując spełnianie warunków polega na zasobach innych podmiotów, a podmioty te brać będą udział w realizacji zamówienia, Zamawiający żąda od tych podmiotów dokumentów wymienionych w punkcie 111.2.1 ogłoszenia za wyjątkiem oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu z art. 22 ust 1 Prawa zamówień publicznych".

W/w dokumenty wymienione w pkt 111.2.1. ogłoszenia są dokumentami, o których mowa w § 1 ust. 2 i 3 oraz § 6 ust 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów - zatem powinny być złożone w formie oryginałów albo kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez podmiot trzeci, na zasobach którego się polega.

Za niedopuszczalne zatem według Odwoływającego uznać należy poświadczanie tego typu dokumentów przez samego wykonawcę, jeżeli nie został on do tego wyraźnie upoważniony. Powyższe potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 czerwca 2010 roku, sygn. akt KIO/1161/10, a także sygn. akt KIO 786/11, KIO 797/11, KIO 735/11, KIO 736/11.

Wykonawcy Merido Sp. z o.o., Global Services Sp. z o.o., TANGRAM Sp. z o.o. przedłożyli w swoich wnioskach zobowiązanie firmy Kamsoft Sp. z o.o. do udostępnienia zdolności finansowej. Tymczasem opinia bankowa została zamieszczona w kopii potwierdzonej za zgodność przez wykonawcę - a nie Merido Sp. z o.o. czy też pełnomocnika tego podmiotu.

Tymczasem - w świetle powyższego uregulowania wykonawcy ci, by móc skutecznie posłużyć się przedmiotowym doświadczeniem, winni byli przedstawić we wnioskach albo oryginały dokumentów, albo odpowiednie pełnomocnictwo podmiotu trzeciego upoważniające wykonawcę do składania w jego imieniu stosownych poświadczeń, z prawem

do dalszego udzielania pełnomocnictwa w tym zakresie. Należy stwierdzić, że we wnioskach Merido Sp. z o.o., Global Services Sp. z o.o., TANGRAM Sp. z o.o. brak odpowiednich pełnomocnictw udzielonych przez Kamssoft Sp. z o.o.

Wobec powyższego stanu faktycznego - powyższe udostępnione w zakresie opinii bankowej nie mogło być brane pod uwagę i nie mogło zostać uwzględnione przez Zamawiającego przy potwierdzaniu spełniania warunków podmiotowych - co stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego § 6 ust. 2 Rozporządzenia w zw. z art. 25 ust 1 Prawa zamówień publicznych. 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.

Wobec powyższego Odwołujący z daleko idącej ostrożności procesowej zarzuca Zamawiającemu, iż ten nie wezwał Merido Sp. z o.o., Global Services Sp. z o.o., TANGRAM Sp. z o.o. do uzupełniania stosownych dokumentów.

V. Nieprawidłowe poświadczanie za zgodność z oryginałem dokumentów dotyczących podmiotów trzecich udostępniających zasoby na rzecz wykonawcy Sygnity S.A.

Wykonawca Sygnity SA utajnił cały wniosek, w niedozwolonym zakresie (co wykazano w dalszej części odwołania) - tym samym Odwołujący nie może wskazać podmiotów, od których Sygnity SA uzyskał użyczone zasoby, jednakże Odwołujący uważa, że także w przypadku wykonawcy Sygnity SA zachodzą nieprawidłowości, które wskazano w pkt IV odwołania - tj. w zakresie poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów podmiotów trzecich. Tym samym Sygnity SA powinno być co najmniej wezwane do uzupełnienia dokumentów - jeśli nie zachodzą przesłanki negatywne określone w art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

VI. Zaniechanie wykluczenia BULL Polska SA i NEWIND Sp. z o.o. wobec niewykazania spełniania warunków podmiotowych w zakresie zdolności technicznej, ewentualnie - zaniechanie wezwania BULL Polska SA do uzupełnienia dokumentów.

BULL Polska SA, jak i NEWIND Sp. z o.o. przedłożyli do wniosku identyczne wykazy usług w części jawnej. Dodatkowo - wykonawcy ci załączyli oświadczenia o udostępnieniu zasobów od takich samych podmiotów: AMG SA i BULL SAS (Francja). Ponadto obaj w/w wykonawcy przedłożyli w wykazie usług referencje wystawione na rzecz Bull Bułgaria i Bull Chorwacja - nie dołączając do wniosku w ogóle żadnych dokumentów od tych podmiotów. Odwołujący uważa, że użyczenie zasobów obejmowało także zasoby ludzkie.

Wskazać należy, że we wnioskach brakuje kompletu dokumentów wymienionych w pkt III.2.1 ogłoszenia dla podmiotów udostępniających zasoby - a mianowicie brak wszystkich formalnych dokumentów dla BULL Bułgaria i BULL Chorwacja, brak aktualnych zaświadczeń z i niezaleganiu z podatkami oraz składkami na ubezpieczenie społeczne dla BULL SAS

Francja, brak oświadczeń o niekaralności dla członków zarządu dla BULL SAS Francja oraz brak oświadczeń o udostępnieniu zasobów wystawionych przez BULL Bułgaria i BULL Chorwacja.

Ponadto NEWIND Sp. z o.o. załączył oświadczenie Apator Rector Sp. z o.o. o zobowiązaniu do oddania zasobów - tj. wiedzy i doświadczenia (strona 91 uzupełnienia). Dokumenty formalne dla tego podmiotu trzeciego zostały przedłożone w kopii, potwierdzonej za zgodność przez członków zarządu NEWIND Sp. z o.o. - jednocześnie też do wniosku nie dołączono żadnego pełnomocnictwa do działania przez te osoby w imieniu Apator Rector Sp. z o.o.

VII. Zaniechanie wykluczenia NEWIND Sp. z o.o. wobec niespełniania warunku podmiotowego zdolność finansowa i ekonomiczna.

Odwołujący powyższy zarzut argumentował następująco:

NEWIND SA przedłożył opinię bankową wystawioną na rzecz Apator Rector Sp. z o.o. oraz oświadczenie Apator Rector Sp. z o.o. o zobowiązaniu do oddania zasobów finansowych (strona 6 uzupełnienia). Opinia bankowa została przedłożona w kopii, potwierdzonej za zgodność przez członków zarządu NEWIND Sp. z o.o., podobnie jak dokumenty formalne dla APATOR RECTOR Sp. z o.o. - jednocześnie też do wniosku nie dołączono żadnego pełnomocnictwa do działania przez te osoby w imieniu Apator Rector Sp. z o.o.

Tym samym - mając na uwadze argumentację przedstawioną w pkt IV odwołania - dokument ten został przedłożony w niewłaściwej formie i nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej. Podkreślamy, iż NEWIND Sp. z o.o. był już wzywany do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie - zatem nie może być wzywany po raz drugi o to samo i powinien zostać wykluczony z postępowania.

VIII. Zaniechanie przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, zaniechanie odtajnienia informacji zawartych we wnioskach wykonawców

W niniejszym postępowaniu wykonawcy Asseco Poland SA, Merido Sp. z o.o., Kamssoft SA, Global Services Sp. z o.o., TANGRAM Sp. z o.o., Sygnity SA, BULL Polska SA, NEWIND Sp. z o.o. zastrzegli tajemnicę przedsiębiorstwa części wykazu usług wraz z referencjami.

Nieprawidłowość takiej praktyki - tj. zastrzegania wykazów usług bez wykazania, iż rzeczywiście zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa - dostrzegano wielokrotnie w wyrokach Krajowa Izba Odwoławcza, jak choć w wyroku o sygnaturze akt: KIO/447/11, KIO/449/11, KIO/452/11. Z powyższego względu weryfikacja przez Odwołującego prawidłowości złożonych wniosków w powyższym zakresie była uniemożliwiona.

Odwołujący zarzuca, że Zamawiający był zobowiązany przeprowadzić w odpowiednie postępowanie wyjaśniające, a następnie odtajnić te części wniosków, w zakresie których wykonawcy ci nie wykazali zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

IX. Prowadzenie postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż pięciu wykonawców: Asseco Poland SA, Merido Sp. z o.o., Kamsoft SA, Global Services Sp. z o.o., TANGRAM Sp. z o.o. składający wnioski w tym postępowaniu, działają niewątpliwie w porozumieniu.

Wnioski Asseco Poland SA, Merido Sp. z o.o., Kamsoft SA, Global Services Sp. z o.o., TANGRAM Sp. z o.o. są identyczne w zakresie wykazu usług, który nie został objęty tajemnicą przedsiębiorstwa. Z faktu tego Odwołujący wnioskuję, iż także w zakresie wykazu usług i wykazu osób, objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, wnioski te także są identyczne - tj. podmioty te zawarły w nich identyczne wykazy usług (użyczonych przez Asseco Poland SA) oraz identyczne wykazy osób (użyczonych przez Asseco Poland SA oraz Kamsoft Sp. z o.o.). Takie zachowanie w/w wykonawców ma cel oczywisty - na tzw. „jednym pakiecie” doświadczenia oraz potencjału osobowego uzyskanie przez powiązane ze sobą i działające w porozumieniu firmy maksymalnej ilości punktów, co ma doprowadzić do zajęcia przez te powiązane ze sobą i działające w porozumieniu firmy pierwszych 5 miejsc i wyeliminowania konkurencji.

Podobna sytuacja „pożyczania” referencji i osób ma miejsce w przypadku działających wspólnie i w porozumieniu BULL Polska SA oraz NEWIND Sp. z o.o.

Zdaniem Odwołującego takie zachowanie wykonawców - mające na celu wyłącznie pozyskanie wszystkich miejsc premiowanych zaproszeniem do składania ofert jest działaniem w celu ograniczenia konkurencji, zaś Zamawiający nie wyciągający żadnych ujemnych konsekwencji wobec takich wykonawców działających w porozumieniu - narusza art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający uwzględnił zarzuty podniesione w odwołaniu w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy: KAMSOFIT S.A. z siedzibą w Katowicach, SYGNITY S.A. z siedzibą w Warszawie, Bull Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, NEWIND Grupa Apator Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena wniosków, Odwołujący miałby szansę, po zmianie punktacji przyznanej innym wykonawcom, zostać zakwalifikowany do kręgu podmiotów, którzy zostaną zaproszeni do składania oferty.

Spośród zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego wykonawców: KAMSOFT S.A. z siedzibą w Katowicach, SYGNITY S.A. z siedzibą w Warszawie, Bull Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, NEWIND Grupa Apator Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie Izba uznała, że skutecznie do postępowania odwoławczego przystąpiło czterech z nich: KAMSOFT S.A., SYGNITY S.A., Bull Polska Sp. z o.o. oraz NEWIND Grupa Apator Sp. z o.o.

Izba uznała, że Asseco Poland S.A. nie przystąpiła skutecznie do postępowania odwoławczego, ponieważ nie przekazała zgodnie z art. 185 ust. 2 zd. drugie Prawa zamówień publicznych kopii przystąpienia Odwołującemu.

Trzech przystępujących, zgodnie z art. 185 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, zgłosiło sprzeciw od uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości: KAMSOFT S.A., Bull Polska Sp. z o.o. oraz NEWIND Grupa Apator Sp. z o.o.

W związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości, Izba rozpatrywała tylko te zarzuty, odnośnie uwzględnienia których wniesiono sprzeciw (tj. w zakresie odnoszącym się do sprzeciwiających się wykonawców).

W zakresie zarzutów odwołania (rzymska numeracja w nawiasach odpowiada numeracji zarzutów w uzasadnieniu odwołania), Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zaniechanie wykluczenia z postępowania Kamssoft S.A. pomimo iż w jego wniosku podano nieprawdziwe informacje, dotyczące systemu KSI ZUS i CEPIK (I).

(zarzut dotyczył również czterech innych wykonawców, lecz bądź w ogóle nie przystąpili do postępowania odwoławczego bądź nie wnieśli oni sprzeciwu).

Odwołujący podnosząc powyższy zarzut zauważył, że z wykazu wykonanych usług załączonego m.in. do wniosku Kamssoft, wynikało, iż usługa wykonania systemu KSI ZUS świadczona była do października 2010 roku, tymczasem referencje wystawione były przed tą

datą. Z kolei usługa wykonania systemu CEPIK – budowa i wdrożenie tego systemu - rozpoczęło się w 1997 roku i zakończyło przed 16 czerwca 2008 roku. W okresie ostatnich 3 lat Asseco Poland SA świadczyło jedynie usługi rozwojowe i utrzymaniowe,

Na podstawie dokumentów złożonych przez Przystępującego Kamssoft na rozprawie (aneks nr 15 z dnia 20 lipca 2006 r., podpisany przez ZUS i Prokom Software S.A. i oraz aneks nr 16 z dnia 30 września 2010 r. podpisany przez MSWiA i Asseco Poland S.A.) można wnioskować, że umowa na budowę systemu KSI ZUS zakończyła się 10 października 2010 r, natomiast referencje załączone do wniosku Kamssoft wystawione są z datą 10 lutego 2010 r., podobnie system CEPIK: budowa zakończona 31 listopada 2010 r., referencje wystawione 9 czerwca 2010 r.

(Kamssoft wnosił o utajnienie dokumentów, które składał na rozprawie, jednak Izba nie przychyliła się do tego wniosku i kopie tychże dokumentów przekazano stronom; nie ma powodów, aby zastrzegać klauzulę tajności na dokumentach bądź powszechnie znanych, bądź do których dostęp można uzyskać w trybie dostępu do informacji publicznej).

Na podstawie powyższego, Izba stwierdziła, że wątpliwości co do dokumentów dotyczących KSI ZUS i CEPIK zgłoszone przez Odwołującego w odwołaniu były w części uprawnione, a dokumenty złożone przez Kamssoft na rozprawie wątpliwości tych nie rozwiąły – przeciwnie, potwierdzają, że należy w odniesieniu do systemu KSI ZUS i CEPIK przeprowadzić postępowanie wyjaśniające w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych.

Z referencji wystawionej przez ZUS (list referencyjny nr 275, strona 31 wniosku Kamssoft) wynika, że wystawca referencji oświadczył, że umów było 15, z czego 1 umowa (z 1997 roku) dotyczyła zaprojektowania i przekazania do eksploatacji, 7 umów dotyczyło świadczenia usług administrowania i eksploataowania KSI ZUS, zaś 7 umów – jak zauważył Odwołujący - było „umowami uzupełniającymi” do umowy z 1997 roku.

Odwołujący wskazywał również, iż w okresie 3 lat przed dniem składania wniosków Asseco Poland SA świadczyło na rzecz ZUS usługę budowy i wdrożenia systemu KSI ZUS. Budowa i wdrożenie tego systemu rozpoczęło się w 1997 roku i zakończyło przed 16 czerwca 2008 roku. W okresie ostatnich 3 lat Asseco Poland SA co najwyżej świadczyło usługi rozwojowe i utrzymaniowe, jednakże nie można ich potraktować zdaniem Odwołującego - jako równoważne z usługą budowy i wdrożenia systemu informatycznego.

Fakt, że Asseco Poland S.A. (podmiot trzeci, na doświadczenie którego Kamssoft się powołuje), a wcześniej Prokom Software S.A., wykonywała system KSI ZUS i CEPIK jest faktem powszechnie znanym. Jednak nie powoduje to, że Zamawiający oceniając dokumenty złożone w postępowaniu, nie powinien wyjaśniać wątpliwości wynikających ze złożonych dokumentów. Jeżeli umowa na wykonanie sytemu była wielokrotnie aneksowana

(nie ma znaczenia, jak nazwany jest dokument – czy jest to „aneks”, czy „umowa uzupełniająca”; ważna jest jego treść), Zamawiający powinien ustalić, co było przedmiotem tychże aneksów – niewykluczone, że system zrealizowano, przykładowo, w ciągu roku, a następnie go jedynie rozbudowano. Dlatego sama data zakończenia umowy nie musi oznaczać, że w tej dacie zakończyła się budowa systemu – budowa mogła być zrealizowana wcześniej, a następnie dokonywano jedynie „rozwoju „systemu”. Podkreślić trzeba, że Zamawiający postawił dwa – niejako rozłączne – warunki: jeden, polegający na budowie systemu, i drugi, polegający na „rozwoju systemu”. Dlatego system, zrealizowany wcześniej, niż 3 lata przed wszczęciem postępowania, a następnie tylko rozbudowywany, nie spełni pierwszego z warunków udziału w postępowaniu.

Po pierwsze, rzeczywiście w referencji nr 275 mowa jest o kolejnych umowach, a nie aneksach do umowy. Być może jest to niezręczność w użyciu danego pojęcia, jednak Zamawiający powinien ponad wszelką wątpliwość ustalić, że wykonawca legitymuje się wykonaniem jednego systemu, którego budowa zakończyła się w czasie uprawniającym do legitymowania się wykonaniem danego systemu jako potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Po drugie – jeżeli jest tak, jak twierdzi Przystępujący, że umowy na KSI ZUS i CEPIK zakończyły się w datach wynikających z dokumentów złożonych na rozprawie, to referencje potwierdzające budowy systemów nie powinny być wystawione przed tymi datami. Budowa systemu, nawet jeżeli była realizowana etapami, po których były wystawiane referencje, jest wykonaniem kompletnego zamówienia – i jeżeli wykonawca powołuje się na konkretne daty zakończenia budowy systemów, to referencje powinny być wystawione po tych datach, a nie przed.

Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający powinien przeprowadzić postępowanie wyjaśniające dotyczące systemów KSI ZUS i CEPIK (kiedy zostały zakończone „budowy” systemów, a referencje dotyczące „budowy i wdrożenia systemu” powinny być wystawione po jej zakończeniu).

Jednak mimo uwzględnienia zarzutu w powyższym zakresie, Izba nie uznała za zasadny zarzutu podania nieprawdziwych informacji – informacje podane we wniosku są prawdziwe, ale nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wydaje się bowiem, że uprawnione jest przyjęcie, że prace były wykonywane etapami, stąd wystawienie referencji po jednym z etapów było możliwe. Jeżeli jednak w wykonawca powołuje się na wykonanie gotowego systemu, i datę jego zakończenia (data ta jest istotna z punktu widzenia oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu), to powinien się legitymować dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usługi, wystawionymi po dacie zakończenia realizacji umowy, a nie po zakończeniu jednego z etapów.

Zaniechanie wykluczenia z postępowania Kamssoft S.A. pomimo iż nie spełnia on warunków podmiotowych w zakresie zdolności technicznej (II).

Zaniechanie przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, zaniechanie odtajnienia informacji zawartych we wnioskach wykonawców (VIII).

Rzeczywiście, Kamssoft utajnił strony 69-124 wniosku, zawierające m. in na stronach 69-89 wykaz wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.

Izba ustaliła, że w wykazie tym ujęto usługi wraz z referencjami wykonane dla następujących podmiotów:

- PKO BP S.A. przez Assecco Poland w konsorcjum,
- Vseobecna Zdravotna poistovna a.s przez Asseco Central Europe a.s – dwie usługi,
- Słowacka Kasa Oszczędności przez Asseco Central Europe a.s –dwie usługi,
- Telekomunikacja Polska S.A. przez Asseco Poland – dwie usługi.

W ocenie Izby powyższe dokumenty nie zasługują na zachowanie klauzuli tajności. Kamssoft nie wykazał, że podjął jakiegokolwiek kroki (bądź że działania takie podjął podmiot udostępniający usługi), aby informacje zawarte w wykazie utajnić. Nie można zastrzegać we wnioskach jako tajemnicy informacji powszechnie znanych, o których podmioty je wykonujące informują na swoich stronach internetowych, wykonanych dla podmiotów publicznych (finansowanych ze środków publicznych). Izba oceniła, że informacje techniczne zawarte w referencjach nie są na tyle szczegółowe, aby ujawniały dane, do których osoby postronne nie powinny mieć dostępu. W tym, kontekście samo oświadczenie Kamssoft, że dokumenty te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, Izba uznała za niewystarczające.

Zatem Zamawiający powinien odtajnić powyższe dokumenty (wykaz usług wraz z referencjami).

Zgodnie z protokołem z dnia 26 lipca 2011 r., Zamawiający za punktowane uznał wszystkie wymienione usługi, a jako utajnione, nie mogły zostać zakwestionowane przez konkurencję, a więc ich odtajnienie może mieć wpływ na wynik postępowania.

Co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa we wnioskach BULL Polska Sp. z o.o. i NEWIND Sp. z o.o. Izba ustaliła, co następuje:

Wykonawcy ci załączyli w części utajnionej wniosków (zgodnie z numeracją u dołu kopii wniosków w aktach sprawy: BULL Polska Sp. z o.o. - strony 85-104 i NEWIND Sp. z o.o. – strony 104 –128) wykazy usług wraz z referencjami, wykonanych dla następujących podmiotów:

- krajowa agencja informatyki finansowej (zgodnie z pisownią tłumaczenia na język polski) we Francji przez BULL SAS,
- Cisco Systems INC przez AMG.net,
- PTK Centertel Sp. z o.o przez AMG.net S.A.,
- Telekomunikacja Polska S.A. przez AMG.net,
- instytucja związana z obronnością państwa obcego,
- On air przez AMG.net,
- GTS Central Europe przez AMG.net SA,
- GG Network SA przez AMG.net S.A.

Izba oceniając zasadność zastrzeżenia klauzuli tajności na powyższych dokumentach (wykazie oraz referencjach) stwierdziła, że zastrzeżenie to jest uzasadnione wyłącznie dla dokumentu - referencji ze strony 96 (s. 100 u dołu kopii wniosku w aktach sprawy) wniosku Bull i strony 117 wniosku Newind (s. 131 u dołu kopii wniosku w aktach sprawy). Jest to jedyny dokument, który jego wystawca, instytucja związana z obronnością państwa obcego, opatrzył klauzulą poufności – wprost zastrzeżono poufność treści referencji. Co prawda może budzić wątpliwości, czy posługujący się tym dokumentem podmiot tego zastrzeżenia dochował – ponieważ dokument, jak wynika wyraźnie z jego treści, został wystawiony w celu posłużenia się nim w postępowaniu zorganizowanym przez „polskie Ministerstwo Finansów”. Jednak ostatecznie Izba stwierdziła, że nie jest mimo to uprawniona uznać za jawne treści tego dokumentu, a to z powodu wyraźnego zastrzeżenia poufności dokumentu i charakteru instytucji go wystawiającej.

Natomiast Izba nie znalazła powodów, aby objąć tajemnicą wykaz dotyczący powyższej usługi (ze strony 89 wniosku Bull i strony 129 wniosku Newind, numeracja u dołu strony kopii wniosku w aktach sprawy). We wniosku są bardzo ogólne informacje na temat przedmiotu wykonanej usługi (dotyczy systemu zarządzanie zasobami ludzkimi), a bardziej szczegółowa charakterystyka zrealizowanej dostawy stanowi w istocie przeniesienie treści opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Trudno uznać, że sam podmiot, dla którego wykonywano usługi, nie może zostać ujawniony, ale jeżeli Zamawiający tak stwierdzi, przeprowadzając ze składającymi wnioski stosowne postępowanie wyjaśniające, to może odtajnić część tabeli zawierającej opis wykonanej usługi (bez nazwy inwestora).

Analogicznie, jak w stosunku do wniosku Kamssoft, Izba zobowiązuje Zamawiającego do odtajnienia dokumentów we wnioskach BULL i Newind – wykazów usług wraz z referencjami, poza referencjami wystawionymi przez podmiot, który zastrzegł poufność dokumentu.

W zakresie wykazu usług dotyczącego tejeż usługi, Zamawiający powinien przeprowadzić postępowanie wyjaśniające, czy może odtajnić całość wykazu, czy tylko część (tj. bez

ujawnienia nazwy instytucji związanej z obronnością państwa obcego, na rzecz której usługa była wykonana).

Przyznanie wykonawcy Kamssoft S.A. (mającemu analogiczny wykaz wykonanych usług jak Asseco Poland SA., Merido Sp. z o.o., Global Services Sp. z o.o., TANGRAM Sp. z o.o.), oraz Bull Polska SA i NEWIND Sp. z o.o. (również wykaz takich samych usług) zbyt dużej ilości punktów - z naruszeniem przepisu art. 26 ust 2b Prawa zamówień publicznych (III). Prowadzenie postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców (IX).

Nie było sporne, że wymienieni wyżej wykonawcy załączyli do wniosków taki sam wykaz usług, obejmujący zamówienia wykonane przez podmioty trzecie. Odwołujący wskazywał, że przyznanie punktów za doświadczenie podmiotu trzeciego jest naruszeniem art. 26 ust. 2b i art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych – jego zdaniem, nie można do doświadczenia punktowanego w postępowaniu ograniczonym, zaliczać doświadczenia zrealizowane przez podmioty trzecie.

W podobnym stanie faktycznym – we wnioskach o dopuszczenie udziału w postępowaniu w przetargu ograniczonym wykonawcy wykazali te same usługi – Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok, w uzasadnieniu którego nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 26 ust. 2b i art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych (sygn. akt KIO/UZP 2307/10). W związku z rozpatrywaniem skargi na przywołane orzeczenie, Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny-Odwoławczy podzielił w całości pogląd wyrażony przez Izbę w uzasadnieniu, i wyrokiem z dnia 7 lutego 2011 r., sygn. akt V Ca 3036/10 skargę oddalił. Sąd nie znalazł podstaw, aby stwierdzić, mimo takich samych usług wskazanych w więcej niż jednym wniosku, naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Wobec powyższego, Izba pogląd wyrażony w orzeczeniu sądu wyższej instancji przyjęła za własny, i zarzut odwołania w tym zakresie uznała za nieuzasadniony.

Ustawodawca wprowadzając w art. 26 ust. 2b Pzp możliwość korzystania z zasobów podmiotu trzeciego przy wykazywaniu się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu, nie wyłączył stosowania tego przepisu w przetargu ograniczonym, bowiem nie rozgraniczył w ustawie warunków potwierdzających spełnienie warunków w postępowaniu na poziomie minimalnym od warunków punktowanych. Skoro brak takiego rozróżnienia w art. 51 ust. 1-4 Prawa zamówień publicznych, nie można wyłączyć możliwości posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego do podwyższenia oceny doświadczenia. Brak również w ustawie zakazu posługiwania się tym samym podmiotem przez więcej niż jednego wykonawcę składającego wniosek. Brak również możliwości zastosowania do wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu analogicznie podstawy do odrzucenia oferty związanej z czynem nieuczciwej konkurencji (tj. art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych).

Nieprawidłowe poświadczanie za zgodność z oryginałem dokumentów dotyczących podmiotów trzecich udostępniających zasoby na rzecz wykonawców: Kamssoft S.A., Merido Sp. zo.o., Global Services Sp z o.o. i Tangram Sp. z o.o. (IV).

Na rozprawie Odwołujący sprostował, iż w tytule zarzutu IV nieprawidłowo podano Kamssoft S.A., wskazując, że ma on prawidłowe pełnomocnictwo do poświadczania za zgodność z oryginałem, a wykonawca w tym miejscu wskazany omyłkowo, i zarzut go nie dotyczy. Powyższe oświadczenie Izba uznała za równoznaczne z wycofaniem zarzutu dotyczącego Kamssoft, w pozostałym zakresie zarzutu IV nie zgłoszono sprzeciwu od uznania przez Zamawiającego zarzutu, zatem Izba odstąpiła od jego rozpatrywania.

Nieprawidłowe poświadczanie za zgodność z oryginałem dokumentów dotyczących podmiotów trzecich udostępniających zasoby na rzecz wykonawcy Sygnity S.A. (V)

W zakresie zarzutu V nie zgłoszono sprzeciwu od uznania przez Zamawiającego zarzutu, zatem Izba odstąpiła od jego rozpatrywania.

Zaniechanie wykluczenia BULL Polska SA i NEWIND Sp. z o.o. wobec niewykazania spełnienia warunków podmiotowych w zakresie zdolności technicznej, ewentualnie - zaniechanie wezwania BULL Polska SA do uzupełnienia dokumentów (VI).

Zaniechanie wykluczenia NEWIND Sp. z o.o. wobec niespełnienia warunku podmiotowego zdolność finansowa i ekonomiczna (VII).

Odwołujący na rozprawie wycofał zarzut w zakresie zarzutu dotyczącego wniosku BULL w zakresie dokumentów BULL Bułgaria i BULL Chorwacja, zatem Izba odstąpiła od jego rozpatrywania.

Ponadto Odwołujący podnosił, iż we wnioskach BULL i NEWIND brak aktualnych zaświadczeń z i niezaleganiu z podatkami oraz składkami na ubezpieczenie społeczne dla BULL SAS Francja, brak oświadczeń o niekaralności dla członków zarządu dla BULL SAS Francja, a NEWIND Sp. z o.o. załączył oświadczenie Apator Rector Sp. z o.o. o zobowiązaniu do oddania zasobów - tj. wiedzy i doświadczenia (strona 91 uzupełnienia). Dokumenty formalnego dla tego podmiotu trzeciego zostały przedłożone w kopii, potwierdzonej za zgodność przez członków zarządu NEWIND Sp. z o.o. - jednocześnie też do wniosku nie dołączono żadnego pełnomocnictwa do działania przez te osoby w imieniu Apator Rector Sp. z o.o.

Izba nie uwzględniła zarzutu w powyższym zakresie. Co do zaświadczenia o niezaleganiu z podatkami i składkami na ubezpieczenie społeczne, wykonawcy załączyli to wniosków zaświadczenie francuskie i oświadczenie, że we Francji takie zaświadczenie

„wydawane jest jedynie w pierwszym kwartale roku i zachowuje ważność przez okres roku, w którym zostało wydane” (strona 40 wniosku Bull i 42 wniosku Newind zgodnie z numeracją u dołu strony kopii wniosku w aktach sprawy). Odwołujący nie przedstawił dowodu przeciwnego, a Izba stwierdziła, że jeżeli zaświadczenie jest aktualne według prawa obcego, to nie można takiego zaświadczenia zdyskwalifikować, oceniając warunki udziału w postępowaniu.

Odnosnie zarzutu oświadczeń o niekaralności dla członków zarządu dla BULL SAS Francja, Przystępujący Bull i Newind podnosili na rozprawie, że jedynym urzędującym członkiem organu zarządzającego BULL SAS Francja jest John S. (oświadczenie w tym zakresie oraz dokumenty potwierdzające powyższe załączono również do wniosków); Odwołujący nie przedstawił dowodu przeciwnego. Zaświadczenie co do niekaralności wskazanej wyżej osoby załączono do wniosków, zatem Izba nie uwzględniła zarzutu w tym zakresie.

Rozpatrując zarzut dotyczący braku upoważnienia przez Apator Rector Sp z o.o. do potwierdzania za zgodność z oryginałem dokumentów pochodzących od tego podmiotu, Izba uznała zarzut za nieuzasadniony. Odwołujący wskazywał, iż opinia bankowa została przedłożona w kopii, potwierdzonej za zgodność przez członków zarządu NEWIND Sp. z o.o., podobnie jak dokumenty formalne dla APATPR RECTOR Sp. z o.o. - jednocześnie też do wniosku nie dołączono żadnego pełnomocnictwa do działania przez te osoby w imieniu Apator Rector Sp. z o.o.

NEWIND Sp. z o.o. załączył oświadczenie Apator Rector Sp. z o.o. z dnia 13 czerwca 2011 r. o zobowiązaniu do oddania zasobów - tj. wiedzy i doświadczenia (strona 91 wniosku, strona 106 u dołu strony kopii wniosku w aktach sprawy). W tymże oświadczeniu wystawca dokumentu upoważnił wykonawcę do „poświadczenia za zgodność z oryginałem kopii dokumentów Apator Rector Sp. z o.o.”. W ocenie Izby takie oświadczenie, niezależnie od rozstrzygnięcia sporu co do interpretacji prawa (czy wykonawca może poświadczać za zgodność z oryginałem dokumenty podmiotu trzeciego, czy może to uczynić wyłącznie sam podmiot trzeci) jest wystarczającym upoważnieniem do działania w imieniu Amator Rector Sp. z o.o. w zakresie poświadczenia dokumentów za zgodność z oryginałem (sama możliwość udzielenie upoważnienia w tym zakresie nie była przez Odwołującego kwestionowana).

Odwołujący rozumie pojęcie „kopie dokumentów Amator Rector Sp. z o.o.” wąsko, twierdząc, że mogą być to wyłącznie dokumenty wystawione przez Apator Rector. Tymczasem niewątpliwie w ocenie składu orzekającego intencją wystawcy upoważnienia było umocowanie do potwierdzania za zgodność z oryginałem kopii wszelkich dokumentów, udostępnionych przez Amator Rector w związku z zobowiązaniem do oddania niezbędnych

zasobów. Upoważnienie podlega wykładni, jak każde oświadczenie, i Izba nie znalazła powodów, aby w związku z treścią upoważnienia z dnia 13 czerwca 2011 r. uznać pogląd Odwołującego za prawidłowy. W związku z powyższym Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu w tym zakresie.

Reasumując, Izba stwierdziła, że doszło do naruszeń Prawa zamówień publicznych (art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych odnośnie systemów KSI ZUS I CEPIK oraz art. 8 ust. 3 i art. 96 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w związku z nieujawnieniem jawnych informacji) przy ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Ponieważ powyższe może mieć wpływ na wynik postępowania (możliwe jest, że Kamssoft S.A. nie uzupełni dokumentów bądź nie złoży wyjaśnień, a ujawnione elementy wykazów i referencje mogą być przedmiotem nowego odwołania), orzeczono jak w sentencji.

W związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości, Izba, jak zastrzeżono na wstępie niniejszego uzasadnienia, rozpatrywała tylko te zarzuty, odnośnie uwzględnienia których wniesiono sprzeciw (tj. w zakresie odnoszącym się do sprzeciwiających się wykonawców), jednak Zamawiający winien powtórzyć ocenę wniosków z poszanowaniem zasady równego traktowania wykonawców, wynikającej z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Zarówno Odwołujący, jak i Zamawiający złożyli wnioski o zasądzenie kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

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 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:

.....