

**Sygn. akt: KIO 331/12**

**Sygn. akt: KIO 333/12**

**WYROK**  
**z dnia 5 marca 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**  
**Agnieszka Bartczak-Żuraw**  
**Barbara Bettman**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lutego 2012 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 16 lutego 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Exatel S. A. oraz 2) NextiraOne Polska Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa**
- B. w dniu 16 lutego 2012 r. przez **wykonawcę Comarch S. A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków**

w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Rozwoju Zasobów Ludzkich, Ul. Tamka 3, 00-349 Warszawa**

przy udziale:

- **wykonawcy Comp S. A., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 331/12 oraz KIO 333/12 po stronie Zamawiającego,
- **wykonawcy Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 331/12 po stronie Zamawiającego,

- **wykonawcy ATM Systemy Informatyczne S. A., ul. Grochowska 21a, 04-186 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 331/12 oraz KIO 333/12 po stronie Zamawiającego,
- **wykonawcy IBM Polska Sp. z o.o., ul. 1-go sierpnia 8, 02-134 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 333/12 po stronie Zamawiającego,
- **wykonawcy Sygnity S. A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 331/12 oraz KIO 333/12 po stronie Zamawiającego,
- **wykonawcy Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 331/12 oraz KIO 333/12 po stronie Zamawiającego,
- **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Exatel S. A. oraz 2) NextiraOne Polska Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 333/12 po stronie Odwołującego,

**orzeka:**

1. uwzględnia oba odwołania i nakazuje unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i dokonanie powtórnej czynności badania i oceny wniosków oraz odtajnienie części informacji dotyczących wniosków następujących wykonawców: ATM Systemy Informatyczne S. A., Sygnity S. A., Max Elektronik S. A., Comp S. A., IBM Polska Sp. z o.o., Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., HP Polska Sp. z o.o., Beatcom S. A., BI Koncept Sp. z o.o., wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Telekomunikacja Polska S. A., Polska Telefonía Komórkowa Centertel Sp. z o.o. oraz Integrated Solutions Sp. z o.o., Asseco Poland S. A. , Sputnik Software Sp. z o.o., Technitel Polska Sp. J. w zakresie wskazanym w uzasadnieniu wyroku.

2. kosztami postępowania obciąża **Centrum Rozwoju Zasobów Ludzkich, Ul. Tamka 3, 00-349 Warszawa** i:

- A. 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Exatel S. A. oraz 2)**

**NextiraOne Polska Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa i Comarch S. A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **Centrum Rozwoju Zasobów Ludzkich, Ul. Tamka 3, 00-349 Warszawa** kwotę **37 200 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dwieście złotych, zero groszy) w tym:

A. kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Exatel S. A. oraz 2) NextiraOne Polska Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa** wykonawców stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

B. kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) na rzecz **Comarch S. A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....

.....

.....

**Sygn. akt: KIO 331/12**

**Sygn. akt: KIO 333/12**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający Centrum Rozwoju Zasobów Ludzkich, ul. Kopernika 36/40, 00 - 924 Warszawa prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na *„Wdrożenie scentralizowanej infrastruktury publicznych służb zatrudnienia na zasadzie usługi i wdrożenie narzędzi nowoczesnej komunikacji o charakterze infrastrukturalnym oraz dostawa infrastruktury teleinformatycznej”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 28 września 2011 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 października 2011 r. pod numerem 2011/S 189-308742.

Pismem z dnia 6 lutego 2012r. wykonawcy zostali powiadomieni przez Zamawiającego o wynikach oceny złożonych wniosków, w tym poinformowani o przyznanej poszczególnym wykonawcom ocenie punktowej.

### **Odwołanie o sygn. akt KIO 331/12**

Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Exatel SA, oraz NextiraOne Polska Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa (zwani dalej: „Odwołującym Exatel”) w dniu 16 lutego 2012 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołanie m. in. na czynność oceny wniosków i przyznanie punktacji poszczególnym wykonawcom jak również zaniechanie ujawnienia przez Zamawiającego części wniosków złożonych m. in. przez następujących wykonawców: ATM Systemy Informatyczne S.A., Sygnity S.A., Max Elektronik S.A., Comp S.A., IBM Polska Sp. z o.o., Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., University Business Center II, Betacom S.A., Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe Koncept Sp. z o.o., Integrated Solutions Sp. z o.o., Telekomunikacja Polska S.A., Polska Telefonia Komórkowa Centertel Sp. z o.o., Asseco Poland S.A., Technitel Polska Sp. z o.o., Comarch Systemy Informatyczne S.A.

Odwołujący Exatel zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 8 ust. 3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu Exatel dokumentów zawartych w złożonych przez wykonawców wnioskach, które nie zawierają informacji o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 2) art. 51 ust. 2 w związku z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez dokonanie wadliwej oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, w wyniku przyznania wykonawcom dodatkowych punktów za wykazanie się wykonaniem dostaw i usług podmiotów udostępniających zasoby.

W związku z powyższym, Odwołujący Exatel wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) udostępnienia dokumentów załączonych do wniosków wykonawców, zgodnie z treścią uzasadnienia odwołania w pkt. 1;
- 2) unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i dokonania ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, bez uwzględniania przy przyznawaniu punktów w celu dokonania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, usług i dostaw wykonanych przez podmioty udostępniające wykonawcom zasoby na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Odwołujący Exatel uzasadniając swoje stanowisko, wskazał m. in. na następujące okoliczności:

Odwołujący Exatel wskazał, iż w dniu 13 lutego 2012 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu wnioski złożone przez poszczególnych wykonawców, przy czym odmówił udostępnienia znacznej części dokumentów załączonych do wniosków. W ocenie Odwołującego Exatel odmowa udostępnienia części wniosków jest czynnością podjętą z naruszeniem przepisów art. 8 ust. 3 i art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ:

- a) w odniesieniu do wniosku ATM Systemy Informatyczne S.A. – zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczy wyłącznie str. 32 wniosku. Odwołującemu Exatel zostały udostępnione strony od 1 do 31, przy czym strony te nie zawierają kluczowych dokumentów, to jest wykazu usług i dostaw, dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie i wykazu osób, ewentualne zobowiązania do udostępnienia zasobów, ewentualne dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia z postępowania podmiotów udostępniających zasoby. Biorąc pod uwagę fakt, iż wykonawca został zakwalifikowany do dalszego etapu postępowania, dokumenty te musiały być załączone do wniosku, a jako nieobjęte tajemnicą przedsiębiorstwa - powinny być udostępnione Odwołującemu Exatel;
- b) w odniesieniu do wniosku Sygnity S.A., Max Elektronik S.A., Comp S.A., IBM Polska

Sp. z o.o., Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., University Business Center II, Betacom S.A., Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe Koncept Sp. z o.o., Integrated Solutions Sp. z o.o., Telekomunikacja Polska S.A., Polska Telefonia Komórkowa Centertel Sp. z o.o., Asseco Poland S.A., Technitel Polska Sp. z o.o., Comarch Systemy Informatyczne S.A., - Odwołującemu Exatel nie zostały udostępnione następujące dokumenty: wykaz usług i dostaw, dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie i wykaz osób, ewentualne zobowiązania do udostępnienia zasobów, ewentualne dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia z postępowania podmiotów udostępniających zasoby. Biorąc pod uwagę fakt, iż wykonawca został zakwalifikowany do dalszego etapu postępowania, dokumenty te musiały być załączone do wniosku, a jako niestanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa - powinny być udostępnione Odwołującemu.

Odwołujący Exatel dodał również że w niniejszym postępowaniu za spełniających warunki udziału w postępowaniu Zamawiający uznał 16 wykonawców. W takiej sytuacji o zakwalifikowaniu do dalszego etapu postępowania decydowały zasady określone przez Zamawiającego w sekcji IV.1.2) ogłoszenia o zamówieniu (wartość wykazanych przez wykonawców projektów). Z informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wynikało, że o wyborze wykonawców, którzy będą zaproszeni do składania ofert, zadecydowała wartość projektu wykazanego przez wykonawców dla wymagania 3.5.

Zdaniem Odwołującego Exatel z informacji tych wynikało również, że wykonawcy: Sygnity S.A., Max Elektronik S.A., Comp S.A., IBM Polska Sp. z o.o. oraz Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., zostali zakwalifikowani do dalszego etapu postępowania w wyniku przyznania punktów za usługę o wartości 2 331 225 000,00 zł. Nie jest, w ocenie Odwołującego Exatel możliwe, aby pięć podmiotów wykonało usługę o zbliżonym przedmiocie, w okresie ostatnich trzech lat przed terminem składania wniosków, o dokładnie tej samej wartości. Odwołującemu Exatel nie zostały udostępnione wykazy usług i dostaw wskazanych wykonawców, jednak praktycznie nie można mieć wątpliwości, że co najmniej 4 spośród wskazanych 5 wykonawców musiało powołać się na usługę wykonaną przez inny podmiot. Możliwe jest również, że wszystkich 5 wykonawców powołało się na usługę wykonaną przez podmiot udostępniający zasoby. Tę samą wartość projektu decydującego o kwalifikacji do dalszego etapu postępowania wykazały również: Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. University Business Center II, Betacom S.A. oraz Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe Koncept Sp. z o.o. (wartość projektu 1 363 446 000,00 zł.). Analogicznie - co najmniej dwóch ze wskazanych 3 wykonawców musiało powołać się na usługę wykonaną przez podmiot udostępniający zasoby, a możliwe jest, jak twierdził Odwołujący Exatel, że wszystkich 3 wykonawców powołało się na usługę wykonaną przez podmiot udostępniający zasoby. Tę

samą wartość projektu wykazały także: Asseco Poland S.A., Technitel Polska Sp. j. oraz Sputnik Software Sp. z o.o. (wartość projektu 265 276 800,00 zł.). Również w tym przypadku co najmniej dwóch ze wskazanych 3 wykonawców musiało powołać się na usługę wykonaną przez podmiot udostępniający zasoby, a możliwe jest, jak twierdził Odwołujący Exatel, że wszystkich 3 wykonawców powołało się na usługę wykonaną przez podmiot udostępniający zasoby. Zdaniem Odwołującego Exatel powołanie się na zasoby innego podmiotu w celu zakwalifikowania się do dalszego etapu postępowania jest w świetle doktryny i orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wyłączone. Nie może służyć podwyższeniu punktacji celem uzyskania wyższej pozycji w liście rankingowej wykonawców, którzy mają następnie zostać zaproszeni do składania ofert na podstawie art. 51 ust. 2 ustawy Pzp.

Ponadto Odwołujący Exatel zauważył również, że na problem stosowania art. 26 ust. 2b Pzp w przetargu ograniczonym zwracano uwagę wielokrotnie, przy czym stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych wyrażone zostało w listopadzie ub.r., zgodnie z którym: *„W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego minimalny poziom zasobów wskazanych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp określa Zamawiający zamieszczając w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Opis ten, rozumiany jako konkretyzacja warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje zasoby, jakie w ocenie zamawiającego są niezbędne do realizacji zamówienia i którymi musi dysponować wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia. Nieco inaczej kwestia ta wygląda w przypadku postępowań prowadzonych w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem oraz dialogu konkurencyjnego. Stosownie bowiem do przepisów art. 51 ust. 2, 57 ust. 3 oraz 60 d ust. 3 ustawy Pzp w przypadku, gdy liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający zaprasza odpowiednio do składania ofert, składania ofert wstępnych lub do dialogu konkurencyjnego tylko tych wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków. Zatem w postępowaniach prowadzonych w ww. trybach dysponowanie niezbędnym potencjałem nie gwarantuje zaproszenia do składania ofert w sytuacji, gdy wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zgłosiła większa liczba wykonawców. W takim bowiem przypadku zaproszenie do składania ofert, ofert wstępnych lub do dialogu konkurencyjnego otrzymują ci wykonawcy, którzy dysponują potencjałem większym niż ten, który został przez Zamawiającego uznany za niezbędny. Zarówno na gruncie wykładni literalnej, jak też celowościowej powoływanie się przez wykonawcę na potencjał podmiotu trzeciego jedynie w celu zwiększenia swoich szans na zakwalifikowanie się do kolejnego etapu w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie mieści się w dyspozycji przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Innymi słowy, zamawiający - w przypadku, gdy*



*wykonawca w postępowaniu prowadzonym np. w trybie przetargu ograniczonego, powołuje się na potencjał (np. doświadczenie) wielu podmiotów, wykazując w ten sposób spełnianie warunków udziału w postępowaniu w stopniu wyższym, niż wynika to z minimalnych wymogów określonych w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu - nie powinien uwzględniać takiego potencjału w punktacji przyznanej w ramach ocen spełniania warunków udziału w postępowaniu (nie powinien przyznawać dodatkowych punktów). Nie ma bowiem podstaw do premiowania takich wykonawców, którzy są w stanie nawiązać współpracę ze znaczną liczbą podmiotów posiadających określone zasoby (uzyskać od nich zobowiązanie do udostępnienia potencjału) kosztem innych, którzy samodzielnie dysponują stosunkowo szerokimi zasobami." (Informator Urzędu Zamówień Publicznych, 11/2011, str. 20-23, <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/7D:1629>).*

Zatem, według Odwołującego Exatel Zamawiający nie powinien kwalifikować wykonawców do dalszego etapu postępowania na podstawie projektów wykonanych przez podmiot udostępniający zasoby. Biorąc pod uwagę wartości projektów, co najmniej 4 (a być może 5) wykonawców z grona 6 wykonawców zakwalifikowanych do dalszego etapu postępowania powinno być zaklasyfikowanych na podstawie innej wartości projektu (wykonanego samodzielnie), co najprawdopodobniej zmieni ich pozycję w rankingu wniosków. Podobnie wykonawcy niezakwalifikowani do dalszego etapu postępowania, ale sklasyfikowani na wyższej od Odwołującego Exatel pozycji – co najmniej 4, a być może 6 wykonawców powinno być klasyfikowanych na podstawie innej wartości projektu. Usługi wykonane przez podmiot udostępniający zasoby mogły być bowiem wykazane tylko w celu potwierdzenia spełniania warunku obligatoryjnego, dopuszczającego do ubiegania się o zamówienie. W celu uzyskania dodatkowych punktów konieczne jest jednak wykazanie się usługą wykonaną samodzielnie przez wykonawcę.

Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie następujący wykonawcy: Comp S. A., Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Telekomunikacja Polska S. A., Polska Telefonia Komórkowa Centertel Sp. z o.o., Integrated Solutions Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa, ATM Systemy Informatyczne S. A., ul. Grochowska 21a, 04-186 Warszawa, Sygnity, Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa, Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa.

## **Odwołanie o sygn. akt KIO 333/12**

Wykonawca Comarch SA., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków (zwany dalej: „Odwołującym Comarch”) w dniu 16 lutego 2012 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie m. in. na czynność oceny wniosków i przyznania przez Zamawiającego punktacji.

Odwołujący Comarch zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie:

1. art. 51 ust. 1 - 3 w związku z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez uwzględnienie przy ustalaniu rankingu wykonawców doświadczenia podmiotów trzecich udostępnionego wykonawcom: Sygnity SA. MaxElektronik SA. Comp SA. IBM Polska sp. z o. o. oraz Enigma SOI sp. z o. o.: HP Polska sp. z o. o.. Betacom SA. BI Koncept sp. z o. o.: Asseco Poland SA. Technitel Polska sp.j. oraz Sputnik Software sp. z o. o. a także ATM Systemy Informatyczne SA. Intertrading Systems Technology sp. z o. o. oraz Konsorcjum: TP SA. Integrated Solutions sp. z o. o. i PTK Centertel sp. z o. o. i przyznania przez Zamawiającego tym wykonawcom zbyt dużej ilości punktów, a w konsekwencji niewłaściwego miejsca w tym rankingu;
2. art. 51 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaproszenie do składania ofert wykonawców w liczbie większej niż określona w ogłoszeniu;
3. 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 Comarch wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z zaproszeniem do złożenia ofert;
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny wniosków złożonych w postępowaniu przez wykonawców wskazanych w uzasadnieniu i ponownego przeliczenia przyznanych im punktów w ten sposób, by:
  - a) doświadczenie udostępnione wykonawcom przez podmioty trzecie na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp nie było brane pod uwagę przy ustalaniu punktacji na potrzeby listy rankingowej wykonawców, a jedynie dla oceny spełniania minimalnych warunków udziału w postępowaniu;
  - b) na potrzeby zaproszenia wykonawców do złożenia ofert w oparciu o ustalone w ogłoszeniu kryteria, w sytuacji gdy więcej niż dwóch wykonawców otrzyma najwyższą i taką samą liczbę punktów - Zamawiający brał pod uwagę wyłącznie własne doświadczenie danego wykonawcy (tj. wartość projektu zrealizowanego przez samego wykonawcę), a nie

brał pod uwagę doświadczenia udostępnionego przez podmioty trzecie.

Odwołujący Comarch uzasadniając swoje stanowisko, wskazał m. in. na następujące okoliczności:

Odwołujący Comarch złożył w przedmiotowym postępowaniu wniosek o dopuszczenie go do udziału w postępowaniu. Pismem z dnia 6 lutego 2012r. Odwołujący Comarch został powiadomiony przez Zamawiającego o wynikach oceny złożonych wniosków, w tym poinformował o przyznanej poszczególnym wykonawcom ocenie punktowej. Po zapoznaniu się z powyższym pismem oraz udostępnionymi przez Zamawiającego fragmentami wniosków Odwołujący Comarch stwierdził, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp. Przyznanie wykonawcom wskazanym w uzasadnieniu liczby zbyt dużej ilości punktów – z naruszeniem art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zgodnie z ogłoszeniem (pkt. IV.1.2) Zamawiający określił reguły przyznawania punktacji wnioskowi złożonym w postępowaniu, wskazując w szczególności w ppkt. 6 zasadę, jaką będzie się kierował w sytuacji, gdy taka sama liczba wykonawców otrzyma taką samą łączną ocenę punktową: „1. W celu dokonania wyboru 5 wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, Zamawiający będzie przyznawał punkty w sposób określony poniżej. 2. Wniosek każdego z wykonawców, który potwierdzi spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 111.2.1) - 111.2.3) ogłoszenia, zostanie poddany ocenie punktowej. Przedmiotem punktowej oceny wniosków będzie ocena spełniania warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia wykonawców. (...) 4. Łączna ocena punktowa wniosku będzie sumą punktów zdobytych w ramach kryteriów 3.1 do 3.8. Maksymalna łączna ocena punktowa wniosku Wykonawcy wynosi 37 punktów dodatkowych. 5. Do składania ofert, Zamawiający zaprosi pięciu Wykonawców, których wnioski otrzymają najwyższą łączną ocenę punktową. 6. Jeżeli dwóch lub większa liczba wniosków otrzyma taką samą łączną ocenę punktową, o kolejności wniosków (Wykonawców) decyduje wyższa wartość projektu, jaka zostanie wykazana przez wykonawcę dla wymagania 3.5. Jeżeli żaden z Wykonawców, których wnioski zdobyły taką samą łączną ocenę punktową, nie zdobędzie punktów w ramach kryterium opisanego w pkt 3.5, do oceny brana jest wartość projektu w ramach kryteriów opisanych w pkt 3.4, następnie 3.3, następnie 3.2, następnie 3.1, następnie 3.8, następnie 3.7 i 3.6". Przekazana przez Zamawiającego informacja o ocenie wniosków przedstawia się w następujący sposób: 16 z 19 wykonawców (czyli wszyscy poza 3 wykluczonymi) uzyskali maksymalną liczbę punktów, tj. 37. Odwołujący Comarch zauważył, że w niniejszym postępowaniu wartość niektórych projektów jest identyczna dla kilku wykonawców. W pierwszym przypadku wartość decydującego projektu w kwocie 2 331 225 000,00 zł jest identyczna dla Wykonawców: Sygnity SA, MaxElektronik SA, Comp SA, IBM Polska sp. z o. o. oraz Enigma SOI sp. z o. o.

Ponadto identyczną wartość decydującego projektu w kwocie 1 363 446 000,00 zł wykazali wykonawcy: HP Polska sp. z o. o., Betacom SA, BI Koncept sp. z o. o. Wreszcie projekt o identycznej wartości w wysokości 265 276 800,00 wykazali wykonawcy: Asseco Poland S.A., Technitel Polska sp.j. oraz Sputnik Software sp. z o. o. Zdaniem Odwołującego Comarch - pomimo utajnienia wykazów, dokumentów referencyjnych oraz dokumentów potwierdzających udostępnienie zasobów - owa identyczna wartość projektów dowodzi, iż w przypadku ww. wykonawców miało miejsce posłużenie się doświadczeniem i wiedzą podmiotu trzeciego, który udostępnił swe zasoby na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. W opinii Odwołującego Comarch mało prawdopodobne, by tylu wykonawców dysponowało własnym doświadczeniem o identycznych wartościach. W zakresie niektórych wniosków ww. wykonawców posłużenie się na potrzeby rankingu obcym doświadczeniem wynika wprost z treści dokumentów złożonych we wnioskach. Wynika to, według Odwołującego Comarch wprost z jawnej części wniosków wykonawców Technitel Polska sp.j. oraz Sputnik Software sp. z o. o., w treści których występuje zobowiązanie do udostępnienia zasobów udzielone przez Asseco Poland S.A. - stąd wszystkie trzy firmy wykazały taką samą wartość projektu i zajęły 3 kolejne miejsca w rankingu. Jednocześnie Odwołujący Comarch podniósł, iż nastąpiło uwzględnienie przez Zamawiającego obcych zasobów na potrzeby punktacji i ustalenia rankingu wykonawców. Ponadto w oparciu o udostępnione fragmenty jawnych części wniosków Odwołujący Comarch stwierdził, iż w przypadku Wykonawcy Intertrading Systems Technology sp. z o. o. miało szerokie zastosowanie korzystanie z zasobów podmiotów trzecich w trybie art. 26 ust. 2 b ustawy. W ocenie Odwołującego Comarch wykonawca ten wykazał się zasobami udostępnionymi przez co najmniej przez firmy: HP, Betacom, Fujitsu, Siemens, Huawei oraz ATM (strony 35-36, 50, 57, 67, 76-78, 85-86 wniosku). To samo dotyczy Wykonawcy Konsorcjum: TP SA, Integrated Solutions sp. z o. o. i PTK Centertel sp. z o. o. Z jawnej części wniosku tego wykonawcy wynika, iż posłużył się on co najmniej zasobami udostępnionymi przez firmy Siemens, CassidianFinlandOy, Orange Customer Service Sp. z o.o. oraz Sygnity (strony 95, 101, 128, 130-133 wniosku), przy czym - podobnie jak wyżej - nie jest jawne, czy kluczowy projekt decydujący o pozycji w rankingu jest projektem udostępnionym przez podmioty trzecie, czy własnym doświadczeniem tego wykonawcy. Co do wykonawcy z poz. 1 rankingu. ATM Systemy Informatyczne SA, który wykazał się projektem o gigantycznej wartości 12 000 000 000 zł. - z uwagi na objęcie niemal całego wniosku tajemnicą przedsiębiorcy Odwołujący Comarch nie jest w stanie stwierdzić, czy przedmiotowy projekt który przesądził o pierwszym miejscu jest doświadczeniem własnym spółki ATM, czy również, jak w pozostałych przypadkach, doświadczeniem obcym, udostępnionym na zasadach art. 26 ust. 2 b) ustawy Pzp. W tym stanie faktycznym Odwołujący Comarch zarzuca Zamawiającemu, iż dokonał oceny wniosków z naruszeniem przepisu art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, albowiem wbrew

wykładni literalnej tego przepisu oraz wbrew wykładni celowościowej - uwzględnił on doświadczenie i wiedzę podmiotów trzecich na potrzeby punktacji i ustalenia kolejności w rankingu wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu. Tymczasem cel jak i brzmienie tego przepisu przesądza, zdaniem Odwołującego Comarch o uprawnieniu posługiwania się przez Wykonawców zasobami obcymi wyłączenie w celu spełnienia warunków minimalnych udziału w postępowaniu. Nawet jeżeli wykonawcy postąpią inaczej i posłużą się takim doświadczeniem w innym celu, tak jak w niniejszym, dwuetapowym postępowaniu, tj. w celu uzyskania jak największej ilości punktów - obowiązkiem Zamawiającego jest kierowanie się przepisem ustawy, co implikuje konieczność pominięcia przy ustalaniu punktacji owych udostępnionych przez podmioty trzecie zasobów i uwzględnianie na ten cel wyłącznie własnego doświadczenia i wiedzy wykonawcy - czego Zamawiający nie uczynił.

Powyższe, według Odwołującego Comarch prowadzi do wniosku, że zarówno na gruncie wykładni literalnej, jak też celowościowej powoływanie się przez wykonawcę na potencjał podmiotu trzeciego jedynie w celu zwiększenia swoich szans na zakwalifikowanie się do kolejnego etapu w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie mieści się w dyspozycji przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Innymi słowy, zamawiający - w przypadku, gdy wykonawca w postępowaniu prowadzonym np. w trybie przetargu ograniczonego, powołuje się na potencjał (np. doświadczenie) wielu podmiotów wykazując w ten sposób spełnianie warunków udziału w postępowaniu w stopniu wyższym, niż wynika to z minimalnych wymogów określonych w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu - nie powinien uwzględniać takiego potencjału w punktacji przyznanej w ramach ocen spełniania warunków udziału w postępowaniu (nie powinien przyznawać dodatkowych punktów). Zdaniem Odwołującego Comarch nie ma bowiem podstaw do premiowania takich wykonawców, którzy są w stanie nawiązać współpracę ze znaczną liczbą podmiotów posiadających określone zasoby (uzyskać od nich zobowiązanie do udostępnienia potencjału) kosztem innych, którzy samodzielnie dysponują stosunkowo szerokimi zasobami. W związku z powyższym stanem faktycznym w ocenie Odwołującego Comarch ustalona liczba 37 punktów dla wykonawców: Sygnity SA, MaxElektronik SA, Comp SA, IBM Polska sp. z o. o. oraz Enigma SOI sp. z o. o.; HP Polska sp. z o. o., Betacom SA, BI Koncept sp. z o. o.; Asseco Poland S.A., Technitel\_Polska sp.j. oraz Sputnik Software sp. z o. o. a także ATM Systemy Informatyczne S.A., Intertrading Systems Technology sp. z o. o. oraz Konsorcjum: TP SA, Integrated Solutions sp. z o. o. i PTK Centertel sp. z o. o. – została, w ocenie Odwołującego Comarch przyznana przez Zamawiającego niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, tj. Zamawiający przyznał im punkty za „pożyczony doświadczenie”, udostępnione w trybie art. 26 ust. 2 b ustawy. Oprócz sytuacji

związanej z wnioskami firm Technitel Polska sp.j. oraz Sputnik Software sp. z o. o., gdzie jako jawne występują dokumenty potwierdzające posłużenie się przez tych wykonawców zasobami udostępnionymi przez Assceco Poland SA - pozostałe informacje, wobec faktu utajnienia reszty wniosków w tym zakresie, są niejawnie dla Odwołującego Comarch. Wobec faktu, iż dokumenty zawarte we wnioskach nie są tajne wobec Izby - wystarczy jednak sprawdzenie: czy w zakresie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa wniosków wykonawców Sygnity SA, MaxElektronik SA, Comp SA, IBM Polska sp. z o. o., Enigma SOI sp. z o. o.; HP Polska sp. z o. o., Betacom SA, BI Koncept sp. z o. o.; Asseco Poland SA., Technitel Polska sp.j. oraz Sputnik Software sp. z o. o. a także ATM Systemy Informatyczne S.A., Intertrading Systems Technology sp. z o. o. oraz Konsorcjum: TP SA, Integrated Solutions sp. z o. o. i PTK Centertel sp. z o. o. wykonawcy przedłożyli jako najwyżej punktowane zasoby udostępnione przez podmiot trzeci i czy te udostępnione zasoby były uwzględnione przez Zamawiającego przy punktacji. Zdaniem Odwołującego Comarch przyznawanie przez Zamawiającego punktów w oparciu o zasoby „pożyczone” narusza art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż utrudniać może dostęp do dalszego etapu postępowania wykonawcom, którzy nie korzystają z zasobów obcych. O wyniku postępowania przesądzać zatem może doświadczenie podmiotów trzecich, a nie własne (cenne dla Zamawiającego) doświadczenie samego wykonawcy.

Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie następujący wykonawcy: Comp S. A., wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Telekomunikacja Polska S. A., Polska Telefonía Komórkowa Centertel Sp. z o.o., Integrated Solutions Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa, ATM Systemy Informatyczne S. A., ul. Grochowska 21a, 04-186 Warszawa, IBM Polska Sp. z o.o., ul. 1-go sierpnia 8, 02-134 Warszawa, Sygnity, Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa, Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa.

Ponadto Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Odwołującego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Exatel S. A. oraz 2) NextiraOne Polska Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołania, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez obu Odwołujących wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że obaj Odwołujący przekazali Zamawiającemu kopie odwołania.

Izba stwierdziła, że obaj Odwołujący (Odwołujący Exatel oraz Odwołujący Comarch) legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym przekazując jednocześnie kopię odwołania w dniu 17 lutego 2012 r.

Na podstawie art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, iż przystąpienia wykonawców: Comp S. A., Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa, ATM Systemy Informatyczne S. A., ul. Grochowska 21a, 04-186 Warszawa, Sygnity, Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa, Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa, wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Exatel S. A. oraz 2) NextiraOne Polska Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 331/12 i 333/12 - są skuteczne, gdyż wykonawcy zgłosili przystąpienia w dniu 20 lutego 2012 r. (data wpływu pism do Prezesa Izby), tj. w 3- dniu od daty otrzymania od Zamawiającego kopii odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do postępowania, co miało miejsce w dniu 17 lutego 2012 r.

Ponadto na podstawie art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, iż przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Telekomunikacja Polska S. A., Polska Telefonia Komórkowa Centertel Sp. z o.o., Integrated Solutions Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa, nie są skuteczne, gdyż wykonawcy zgłosili przystąpienia w dniu 20 lutego 2012 r. (data wpływu pism do Prezesa Izby), tj. w 5- dniu od daty otrzymania od Zamawiającego kopii odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do postępowania, co miało miejsce w dniu 17 lutego 2012 r.

Biorąc pod uwagę, okoliczność, iż oba odwołania obejmują swym zakresem problematykę przyznawania dodatkowej punktacji za doświadczenie podmiotów trzecich w ramach tworzonej w przetargu ograniczonym listy rankingowej, Izba w pierwszej kolejności rozpoznała zarzut naruszenia art. 51 ust. 1 - 3 w związku z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp t.j. zarzut uwzględnienia przy ustalaniu rankingu wykonawców doświadczenia podmiotów trzecich udostępnionego poszczególnym wykonawcom.

Oba odwołania w powyższym zakresie zasługują na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że zgodnie z ogłoszeniem (pkt. IV.1.2) Zamawiający określił reguły przyznawania punktacji wnioskowi złożonym w postępowaniu, wskazując w szczególności w ppkt. 6 zasadę, jaką będzie się kierował w sytuacji, gdy taka sama liczba wykonawców uzyska taką samą łączną ocenę punktową: 1. W celu dokonania wyboru 5 wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, Zamawiający będzie przyznawał punkty w sposób określony poniżej. 2. Wniosek każdego z wykonawców, który potwierdzi spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt III.2.1) - III.2.3) ogłoszenia, zostanie poddany ocenie punktowej. Przedmiotem punktowej oceny wniosków będzie ocena spełniania warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia wykonawców. (...) 4. Łączna ocena punktowa wniosku będzie sumą punktów zdobytych w ramach kryteriów 3.1 do 3.8. Maksymalna łączna ocena punktowa wniosku Wykonawcy wynosi 37 punktów dodatkowych. 5. Do składania ofert, Zamawiający zaprosi pięciu Wykonawców, których wnioski otrzymają najwyższą łączną ocenę punktową. 6. Jeżeli dwa lub większa liczba wniosków otrzyma taką samą łączną ocenę punktową, o kolejności wniosków (Wykonawców) decyduje wyższa wartość projektu, jaka zostanie wykazana przez wykonawcę dla wymagania 3.5. Jeżeli żaden z Wykonawców, których wnioski zdobyły taką samą łączną ocenę punktową, nie zdobędzie punktów w ramach kryterium opisanego w pkt 3.5, do oceny brana jest wartość projektu w ramach kryteriów opisanych w pkt 3.4, następnie 3.3, następnie 3.2, następnie 3.1, następnie 3.8, następnie 3.7 i 3.6.

Lista rankingowa, zaakceptowana przez Zamawiającego, przedstawiała się w następujący sposób:

	Wykonawca	Wartość projektu dla wymagania pkt IV.3.5.	Liczba punktów	Zakwalifikowani do złożenia ofert
1	ATM Systemy Informatyczne SA	12 000 000 000,00	37	TAK
2	Sygnity SA	2 331 225 000,00	37	TAK



3	MaxElektronik SA	2 331 225 000,00	37	TAK
4	Comp SA	2 331 225 000,00	37	TAK
5	IBM Polska sp. z o. o.	2 331 225 000,00	37	TAK
6	Enigma SOI sp. z o. o.	2 331 225 000,00	37	TAK
7	HP Polska sp. z o. o.	1 363 446 000,00	37	-
8	Betacom SA	1 363 446 000,00	37	-
9	BI Koncept sp. z o. o.	1 363 446 000,00	37	-
10	Intertrading Systems Technology sp. z o. o.	1 305 486 000,00	37	-
11	Konsorcjum: TP SA, Integrated Solutions sp. z o. o. i PTK Centertel sp. z o. o.	926 352 000,00	37	-
12	Asseco Poland S.A.	265 276 800,00	37	-
13	TechnitelPolska sp.j.	265 276 800,00	37	-
14	Sputnik Software sp. z o. o.	265 276 800,00	37	-
15	Comarch S.A.	166 953 854,00	37	-
16	Konsorcjum Exatel SA i NextiraOne Polska sp. z o. o.	101 853 113,41	37	-

Spór wniesiony niniejszymi odwołaniami sprowadza się do pytania, czy na gruncie obowiązujących przepisów dopuszczalnym jest powoływanie się przez wykonawcę na potencjał podmiotu trzeciego jedynie w celu zwiększenia swoich szans na zakwalifikowanie się do kolejnego etapu w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Aby rozstrzygnąć niniejszy spór koniecznym jest przywołanie treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Izba przyjęła argumentację Odwołujących, że powyższy przepis, pozwalający wykonawcy na powoływanie się na zasoby podmiotu trzeciego jest wyjątkiem od zasad ustalonych w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Pzp, z którego wynika, że „o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki...” a więc samodzielnie nabyli wiedzę i doświadczenie, dysponują potencjałem technicznym, osobami

zdolnymi do wykonania zamówienia lub posiadają zdolności finansowe. Zatem w ww. przepisie art. 22 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Pzp mowa jest o zasobach które dany wykonawca nabył w trakcie bezpośredniego wykonywania danego przedmiotu zamówienia, czyli dysponuje nimi samodzielnie. Jednak, jak wynika to z ustawy Pzp, t.j. z art. 26 ust.2b ustawy Pzp, istnieje możliwość powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego, czyli możliwość uzyskania od tego podmiotu realnego wsparcia dla wykonawcy danego zamówienia w zakresie w nim wskazanym.

W niniejszym stanie faktycznym Izba przychyliła się do stanowisk Odwołujących, że przepis art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp pozwala na skorzystanie z zasobów podmiotów trzecich *tylko w celu wykazania spełniania minimalnych warunków udziału w postępowaniu*, natomiast nie jest dopuszczalne powołanie się na doświadczenie innego podmiotu, jeżeli to miałoby służyć wyłącznie otrzymaniu przez danego wykonawcę większej liczby punktów, a w konsekwencji wyższej pozycji w rankingu wykonawców.

Izba wzięła pod uwagę argumentację, że wykładnia przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie pozwala Zamawiającemu uwzględnić doświadczenie i wiedzę podmiotów trzecich na potrzeby punktacji i ustalenia kolejności w rankingu wykonawców. Cel jak i brzmienie tego przepisu przesądzają o uprawnieniu posługiwania się przez wykonawców zasobami obcymi wyłącznie w celu spełnienia warunków minimalnych udziału w postępowaniu. Nie ulega wątpliwości, na co również zwrócili uwagę Odwołujący, iż praktyka polegająca na uwzględnianiu przez Zamawiających wiedzy i doświadczenia (a także innych zasobów) udostępnionych przez podmioty trzecie na potrzeby przyznawania punktów w ramach preeliminacji wykonawców w postępowaniach dwuetapowych może skutkować swoistą patologią, polegającą na tym, że niektórzy wykonawcy, którzy nigdy nie uczestniczyli w dużych projektach i nie mają w ich realizacji żadnego doświadczenia zostają zaproszeni do złożenia oferty, gdyż uzyskują niejako na cudzym doświadczeniu punktację lepszą od wykonawców posługujących się, na potrzeby punktacji, wyłącznie własnym doświadczeniem. W efekcie prowadzić to może do sytuacji skrajnych, i skutkować tym, że zaproszenie do złożenia ofert może uzyskać wykonawca który nie ma żadnego własnego doświadczenia, i pod znakiem zapytania stawać będą jego umiejętności co do rzetelnego zrealizowania zamówienia.

Izba wzięła również pod rozwagę argumenty, że nie bez znaczenia pozostaje również umiejscowienie powyższego przepisu w ustawie Prawo zamówień publicznych. Cytowany przepis umieszczony został w Rozdziale I „Zamawiający i wykonawcy”, Działu II „Postępowanie o udzielenie zamówienia, t.j. w tym samym rozdziale, w którym zamieszczone

są przepisy dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Dodatkowa argumentacja przywołana przez Odwołującego Comarch również zasługuje na uwzględnienie. Zdaniem Odwołującego, fakt iż przepis dyrektywy, który podlegał implementacji (art. 47 i 48 dyrektywy 2004/18/WE) znajduje się w Sekcji 2, „Kryteria kwalifikacji podmiotowej”, co oznacza że powyższe przepisy odnoszą się wyłącznie do kryteriów podmiotowych.

W tym miejscu warto również przywołać orzeczenie ETS w sprawie C – 176/98 z dnia 2 grudnia 1999 r., z którego wynika, że „Usługodawca, który nie spełnia sam minimalnych warunków stawianych uczestnikom postępowania o zamówienie publiczne na usługi może więc się opierać, w stosunkach z podmiotem zamawiającym, na stanie (kondycji) podmiotów trzecich, z których zasobów proponuje korzystać w razie udzielenia mu zamówienia”.

Dodatkowo, jeszcze raz należy podkreślić, że korzystanie z możliwości tzw. „pożyczania” doświadczenia, przewidziane w przepisie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp jest możliwe 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. Jak słusznie podkreślano, celem przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp 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.

Powyższe stanowisko znalazło swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie KIO (wyrok KIO z dnia 3 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1549/11, KIO 1569/11, wyrok KIO z dnia 5 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2287/10, 2307/10, wyrok KIO z dnia 7 listopada 2011, sygn. akt KIO 2255/11, KIO 2260/11, KIO 2283/11, wyrok KIO 9 listopada 2010 r., KIO 2359/10.

Pogląd powyższy został wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 sierpnia 2011 roku, sygnatura akt KIO/1549/11 i KIO/1569/11: *„Przepis ten bowiem wprowadzono jako szczególną regulację umożliwiającą wykonawcy, który samodzielnie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu - i z tą sytuacją samodzielnego niespełniania warunku powiązaną (...). Skorzystanie z potencjału podmiotów trzecich jest więc możliwe wyłącznie w ściśle określonym celu, w mianowicie dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. (...) Dla celów ustalenia kręgu wykonawców, których Zamawiający zaprosi w przetargu ograniczonym do złożenia oferty, a więc dla większego czy też lepszego*

*spełnienia, nie znajduje więc uzasadnienia samo spełnienie warunku udziału w postępowaniu, w tym wykazane z zastosowaniem regulacji art 26 ust. 2b ustawy Pzp. Korzystanie z „pożyczzonego doświadczenia” ma bowiem na celu jedynie potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nie może służyć podwyższeniu punktacji celem uzyskania wyższej pozycji na liście rankingowej wykonawców, którzy mają następnie zostać zaproszeni do składania ofert na podstawie art. 51 ust. 2 ustawy Pzp.”.*

Podobny pogląd wyrażono w orzeczeniu KIO z dnia 7 listopada 2011 r. (sygn. akt.: KIO/UZP 2255/11, K10/U2P 2260/11, KIO/U2P 2280/11), z którego wynika, iż: *„udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego jest możliwe wyłącznie do spełniania minimalnych warunków udziału w postępowaniu, a nie do uzyskania dodatkowej punktacji tzn., ”zawyżanie punktacji”), celem zajęcia wyższego miejsca w rankingu wykonawców i otrzymania zaproszenia do składania ofert”.*

Podobne stanowisko wyrażono w wyroku z dnia 17 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 232/12 i KIO 243/12, w którym: *„Izba uznała, iż stanowisko Zamawiającego uznające, iż z zasobów podmiotów trzecich w trybie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp korzystać można wyłącznie na potrzeby wykazania spełniania minimalnych warunków udziału w postępowaniu, natomiast nie ma potrzeby tworzenia rankingu wykonawców zapraszanych następnie do złożenia ofert, uznać należy za słuszne (...). Tym samym art. 26 ust. 2 b zd. 2 ustawy Pzp wyraźnie wiąże możliwość skorzystania przez wykonawcę z wymienionych art. 22 ust. 1 ustawy Pzp zasobów należących do innego podmiotu z istnieniem rzeczywistej potrzeby wykazania tego zasobu w związku z jego niezbędnością dla realizacji zamówienia przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia”.*

Zatem nie ma podstaw do premiowania takich wykonawców, którzy są w stanie nawiązać współpracę ze znaczną liczbą podmiotów posiadających określone zasoby (uzyskać od nich zobowiązanie do udostępnienia potencjału) kosztem innych, którzy samodzielnie dysponują stosunkowo szerokimi zasobami.

W ocenie Izby przyznawanie przez Zamawiającego punktów w oparciu o zasoby „pożyczone” prowadzi do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż utrudniać może dostęp do dalszego etapu postępowania wykonawcom, którzy nie korzystają z zasobów obcych.

Inne rozumienie przywołanych przepisów przeczyłoby istocie przetargu ograniczonego, którą jest zaproszenie do dalszego etapu wszystkich którzy spełniają postawione warunki, jednak z zastrzeżeniem, że w przypadku spełnienia warunków przez

większą liczbę wykonawców niż wskazana w ogłoszeniu Zamawiający do składania ofert zaprasza wyłącznie najlepszych w celu wyboru wiarygodnego wykonawcy zdolnego w przyszłości w sposób rzetelny zrealizować przedmiotowe zamówienie, nie zaś wykonawcę posiadającego większe możliwości w zdobyciu partnerów gospodarczych celem uzyskania zasobów obcych.

Ponadto należy również odnieść się do art. 51 ustawy Pzp, przywołanego przez strony i uczestników postępowania. Powyższy przepis dotyczy kwalifikacji wykonawców, do których zostanie wystosowane zaproszenie do składania ofert spośród wykonawców spełniających warunki. Zatem kwalifikacji zostają poddani wykonawcy spełniający warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu, nie mniejszej niż 5 i nie większej niż 20. Dodatkowo art. 51 ust. 2 ustawy Pzp wskazuje, że *„jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków. Wykonawcę niezaproszonego do składania ofert traktuje się za wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia.”*

Z powyższego wynika, że kwalifikacja wykonawców odbywa się w dwóch etapach. Najpierw Zamawiający dokonuje oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, następnie zaś o ile liczba wykonawców jest większa niż liczba wykonawców, którzy mają zostać zaproszeni do składania ofert, zamawiający zobowiązany jest (o ile zaistnieje taka sytuacja) dokonać dodatkowej czynności polegającej na zhierarchizowaniu ocen spełniania warunków przez wykonawców biorących udział w postępowaniu, wybierając tych wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków. Zamawiający powinien podać spełnianie jakich wymagań ma dla niego większe znaczenie oraz w jaki sposób będzie oceniał ich spełnianie.

Zaproszeni do składania ofert powinni być ci wykonawcy, którzy spełniają warunki w największym, najlepszym stopniu, a więc otrzymali największą ilość punktów, - a odnosząc się do niniejszego postępowania - posiadają największe doświadczenie w realizacji wskazanych ogłoszeniu zamówień.

Zatem, w ocenie Izby – odnosząc się do niniejszego postępowania – należy uznać, iż korzystanie z zasobów obcych może mieć na celu jedynie potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie może zaś służyć podwyższeniu punktacji celem uzyskania wyższej pozycji w liście rankingowej wykonawców, którzy mają następnie zostać zaproszeni do składania ofert na podstawie art. 51 ust. 2 ustawy Pzp.

Nie przesądzając w niniejszym postępowaniu – gdyż powyższe nie jest przedmiotem sporu – czy możliwym jest dopuszczenie w treści ogłoszenia o zamówieniu powoływania się na potencjał podmiotów trzecich w ramach stworzonej listy rankingowej, Izba uznała że argumentacja Zamawiającego podnoszona na rozprawie, że Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu dopuścił możliwość powoływania się na zasoby podmiotów trzecich w ramach stworzonej listy rankingowej, przywołana została wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania odwoławczego, jednak powyższe nie wynikało wprost z ogłoszenia o zamówieniu.

Reasumując, w niniejszym stanie faktycznym Izba uznała, iż stanowiska Odwołujących uznających, iż z zasobów podmiotów trzecich w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp korzystać można wyłącznie na potrzeby wykazania spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, nie na potrzeby tworzenia rankingu wykonawców zapraszanych następnie do złożenia ofert, uznać należy za słuszne i w konsekwencji powyższego Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 7, 26 ust. 2b, 51 ustawy Pzp może mieć wpływ na wynik niniejszego postępowania.

Mając powyższe na względzie Izba uznała, że w konsekwencji przyjęcia przez Zamawiającego błędnej interpretacji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp czynność oceny wniosków została dokonana niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

W świetle powyższego, Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i dokonania powtórnej czynności badania i oceny wniosków złożonych w niniejszym postępowaniu z uwzględnieniem wytycznych zawartych w niniejszym uzasadnieniu.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących zaniechania ujawnienia części wniosków, które w ocenie Odwołującego Exatel nie spełniają przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba uznała, że powyższy zarzut potwierdził się w niniejszym stanie faktycznym.

Na wstępie Izba wskazuje, że zasada jawności jest podstawową zasadą systemu zamówień publicznych i doznaje ona ograniczeń jedynie w sytuacji wskazanej w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, gdy wykonawca zastrzegł w ofercie bądź w wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu informacje stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa.

Zgodnie z dyspozycją art. 11 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa należy rozumieć nieujawnione do publicznej

wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Przyjmuje się w oparciu o ugruntowane orzecznictwo (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00), że aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki:

1. informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
2. informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem.

Izba zauważa, że pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle.

Ponadto co do zasady, w ocenie Izby, informacje zawarte w wykazie zrealizowanych zamówień, jakich żąda Zamawiający, obejmujące dane dotyczące: przedmiotu zamówienia, wartości usługi/dostawy, terminu realizacji nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy Pzp nie są też co do zasady dokumenty potwierdzające należyte wykonanie czy wykonywanie usług/dostaw, które ze swej istoty stanowią jedynie potwierdzenie, że zostały wykonane w sposób należyty.

Dodatkowo nie można zgodzić się także ze stanowiskiem (reprezentowanym przez Przystępującego Sygnity S. A.), że wykaz sam w sobie, poprzez nagromadzenie, w jednym zestawieniu informacji, może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. O tajemnicy przedsiębiorstwa decyduje bowiem charakter informacji, jakie zostały zastrzeżone a nie ich ujęcie w jednym dokumencie. Izba nie dała tym samym wiary wyjaśnieniom tegoż wykonawcy, że powyższy wykaz stanowi wyjątkowy zbiór informacji dających podstawę do

zastrzeżenia całości jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Informacje zawarte w tym wykazie nie są na tyle ze sobą powiązane, że ujawnienie informacji z jednej pozycji nie skutkuje ujawnieniem informacji zawartych w innych pozycjach wykazu.

Podobnie, zdaniem Izby tajemnicą przedsiębiorstwa, co do zasady nie mogą być objęte dokumenty podmiotów trzecich, które udostępniły zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia. Odnosząc się do przywołanego wyroku z dnia 5 czerwca 2006 r., o sygn. akt V Ca 440/06 dopuszczającego ochronę informacji w zakresie stosunków handlowych z innymi wykonawcami jako tajemnica przedsiębiorstwa (tu również zobowiązań podmiotów trzecich) Izba uznała, że nieuprawnionym jest – niejako z automatu, co ma miejsce w niniejszym postępowaniu – zastrzeganie zobowiązań podmiotów trzecich, należy jednak wobec takich dokumentów również wykazać przesłanki zasadności takiego zastrzeżenia. Zatem skoro wykonawcy nie wykazali – nie przedstawiając stosownych dowodów - że powyższe relacje podlegają ochronie trudno zatem uznać, że takie zastrzeżenie jest zasadne. Wykonawca również w takim wypadku powinien wykazać Zamawiającemu, że jest to istotna informacja, nieujawniona, i wobec niej podjęto niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Analogicznie również należy przyjąć w niniejszej sprawie zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lutego 2011 r., Sygn. akt: KIO 73/11, KIO 74/11, KIO 75/11, KIO 76/11, KIO 77/11, KIO 78/11, KIO 83/11, KIO 84/11, iż wymóg skuteczności zastrzeżenia w postaci nieujawnienia do wiadomości publicznej nie zostaje spełniony w sytuacji, gdy wykonawcy, którzy nie utajnili treści swoich wniosków wykazywali się doświadczeniem w wykonaniu tożsamyh zamówień, co do których inni wykonawcy zdecydowali się na zastrzeżenie tych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Podkreślenia również wymaga, że informacje zawarte w wykazie zrealizowanych zamówień, jakich żąda zamawiający obejmujące dane dotyczące: przedmiotu zamówienia, wartości usługi/dostawy, terminu realizacji nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zatem jawność informacji dotycząca nazw odbiorców, dat wykonania czy wartości nie może być w tym przypadku ograniczona. Izba powołuje w tym miejscu tezę wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001 r. (sygn. akt I CKN 1159/2000), gdzie wskazano, że: *„zakresem tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą być objęte informacje powszechnie znane lub takie, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć”*. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną, a więc np. gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub gdy z samego produktu każdy fachowiec poznać



może kto daną usługę wykonał (podobnie Wyrok SN z dnia 3 października 2000 r. I CKN 304/00 OSNC 2001/4/59). Tym samym Izba uznała, że skoro wykonawca nie rozciągnął ochrony na informacje w składanych wyjaśnieniach – wyjaśnienia składane przez IBM Polska Sp. z o.o. w piśmie z dnia 23 stycznia 2012 r. - to należało uznać że powyższe informacje, nie mają już dla wykonawcy szczególnego charakteru i nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Pogląd powyższy został wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lutego 2011 r., Sygn. akt: KIO 73/11, KIO 74/11, KIO 75/11, KIO 76/11, KIO 77/11, KIO 78/11, KIO 83/11, KIO 84/11. Stanowisko Izby wydaje się być tym bardziej zasadne, uwzględniając okoliczność, że Zamawiający przesyłając dokumentację do Krajowej Izby Odwoławczej w związku z toczącym się postępowaniem odwoławczym, umieścił powyższy dokument w części dotyczącej przebiegu postępowania, nie zastrzegając, że jest to dokument objęty tajemnicą przedsiębiorstwa. Wykonawcy – z uwagi na brak takiego zastrzeżenia - zgodnie z § 8 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280) mogli zapoznać z jego treścią.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że Odwołujący Exatel, (który nie ma możliwości zapoznania się z treścią zastrzeżonych przez wykonawców dokumentów), winien przedstawić dowody na bezskuteczność zastrzeżeń ujętych we wnioskach o dopuszczenie do udziału. Pokreślenia wymaga, że ciężar udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na podmiocie, który z tego działania wyciąga korzystne dla siebie skutki prawne, w tym przypadku spoczywał on na wykonawcach, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, t.j. między innymi: Comp S. A., Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ATM Systemy Informatyczne S. A., IBM Polska Sp. z o.o., Sygnity S. A. oraz Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. W ocenie Izby złożone przez wykonawców, w wyniku wezwania Zamawiającego, wyjaśnienia, w większości nie potwierdziły, konieczności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa zastrzeżeń poczynionych we wnioskach o dopuszczenie do udziału.

Ponadto Izba zauważa, że aby wykazać się spełnieniem przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa nie wystarczy powołać się na bogate orzecznictwo w tym zakresie, należy wykazać spełnienie powyższych przesłanek w konkretnym stanie faktycznym. Izba za niewystarczające uznała wyjaśnienia wykonawców, powołujących się w treści wyjaśnień na określone regulacje, jednak nie przedstawiając w tym zakresie żadnych dowodów.

Izba wskazuje, że zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października

2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05), zamawiający winien zbadać „skuteczność dokonanego przez oferenta (...) zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.”

Nie ulega wątpliwości, że niektóre informacje zawarte w wnioskach czy też ofertach – dotyczące chociażby relacji handlowych z innymi podmiotami – często niechętnie są upubliczniane przez wykonawców, ze względu na prowadzoną politykę firmy, jednak powyższy argument nie daje wykonawcy podstaw do zastrzegania takich informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba zauważyła, w szczególności na przykładzie przedmiotowego postępowania, że zastrzeganie informacji zawartych w wnioskach/ofertach – stało się wielokrotnie – sposobem na pozbawianie konkurentów możliwości podważenia i zaskarżenia dokumentów i danych zawartych w złożonych wnioskach/ofertach. Zamawiający zaś uchylając się od obowiązku rzetelnego zbadania takiego zastrzeżenia niejednokrotnie bezkrytycznie przyjmuje takie zastrzeżenia, nawet w przypadkach gdy wykonawca zastrzega wszystkie bądź większość informacji – co zdaniem Izby zasługuje na dezaprobatę i prowadzi do złamania podstawowej zasady, jaką jest zasada jawności.

Należy zauważyć, że wykonawca, przystępując do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinien liczyć się ze wszystkimi jego konsekwencjami, t.j. chociażby, że część z informacji – istotnych dla niego z subiektywnego punktu widzenia – ze względu na zasadę jawności zostanie udostępnionych innym wykonawcom uczestniczącym w tym postępowaniu.

Izba przypomina, że obowiązkiem spoczywającym na Zamawiającym, jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W niniejszym postępowaniu przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnień poszczególnych wykonawców, dotyczących zasadności zastrzeżenia świadczy o braku dokonania należytej analizy treści złożonych zastrzeżeń.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odtajnienia wykazów osób Izba podzieliła w tym przypadku pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 września 2008 r., sygn. Akt KIO/UZP/874/08 w którym stwierdzono, że „Informacje o osobach, które będą wykonywać zamówienie wraz z informacją o ich kwalifikacjach, stanowić może tajemnicę przedsiębiorstwa, która w przypadku zastrzeżenia jej poufności przy składaniu oferty nie może zostać ujawniona przez Zamawiającego. Mając na uwadze specyfikę rynku usług informatycznych, charakteryzującą się szybkim tempem rozwoju, co za tym idzie

*koniecznością dysponowania wykwalifikowaną kadrą specjalistów, informacje o kwalifikacjach, jak również potencjale kadrowym wykonawców, mają znaczenie gospodarcze. Dla podmiotów świadczących usługi na rynku informatycznym o sile firmy przesądzą przede wszystkim ludzie” (...). Możliwości zastrzeżenia, jako tajemnica przedsiębiorstwa, wykazu osób, mających wykonać zamówienie wraz z ich kwalifikacjami, potwierdził również Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 2007 r., sygn. Akt V Ca 421/07”.*

Reasumując, powyższe rozważania, mając na względzie fundamentalną zasadę jawności postępowania o zamówienie publiczne, Izba nakazała Zamawiającemu odtajnienie następujących informacji zawartych we wnioskach poszczególnych wykonawców:

1. ATM Systemy Informatyczne S. A. – odtajnienie następujących stron wniosku: str. 32-58, jak również odtajnienie następujących punktów wykazu zamówień: 2, 5-6, 8-10, 12-15, 17, 19-22, 26-27 oraz odpowiadających tym zamówieniom referencji; oraz odpowiadających tym zamówieniom zobowiązań do udostępniania zasobów i dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia;
2. Sygnity S. A. – odtajnienie wykazu wykonanych zamówień w następujących punktach: 1-8, 10, 10A-11, 14 oraz odpowiadających tym zamówieniom referencji,
3. Comp S. A. – odtajnienie wykazu zrealizowanych zamówień w punktach: 2 - 12, 15, 16 oraz odpowiadających tym zamówieniom referencji, oraz odpowiadających tym zamówieniom zobowiązań, odtajnienie pkt 16 wykazu, gdyż jest to konsekwencja nie podtrzymania tajemnicy referencji zawartej na str. 49 wniosku,
4. MaxElektronik S. A. - odtajnienie wykazu zrealizowanych zamówień w punktach: 2 - 8, 10, 10A, 11, 14 oraz odpowiadających tym zamówieniom referencji, oraz odpowiadających tym zamówieniom zobowiązań do udostępniania zasobów i dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia;
5. IBM Polska Sp. z o.o. – odtajnienie str. 3-4 wniosku, odtajnienie wykazu zrealizowanych zamówień w punktach 1-2, 4, 5-13, 15, 17, 19, 21, 22, oraz odpowiadających tym zamówieniom referencji (str. 26-29, 31-35, 39-40), oraz odpowiadających tym zamówieniom zobowiązań do udostępniania zasobów i dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia oraz opinię bankową (str. 42-84);
6. Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o.o. – odtajnienie informacji zawartych we wniosku dotyczących zrealizowanych zamówień, za wyjątkiem następujących poz. z

pkt III.2.1) 1.2.1.1. pkt 1 str 28, z pkt III.2.1) 1.2.1.5. pkt 1 str 32, z pkt III.2.1) 1.2.1.1. pkt 2 str. 34, z pkt III.2.1) 1.2.2.2. pkt 1 str 35, z pkt III.2.1) 1.2.2.3. pkt 1, 2 str. 36, oraz odtajnienie odpowiadających tym zamówieniom referencji, oraz odpowiadających tym zamówieniom zobowiązań do udostępniania zasobów i dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia;

7. HP Polska Sp. z o.o. - odtajnienie wykazu zrealizowanych zamówień w punktach 2-3, 5, 7, 8, 11, 13, 14-15, odpowiadających tym zamówieniom referencji z odpowiednimi zobowiązaniami do udostępniania zasobów i dokumentami potwierdzającymi brak podstaw do wykluczenia;
8. Betacom S. A. – odtajnienie wykazu zrealizowanych zamówień w punktach 2-3, 5, 7, 10, 11, 14, 16, 19 oraz odpowiadających tym zamówieniom referencji z odpowiednimi zobowiązaniami do udostępniania zasobów i dokumentami potwierdzającymi brak podstaw do wykluczenia;
9. Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe Koncept Sp. z o.o. - odtajnienie wykazu zrealizowanych zamówień w punktach 1, 3, 5, 7, 10, 11, 14 oraz odpowiadających tym zamówieniom referencji z odpowiednimi zobowiązaniami (odpowiadającymi tym zamówieniom zobowiązaniami) do udostępniania zasobów i dokumentami potwierdzającymi brak podstaw do wykluczenia;
10. Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Telekomunikacja Polska S. A., Polska Telefonii Komórkowa Centertel Sp. z o.o. oraz Integrated Solutions Sp. z o.o.- odtajnienie wykazu zrealizowanych zamówień w punkcie 19 oraz odpowiadającej temu zamówieniu referencji;
11. Asseco Poland S. A., Sputnik Software Sp. z o.o., oraz Technitel Polska Sp. J - odtajnienie informacji zawartych we wniosku dotyczących zrealizowanych zamówień, za wyjątkiem następujących poz. z pkt III.2.1) 1.2.1.4. pkt 1, z pkt III.2.1) 1.2.2.3. pkt 2, oraz odtajnienie odpowiadających tym zamówieniom referencji, umów i protokołów odbioru; z odpowiednimi zobowiązaniami do udostępniania zasobów i dokumentami potwierdzającymi brak podstaw do wykluczenia.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – miało miejsce w analizowanej sprawie, albowiem opisane wyżej naruszenia w konsekwencji pozbawić obu Odwołujących możliwości uzyskania zamówienia publicznego.

Wobec powyższego, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**

.....

.....

.....