

Sygn. akt: KIO 2848/15

**WYROK**  
**z dnia 18 stycznia 2016 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Członkowie: Agata Mikołajczyk**

**Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 stycznia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 grudnia 2015 r. przez Odwołującego **Asseco Poland Spółka Akcyjna** z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Olchowej 14, 35-322 Rzeszów

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Sąd Apelacyjny we Wrocławiu**, ul Energetyczna 4, 53-330 Wrocław

przy udziale

wykonawcy **Comarch Polska Spółka Akcyjna** z siedzibą w Krakowie przy Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1 Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, tytułem wpisu od odwołania;

2.2 Zasądza od Odwołującego Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie na rzecz Zamawiającego – Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu kwotę **3.600 zł. 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## **Uzasadnienie**

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Sąd Apelacyjny we Wrocławiu na *dostawę, wdrożenie oraz utrzymanie Systemu zarządzania aktami z wykorzystaniem technologii RFID* (nr postępowania Z-362-8/15), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2015/S 124-227801 w dniu 1 lipca 2015 r., wobec czynności zaniechania udostępnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu uzupełnionych przez Comarch Polska S.A. oraz zaniechania wykluczenia z postępowania tego wykonawcy, zostało wniesione w dniu 29 grudnia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Wykonawcy Asseco Poland S.A. (sygn. akt KIO 2848/15).

Zamawiający przekazał informację o czynnościach i zaniechaniach w dniu 23 grudnia 2015 r. Kopia odwołania przekazana została przez Zamawiającego do uczestników postępowania w dniu 30 grudnia 2015 r. drogą elektroniczną.

Do postępowania odwoławczego przystąpienia zgłosili po stronie Zamawiającego wykonawcy Comarch Polska S.A. oraz Konsorcjum w składzie Hadatap Sp. z o.o. (Lider), EBS Sp. z o.o., Praetor Sp. z o.o. (dalej jako Konsorcjum Hadatap).

Odwołaniem objęte zostały czynności i zaniechania Zamawiającego podjęte w związku z wykonaniem wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10.12.2015 r., sygn. akt KIO 2260/15 i 2261/15, tj. oceny uzupełnionych przez Comarch Polska S.A. dokumentów – pisma z dnia 22.12.2015 r. wraz z załącznikami, polegające na:

1. Zaniechaniu odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonego przez Comarch Polska S.A. jako niejawnego pisma z dnia 22 grudnia 2015 r., pomimo że informacje zawarte w tym dokumencie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
2. Zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Comarch Polska S.A. z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;
3. Z ostrożności – wobec objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa uzupełnionych dokumentów – zaniechania wykluczenia wykonawcy Comarch Polska S.A. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy, pomimo iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu niezgodną z przepisami ustawy czynność wyboru oferty najkorzystniejszej (Comarch), naruszenie art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z naruszeniem art.

8 ust. 1, 2 i 3, w zw. z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie Ustawy poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu pisma Comarch Polska S.A. z 22.12.2015 r., pomimo że informacje zawarte w tym dokumencie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa oraz naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Comarch Polska S.A.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, odtajnienie pisma z 22.12.2015 r., dokonanie ponownej oceny ofert, wykluczenie Comarch Polska S.A. z postępowania, odrzucenie oferty tego wykonawcy i dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał na interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 Ustawy oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy. Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 Ustawy i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniku bezprawnych czynności Zamawiającego Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, gdyż jego oferta jest najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu. Ponadto, wynikiem naruszenia przepisów Ustawy może być unieważnienie postępowania, co również naraziłoby Odwołującego na poniesienie szkody.

I. Zarzut zaniechania odtajnienia pisma Comarch Polska S.A. z 22 grudnia 2015 r.

Uzupełnione przez Comarch Polska S.A. pismo z dnia 22.12.2015 r. nie zostało udostępnione Odwołującemu, który otrzymał od Zamawiającego wyłącznie informację, iż liczy ono 21 stron i zawiera 3 załączniki. Zdaniem Odwołującego nie jest możliwe, aby całe pismo z załącznikami zawierało wyłącznie informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, stąd zaniechanie odtajnienia (udostępnienia) jakiegokolwiek części pisma, czy chociażby wskazania na rodzaj załączników stanowi oczywiste naruszenie przepisów Ustawy oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Uniemożliwia to Wykonawcy skorzystanie ze środków ochrony prawnej, gdyż nie może postawić tym dokumentom żadnych zarzutów. Odwołujący wskazał na konieczność wykazania przez Comarch Polska S.A., iż całość informacji zawartych w dokumencie i załącznikach spełnia łącznie przesłanki określone w art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Odwołującego informacje zawarte w dokumentach zostały ujawnione do wiadomości publicznej w trakcie postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawach połączonych o sygnaturze akt KIO 2260/15 i KIO 2260/15, przez fakt wskazania na korzystanie przez Comarch Polska S.A. z wiedzy i doświadczenia spółki należącej do Grupy Kapitałowej Comarch, a zatem nie było możliwym objęcie w całości treści zobowiązania tej spółki do udostępnienia wiedzy i doświadczenia oraz dokumentów związanych z tym zobowiązaniem. Ponadto, Comarch

Polska S.A. nie podjął wszystkich niezbędnych działań w celu zachowania w poufności informacji, iż korzysta z wiedzy i doświadczenia spółki z Grupy Kapitałowej Comarch. W szczególności w toku postępowania odwoławczego ani razu nie zaprzeczył, że korzysta z tej wiedzy i doświadczenia, a zatem swoim zachowaniem wykazał, że nie podjął odpowiednich działań. Również wiedza o współpracy pomiędzy dwiema spółkami z tej samej grupy kapitałowej nie ma wartości gospodarczej, która mogłaby zostać utracona lub obniżona, gdyby informacja o współpracy stała się powszechnie znana. Odwołujący powołał się na wyrok Izby z 8.07.2015 r., sygn. akt KIO 1229/15, w którym Izba stwierdziła, że sam fakt korzystania z cudzych zasobów jest neutralny, nie ma on wartości gospodarczej.

Informacja o współpracy nie ma również charakteru technicznego ani technologicznego, zaś charakter handlowy, czy organizacyjny też nie zachodzi, gdyż współpraca pomiędzy spółkami z grupy kapitałowej jest rzeczą oczywistą. Grupa kapitałowa tworzona jest, aby spółki współpracowały ze sobą.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący przywołał tezy z orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej związane z oceną wykazania spełnienia przesłanek do uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący zakłada, iż do pisma nie załączono uzasadnienia objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż nie zostało ono przez Zamawiającego udostępnione, a jeżeli nawet uzasadnienie takie zostało zawarte, to zdaniem Odwołującego nie wykazuje ono, że informacje zawarte w piśmie w całości stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W związku z tym, iż zasadą postępowania jest jego jawność, wszelki odstępstwa od niej powinny być bardzo wąsko traktowane i konieczne jest przedstawienie przez podmiot zastrzegający informacje szczegółowego uzasadnienia oraz łącznego wykazania spełnienia 3 przesłanek ustawowych.

W świetle powyższego Izba powinna nakazać odtajnienie i udostępnienie przez Zamawiającego pisma z 22.12.2015 r. wraz z załącznikami.

- II. Zarzut zaniechania wykluczenia Comarch Polska S.A. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Ustawy, pomimo iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący analogiczny zarzut sformułował w odwołaniu rozpoznanym w wyroku łącznym sygn. akt KIO 2260/15 i 2261/15, przy czym Izba uznała, że zarzut jest przedwczesny (str. 17 uzasadnienia) uznając za zasadne wezwanie Comarch Polska S.A. o uzupełnienie dokumentów. Wobec uzupełnienia przez Comarch Polska S.A. dokumentów Odwołujący formułuje obecnie ten zarzut, jako wniesiony w terminie, tj. po dokonaniu przez Zamawiającego wezwania zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10.12.2015 r.

Comarch Polska S.A. w zakresie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu korzysta z zasobów innej spółki z Grupy Kapitałowej Comarch, co jest konieczne, gdyż sam nie posiada żadnego doświadczenia w zakresie wdrażania systemu RFID i nie zamierza korzystać z podwykonawców, stąd w ofercie złożył zobowiązanie podmiotu trzeciego do użyczenia wiedzy i doświadczenia, w oparciu o którego zasoby stara się wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Przy korzystaniu z potencjału podmiotu trzeciego koniecznym jest wykazanie, iż udostępnienie zasobu ma charakter realny i rzeczywisty, na co wielokrotnie zwracała Izba w wyrokach (przykładowo wyrok z dnia 24.02.2015 r., sygn. akt KIO 247/15). W przypadku korzystania przez Comarch Polska S.A. z wiedzy i doświadczenia podmiotu udostępniającego swoje zasoby, w przedmiotowym przypadku zasoby takie mogą być realnie udostępnione tylko przez udział podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia, tj. poprzez realne podwykonawstwo. Przy czym po prostu musi to być realne podwykonawstwo, niezależnie od tego, jak umowa zostanie rzeczywiście nazwana (umowa o współpracy, czy inna umowa nienazwana). Nie jest bowiem możliwe realne udostępnienie wiedzy i doświadczenia dla projektu będącego przedmiotem zamówienia w zakresie doświadczenia przy realizacji projektów podobnych w drodze szkoleń, czy też udostępnienia know-how. Zamawiający wymagał od wykonawców doświadczenia w realizacji 3 projektów spełniających szczegółowe warunki, powiązanie z przedmiotem zamówienia. Podmiot, który nabył takie doświadczenie przez realizację zamówienia podobnego, nie może skutecznie udostępnić swojego doświadczenia i wiedzy w tym zakresie w inny sposób, niż poprzez swój bezpośredni udział w realizacji zamówienia. Doświadczenie nie może być skutecznie przekazane w trybie szkoleń, konsultacji lub doradztwa czy też innej współpracy. Ponieważ Comarch Polska S.A. nie posiada w ogóle własnego doświadczenia w wymaganym zakresie, koniecznym jest aby podmiot udostępniający swoje zasoby był podwykonawcą przy realizacji zamówienia, jako ten, który posiada wiedzę i doświadczenie dające rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia.

Ponieważ Comarch Polska S.A. w ofercie oświadczył, iż wykona zamówienie swoimi siłami (pkt 9, str.8 oferty), bez udziału podwykonawcy, potwierdza to, iż nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i powinien być wykluczony z postępowania. Treść oferty nie może w tym zakresie podlegać uzupełnieniu oraz wyjaśnieniu, zmierzającym do jej zmiany. Wykonawca odpowiadając na wezwanie Zamawiającego mógł wykazać się własnym doświadczeniem i wiedzą (nie zmieniając treści oferty co do oświadczenia o braku udziału podwykonawcy), a składając ponownie zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby pozbawił się możliwości skorzystania z tych zasobów. Odwołujący przywołał fragment z uzasadnienia wyroku Izby rozpoznającej wcześniejsze odwołanie, w którym wskazano - *„Nadto w ocenie Izby udostępnienie warunków posiadania wiedzy i doświadczenia w tym konkretnym przypadku, kiedy przystępujący nie jest producentem urządzeń, ani nie wdrażał*

*systemu RFID, nie może nastąpić realnie w inny sposób niż przez wykorzystanie zasobów podmiotu udostępniającego w bezpośredni sposób w celu należytego wykonania zamówienia" (str. 118 uzasadnienia).*

Z ostrożności, Odwołujący wskazał, iż uzupełnione w dniu 22 grudnia 2015 r. zobowiązanie do udostępnienia zasobów nie wykazuje spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż jest na tyle ogólne, że nadal nie wykazuje rzeczywistego, realnego udziału podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia, w sposób który zapewniałby realne skorzystanie z użyczonego zasobu. Ponadto Odwołujący uznał, iż uzupełnione zobowiązanie zostało sporządzone po dniu wydania wyroku (po 10.12.2015 r.), a jedynie opatrzone zostało datą wcześniejszą. Wynika to z zasad doświadczenia życiowego, zgodnie z którym nie sporządza się 2 różnych zobowiązań o różnej treści w tej samej dacie. Na tę okoliczność Odwołujący wnioskuje o powołanie dowodu z zeznań świadków – osób, które podpisały uzupełnione w dniu 22.12.2015 r. zobowiązanie do udostępnienia zasobów na okoliczność:

- a. Daty sporządzenia dwóch zobowiązań do udostępnienia zasobów,
- b. Okoliczności podpisania dwóch zobowiązań do udostępnienia zasobów,
- c. Ustalenia, kto przygotował treść obu zobowiązań do udostępnienia zasobów,
- d. Przyczyn sporządzenia dwóch różnych zobowiązań do udostępnienia zasobów,
- e. Zbieżności treści zobowiązania do udostępnienia zasobów dołączonego do pisma Comarch z dnia 22 grudnia 2015 roku z uzasadnieniem wyroku Krajowej Izby Odwoławczej KIO 2260/15 i KIO 2261/15 z dnia 10 grudnia 2015 roku.

Sporządzenie zobowiązania do udostępnienia zasobów z datą sprzed złożenia oferty w dacie późniejszej, tj. po 10.12.2015 r. i dołączenie tego zobowiązania do oferty w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy stanowi złożenie nieprawdziwych informacji, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Takie antydatowane zobowiązania nie jest dokumentem, który potwierdza spełnienie warunków udziału na dzień złożenia oferty.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości.

### **Stanowisko Izby**

Izba na posiedzeniu niejawnym przeprowadzonym z udziałem stron w dniu 13 stycznia 2016 r. uznała, iż nie zachodzą przeszkody formalne uniemożliwiające rozpoznanie merytoryczne zarzutów i skierowała odwołanie na rozprawę. Wskazywane w pismach procesowych Zamawiającego oraz Przystępującego Comarch Polska S.A. okoliczności mające uzasadniać brak podstawy do rozpoznania zarzutów w ocenie Izby nie prowadziły do

wypełnienia którejkolwiek z przesłanek do odrzucenia odwołania, w szczególności wskazanej w art. 189 ust. 2 pkt 4 Ustawy. Zasadniczo wnioski o pozostawienie zarzutów bez rozpoznania formułowane były w związku z zarzutami, jakie Odwołujący formułował wobec oferty Comarch Polska S.A. w odwołaniu z dnia 16 października 2015 r. (sygn. akt KIO 2661/15). Izba uznała, iż obecna podstawa faktyczna zarzutów nie dotyczy dokumentów złożonych w ofercie, stąd powtórzony zarzut naruszenia konkretnego przepisu Ustawy, w części wynikał z nowych okoliczności, jakie wynikały z uzupełnionych dokumentów, istotnych dla oceny powtórzonej czynności Zamawiającego. W takim stanie rzeczy nie jest prawidłowym stwierdzenie, że Odwołujący *powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się*. Nie budzi żadnych wątpliwości Izby, iż obecnie odwołanie wniesione jest na nową czynność Zamawiającego - oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Comarch Polska S.A., dokonaną w oparciu o uzupełnione dokumenty, mające potwierdzać, iż przekazanie potencjału podmiotu trzeciego miało charakter realny. Stąd również nie było podstaw do stwierdzenia wystąpienia przesłanek do odrzucenia odwołania wskazanych w art. 189 ust. 2 pkt 3 i 5 Ustawy.

Postępowanie prowadzone jest według zasad określonych dla postępowań o wartości przekraczającej kwoty, od której uzależniony jest obowiązek publikacji ogłoszenia w publikatorze unijnym.

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), zwanej dalej „Ustawą”.

Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron Izba uwzględniła opozycję Odwołującego wniesioną wobec przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Konsorcjum Hadatap. Izba uznała, iż zasadnym było wniesienie opozycji wobec przystąpienia do udziału w postępowaniu odwoławczym podmiotu, który na obecnym etapie postępowania utracił status wykonawcy, co było konsekwencją skutecznego odrzucenia jego oferty, wobec której to czynności nie wniósł on odwołania. Tym samym Konsorcjum Hadatap nie posiadało legitymacji do wniesienia przystąpienia, która zgodnie z art. 185 ust. 2 Ustawy przysługuje wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 11 Ustawy.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika przystępującego po stronie Zamawiającego wykonawcę Comarch Polska S.A. (dalej jako Comarch).



Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy, tj. istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody. Ocena ta prowadzona jest z uwzględnieniem zakresu zarzutów oraz skutków, jakie dla Odwołującego wywoływać miałyby zaskarżone czynności i zaniechania. Ponieważ zarzuty dotyczą naruszenia zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Comarch, którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą, uchybienia Zamawiającego do jakich dopuścić miał się w toku czynności oceny tej oferty prowadziłyby do nieprawidłowego wyniku postępowania zakończonego wyborem oferty najkorzystniejszej. Uwzględnienie odwołania prowadziłyby do unieważnienia wyniku postępowania i nakazania powtórzenia czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty obecnie najkorzystniejszej, co umożliwiłoby wybór oferty Odwołującego.

W związku z powyższym Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno prawne do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności uzupełnione przez Comarch na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy dokumenty (pismo z dnia 22.12.2015 r.), dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane w pismach procesowych i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba nie dopuściła dowodów zgłoszonych w odwołaniu z zeznań świadków na okoliczność antydatowania uzupełnionego zobowiązania podmiotu udostępniającego Comarch swój potencjał uznając, dowód ten za zbędny dla rozstrzygnięcia, gdyż okoliczności na jakie mieliby złożyć zeznania świadkowie nie miały miejsca, a co wynikało z faktu, iż Comarch nie złożyło w uzupełnieniu jeszcze jednego zobowiązania podmiotu trzeciego z datą sprzed terminu złożenia oferty.

Orzekając o zasadności odwołania Izba dokonała oceny uzupełnionych w dniu 22.12.2015 r. dokumentów, do której to czynności zobowiązała Izba Zamawiającego wyrokiem z dnia 10.12.2015 r. W całości pismo wraz z załącznikami objęte zostało klauzulą poufności, gdyż informacje w nich zawarte Comarch uznał za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zasadniczo zarzuty sprowadzają się do oceny dopuszczalności utajnienia uzupełnionych w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy przez Comarch dokumentów i prawidłowości ich oceny pod kątem stwierdzenia, iż potwierdzają one realność udostępnienia zasobów

podmiotu trzeciego wykonawcy, który samodzielnie nie posiada wymaganej wiedzy i doświadczenia.

I.

Różnica stanowisk prezentowanych na rozprawie wynikała po pierwsze z braku znajomości przez Odwołującego treści pisma z 22.12.2015 r., w całości utajnionego przez Comarch, a po drugie przypisywania odmiennych skutków procesowych rozstrzygnięciu Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 10.12.2015 r., sygn. akt KIO 2260/15 i KIO 2261/15 oddaliła w części zarzuty podnoszone przez Asseco Poland S.A. wobec pierwszej czynności oceny spełnienia przez Comarch warunku udziału w postępowaniu i jej wyboru jako najkorzystniejszej. Odwołujący wskazywał bowiem, iż oddalenie między innymi zarzutu zaniechania odtajnienia dokumentów złożonych w ofercie na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oparte na stwierdzeniu uchybienia terminu do jego wniesienia nie oznaczało, iż Izba rozstrzygnęła o zasadności utajnienia dokumentów. Ponadto wskazywał, iż Izba uznała za przedwczesny zarzut zaniechania wykluczenia Comarch z postępowania i na tej podstawie nie rozstrzygnęła o zarzucie. Zamawiający i Przystępujący wywodzili natomiast z faktu oddalenia części zarzutów podniesionych przez Asseco Poland S.A., iż Izba rozstrzygnęła w sposób wiążący tak o skuteczności zastrzeżenia poufności dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jak również oceniła złożone w ofercie dokumenty. Powyższe miało mieć ten skutek dla rozpoznania niniejszego odwołania, że Izba pozostawałaby związana oceną dokumentów złożonych w ofercie.

W świetle tych rozbieżności koniecznym było w pierwszej kolejności ustalenie zakresu rozstrzygnięcia, jakie zapadło w wyroku z dnia 10.12.2015 r., nakazującego Zamawiającemu wezwanie Comarch do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy. Należy zauważyć, iż wyrok zapadł w sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania wniesionych przez Konsorcjum Hadatap (sygn. akt KIO 2660/15) oraz Asseco Poland S.A. (sygn. akt KIO 2661/15). W części zarzuty w obu odwołaniach dotyczyły prawidłowości oceny wykazania przez Comarch spełnienia warunków udziału w postępowaniu (wiedzy i doświadczenia). Izba uwzględniła odwołanie Asseco Poland S.A. jedynie uznając za zasadny zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Ustawy i na tej podstawie nakazała wezwać Comarch do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w zakresie posiadanego doświadczenia, a w pozostałym zakresie odwołanie oddaliła (pkt 1B sentencji). Izba jednocześnie oddaliła w całości odwołanie wniesione przez Konsorcjum Hadatap, w którym między innymi podniesiony został zarzut zaniechania wykluczenia Comarch z postępowania. Ze strony 101 oraz 116 uzasadnienia wyroku wynika, iż zarzut zaniechania odtajnienia

dokumentów złożonych w ofercie Comarch w części nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę, jako zarzut spóźniony, a w części podlegał oddaleniu. Izba uznała, iż odwołania Konsorcjum Hadatap oraz Asseco wobec zaniechania odtajnienia przez Zamawiającego informacji zastrzeżonych w ofercie Comarch, jako tajemnica przedsiębiorstwa wniesione w dniu 16 października 2015r. zostały wniesione z uchybieniem terminu określonego w art. 182 ust. 3 pkt 1 Ustawy. *W konsekwencji Izba pozbawiona została możliwości oceny, czy zamawiający odmawiając dostępu do oferty Comarch w części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa dopuścił się zaniechania niezgodnego w obowiązkiem ustawowym.* Izba oceniła jako nieprawidłowe zachowanie Zamawiającego, który nie udostępnił Asseco raportów z testów znaczników konsorcjum Hadatap, jednak z uwagi na dalszą pozycję tej oferty, uznała, iż nie mogło mieć to wpływu na wynik postępowania i na podstawie art. 192 ust. 2 Ustawy zarzut oddaliła.

Uwzględniając powyższe należało uznać, iż Izba nie zajęła stanowiska merytorycznego co do zasadności objęcia informacji zawartych w ofercie Comarch oraz w wyjaśnieniach związanych z tymi informacjami, tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie oznacza to jednak, iż przy obecnych zarzutach Izba uprawniona jest do badania i oceny, czy informacje wynikające z dokumentów zastrzeżonych, złożonych w ofercie mogą być poddane ocenie pod kątem skuteczności uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Przede wszystkim stanowiłoby to wykroczenie poza zakres zarzutu, który wnika nie tylko z przywołanej podstawy prawnej, ale przede wszystkim z okoliczności wskazanych przez Odwołującego, które dotyczą wyłącznie dokumentów uzupełnionych po 10.12.2015 r., tj. na wezwanie Zamawiającego skierowane do Comarch Polska S.A., jako czynności nakazanej wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 10.12.2015 r. Po drugie przeszkodą formalną dla takiej oceny jest rozstrzygnięcie Izby oddalające ten zarzut, od którego żadna ze stron nie wniosła skargi do Sądu Okręgowego, który przyjmując odmienną ocenę terminów na wniesienie odwołania mógłby zająć stanowisko merytoryczne w przedmiocie skuteczności objęcia klauzulą poufności części dokumentów złożonych w ofercie.

W tych okolicznościach obecne rozstrzygnięcie Izby nie może odnosić się do informacji zastrzeżonych w dokumentach złożonych w ofercie, stąd oceniając uzupełnione dokumenty, informacje z nimi związane nie mogły być poddane ocenie Izby, tj. nie mogły wpływać na ocenę zasadności zarzutu. W zasadzie istotnymi z punktu widzenia wpływu na wynik postępowania i podlegającymi ocenie Izby pozostawały informacje uzupełnione, w zakresie w jakim miały wskazywać, iż przekazanie potencjału (doświadczenia) podmiotu trzeciego ma charakter realny, tj. umożliwia jego bezpośrednie wykorzystanie przy realizacji przedmiotu zamówienia przez Comarch Polska S.A. Informacje te zawierały przede wszystkim załączniki do pisma z dnia 22.12.2015 r. Oceniając ich znaczenie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa należało uwzględnić zarówno uzasadnienie zawarte w piśmie przewodnim (z dnia

22.12.2015 r.), jak i uzasadnienie objęcia klauzulą informacji zawarte w ofercie. Odnośnie tego drugiego elementu, w tym zakresie wiążące dla Izby pozostaje rozstrzygnięcie w wyroku Izby, która oddaliła zarzut zaniechania odtajnienia informacji zawartych między innymi w zobowiązaniu podmiotu udostępniającego zasoby, wykazie usług, czy też wykazie osób. Wywołuje to ten skutek dla rozstrzygnięcia dla obecnie podniesionego zarzutu, iż uzupełnione dokumenty w zakresie w jakim dotyczą wprost informacji zastrzeżonych w ofercie nie mogły być ujawnione wykonawcy w związku z wiążącym zastrzeżeniem ich poufności w ofercie. Dotyczy to przede wszystkim informacji, jakie dostarczają załączniki do pisma z 22.12.2015 r. Oceniając natomiast treść pisma należy zauważyć, iż uzasadnienie dla jego utajnienia jest bardzo lakoniczne i sprowadza się wyłącznie do wskazania, iż stanowi ono tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto informacje jakie zawiera ten dokument w dużej części stanowią ogólne deklaracje i w dużej części mogły być ujawnione przez Zamawiającego (z pominięciem opisu przedkładanych za pismem załączników). W ocenie składu orzekającego nie może to jednak prowadzić do uwzględnienia odwołania, gdyż naruszenie w tym elemencie zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pozostawało bez wpływu na wynik postępowania, dla którego istotnym była merytoryczna ocena dokumentów złożonych w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu (doświadczenia). Dokumenty te w całości zostały utajnione (skutecznie), a ich prawidłowość zweryfikowała Izba w wyroku z dnia 10.12.2015 r., sygn. akt KIO 2660/15 i 2661/15. Nakazanie Zamawiającemu odtajnienia części pisma z 22.12.2015 r. (bez załączników), które nie zawierało informacji istotnych dla oceny realności udostępnienia zasobu przez podmiot trzeci, nie mogłoby prowadzić do zmiany wyniku oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Comarch Polska S.A. Faktycznie Odwołujący oczekiwał uznania za nieskuteczne zastrzeżenie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji, które pozwalałyby na ustalenie realności udostępnionego wykonawcy doświadczenia podmiotu trzeciego. Mając na uwadze istotną w tej sprawie okoliczność, iż uzupełnione dokumenty (załączniki do pisma) korespondowały wprost z zobowiązaniem złożonym w ofercie, stanowiąc jego uzupełnienie przez doprecyzowanie formy w jakiej wykonawca będzie mógł skorzystać bezpośrednio z doświadczenia, co do którego przekazania zobowiązał się podmiot trzeci, ich ujawnienie wprost prowadziłoby do naruszenia poufności informacji złożonych w ofercie. Uzupełnione oświadczenie podmiotu trzeciego stanowiło rozwinięcie deklaracji wynikającej z zobowiązania złożonego wykonawcy przed terminem na złożenie oferty. Ujawnienie nawet fragmentów oświadczenia ujawniałoby informacje dotyczące podmiotu, który udostępnił wykonawcy swój potencjał, jak i zasady na jakich wykonawca miałby z niego korzystać na etapie realizacji umowy, dostarczające szerszej informacji niż ta wynikająca z zobowiązania złożonego w ofercie, objętego klauzulą poufności.

II.

Odnosnie zarzutu zaniechania wykluczenia Comarch z postępowania, w wyroku z dnia 10.12.2015 r. Izba dokonała badania wykazu wykonanych usług objętego tajemnicą przedsiębiorstwa przystępującego Comarch i stwierdziła, że zarówno w zakresie wartościowym, przedmiotowym jak i terminowym z wykazu tego wynika, że wykonawca posiada udostępnione doświadczenie odpowiadające wymaganiom zamawiającego, potwierdzają to także wyjaśnienia złożone przez przystępującego Comarch z dnia 1 października 2015r., oraz oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby. Izba stwierdziła również, że w warunku postawionym przez zamawiającego, zamawiający nie przesądził jednoznacznie o technologii, w jakiej ma być wykonane zamówienie, natomiast w wykazie nakazywał wykonawcom dokonać takiej konkretyzacji i u przystępującego nastąpiło wskazanie konkretnej technologii, co w ocenie Izby świadczy również o tym, że sporządzony wykaz nie był w zakresie przedmiotowym jedynie kopią wymagań zamawiającego postawionych w siwz. Wobec braku konkretyzacji postawionego zarzutu, jak również wobec faktu, że odwołujący Hadatap poza dowodami na okoliczność wykazania faktu, że spółki z grupy kapitałowej Comarch nie posiadają wdrożeń opartych o technologię RFID innych dowodów nie powoływał, a te powołane, nie potwierdzają postawionej tezy dowodowej, Izba nie dopatryła się naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy (str. 113 wyroku).

Izba dokonując analizy złożonych przez przystępującego Comarch do oferty, a objętych tajemnicą dokumentów również nie stwierdziła, żeby któregokolwiek z wymaganych przez zamawiającego dokumentów brakowało, lub zawierał on błędy (str. 114 wyroku).

Zarzut podniesiony w odwołaniu Asseco (KIO 2261/15) - naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4) Ustawy, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Comarch, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, Izba uznała za przedwczesny.

Przed wszystkim Izba ocenia czy inny sposób przekazania doświadczenia np. przez udzielenia porad, konsultacji, doradztwa czy wydelegowania osób, które to sposoby najczęściej wskazywane są w zobowiązaniach innych podmiotów, w tym konkretnym przypadku można uznać za wystarczające. Dla zbadania tego konieczne jest wzięcie pod uwagę natury i cech przedmiotowego zamówienia, typu usług oraz uprzedniego doświadczenia samego wykonawcy. Przedmiotem zamówienia jest dostawa licencji, instalacja, konfiguracja i wdrożenie systemu zarządzania aktami z efektem finalnym wdrożenia i produkcyjnego uruchomienia systemu RFID, szkolenie użytkowników i administratorów, dostawa komponentów sprzętowych, udzielenie gwarancji, usługi utrzymania i wsparcia systemu, dostawa materiałów promocyjnych, organizacja dwóch

konferencji. Tym samym przedmiot zamówienia ma charakter mieszany jest to w przeważającej mierze usługa informatyczna instalacji, konfiguracji i wdrożenia systemu informatycznego oraz jego integracji z urządzeniami RFID oraz dostawy tych urządzeń, usługami dodatkowymi są szkolenia, usługi wsparcia i utrzymania oraz konferencje. Wiedzą powszechnie dostępną jest fakt, że przystępujący Comarch Polska jest spółką branży informatycznej i jednocześnie jak wynika z przebiegu rozprawy w zakresie wiedzy i doświadczenia wymaganego w niniejszym postępowaniu korzysta z doświadczenia innego podmiotu. Zamawiający wymagał doświadczenia związanego z systemami kodowania, identyfikacji i kontroli ruchu zarządzania dla obiektów papierowych, dokumentów z wykorzystaniem technologii znakowania dokumentów możliwymi do identyfikacji na odległość przez czytnik, w tym system odczytu umożliwiający identyfikację wielu etykiet znajdujących się jednocześnie w polu odczytu obejmujących co najmniej 100 000 obiektów papierowych. Tym samym dla zamawiającego kluczowe dla należytego wykonania zamówienia było wdrożenie i produkcyjne uruchomienie systemu RFID i w tym zakresie weryfikował doświadczenie. Z części jawnej oferty wynika, że przystępujący Comarch nie jest producentem urządzeń, z którymi ma być zintegrowany system zarządzania aktami. Biorąc powyższe pod uwagę oraz opierając się na załączniku nr 8 do pisma z dnia 9 listopada 2015r. tj. na zdaniu 2 akapitu 2 oraz pkt. 2) tego oświadczenia Izba uznała, że wbrew stanowisku przystępującego Comarch udostępniający jest przekonany o tym, że przystępujący posiada wystarczające doświadczenie dla realizacji przedmiotowego zamówienia. W ocenie Izby zatem udostępnienie to ma charakter formalny. Nadto w ocenie Izby udostępnienie warunków posiadania wiedzy i doświadczenia w tym konkretnym przypadku, kiedy przystępujący nie jest producentem urządzeń, ani nie wdrażał systemu RFID, nie może nastąpić realnie w inny sposób niż przez wykorzystanie zasobów podmiotu udostępniającego w bezpośredni sposób w celu należytego wykonania zamówienia. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że rację ma odwołujący Asseco, że nie doszło do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż wykonawca Comarch nie wykazał realnego udostępnienia zasobu doświadczenia. Niemniej jednak zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, w ocenie Izby jest przedwczesny, gdyż zamawiający nie wzywał tegoż wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Tym samym zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy nie potwierdził się. (str. 118 wyroku).

Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Ustawy. Odwołujący Asseco wykazał, że dokumenty złożone przez przystępującego Comarch w zakresie wykazania warunku wiedzy i doświadczenia zawierają błędy tj. nie potwierdzają realności udostępnienia potencjału doświadczenia. Izba dokonując analizy złożonych przez przystępującego Comarch do oferty, a objętych tajemnicą dokumentów również stwierdziła, że wykazu wykonanych usług wraz z

*dokumentami do niego dołączonymi zawiera w tym zakresie braki, co w konsekwencji potwierdziło zasadność zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy.(str. 122 wyroku).*

Uwzględniając zakres rozstrzygnięcia, jakie zapadło w wyroku z 10.12.2015 r. Izba uznała, iż zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania Comarch Polska S.A. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Ustawy nie zasługiwał na uwzględnienie.

Odwołujący zasadniczo naruszenia tych przepisów dopatrywał się w ocenie uzupełnionych dokumentów, które powinny wskazywać udział w realizacji zamówienia podmiotu udostępniającego doświadczenie, którego samodzielnie wykonawca nie posiada, jako jego podwykonawcy. Tylko w takiej sytuacji, zdaniem Odwołującego możliwe byłoby uznanie, iż udostępnienie potencjału podmiotu trzeciego ma charakter realny, tj. umożliwiający wykorzystanie jego zasobów w bezpośredni sposób w celu należytego wykonania zamówienia. O złożeniu nieprawdziwych informacji świadczyć ma rzekome antydatowanie uzupełnionego zobowiązania podmiotu udostępniającego doświadczenie.

Odnosnie oceny realności udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego Izba uznała, iż załączone do pisma z dnia 22.12.2015 r. oświadczenia potwierdzają możliwość skorzystania z doświadczenia (wiedzy, jaka płynie z doświadczenia) osób, które bezpośrednio uczestniczyły w realizacji umowy objętej udostępnioną referencją. Niewątpliwie o bezpośrednim charakterze skorzystania z potencjału świadczą informacje zawarte w załącznikach, które wprost odnoszą się do personelu, jaki miałby na ustalonych pomiędzy spółkami zasadach uczestniczyć w realizacji zamówienia na rzecz Zamawiającego z ramienia wykonawcy. Ponadto co najmniej część personelu została wskazana w ofercie, jako osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, co dodatkowo wzmocniało ocenę zobowiązania podmiotu trzeciego pod kątem realności udostępnienia zasobów. Słusznie wiedzę i doświadczenie podmiotu utożsamia się z wiedzą i doświadczeniem osób, które realizowały prace. Sam podmiot, jako osoba prawna nie posiada wiedzy, którą faktycznie posiadają pracownicy (współpracownicy). Na obecnym etapie nie ma podstaw do podważania wiarygodności zobowiązania złożonego wykonawcy przez podmiot udostępniający potencjał. Takich dowodów nie dostarcza treść dokumentów przedłożonych Zamawiającemu, który weryfikuje na ich podstawie, czy wykonawca rzeczywiście będzie posiadał wiedzę konieczną do wykonania zamówienia. Do takiego stwierdzenia uprawniały informacje zawarte w dokumentach uzupełnionych, które zawierały szczegółowe dane co do zasad, na jakich pracownicy podmiotu udostępniającego potencjał, którzy uczestniczyli w wykonaniu pracy referencyjnej, mieliby wykonywać zamówienie z ramienia wykonawcy.

Odnosząc się do tezy o złożeniu nieprawdziwych informacji, wywodzonej z faktu, który nie miał miejsca w stanie faktycznym wynikającym z uzupełnionych dokumentów, Izba uznała

zarzut oparty na tej tezie za niezasadny. Odwołujący zakładał, iż w złożonych Zamawiającemu w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy dokumentach zostało złożone nowe zobowiązanie podmiotu trzeciego, tj. drugie obok zobowiązania złożonego w ofercie. Jednocześnie Odwołujący wskazywał, iż wykonawca nie mógł posiadać dwóch zobowiązań o różnej treści w momencie złożenia oferty.

Uwzględniając okoliczności powołane przez Odwołującego Izba wskazuje, że uzupełnienie zobowiązania złożonego w ofercie może przybrać różną postać, np. przez złożenie dodatkowych dokumentów, które wprost będą odpowiadały na oczekiwania Zamawiającego wyrażone w wezwaniu. Jak uczy doświadczenie życiowe, nie zawsze treść deklaracji złożonej na piśmie oddaje w sposób precyzyjny ustalenia, jakie poprzedzały jej złożenie. Uzupełnienie w takiej sytuacji zobowiązania, poprzez doprecyzowanie informacji, które nie wynikały w sposób oczywisty z pierwotnej treści pisma złożonego w ofercie nie podważa faktu istnienia porozumienia między podmiotami, które uzgodniły przed terminem złożenia oferty przez jeden z nich zasady, na jakich miał on korzystać ze wsparcia podmiotu udostępniającego swój potencjał. W niniejszej sprawie nie doszło do antydatowania zobowiązania, gdyż uzupełnionym dokumentem było dodatkowe oświadczenie podmiotu udostępniającego potencjał wykazany w ofercie Comarch Polska S.A., korespondujące z treścią zobowiązania, w którym określono sposób wykorzystania jego zasobów przez Wykonawcę (w szczególności z pkt 2).

Mając na uwadze wskazane powyżej okoliczności faktyczne Izba uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy oddaliła odwołanie w całości.



O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis od odwołania oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego stwierdzone rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Odwołującego.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....