

Sygn. akt: KIO 2024/16

WYROK

z dnia 9 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 8 listopada 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 października 2016 r. przez wykonawcę **Cube.ITG S.A., Al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Ministerstwo Sprawiedliwości, Al. Ujazdowskie 11, 00-567 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Comarch Polska S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków,** zgłaszającego swój udział w sprawie o sygn. akt KIO 2014/16 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Cube.ITG S.A., Al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Cube.ITG S.A., Al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Ministerstwo Sprawiedliwości, Al. Ujazdowskie 11, 00-567 Warszawa (dalej: „Zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pt. „Utrzymanie, rozwój i szkolenia systemu Elektronicznego Postępowania Upominawczego (EPU)”.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2016/S 060-101665 w dniu 25 marca 2016 r.

13 października 2016 r. Zamawiający, drogą elektroniczną, zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu, w tym wykonawcę Cube.ITG S.A., Al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa (dalej: „Odwołujący” lub „Cube.ITG”), o jego wyniku, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta wykonawcy Comarch Polska S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków (dalej: „Przystępujący” lub „Comarch”).

24 października 2016 r. Cube.ITG wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na:

1. bezpodstawnym przyjęciu, iż przedłożenie w dniu 6 września 2016 r. oryginału Aneksu nr 1 do gwarancji wadium Comarch, stanowiącej wadium w przedmiotowym postępowaniu, stanowi prawidłowe wykonanie wezwania do przedłużenia ważności wadium,
2. dokonaniu jedynie pobieżnej weryfikacji spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Comarch w zakresie posiadania stosownych certyfikatów równoważnych do opisanych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”), (tj. do certyfikatu: 1) ITIL® Foundation, 2) OMG-Certified UML Professional Intermediate, 3) MCSD Web Applications oraz 4) Microsoft SQL Server

MCSA) dla osób wskazanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a przez to zaniechaniu wezwania wybranego wykonawcy do wyjaśnień dotyczących istnienia oraz cech certyfikatów równoważnych, co w konsekwencji spowodowało zaniechanie wykluczenia Comarch, względnie zaniechanie wezwania Comarch do uzupełnienia wykazu osób o osoby posiadające certyfikaty równoważne do certyfikatów określonych w specyfikacji,

3. bezprawnym zaniechaniu odtajnienia przez Zamawiającego informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa Comarch, w szczególności w zakresie wykazu usług, informacji zawartych w pismach zawierających wyjaśnienia/uzupełnienia oraz informacji o podstawie zastrzeżenia ww. części oferty oraz treści pism jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Opisanym wyżej czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucał naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia Comarch z uwagi na to, iż nie wniósł on wadium na przedłużony okres związania ofertą,
2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 4 oraz 24 ust. 2 pkt 3 i 26 ust. 3 ustawy poprzez:
 - zaniechanie ponownego wezwania wykonawcy Comarch do wyjaśnień pomimo, iż złożone uprzednio wyjaśnienia nie potwierdzają jednoznacznie równoważności certyfikatów wskazanych dla osób wskazanych do pełnienia ról: Główny analityk, Analityk 1, Analityk 2, Programista .NET 1, Programista .NET 2, Programista .NET 3, Inżynier baz danych 1, Inżynier baz danych 2, a także pomimo wyraźnej rozbieżności wskazanego certyfikatu Comarch Biblioteka Infrastruktury IT z certyfikatem ITIL® Foundation,
 - zaniechanie wykluczenia Comarch pomimo, iż złożył on nieprawdziwą informację w toku postępowania w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania odpowiednie certyfikaty przez osoby niezbędne do wykonania zamówienia, a informacja ta miała wpływ na wynik postępowania,
ewentualnie
 - zaniechanie wezwania do uzupełnienia wykonawcy Comarch w zakresie posiadania osób niezbędnych do wykonania zamówienia posiadających certyfikaty określone treścią ogłoszenia i SIWZ, a wskazane do pełnienia ról: Główny analityk, Analityk 1,

Analityk 2, Programista .NET 1, Programista .NET 2, Programista .NET 3, Inżynier baz danych 1, Inżynier baz danych 2,

3. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 i 2, art. 96 ust. 3 ustawy poprzez bezpodstawne nieodtajnienie informacji zawartych w dokumentacji postępowania, w szczególności zaś dokumentacji dotyczącej wykazu usług, informacji zawartych w pismach zawierających wyjaśnienia/uzupełnienia oraz informacji o podstawie zastrzeżenia ww. części oferty oraz treści pism jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. wezwanie Comarch do wyjaśnień treści dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
3. wykluczenia Comarch z postępowania z uwagi na złożenie przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, lub z uwagi na niewniesienie w stosownym terminie wadium na przedłużony okres związania ofertą,
4. w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę żądania określonego w pkt 3 - wezwania Comarch do uzupełnienia dokumentu zawierającego błędy (wykaz osób) w zakresie potwierdzającym spełnianie warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do następujących osób: Główny analityk, Analityk 1, Analityk 2, Programista .NET 1, Programista .NET 2, Programista .NET 3, Inżynier baz danych 1, Inżynier baz danych 2,
5. powtórzenia czynności oceny złożonych ofert;
6. odtajnienia treści opisanej powyżej dokumentacji postępowania.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca Cube.ITG wyjaśniał:

I. Zarzut dotyczący niewłaściwego przedłużenia ważności wadium Comarch

Odwołujący wyjaśniał, że z treści dokumentacji postępowania wynika, że w dniu 16 sierpnia 2016 r. Zamawiający - zgodnie z dyspozycją przepisu art. 85 ust. 4 ustawy - zwrócił się do wykonawców z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni wraz z jednoczesnym przedłużeniem wadium na wydłużony okres. Jako, iż termin składania ofert upłynął 30 czerwca pierwotny termin związania ofertą upływał 29 sierpnia 2016 r. Cube.ITG

twierdził, że w dokumentacji postępowania znajduje się dowód na złożenie w dniu 28 sierpnia 2016 r. korespondencji od Comarch, gdzie wskazano iż jednym z załączników jest Aneks nr 1 do gwarancji wadialnej. Jednocześnie jednak załączono też kopię tego Aneksu nr 1 (w 2 egz.), przy czym na jednej z nich widnieje adnotacja: „Otrzymałam oryginał 06.09.2016 /podpis/ J. K.”.

Odwołujący podnosił, iż pomimo kilkakrotnych prób uzyskania u Zamawiającego informacji, kiedy oryginał Aneksu do gwarancji w rzeczywistości wpłynął do Ministerstwa Sprawiedliwości (nie można bowiem wykluczyć, iż w przesłanej przez Comarch korespondencji znajdowała się jedynie kopia Aneksu), Odwołujący nie uzyskał potwierdzenia lub zaprzeczenia daty wpływu oryginału dokumentu do Zamawiającego. Stąd też - z ostrożności procesowej - wskazywał, iż na wypadek, gdyby okazało się jednak, iż w rzeczywistości oryginał Aneksu został przedłożony w dniu 6 września br., to uznać należałoby, iż wykonawca nie dopełnił obowiązku wynikającego z treści przepisu art. 85 ust. 4 ustawy (Wykonawca nie przedłużył ważności wadium wraz z przedłużeniem ważności oferty). W tej sytuacji wykonawca ten podlega wykluczeniu na mocy przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, gdyż nie wniósł on wadium na przedłużony okres związania ofertą.

II. Zarzut dotyczący certyfikatów równoważnych w ofercie Comarch

Zgodnie z SIWZ Zamawiający w ramach warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wskazał na obowiązek posiadania przez wykonawcę następujących osób spełniających określone wymagania:

a) 1 osoba w roli: **Główny analityk**

Wymagane kwalifikacje zawodowe:

- 1) posiada aktualny certyfikat IBM Certified Solution Designer - Object Oriented Analysis and Design, vUML 2 lub OMG-Certified UML Professional Intermediate lub równoważny*

oraz

- 2) posiada certyfikat co najmniej ITIL® Foundation lub równoważny*.

b) 2 osoby w roli: **Analityk**

Wymagane kwalifikacje zawodowe:

1) posiada aktualny certyfikat IBM Certified Solution Designer - Object Oriented Analysis and Design, vUML 2 lub OMG-Certified UML Professional Intermediate lub równoważny*

oraz

2) posiada certyfikat co najmniej ITIL® Foundation lub równoważny*.

c) 3 osoby w roli: **Programista .NET**

Wymagane kwalifikacje zawodowe:

Posiada certyfikat MCPD lub MCSD Web Applications lub równoważny*

d) 2 osoby w roli: **Inżynier baz danych (Programista T-SQL)**

Wymagane kwalifikacje zawodowe:

Posiada aktualny certyfikat minimum Microsoft SQL Server MCSA lub równoważny*.

Jednocześnie Zamawiający w SIWZ wskazał, iż: *Jako certyfikat równoważny Zamawiający rozumie przedstawienie przez wykonawcę certyfikatu, analogicznego co do zakresu wskazanego certyfikatu, co jest rozumiane jako:

- ✓ analogiczna dziedzina merytoryczna wynikająca z wiedzy, którą obejmuje certyfikat;
- ✓ analogiczny stopień poziomu kompetencji;
- ✓ analogiczny poziom doświadczenia zawodowego wymagany dla otrzymania danego certyfikatu (np.: konieczność wykazania się uczestnictwem w określonej liczbie projektów w danej roli, etc.);
- ✓ uzyskanie certyfikatu potwierdzone jest egzaminem.

W ocenie Odwołującego z treści częściowo odtajnionego przez Zamawiającego wykazu osób wynika, że we wskazanych powyżej rolach wszystkie osoby wskazane w ofercie Comarch legitymują się certyfikatami, które Comarch uznał za certyfikaty równoważne do wskazanych w SIWZ. I tak dla certyfikatu OMG-Certified UML Professional Intermediate jako równoważny wskazano certyfikat: Comarch Certified UML Professional Intermediate, dla certyfikatu ITIL® Foundation za równoważny uznano certyfikat Comarch Biblioteka Infrastruktury IT, dla certyfikatu MCSD Web Applications certyfikat CCSD Web Applications, zaś dla certyfikatu MCSA Microsoft SQL Server certyfikat CCSA SQL Server.

Zamawiający zwrócił się z wnioskiem o wyjaśnienia w zakresie potwierdzenia cech równoważności wskazanych certyfikatów, zaś Comarch takowe wyjaśnienia złożył. Tym niemniej w ocenie Odwołującego wyjaśnienia Comarch są pozorne, zaś ogólnodostępne informacje zawarte w programach szkoleniowych certyfikatów wskazanych w SIWZ w zestawieniu z wyjaśnieniami Comarch dot. certyfikatów równoważnych, a także informacje publicznie udostępniane przez Comarch na stronach internetowych przeczą tezom zawartym w treści wyjaśnień. W tym kontekście zdaniem Cube.ITG wyjaśnić należy, iż prawie wszystkie informacje zawarte w wyjaśnieniach Comarch są „żywcem” przepisane z publicznie dostępnych informacji na temat podstawowych certyfikatów. Jedyna rozbieżność „w opisie zakresu merytorycznego” certyfikatu dostrzec można w zakresie certyfikatów Comarch Biblioteka Infrastruktury IT oraz ITIL Foundation. Co więcej pomimo, iż na stronie internetowej Comarch (w samej treści wykazu jako podmiot przeprowadzający szkolenie wskazano Comarch ICT Institute, przy czym jak wynika z wykazu podmiotów z grupy kapitałowej twór ten nie stanowi odrębnego podmiotu posiadającego osobowość prawną, a zatem zdaniem Odwołującego należy zakładać, iż szkolenie prowadzone jest bezpośrednio przez firmę Comarch S.A.) znajduje się wiele różnych szkoleń, to w żaden sposób z informacji o szkoleniach znajdujących się w ofercie szkoleniowej Comarch nie wynika, aby były prowadzone tam szkolenia o programie chociażby zbliżonym merytorycznie do tych, na które powołuje się Comarch w swoich wyjaśnieniach. W tej sytuacji, biorąc pod uwagę w szczególności fakt, iż mówimy tutaj o przypadku, gdy Comarch „sam sobie” wystawia certyfikaty kwestia istnienia przedmiotowych szkoleń kończących się uzyskaniem konkretnego certyfikatu jest bardzo mocno wątpliwa. Odwołujący wskazywał, iż biorąc pod uwagę, iż informacje na temat istnienia wskazanych przez Comarch certyfikatów równoważnych Zamawiający uzyskał wyłącznie w ramach oświadczenia Wykonawcy (brak jest w ogólnodostępnym obiegu jakichkolwiek informacji zarówno o ogólnodostępnych szkoleniach kończących się uzyskaniem wskazanych certyfikatów jak i osób spoza grupy kapitałowej Comarch legitymującej się takim certyfikatem). Co więcej w żaden sposób nie ma możliwości zweryfikowania, czy baza wskazanych certyfikatów równoważnych w ogóle istnieje. Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający winien był dołożyć należytej staranności przy podejmowaniu decyzji dotyczącej równoważności certyfikatów. Jako że żadne z ww. pytań nie znajduje odzwierciedlenia w dokumentacji postępowania konieczne wydaje się być co najmniej usunięcie tych wątpliwości w drodze szczegółowych wyjaśnień, które w sposób niebudzący wątpliwości przesądziłyby o istnieniu wskazanych certyfikatów oraz o ich równoważności w stosunku do wskazanych przez Zamawiającego. Tym niemniej Odwołujący, na podstawie dostępnych materiałów opublikowanych w internecie (w tym na stronie

internetowej www.comarch.pl) wskazywał, iż praktycznie niemożliwym jest, aby wskazane certyfikaty rzeczywiście istniały. W szczególności zwracał uwagę na fakt, iż jednym z wymagań równoważności certyfikatu jest obowiązek zdania egzaminu. Otóż jak wskazuje „Regulamin świadczenia usług szkoleniowych”, który odnosi się do wszystkich dostępnych szkoleń prowadzonych przez Comarch jednym z obowiązków organizatora szkoleń jest: „Przeprowadzenie oceny szkolenia pod kątem: osiągnięcia zakładanych celów, doboru materiału i metod szkoleniowych, organizacji zaplecza i procesu szkoleniowego oraz pracy trenera/wykładowcy. Ocena jest prowadzona w postaci ankiety. Każdy uczestnik ma prawo wglądu do swojej oceny oraz ogólnej oceny szkolenia, w którym uczestniczył (§ 5 ust. 1 lit. g) Regulaminu). Co więcej, jak wynika z kolejnego postanowienia Regulaminu: obowiązkiem Comarch jest też: „wystawienie Uczestnikowi (pod warunkiem faktycznego udziału w zajęciach) imiennego certyfikatu i/lub zaświadczenia potwierdzającego uczestnictwo w Szkoleniu oraz zdobyte kwalifikacje”. Zdaniem Odwołującego z powyższego Regulamin świadczenia usług szkoleniowych na mocy którego realizowane są wszystkie szkolenia dostępne w ofercie Comarch wynika, że żadne ze szkoleń organizowanych przez Comarch nie wymaga zdania egzaminu, a jedynie uczestnictwa w szkoleniu, co wynika również z treści § 5 ust. 2 (Zobowiązania Uczestnika Szkolenia). Co więcej analiza poszczególnych Szkoleń dostępnych na stronie internetowej Comarch wskazuje, iż w żadnym przypadku nie jest przewidziane przeprowadzenie egzaminu. W opinii Cube.ITG wszystkie te argumenty wskazują, iż wbrew twierdzeniom Comarch nie były i nie są prowadzone szkolenia, których ukończenie pozwala na uzyskanie wskazanych przez Comarch w wykazie osób certyfikatów równoważnych, a w każdym bądź razie nie są to szkolenia kończące się egzaminem warunkującym otrzymanie certyfikatu, gdyż samo przeprowadzenie egzaminu jest wbrew treści Regulaminu świadczenia usług szkoleniowych Comarch. W tym stanie rzeczy należy wskazać, iż oznacza to, iż w ramach wyjaśnień Comarch złożył nieprawdziwe oświadczenie, które miało wpływ na wynik postępowania, co powinno skutkować jego wykluczeniem z postępowania. Odwołujący wskazywał, iż podanie nieprawdziwych informacji tak dotyczących posiadania przez wskazane osoby nieistniejących certyfikatów, jak i złożenie wyjaśnień wskazujących na równoważność tych certyfikatów z certyfikatami wymaganymi przez Zamawiającego w szczególności w zakresie konieczności zdania egzaminu musi skutkować uznaniem, iż mamy do czynienia z informacją mającą wpływ na wynik postępowania, gdyż informacje nieprawdziwe potwierdzają aktualnie spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Gdyby nie zostały złożone Comarch nie byłby w stanie potwierdzić spełnienia warunków udziału w postępowaniu i podlegałby wykluczeniu z postępowania. W ocenie Odwołującego w żaden sposób nie da się obronić tezy, iż informacje te mogły zostać w wyniku błędu, gdyż

wszystkie informacje dotyczące równoważności certyfikatów są zbyt rozbudowanymi informacjami, aby uznać, że przez przypadek zostały one wskazane na potrzeby tego postępowania, a nie w celu świadomego wprowadzenia w błąd Zamawiającego. W tym stanie rzeczy w opinii Cube.ITG Zamawiający zobowiązany jest do skorzystania z dyspozycji przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Z ostrożności procesowej - na wypadek nieuznanania przez Izbę zasadności argumentacji dotyczącej umyślności działań Comarch lub też wpływu na wynik postępowania Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu wezwania Comarch do uzupełnienia w zakresie dysponowania osobami posiadającymi stosowne certyfikaty wymagane przez Zamawiającego w SIWZ oraz ogłoszeniu o zamówieniu. Przy ewentualnym uzupełnieniu należy też wziąć pod uwagę, iż w żaden sposób Comarch nie wykazał dodatkowo potwierdzenia równoważności certyfikatów Comarch Biblioteka Infrastruktury IT oraz ITIL Foundation. Wśród wymaganych przez Zamawiającego elementów warunkujących uznanie równoważności certyfikatów są też m.in. analogiczna dziedzina merytoryczna wynikająca z wiedzy, którą obejmuje certyfikat oraz analogiczny stopień poziomu kompetencji. Odwołujący zwracał uwagę, iż w kontekście wskazanego przez Comarch zakresu merytorycznego certyfikat Comarch Biblioteka Infrastruktury IT nie pokrywa wymienionych poniżej obszarów które obligatoryjnie stanowią elementy szkolenia ITIL Foundation:

- Definicji dobrej praktyki
- Definicji wartości usługi IT
- Definicji gwarancji usługi IT
- Definicji użyteczności usługi IT
- Definicji Uzasadnienie Biznesowe
- Definicji Zmiany
- Typy zmian
- Typy zdarzeń
- Definicji Ról i odpowiedzialności zawartych w ITIL
- Matrycy ITIL
- Umowy SLA
- Typy umów SLA
- Typy klientów
- KEBD - Known Error Database

- SACM - Service asset and configuration management
- SKMS - Service Knowledge Management System

Mając na względzie tak dużą „lukę” w zakresie pomiędzy oboma certyfikatami zdaniem Odwołującego uznać więc należy, iż w żaden sposób nie da się uznać certyfikatu wystawianego przez Comarch z certyfikatem ITIL Foundation.

III. Zarzut dotyczący nieodtajnienia informacji niezawierających tajemnicy przedsiębiorstwa

W ocenie Odwołującego Zamawiający bezpodstawnie przyjął, iż złożony przez Comarch wykaz wykonanych usług wraz z wyjaśnieniami i uzupełnieniami, a także treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa - stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący wyjaśniał, że ma podstawy by przypuszczać, że wskazane w w/w wykazie zadania dotyczyły usług zrealizowanych na rzecz podmiotów publicznych, które ze swej istoty nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, albowiem nie jest w stosunku do nich możliwe wykazanie przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Informacje na temat zadań wykonanych na rzecz podmiotów publicznych są bowiem dostępne dla wszystkich zainteresowanych w trybie przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej, co wyklucza możliwość ich uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa. Uznając poczynione zastrzeżenie wraz z wyjaśnieniami i uzupełnieniami za zasadne Zamawiający zaniechał dopełnienia ciążących na nim obowiązków w zakresie prawidłowej i rzetelnej oceny prawidłowości poczynionego przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 8 sierpnia 2014 r. sygn. akt KIO 1542/14: „Zamawiający powinien przyłożyć wagę do wyjaśnień składanych przez wykonawców odnośnie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Musi ocenić, czy wykonawca faktycznie wykazał zasadność zastrzeżenia. Tylko wiarygodne wyjaśnienia stanowią podstawę do wyłączenia zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji”. Jednocześnie za niedopuszczalne należy uznać uznanie za prawidłowe objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa treści samego zastrzeżenia poczynionego przez wykonawcę. Wątpliwość co do dopuszczalności uznania samego zastrzeżenia za tajemnicę wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 11 maja 2015 r. (KIO 863/15), w którym stwierdziła, że nie może ulegać wątpliwości, że zasadność zastrzeżenia wyjaśnień należy oceniać przede wszystkim w kontekście ich treści, nie zaś na podstawie obserwacji funkcjonującej na rynku zamówień

publicznych praktyki, tym niemniej do opisywanego zjawiska należy podchodzić ze szczególną ostrożnością, mając chociażby na uwadze okoliczność, że informacje zawarte w wyjaśnieniach również muszą spełniać przesłanki określone w przepisie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na przedsiębiorcy dokonującym ich zastrzeżenia. Co więcej, interpretując literalnie przepis art. 8 ust. 3 p.z.p. należałoby dojść do kuriozalnego wniosku, że chcąc zastrzec także treść samych wyjaśnień, przedstawić do nich kolejne wyjaśnienie.

27 października 2016 r. do Izby, ze strony wykonawcy Comarch, wpłynęło pismo zawierające zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W toku rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania, po zapoznaniu się ze stanowiskiem Zamawiającego oraz przedstawionymi przez niego dowodami Odwołujący wycofał zarzut opisany w pkt I. dotyczący niewłaściwego przedłużenia ważności wadium przez wykonawcę Comarch.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody oraz stanowiska i oświadczenia stron a także uczestnika postępowania złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W toku rozprawy do Izby wpłynęły następujące dowody:

1. Wydruk z systemu Elektronicznego Obiegu Dokumentów Ministerstwa Sprawiedliwości – szczegóły pisma UNP:160826-01417 – wraz z pismem Comarch z dnia 25 sierpnia 2016 r., które zostało opatrzone prezentatą „Ministerstwo Sprawiedliwości Punkt Pobrań 2016-08-26”. Do ww. pisma został dołączony Aneks nr 1 do gwarancji wadialnej nr 7047/16 wystawionej dnia 29 czerwca 2016 r.
2. Korespondencja w formie e-mail pomiędzy S. K. – Centrum Szkoleniowe Comarch S.A. a Panem P. G., dotycząca oferty szkoleniowej Comarch.
3. Korespondencja w formie e-mail pomiędzy S. K. – Centrum Szkoleniowe Comarch S.A. a Panem A. F., dotycząca szkolenia w zakresie UML.
4. Korespondencja w formie e-mail pomiędzy W. C., pracownikiem firmy Comarch S.A. a Panem M. S., dotycząca Comarch ICT Institute.

5. Wydruk ze strony internetowej www.mapadotacji.gov.pl, w którym wskazano, że program „Comarch ICT Institute – program staży absolwenckich” był realizowany przez Comarch S.A. w ramach ZPORR (Zintegrowany Program Operacyjny Rozwoju Regionalnego) w latach 2007-2008.
6. Wydruki ze strony internetowej <http://www.omg.org/ocup-2/coveragemap-intermed.html> wraz z tłumaczeniem na język polski.
7. Oświadczenie z dnia 4 listopada 2016 r. podpisane przez Pana P. P. – Wiceprezesa Zarządu Comarch S.A. oraz Pana D. D. – Prokurenta Comarch S.A., działających w imieniu Comarch S.A. w którym oświadczyli, iż certyfikaty: Comarch Certified UML Profesional Intermediate, Comarch Biblioteka Infrastruktury IT, CCSD Web Applications, CCSA SQL Server są począwszy od dnia 1 stycznia 2015 r. wystawiane przez Comarch ICT Institute – instytut szkoleniowy, działający w ramach spółki CA Consulting S.A. z siedzibą w Warszawie, będącej jedną ze spółek zależnych GK Comarch. Podmiotem upoważnionym do udzielania szczegółowych informacji na temat powyższych certyfikatów, jak również związanych z nimi szkoleń i egzaminów jest CA Consulting S.A.
8. Certyfikaty: CCSD/2015/053 z dnia 16 stycznia 2015 r., CCSD/2015/051 z dnia 16 stycznia 2015 r., CCSD/2015/057 z dnia 16 stycznia 2015 r., CCSA/2016/026 z dnia 8 stycznia 2016 r., CCSA/2016/025 z dnia 8 stycznia 2016 r., CC-UML/2015/322, CC-BIIT/2015/205, CC-BIIT/2015/208, CC-UML/2015/319, CC-BIIT/2015/211, CC-UML/2015/320.
9. Protokół z dnia 7 listopada 2016 r., w formie aktu notarialnego (Repertorium A nr 4945/2016 r.) z czynności przeglądu zawartości strony internetowej <http://www.caconsulting.pl/pl>.
10. Polski Glosariusz ITIL wraz ze skrótami – wersja 1.0 z dnia 15 grudnia 2011 r., oparty na angielskim glosariuszu, wersja 1.0 z dnia 29 lipca 2011 r., pobrany ze strony internetowej www.itil-officialsite.com/internationalActivities/TranslatedGlossaries.aspx

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w

uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Odwołania nie zasługuje na uwzględnienie.

Jako pierwsze Izba rozpoznała zarzuty, dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 4 oraz 24 ust. 2 pkt 3 i 26 ust. 3 ustawy. Po przeprowadzeniu analizy zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy.

Z ustaleń Izby wynika, co nie było sporne między stronami, że Zamawiający w siwz w ramach warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wskazał na obowiązek posiadania przez wykonawcę następujących osób, spełniających określone wymagania:

b) 1 osoba w roli: **Główny analityk**

Wymagane kwalifikacje zawodowe:

- 1) posiada aktualny certyfikat IBM Certified Solution Designer - Object Oriented Analysis and Design, vUML 2 lub OMG-Certified UML Professional Intermediate lub równoważny*

oraz

- 2) posiada certyfikat co najmniej ITIL® Foundation lub równoważny*.

b) 2 osoby w roli: **Analityk**

Wymagane kwalifikacje zawodowe:

- 2) posiada aktualny certyfikat IBM Certified Solution Designer - Object Oriented Analysis and Design, vUML 2 lub OMG-Certified UML Professional Intermediate lub równoważny*

oraz

- 2) posiada certyfikat co najmniej ITIL® Foundation lub równoważny*.

c) 3 osoby w roli: **Programista .NET**

Wymagane kwalifikacje zawodowe:

- Posiada certyfikat MCPD lub MCSD Web Applications lub równoważny*

d) 2 osoby w roli: **Inżynier baz danych (Programista T-SQL)**

Wymagane kwalifikacje zawodowe:

Posiada aktualny certyfikat minimum Microsoft SQL Server MCSA lub równoważny*.

Również w specyfikacji Zamawiający sprecyzował, co rozumie pod pojęciem „certyfikat równoważny”. I tak: Zamawiający rozumie przedstawienie przez wykonawcę certyfikatu, analogicznego, co do zakresu wskazanego certyfikatu, co jest rozumiane jako:

- ✓ analogiczna dziedzina merytoryczna wynikająca z wiedzy, którą obejmuje certyfikat;
- ✓ analogiczny stopień poziomu kompetencji;
- ✓ analogiczny poziom doświadczenia zawodowego wymagany dla otrzymania danego certyfikatu (np.: konieczność wykazania się uczestnictwem w określonej liczbie projektów w danej roli, etc.);
- ✓ uzyskanie certyfikatu potwierdzone jest egzaminem.

Izba ustaliła również, co nie było sporne między stronami, że w wykazie „Potencjał kadrowy osoby zdolne do wykonania zamówienia” (str. 2 - 5, 7) Comarch w zakresie powyższych funkcji wskazał osoby legitymujące się certyfikatami równoważnymi do tych, wskazanych przez Zamawiającego w siwz., tj.:

- dla certyfikatu OMG-Certified UML Professional Intermediate jako równoważny wskazano certyfikat: Comarch Certfyied UML Professional Intermediate,
- dla certyfikatu ITIL® Foundation za równoważny uznano certyfikat Comarch Biblioteka Infrastruktury IT,
- dla certyfikatu MCSD Web Applications certyfikat CCSD Web Applications,
- dla certyfikatu MCSA Microsoft SQL Server certyfikat CCSA SQL Server.

W dokumentacji postępowania znajduje się wezwanie Zamawiającego z dnia 29 lipca 2016 r. do złożenia wyjaśnień, skierowane do Comarch, na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, w zakresie równoważności certyfikatów, którymi posługują się osoby na stanowiskach: Główny Analityk, Analityk, Programista .NET, Inżynier baz danych (Programista T-SQL). W odpowiedzi na ww. wezwanie w piśmie z dnia 4 sierpnia 2016 r. Comarch złożył stosowane wyjaśnienia, odnosząc się szczegółowo do każdego z certyfikatów z uwzględnieniem następujących punktów, tj.:

- analogiczna dziedzina merytoryczna wynikająca z wiedzy, którą obejmuje certyfikat;
- analogiczny stopień poziomu kompetencji;
- analogiczny poziom doświadczenia zawodowego wymagany dla otrzymania danego certyfikatu (np.: konieczność wykazania się uczestnictwem w określonej liczbie projektów w danej roli, etc.);
- uzyskanie certyfikatu potwierdzone jest egzaminem.

Podając, zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podstawę prawną rozstrzygnięcia zarzutów odwołania w pierwszej kolejności należy wskazać, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Według art. 26 ust. 3 ustawy zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie (...). Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 (ust. 4).

Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania zaś oświadczenia lub dokumenty potwierdzające: spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Izba uznała, że rozstrzygnięcie sporu w zakresie rozpoznawanych zarzutów wymaga odpowiedzi na pytanie, czy personel, tj. Główny Analityk, Analityk, Programista .NET, Inżynier baz danych (Programista T-SQL) wskazany przez Comarch w wykazie „Potencjał kadrowy osoby zdolne do wykonania zamówienia” (str. 2 - 5, 7) spełnia wymagania Zamawiającego opisane w specyfikacji? Izba stanęła na stanowisku, że na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej.

Na wstępie wskazać należy, że Zamawiający w specyfikacji nie sprecyzował żadnych wymagań, odnoszących się do charakteru wystawców certyfikatów równoważnych. W związku z tym należy uznać, że w ramach rozpoznawanego postępowania dopuszczalnym było posługiwanie się certyfikatami, których wystawcą był bądź sam wykonawca ubiegający się o zamówienie, bądź też podmiot wchodzący w skład tej samej grupy kapitałowej, co ubiegający się o zamówienie wykonawca.

Z taką sytuacją mamy do czynienia na gruncie rozpoznawanej sprawy, gdyż personel wskazany w ofercie Przystępującego, tj. Główny Analityk, Analityk, Programista .NET, Inżynier baz danych (Programista T-SQL) legitymuje się certyfikatami wystawionymi przez Comarch ICT Institute, który jest instytutem szkoleniowym, działający w ramach spółki CA Consulting S.A. z siedzibą w Warszawie, będącej jedną ze spółek zależnych GK Comarch.

Izba nie podziela stanowiska prezentowanego przez Odwołującego, co statusu Comarch ICT Institute. Zdaniem Odwołującego podmiot, Comarch ICT Institute działał jedynie w ramach programu staży absolwenckich, który rozciągał się w czasie pomiędzy 2007 a 2008 rokiem a następnie został zakończony i „zamknięty”. Izba zwraca uwagę, że przedłożone przez Odwołującego dowody odnoszą się wprost do programu „Comarch ICT Institute – program staży absolwenckich”, podczas gdy certyfikaty przedłożone przez Comarch zostały wydane przez podmiot Comarch ICT Institute. Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzić można jedynie, że w latach 2007-2008 funkcjonował program staży studenckich finansowanych ze środków ZPORR, jednak na podstawie powyższych informacji nie sposób przesądzić, że podmiot Comarch ICT Institute nie istnieje, a tym samym nie może wystawiać jakichkolwiek certyfikatów.

Odwołujący powoływał się również na twierdzenia Pana W. C., pracownika firmy Comarch S.A., który podał: „Projekt jest już dawno zamknięty. Był realizowany w ramach

ZPORR (...). Izba wskazuje, że oceniając wypowiedź Pana C. należy wziąć pod uwagę całość korespondencji w tej sprawie, a w szczególności tytuł maila (Projekty unijne Comarch) i treść zadanego pytania, która sugerowała, że zadający pytanie chciałby skorzystać z doświadczeń projektu „Comarch ICT Institute – program staży absolwenckich”.

Opisane powyższej twierdzenia stoją w oczywistej sprzeczności z wyjaśnieniami Comarch zawartymi w piśmie z dnia 4 sierpnia 2016 r. oraz treścią oświadczenia z dnia 4 listopada 2016 r., w którym jasno stwierdzono, że certyfikaty: Comarch Certified UML Professional Intermediate, Comarch Biblioteka Infrastruktury IT, CCSD Web Applications, CCSA SQL Server są począwszy od dnia 1 stycznia 2015 r. wystawiane przez Comarch ICT Institute – instytut szkoleniowy, działający w ramach spółki CA Consalting S.A. z siedzibą w Warszawie, będącej jedną ze spółek zależnych GK Comarch. Podmiotem upoważnionym do udzielania szczegółowych informacji na temat powyższych certyfikatów, jak również związanych z nimi szkoleń i egzaminów jest CA Consalting S.A.

Izba stwierdziła, że w rozpoznawanej sprawie prymat należy przyznać dowodowi w postaci oświadczenia Comarch, ponieważ zostało ono podpisane przez osoby uprawnione do składania tego rodzaju oświadczeń w imieniu Spółki, tj. przez Pana P. P. – Wiceprezesa Zarządu Comarch S.A. oraz Pana D. D. – Prokurenta Comarch S.A. Podczas gdy Odwołujący nie wykazał, że Pan W. C. jest osobą posiadającą odpowiednią wiedzę do składania oświadczeń w zakresie funkcjonowania podmiotu Comarch ICT Institute. Nie bez znaczenia jest również, że tytuł i treść zadanego przez nadawcę pytania mogła wprowadzić adresata w błąd.

Podsumowując Izba stwierdziła Przystępujący był uprawniony, aby posłużyć się osobami posiadającymi certyfikaty wystawione przez podmiot Comarch ICT Institute - instytut szkoleniowy, działający w ramach spółki CA Consalting S.A. z siedzibą w Warszawie, będącej jedną ze spółek zależnych Grupy Kapitałowej Comarch.

Kolejną kwestią wymagającą rozstrzygnięcia jest kwestia zakresu certyfikatów oraz konieczności uzyskania certyfikatu potwierdzonego egzaminem. W tym zakresie Izba również nie podziela stanowiska, prezentowanego przez Odwołującego oraz przedstawionej argumentacji, która jest niespójna. Odwołujący raz twierdzi, że informacje zawarte w wyjaśnieniach Comarch są praktycznie powieleniem informacji zawartych na ogólnodostępnej

stronie podstawowych certyfikatów, a innym razem (w zakresie certyfikatu Comarch Biblioteka Infrastruktury IT oraz ITIL Foundation) wskazuje na rozbieżności w opisie zakresu merytorycznego. Izba stwierdziła, że podobieństwo treści wyjaśnień Przystępującego do treści informacji zawartych na ogólnodostępnej stronie podstawowych certyfikatów nie przesądza o tym, że zaoferowane certyfikaty nie są prawidłowe w swojej warstwie merytorycznej.

Zaś, co do zakresie certyfikatu Comarch Biblioteka Infrastruktury IT to Przystępujący w toku rozprawy, w oparciu o treść glosariusza ITIL (złożonego jako dowód w sprawie) szczegółowo wyjaśnił, że ww. certyfikat pokrywa wszystkie obszary, które stanowią elementy szkolenia ITIL Foundation. I tak: „Dla przykładu wskazuje na definicję uzasadnienia biznesowego, który to termin został wyjaśniony na str. 17 glosariusza pod pojęciem strategia usług. Przystępujący zwraca uwagę, że w piśmie z dnia 04.08.2016 r. na str. 4 w cyklu życia usługi wskazano strategię usług. W odniesieniu do definicji dobrej praktyki wyjaśnia, że co prawda tego pojęcia nie ma w glosariuszu, ale cały zbiór szkoleń jest nakierowany na omówienie dobrych praktyk. Podnosi, że również certyfikat Comarch Biblioteka zaoferowany przez Przystępującego jest zbiorem dobrych praktyk. Wyjaśnia również, że w wyjaśnieniach z dnia 04.08.2016 r. zawarto stwierdzenie, że certyfikat jest zgodny z dobrymi praktykami opisanymi w bibliotece ITIL. Następnie wskazuje, że w odniesieniu do definicji gwarancji IT str. 150 glosariusza oraz str. 4 wyjaśnień przy użyteczności usługi str. 146 glosariusza – również strategia usług. Definicja zmiany str. 26 glosariusza, przekazanie usług str. 4 wyjaśnień. Następnie typ zmiany – str. 26 glosariusza – definicja zmiany str. 4 wyjaśnień. Typ zdarzeń znajduje się na str. 4 wyjaśnień pod pojęciem eksploatacja zdarzeniami, zarządzanie zdarzeniami. Definicja ról i odpowiedzialności zawartych w IT – argumentacja tożsama jak przy dobrych praktykach. Matryca IT – Przystępujący wyjaśnia, że Odwołujący nie zdefiniował tego pojęcie wobec tego przystępujący domyśla się, że chodzi o macierz odpowiedzialności, której definicja znajduje się na str. 101 glosariusza i jest zwarta w wyjaśnieniach na str. 4 pod poz. projektowanie usług. Umowy – str. 120 glosariusza – projektowanie usług na str.4 wyjaśnień. Typy umów – 120 str. glosariusza, zwraca uwagę, że rozciągają się one w całym certyfikacie, podobna argumentacja jak przy dobrych praktykach. Klient odbiorca – str. 44 glosariusza, strategia usług str. 4 wyjaśnień. Skrót KEBD baza znanych błędów znajduje się na str. 77 glosariusza, na str. 4 w eksplantacji usług. Skrót SACM – zarządzanie zasobami i konfiguracja usług – przekazanie usług str. 4 wyjaśnień i str. 115 glosariusza. Skrót SKMS – system zarządzania wiedzą o usługach, przekazywanie usług str. 4 wyjaśnień, glosariusz str. 120. Definicja wartości usług IT – strategia usług str. 4 wyjaśnień, natomiast w glosariuszu nie

ma jako takiego zdefiniowanego pojęcie, ponieważ rozciąga się ono na szereg pojęć w glosariuszu, argumentacja podobna jak przy dobrych praktykach i ITIL”.

Odnosząc się zaś do wymogu Zamawiającego, dotyczącego uzyskania certyfikatu potwierdzonego egzaminem stwierdzić należy, że Przystępujący w wykazie, dotyczącym potencjału kadrowego wskazał, że osoby na stanowiskach: Główny Analityk, Analityk, Programista .NET, Inżynier baz danych (Programista T-SQL) legitymują się certyfikatami równoważnymi do podstawowych wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ. Następnie na wezwanie Zamawiającego z dnia 29 lipca 2016 r. w piśmie z dnia 4 sierpnia 2016 r. Przystępujący wyjaśnił, że uzyskanie certyfikatów: Comarch Certified UML Professional Intermediate (str. 3 pisma), Comarch Biblioteka Infrastruktury IT (str. 5 pisma), CCSD Web Applications (str. 6 pisma), CCSA SQL Server (str. 7 pisma) zostało potwierdzone stosownymi egzaminami.

Podkreślenia wymaga, że w zakresie wymogu, dotyczącego certyfikatów Zamawiający nie żądał od wykonawców przedłożenia wraz z ofertą jakichkolwiek dokumentów, a oparł się jedynie na oświadczeniu składanym przez wykonawcę w formularzu, dotyczącym potencjału kadrowego.

Izba nie zgadza się z twierdzeniami Odwołującego, odnoszącymi się do kwestii uzyskania przez personel Przystępującego ww. certyfikatów potwierdzonych stosownymi egzaminami. Odwołujący oparł swoje twierdzenia na ogólnodostępnych informacjach pochodzących z internetu ze strony www.comarch.pl, między innymi na treści regulaminu świadczenia usług szkoleniowych oraz na treści korespondencji z Panem S, K., pracownikiem firmy Comarch.

Przede wszystkim wskazać należy, że nie ma racji Odwołujący twierząc, że ww. certyfikaty nie istnieją, ponieważ Przystępujący w toku rozprawy złożył ich kopie jako dowód do akt sprawy. Stosowne odpisy Izba przekazał pełnomocnikom Odwołującego. Nie sposób również uznać za trafną argumentację Odwołującego, poddającą w wątpliwość treść certyfikatów, z uwagi na ich numerację, powiązaną z określonymi datami wydania certyfikatów, tj. certyfikaty z sierpnia 2015 roku posiadają numery 320 i wyższe, natomiast z grudnia tego samego roku numery niższe np. 208. Odwołujący w toku rozprawy wskazywał również, iż niemożliwym jest odbycie 3 egzaminów w terminie 2 tygodni, bo jedynie taki termin jest

miarodajny w kontekście oświadczenia Comarch w którym wskazano, że Instytut Szkoleniowy ICT jest uprawniony do wystawiania certyfikatów od dnia 01.01.2015 r.

W tym zakresie za wiarygodne należy uznać wyjaśnienia Przystępującemu, który w toku rozprawy wskazał, że numery certyfikatów nie są ściśle powiązane z danym rokiem, a jedynie oznaczają numer kolejnego certyfikatu w danej dziedzinie wydanego przez podmiot. Zaś w zakresie treści złożonych certyfikatów wyjaśnił, że szkolenia nie musiały być przeprowadzone w 2015 roku, a mogły rozpocząć się wcześniej.

W ocenie Izby za błędną należy uznać także argumentację Odwołującego, zasadzającą się na tym, że Comarch w swojej ofercie szkoleniowej nie posiada szkoleń, kończących się wydaniem certyfikatów równoważnych do tych, wymaganych przez Zamawiającego. Odwołujący, opierając się na ogólnodostępnej ofercie szkoleniowej Comarch, zdaje się nie zauważać, że Przystępujący odwołuje się do certyfikatów wydanych przez instytut szkoleniowy Comarch ICT Institute, działający w ramach spółki CA Consulting z siedzibą w Warszawie, będącą jedną ze spółek należących do grupy kapitałowej Comarch. Z przedstawionego przez Przystępującego dowodu w postaci protokołu z dnia 7 listopada 2016 r. z czynności przeglądu zawartości strony internetowej ww. Spółki wprost wynika, że prowadzi ona działalność szkoleniową w ramach, której oferuje szkolenia z zakresu: Comarch Certified UML Professional Intermediate, Comarch Biblioteka Infrastruktury IT, CCSD Web Applications, CCSA SQL Server, które kończą się uzyskaniem certyfikatu, potwierdzonym stosownym egzaminem.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że Zamawiający nie miał podstaw, aby uznać, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. Główny Analityk, Analityk, Programista .NET, Inżynier baz danych (Programista T-SQL), posiadającymi wymagane przez Zamawiającego, określone kwalifikacje zawodowe. Tym samym nie wystąpiła konieczność zastosowania procedury opisanej w 26 ust 3 i 4 Pzp.

W związku z tym nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 4 oraz 24 ust. 2 pkt 3 i 26 ust. 3 Pzp.

Jako ostatni Izba rozpoznała zarzut art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy poprzez bezpodstawne nieodtajnienie informacji zawartych w dokumentacji postępowania, w szczególności zaś dokumentacji dotyczącej wykazu usług, informacji zawartych w pismach

zawierających wyjaśnienia/uzupełnienia oraz informacji o podstawie zastrzeżenia ww. części oferty oraz treści pism jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Po przeprowadzeniu badania zasadności zgłoszonych zarzutów Izba uznała, że zarzuty potwierdziły się jedynie w części.

Izba wskazuje, iż treść art. 8 ust. 1 Pzp formułuje zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia.

Wyjątek od powyższej zasady wprowadza art. 8 ust. 3 Pzp, który stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 3, co oznacza, że wykonawca nie może zastrzec nazwy (firmy), adresu oraz informacji dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofercie.

W świetle art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503) - dalej: „u.z.n.k.” - przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się 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.

Wobec tego aby określoną 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.

Izba wskazuje, że zgodnie z wyrażoną w art. 8 ust. 1 Pzp zasadą postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Wobec tego, wyjątki od tej zasady winny być ściśle uzasadnione, a wykonawcy z daleko posuniętą ostrożnością powinni decydować o zastrzeżeniu poszczególnych informacji w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Podkreślić należy, że tajemnicą przedsiębiorstwa nie mogą być objęte wszystkie informacje, jakie zostaną za takie uznane przez podmiot, który nimi dysponuje. Podmiot ten musi być przygotowany na uzasadnienie wartości tych informacji, a przede wszystkim ich wyjątkowego charakteru, jaki uzasadnia konieczność ich utajnienia już na etapie składania ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe wskazać należy, że treść przepisu art. 8 ust. 3 Pzp, w przypadku zamiaru zastrzeżenia przez wykonawcę określonych informacji zawartych w ofercie, z uwagi na zawartą w nich tajemnicę przedsiębiorstwa, nakłada na wykonawcę, już na etapie składania oferty, obowiązek zadeklarowania jakie dokumenty i w jakim zakresie są objęte ww. tajemnicą. Podkreślić należy, że jednocześnie ze złożeniem oświadczenia wykonawca powinien wykazać, że zastrzeżone informacje, spełniają łącznie wszystkie przesłanki wymienione w przepisie art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Zatem niezbędne jest nie tylko sprecyzowanie rodzaju informacji, ale przede wszystkim wykazanie przez wykonawcę, iż posiada ona konkretną wartość gospodarczą oraz, że wykonawca podjął działania mające na celu zachowanie w poufności takiej informacji.

Rolą Zamawiającego w takim przypadku jest przeprowadzenie każdorazowo indywidualnego badania, odnoszącego się do każdego z dokumentów zastrzeżonych. Celem weryfikacji powinno być rozstrzygnięcie kwestii, czy spełnione zostały wszystkie przesłanki konieczne do uznania określonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przed wszystkim wskazać należy, że ocenie Izby w ramach postępowania odwoławczego, podlegała prawidłowość czynności Zamawiającego, który uznał, że Przystępujący w toku postępowania o udzielenie zamówienia wykazał, czego wymaga art. 8 ust. 3 Pzp, że zastrzeżone informacje posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym samym zasługują na ochronę.

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy stwierdzić należy, że Przystępujący objął klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa” m. in. informacje zawarte w wykazie usług oraz załączone do nich dokumenty referencji, pismo z dnia 30 czerwca 2016 r., zawierające

argumentację dotyczącą zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa a także dokumenty, dotyczące określonego potencjału podmiotu trzeciego. Ponadto klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa” objęto również część wyjaśnień zawartych w piśmie z dnia 4 sierpnia 2016 r. a także wyjaśnienia z dnia 23 sierpnia 2016 r.

Po przeprowadzeniu analizy opisanych powyżej dokumentów Izba doszła do przekonania, że jedynie wybrane informacje, znajdujące się ww. dokumentach, spełniają przesłanki, pozwalające na zakwalifikowanie ich do zbioru informacji, zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów u.z.n.k.

W ocenie Izby za takie należy uznać przede wszystkim informacje zawarte przez Przystępującego w wykazie usług oraz załączone do nich dokumenty referencji, a także informacje, dotyczące określonego potencjału Przystępującego. Izba zwraca uwagę, że informacje w zakresie doświadczenia określonego podmiotu, a także fakt współpracy z danymi partnerami bez wątpienia posiada dla wykonawcy określoną, wymierną wartość gospodarczą. Natomiast w wyjaśnieniach z dnia 4 sierpnia 2016 r. (str. 1-2) Przystępujący wyjaśnił, że ww. informacje nie są publicznie dostępne. W aktach rozpoznawanego postępowania znajduje się oświadczenie, zobowiązujące Przystępującego do zachowania w poufności informacji, związanych z udostępnionym potencjałem. W związku z powyższym Izba uznała, że w odniesieniu do informacji znajdujących się w wykazie usług oraz dokumentów referencji, a także w odniesieniu do informacji dotyczących określonego potencjału podmiotu trzeciego, zostały prawidłowo wypełnione wszystkie przesłanki wymienione w przepisie art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Tym samym ww. informacje nie powinny być ujawnione przez Zamawiającego.

Odnosząc się do pozostałych nieujawnionych informacji Izba wskazuje, że nie posiadają one waloru informacji, które powinny podlegać ochronie. W związku z tym Zamawiający powinien ujawnić lwią część pism z dnia 30 czerwca 2016 r. oraz 23 sierpnia 2016 r. z tym zastrzeżeniem, że w poufności powinny pozostać jedynie te ich fragmenty, które zawierają informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, opisane powyżej. Należy jedynie zwrócić uwagę, że nie mają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa chociażby szeroko cytowane przez Przystępującego orzeczenia Izby czy też sądów powszechnych.

Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający, zachowując w poufności całość ww. pism Przystępującego naruszył przepis art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 Pzp. Jednakże, w ocenie Izby, powyższe naruszenie nie może mieć istotnego wpływu na wynik prowadzonego

postępowania, gdyż ujawnienie treści ww. pism mogłoby prowadzić jedynie do podniesienia przez Odwołującego zarzutów, odnoszących się do zachowania w poufności informacji zawartych w wykazie wykonanych usług oraz w referencjach, podczas gdy Izba w ramach prowadzonego postępowania odwoławczego rozstrzygnęła już zarzuty z tym zakresie.

W związku z tym brak było podstaw do uwzględnienia odwołania na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wyniki postępowania o udzielenie zamówienia.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 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).

.....