

Sygn. akt: KIO 1169/12

Sygn. akt: KIO 1182/12

Sygn. akt: KIO 1193/12

Sygn. akt: KIO 1208/12

Sygn. akt: KIO 1212/12

## WYROK

z dnia 28 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Emil Kuriata  
**Członkowie:** Luiza Łamejko  
Lubomira Matczuk - Mazuś  
**Protokolant:** Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawach w dniach 20 i 26 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 05.06.2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Consortia Sp. z o.o., Infovide-Matrix S.A., Bytomska Spółka Informatyczna COIG-4, 03 – 301 Warszawa, Ul. Jagiellońska 74 (KIO 1169/12)**
- B. w dniu 06.06.2012 r. przez wykonawcę **Integrated Solutions Sp. z o.o. , 00 – 014 Warszawa, ul. Moniuszki 1A (KIO 1182/12)**
- C. w dniu 08.06.2012 r. przez wykonawcę **SKG S.A., 43 – 309 Bielsko – Biała, Al. Armii Krajowej 336 (KIO 1193/12)**
- D. w dniu 08.06.2012 r. przez wykonawcę **CA Consulting S.A., 02 – 001 Warszawa, Al. Jerozolimskie 81(KIO 1208/12)**
- E. w dniu 08.06.2012 r. przez wykonawcę **Asseco Poland S.A., 35 – 322 Rzeszów, ul. Olchowa 14 (KIO 1212/12)**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Minister Finansów reprezentowany przez Dyrektora Izby Celnej w Krakowie, 31 – 111 Kraków, Al. Krasińskiego 11B,**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Integrated Solutions Sp. z o.o., 00 – 014 Warszawa, ul. Moniuszki 1A**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1169/12, KIO 1208/12 - po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy **CA Consulting S.A., 02 – 001 Warszawa, Al. Jerozolimskie 81**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1169/12, KIO 1182/12, KIO 1193/12, KIO 1212/12 - po stronie zamawiającego,
- C. wykonawcy **Asseco Poland S.A., 35 – 322 Rzeszów, ul. Olchowa 14**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1169/12, KIO 1182/12, KIO 1193/12, KIO 1208/12 - po stronie zamawiającego,
- D. wykonawcy **SKG S.A., 43 – 309 Bielsko – Biała, Al. Armii Krajowej 336**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego KIO 1212/12 - po stronie odwołującego,
- E. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Consortia Sp. z o.o., Infovide-Matrix S.A., Bytomska Spółka Informatyczna COIG-4, 03 – 301 Warszawa, Ul. Jagiellońska 74**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1212/12 - po stronie zamawiającego,
- F. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., Ericpol Sp. z o.o., Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., 01 – 687 Warszawa, ul. Lektykarska 29** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1212/12 - po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Consortia Sp. z o.o., Infovide-Matrix S.A., Bytomska Spółka Informatyczna COIG-4, 03 – 301 Warszawa, Ul. Jagiellońska 74 (KIO 1169/12) i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Consortia Sp. z o.o., Infovide-Matrix S.A., Bytomska Spółka Informatyczna COIG-4, oraz dokonanie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Consortia Sp. z o.o., Infovide-Matrix S.A., Bytomska Spółka Informatyczna COIG-4,**

2. **Uwzględnia odwołanie** wniesione przez wykonawcę: **Integrated Solutions sp. z o.o., 00 – 014 Warszawa, ul. Moniuszki 1A (KIO 1182/12)** i nakazuje zamawiającemu: **unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy Integrated Solutions sp. z o.o. oraz dokonanie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Integrated Solutions sp. z o.o.,**
  3. **Oddala odwołanie** wniesione przez wykonawcę: **SKG S.A., 43 – 309 Bielsko – Biała, Al. Armii Krajowej 336 (KIO 1193/12),**
  4. **Oddala odwołanie** wniesione przez wykonawcę: **CA Consulting S.A., 02 – 001 Warszawa, Al. Jerozolimskie 81(KIO 1208/12),**
  5. **Uwzględnia odwołanie** wniesione przez wykonawcę: **Asseco Poland S.A., 35 – 322 Rzeszów, ul. Olchowa 14 (KIO 1212/12)** i nakazuje zamawiającemu: **unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., Ericpol Sp. z o.o., Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. oraz dokonanie czynności badania i oceny ofert.**
2. Kosztami postępowania obciąża:
- A. wykonawców: **CA Consulting S.A., 02 – 001 Warszawa, Al. Jerozolimskie 81 oraz Asseco Poland S.A., 35 – 322 Rzeszów, ul. Olchowa 14 (sygn. akt KIO 1169/12),**
  - B. wykonawcę: **Asseco Poland S.A., 35 – 322 Rzeszów, ul. Olchowa 14, (sygn. akt KIO 1182/12),**
  - C. wykonawcę: **SKG S.A., 43 – 309 Bielsko – Biała, Al. Armii Krajowej 336 (KIO 1193/12)**
  - D. wykonawcę: **CA Consulting S.A., 02 – 001 Warszawa, Al. Jerozolimskie 81 (KIO 1208/12),**
  - E. zamawiającego – **Minister Finansów reprezentowany przez Dyrektora Izby Celnej w Krakowie, 31 – 111 Kraków, Al. Krasińskiego 11B (KIO 1212/12),**

i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę:

- A. **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Consortia Sp. z o.o., Infovide-Matrix S.A., Bytomska Spółka Informatyczna COIG-4, 03 – 301 Warszawa, Ul. Jagiellońska 74 (KIO 1169/12)** tytułem wpisu od odwołania,
- B. **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Integrated Solutions Sp. z o.o. , 00 – 014 Warszawa, ul. Moniuszki 1A (KIO 1182/12)** tytułem wpisu od odwołania,
- C. **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Integrated Solutions Sp. z o.o. , 00 – 014 Warszawa, ul. Moniuszki 1A (KIO 1182/12)** tytułem wpisu od odwołania,
- D. **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **CA Consulting S.A., 02 – 001 Warszawa, Al. Jerozolimskie 81 (KIO 1208/12)** tytułem wpisu od odwołania,
- E. **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Asseco Poland S.A., 35 – 322 Rzeszów, ul. Olchowa 14 (KIO 1212/12)** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza:

- A. od wykonawców: **Asseco Poland S.A., 35 – 322 Rzeszów, ul. Olchowa 14 oraz CA Consulting S.A., 02 – 001 Warszawa, Al. Jerozolimskie 81** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Consortia Sp. z o.o., Infovide-Matrix S.A., Bytomska Spółka Informatyczna COIG-4, 03 – 301 Warszawa, Ul. Jagiellońska 74** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego obejmującą wpis od odwołania oraz wynagrodzenie pełnomocnika (**KIO 1169/12**), w tym:
  - A.1. od wykonawcy **Asseco Poland S.A., 35 – 322 Rzeszów, ul. Olchowa 14** kwotę **9 300 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy),
  - A.2. od wykonawcy **CA Consulting S.A., 02 – 001 Warszawa, Al. Jerozolimskie 81** kwotę **9 300 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy),
- B. od wykonawcy: **Asseco Poland S.A., 35 – 322 Rzeszów, ul. Olchowa 14**, na rzecz wykonawcy: **Integrated Solutions Sp. z o.o., 00 – 014 Warszawa, ul. Moniuszki 1A** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania (**sygn. akt KIO 1182/12**),

- C. od wykonawcy: **SKG S.A., 43 – 309 Bielsko – Biała, Al. Armii Krajowej 336** na rzecz wykonawcy **Asseco Poland S.A. w Rzeszowie (35-322), ul. Olchowa 14** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (**KIO 1193/12**),
- D. od wykonawcy: **CA Consulting S.A., 02 – 001 Warszawa, Al. Jerozolimskie 81** na rzecz zamawiającego: **Minister Finansów reprezentowany przez Dyrektora Izby Celnej w Krakowie, 31 – 111 Kraków, Al. Krasińskiego 11B** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (**KIO 1208/12**),
- E. od zamawiającego – **Minister Finansów reprezentowany przez Dyrektora Izby Celnej w Krakowie, 31 – 111 Kraków, Al. Krasińskiego 11B** na rzecz wykonawcy: **Asseco Poland S.A. w Rzeszowie (35-322), ul. Olchowa 14** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (**KIO 121212**),

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Minister Finansów reprezentowany przez Dyrektora Izby Celnej w Krakowie, Al. Krasińskiego 11B; 31-111 Kraków, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zaprojektowanie, wykonanie, dostawę, instalację, wdrożenie i wsparcie utrzymania oraz rozwój Systemu ZEFIR 2” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 grudnia 2011 roku pod numerem 2011/S 247-401470.

Zamawiający dnia 28 maja 2012 roku poinformował wykonawców o wynikach prowadzonego postępowania, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu wykonawców i odrzuceniu ofert.

### **Sygn. akt KIO 1169/12**

Dnia 5 czerwca 2012 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Consortia sp. z o.o. (Lider), Infovide-Matrix S.A., Bytomska Spółka Informatyczna COIG-4 z siedzibą dla lidera: 03-301 Warszawa, ul. Jagiellońska 74 (zwani dalej „odwołującym” lub „konsorcjum Consortia”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez błędne uznanie, iż odwołujący nie wniósł skutecznie wadium, czego skutkiem stało się wykluczenie odwołującego z postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodów z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności tam przywołane oraz zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż oferta odwołującego była ofertą najtańszą spośród wszystkich złożonych w postępowaniu ofert, a na skutek niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, odwołujący może ponieść szkodę w postaci pozbawienia go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Kopię odwołania, odwołujący przekazał zamawiającemu w dniu 5 czerwca 2012 roku.

Zamawiający, dnia 6 czerwca 2012 roku przekazał wykonawcom kopię odwołania.

Dnia 6 czerwca 2012 roku do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego - zgłosił przystąpienie wykonawca Integrated Solutions sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Dnia 8 czerwca 2012 roku do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego - zgłosili przystąpienie wykonawcy:

- CA Consulting S.A. z siedzibą w Warszawie,
- Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie.

Dnia 11 czerwca 2012 roku do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego - zgłosił przystąpienie wykonawca SKG S.A. z siedzibą w Bielsku Białej.

Zamawiający, pismem z dnia 15 czerwca 2012 roku oświadczył, iż uwzględni w całości zarzuty odwołania.

Wykonawcy zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego, pismem z dnia 15 czerwca 2012 roku wezwani zostali do zajęcia stanowiska w zakresie wniesienia sprzeciwu do uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Pismem z dnia 18 czerwca 2012 roku wykonawcy:

- 1) CA Consulting S.A. z siedzibą w Warszawie,
- 2) Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie,
- 3) SKG S.A. z siedzibą w Bielsku Białej,

wnieśli sprzeciw od czynności zamawiającego uwzględniającej zarzuty odwołania.

### **Sygn. akt KIO 1182/12**

Dnia 6 czerwca 2012 roku wykonawca Integrated Solutions so. z o.o., ul. Moniuszki 1a; 00-014 Warszawa (zwany dalej „*odwołującym*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie: art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że podanie w uzupełnionym wykazie dostaw i usług daty późniejszej niż termin składania ofert, oznacza, że wykonawca nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, podczas gdy referencyjne usługi wskazane w uzupełnionym wykazie zostały wykonane przed terminem składania ofert, a tym samym dokument ten, potwierdza spełnienie warunków udziału w postępowaniu na dzień, w którym upłynął termin składania ofert.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny oferty odwołującego,
- 2) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty,
- 3) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 4) dokonania ponownej oceny oferty odwołującego.



Odwołujący oświadczył, iż jest wykonawcą, którego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku bowiem w przypadku, gdyby zamawiający nie wykluczył odwołującego z postępowania, jego oferta mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą.

Kopię odwołania, odwołujący przekazał zamawiającemu w dniu 6 czerwca 2012 roku.

Zamawiający, dnia 6 czerwca 2012 roku przekazał wykonawcom kopię odwołania.

Dnia 8 czerwca 2012 roku do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego - zgłosili przystąpienie wykonawcy:

- CA Consulting S.A. z siedzibą w Warszawie,
- Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie.

Dnia 11 czerwca 2012 roku do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego - zgłosił przystąpienie wykonawca SKG S.A. z siedzibą w Bielsku Białej.

Zamawiający, pismem z dnia 15 czerwca 2012 roku oświadczył, iż uwzględni w całości zarzuty odwołania.

Wykonawcy zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego, pismem z dnia 15 czerwca 2012 roku wezwani zostali do zajęcia stanowiska w zakresie wniesienia sprzeciwu do uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Pismem z dnia 18 czerwca 2012 roku wykonawcy:

- 1) Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie,
- 2) SKG S.A. z siedzibą w Bielsku Białej,

wnieśli sprzeciw od czynności zamawiającego uwzględniającej zarzuty odwołania.

### **Sygn. akt KIO 1193/12**

Dnia 8 czerwca 2012 roku wykonawca SKG S.A., Al. Armii Krajowej 336; 43-309 Bielsko-Biała (zwany dalej „*odwołującym*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego, która zgodnie z przepisami Pzp nie podlega odrzuceniu;
2. Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przez zamawiającego poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodującej istotnej zmiany w treści oferty, co skutkowało odrzuceniem oferty odwołującego;
3. Art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego w toku badania i oceny oferty do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, który to brak skutkowało niezgodnym z przepisami prawa odrzuceniem oferty;
4. Art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty Asseco Poland S.A., jako najkorzystniejszej, podczas gdy nie zawiera ona najniższej ceny będącej jedynym kryterium wyboru.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na badaniu i ocenie ofert oraz odrzuceniu oferty odwołującego i wyborze oferty Asseco Poland S.A.;
- 2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego, po uprzednim poprawieniu omyłki w treści jego oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;
- 3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania.

Odwołujący wskazał, iż posiada oczywisty interes w złożeniu odwołania i uzyskaniu zamówienia, gdyż jego oferta zawiera najniższą cenę spośród ofert nieodrzuconych, a więc powinna zostać wybrana, co uniemożliwiły niezgodne z prawem czynności zamawiającego. Ponadto odwołujący, będący twórcą lub współtwórcą większości systemów celnych dla polskiej administracji celnej, może poprzez realizację zamówienia wykorzystać swoje długoletnie doświadczenie w tej materii i potencjał zatrudnionej kadry i z tych względów, licząc na uzyskanie zamówienia, złożył w ww. postępowaniu ofertę.

Kopię odwołania, odwołujący przekazał zamawiającemu w dniu 6 czerwca 2012 roku.

Zamawiający, dnia 8 czerwca 2012 roku przekazał wykonawcom kopię odwołania.

Dnia 11 czerwca 2012 roku do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego - zgłosili przystąpienie wykonawcy:

- CA Consulting S.A. z siedzibą w Warszawie,
- Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie.

Zamawiający, pismem z dnia 15 czerwca 2012 roku oświadczył, iż uwzględni w całości zarzuty odwołania.

Wykonawcy zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego, pismem z dnia 15 czerwca 2012 roku wezwani zostali do zajęcia stanowiska w zakresie wniesienia sprzeciwu do uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Pismem z dnia 18 czerwca 2012 roku wykonawcy:

- 1) Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie,
- 2) CA Consulting S.A. z siedzibą w Warszawie,

wnieśli sprzeciw od czynności zamawiającego uwzględniającej zarzuty odwołania.

### **Sygn. akt KIO 1208/12**

Dnia 8 czerwca 2012 roku wykonawca CA Consulting S.A., Al. Jerozolimskie 81; 02-001 Warszawa (zwany dalej „odwołującym”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od:

1. Niezgodnej z przepisami ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane czynności wykluczenia odwołującego z postępowania wobec uznania, iż odwołujący nie wykazał

spełniania warunków udziału w postępowaniu w oparciu o treść dokumentu referencyjnego oraz od przyjęcia, że z treści dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług ma wynikać szczegółowa informacja o przedmiocie wykonanej umowy, a w konsekwencji od oczekiwania od odwołującego przedłożenia dokumentu, który nie jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania - podczas gdy przedłożone dokumenty referencyjne wskazują, iż odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia;

2. Niezgodnej z przepisami ustawy czynności zaniechania wykluczenia z postępowania Integrated Solutions sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie ze względu na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu **z dodatkowego powodu**, a mianowicie błędnego przyjęcia przez zamawiającego, że wykonawca ten udowodnił zamawiającemu dysponowanie zasobami udostępnionymi przez podmiot trzeci, oraz od zaniechania uznania jego oferty za odrzuconą tego dodatkowego powodu;
3. Niezgodnej z przepisami ustawy czynności zaniechania odtajnienia części wykazu usług i dokumentów referencyjnych znajdujących się w ofercie Integrated Solutions potwierdzających wykonanie zamówienia na rzecz podmiotu z sektora finansów publicznych, podczas gdy umowy zawierane przez tego rodzaju podmioty są jawne z mocy ustawy, wskutek czego nie mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa;
4. Prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 25 ust 1 ustawy oraz § 1 ust. 1 pkt. 3 rozporządzenia - poprzez jego zastosowanie na skutek błędnego przyjęcia, iż odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o treść dokumentu referencyjnego, podczas gdy przedłożony w ofercie „Wykaz wykonanych usług” oraz dokumenty referencyjne wskazują, iż odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia;
2. Naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2 b i art. 24 ust. 4 ustawy - poprzez jego niezastosowanie w stosunku do Integrated Solutions z dodatkowego powodu wskutek błędnego przyjęcia, że wykonawca ten udowodnił zamawiającemu dysponowanie zasobami udostępnionymi przez podmiot trzeci, a w konsekwencji zaniechania uznania jego oferty za odrzuconą z tego dodatkowego powodu;
3. Naruszenie art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy poprzez zaniechania odtajnienia części wykazu usług i dokumentów referencyjnych znajdujących się w ofercie Integrated Solutions potwierdzających wykonanie zamówienia na rzecz podmiotu z sektora finansów publicznych, podczas gdy umowy zawierane przez tego rodzaju podmioty są jawne

z mocy ustawy, wskutek czego nie mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa oraz zaniechanie odtajnienia zobowiązań podmiotu trzeciego do udostępnienia Integrated Solutions publicznej referencji, podczas gdy podmiot udostępniający doświadczenie wynikające z umowy zawartej z jednostką sektora finansów publicznych jest jawny i wiedza, iż jest lub był stroną takiej umowy jest powszechnie dostępna;

4. Naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy i zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji - poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, pomimo że wykazał on spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Asseco Poland S.A.,
- 2) unieważnianie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania,
- 3) dokonania wykluczenia Integrated Solutions ze względu na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu **z dodatkowego powodu**, polegającego na nieudowodnieniu dysponowania zasobami udostępnionymi przez podmiot trzeci i nakazanie uznania jego oferty za odrzuconą tego dodatkowego powodu,
- 4) odtajnienia znajdujących się w ofercie Integrated Solutions części wykazu i referencji oraz zobowiązań podmiotu trzeciego udostępniającego doświadczenie związane z umową wykonaną na rzecz jednostki sektora finansów publicznych,
- 5) dokonanie ponownej oceny ofert ww. zakresie,
- 6) nakazanie dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, iż ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Czynności zamawiającego uniemożliwiają uzyskanie przez odwołującego zamówienia. Gdyby zamawiający nie naruszył przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu, oferta odwołującego mogłaby zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Naruszenie ww. przepisów ustawy przez zamawiającego uniemożliwia odwołującemu wybór jego oferty jako najkorzystniejszej i uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Kopię odwołania, odwołujący przekazał zamawiającemu w dniu 8 czerwca 2012 roku.

Zamawiający, dnia 8 czerwca 2012 roku przekazał wykonawcom kopię odwołania.

Dnia 11 czerwca 2012 roku do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego - zgłosili przystąpienie wykonawcy:

- Integrated Solutions sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie,
- Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie.

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

**Sygn. akt KIO 1212/12**

Dnia 8 czerwca 2012 roku wykonawca Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14; 35-322 Rzeszów (zwany dalej „odwołującym”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wobec zaniechań i czynności zamawiającego podjętych w toku postępowania, tj. wobec:

- 1) wadliwego sporządzania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty poprzez niepodanie uzasadnienia faktycznego wykluczenia wykonawców i odrzucenia ofert, co stanowi naruszenie przepisu art. 92 ust. 1 ustawy Pzp;
- 2) przyjęcia jako faktycznej podstawy wykluczenia wykonawców:
  - a) konsorcjum Consortia,
  - b) Integrated Solutions,
  - c) CA Consulting,

nie wszystkich uchybień znajdujących się w ofertach ww. wykonawców, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 3 oraz art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, względnie zaniechania wezwania ww. wykonawców do uzupełnienia dokumentów, co stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp;

- 3) zaniechania wykluczenia z postępowania konsorcjum Pentacomp,
- 4) zaniechania odrzucenia ofert wykonawców:
  - a) konsorcjum Consortia,
  - b) Integrated,
  - c) SKG,

z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp;

- 5) zaniechania udostępnienia informacji i dokumentów w ofertach:
  - a) konsorcjum Consortia,
  - b) Integrated,
  - c) konsorcjum Pentacomp,

które nie stanowią informacji o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa oraz nie zawierają informacji o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co stanowi naruszenie art. 8 ust. 1 i 3 i art. 96 ust. 3 ustawy Pzp.

W ocenie odwołującego, wszystkie uchybienia zamawiającego naruszają także zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji, wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 2) wykluczenie z postępowania wykonawców:
  - a) konsorcjum Consortia,

- b) Integrated,
- c) CA Consulting,
- d) konsorcjum Pentacomp

z powodu wszystkich okoliczności faktycznych skutkujących wykluczeniem, względnie wezwanie do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów jeżeli nie potwierdzi się zarzut odrzucenia oferty i jeżeli czynność uzupełnienia dokumentów w takim zakresie nie została już przeprowadzona;

3) odrzucenie ofert wykonawców:

- a) konsorcjum Consortia,
- b) Integrated,
- c) SKG

z powodu rażąco niskiej ceny a także innych okoliczności faktycznych,

- 4) ponowny wybór oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu;
- 5) sformułowanie zawiadomienia o powtórny wyborze zgodnie z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, podając podstawę prawną oraz pełne i wyczerpujące uzasadnienie faktyczne wykluczenia wykonawców i odrzucenia ofert;
- 6) udostępnienia informacji i dokumentów niezasadnie utajnionych, jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofertach:
  - a) konsorcjum Consortia,
  - b) Integrated,
  - c) SKG,
  - d) konsorcjum Pentacomp.

względnie,

odwołujący wniósł o zbadanie przez KIO dokumentów zasadnie utajnionych pod kątem występowania w nich błędów, jakie odwołujący może tylko podejrzewać, a które powinny stać się podstawą wykluczenia wykonawców czy odrzucenia ich ofert, na co zamawiający nie wskazał w swojej decyzji i nakazanie zamawiającemu ponowną ocenę ofert stosownie do wyników tego badania.

Odwołujący wskazał, iż ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wyżej wymienionych przepisów. Oferta odwołującego została co prawda wybrana w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejsza, jednak oferty, które zostały odrzucone a miały niższe ceny od oferty odwołującego mogą zostać przywrócone do postępowania, ze względu na fakt, iż zamawiający podstawą swojej decyzji nie uczynił wszystkich uchybień, które skutkują wykluczeniem wykonawców składających te oferty czy odrzuceniem tych ofert. Odwołujący ma interes w podnoszeniu zarzutów także przeciwko ofercie zawierającej wyższą cenę od

ceny odwołującego, gdyż odwołujący ma interes w tym, żeby postępowanie, w którym bierze udział było prowadzone w zgodzie z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Szkodą dla odwołującego byłoby także potencjalne utracenie zamówienia na rzecz wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z prowadzonego postępowania.

Kopię odwołania, odwołujący przekazał zamawiającemu w dniu 8 czerwca 2012 roku.

Zamawiający, dnia 11 czerwca 2012 roku przekazał wykonawcom kopię odwołania.

Dnia 12 czerwca 2012 roku do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego - zgłosił przystąpienie wykonawca: konsorcjum Consortia z siedzibą w Warszawie.

Dnia 13 czerwca 2012 roku do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego - zgłosił przystąpienie wykonawca: CA Consulting S.A. z siedzibą w Warszawie.

Dnia 14 czerwca 2012 roku do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego - zgłosił przystąpienie wykonawca: konsorcjum Pentacomp z siedzibą w Warszawie.

Dnia 13 czerwca 2012 roku do postępowania odwoławczego – po stronie odwołującego - zgłosił przystąpienie wykonawca: SKG.

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołań określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

#### **KIO 1169/12**

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Odwołujący wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu zamawiający uznał, iż błędne określenie beneficjenta gwarancji jest równoznaczne z niemożnością dochodzenia ewentualnych roszczeń przez zamawiającego, tj. Ministra Finansów, a tym samym wadium wniesione przez odwołującego nie zabezpiecza należycie interesów zamawiającego. Wniosek taki, w ocenie odwołującego, zamawiający wyciągnął analizując jedynie fragment

treści gwarancji w oderwaniu od jej pozostałych postanowień. W ocenie odwołującego całościowa, wnikliwa analiza treści dokumentu gwarancji prowadzi do wniosku, iż gwarancja ta w pełni zabezpiecza interesy zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

Powyższa argumentacja przekonała zamawiającego, który uwzględnił zarzuty odwołującego.

Zamawiający w rozdziale I specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił, iż zamawiającym jest Minister Finansów, Ministerstwo Finansów, reprezentowane przez Dyrektora Izby Celnej w Krakowie, Al. Krasińskiego 11 B; 31-111 Kraków z adresem do korespondencji – Izba Celna w Krakowie, Al. Krasińskiego 11 B; 31-111 Kraków.

W rozdziale VIII s.i.w.z. w zakresie wymagań dotyczących wadium, zamawiający wskazał, iż wadium może być wnoszone w jednej lub kilku formach. I tak, jeżeli wadium wnoszone było w pieniądzu należało je wpłacać na rachunek bankowy Izby Celnej w Krakowie. Wadia wnoszone w formie gwarancji lub poręczeń musiały zawierać w swojej treści bezwarunkowe zobowiązanie gwaranta lub poręczyciela do wypłaty sumy wadium na każde pisemne żądanie zgłoszone przez zamawiającego w terminie związania ofertą w przypadkach określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium Nr 3026161/8401 z dnia 03.04.2012 r., w której zostały wskazane następujące osoby:

- 1) gwarant: HDI Asekuracja Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. z siedzibą w Warszawie,
- 2) zobowiązany: Consortia sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, będąca liderem konsorcjum,
- 3) beneficjent: Izba Celna w Krakowie.

Treść przedmiotowej gwarancji odnosi się do przedmiotu zamówienia, wskazuje na wysokość zabezpieczenia wadialnego, przypadki zobowiązujące gwaranta do wypłaty kwoty wadium oraz termin ważności gwarancji.

Istotnym dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania jest ustalenie czy gwarant, wskazując jako beneficjenta Izbę Celną w Krakowie, zobowiązany będzie do zaspokojenia się przez zamawiającego z kwoty wadium, w przypadkach w niej określonych.

Minister Finansów, upoważnieniem z dnia 18 grudnia 2011 roku, powierzył Dyrektorowi Izby Celnej w Krakowie przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia na zaprojektowanie, realizację, dostawę, wdrożenie i utrzymanie m.in. „Zintegrowanego Systemu Poboru Należności i Rozrachunków z UE i Budżetem – ZEFIR 2”. Jednocześnie Minister Finansów upoważnił Pana Andrzeja Nowaka – Dyrektora Izby Celnej w Krakowie do stosownego, określonego przepisami prawa, działania w imieniu Ministra Finansów, w zakresie przygotowania i przeprowadzenia postępowań o udzielenie zamówień, o których mowa w pkt 1 upoważnienia oraz podpisania umów w sprawie zamówień publicznych – wynikających z tych postępowań i ich realizacji.



Ponadto mandant wskazał, iż dokumenty w ww. sprawach będą podpisywane z klauzulą „z up. Ministra Finansów”, z podaniem imienia i nazwiska oraz stanowiska służbowego.

Uzasadniając wydanie przedmiotowego upoważnienia Minister Finansów wskazał, iż wydanie przedmiotowego upoważnienia ma na celu powierzenie poszczególnym Dyrektorom Izb Celnych zadań związanych z udzielaniem zamówień publicznych (...). Poszczególne Izby Celne będą mogły zrealizować zamówienia publiczne związane z budową i wdrożeniem centralnych systemów informatycznych o skali ogólnopolskiej przy jednoczesnym zachowaniu przez Ministra Finansów właścicielstwa wszystkich komponentów i systemów wchodzących w skład Programu e-Cło.

W §1 ust. 2 gwarancji ubezpieczyciel zobowiązał się do wypłaty, nieodwołalnie i bezwarunkowo, kwoty 500 000,00 zł z tytułu przystąpienia odwołującego do przetargu nieograniczonego na zaprojektowanie, wykonanie, dostawę instalację, wdrożenie i wsparcie utrzymania oraz rozwój Systemu Zefir 2 nr sprawy 350000- ILGW-182/2011. Tym samym treść gwarancji w sposób precyzyjny i jednoznaczny określała przedmiot zamówienia oraz wysokość sumy gwarancyjnej określonej przez zamawiającego w rozdziale VIII s.i.w.z.

Dodatkowo, na potwierdzenie powyższych twierdzeń, odwołujący przedłożył oświadczenie ubezpieczyciela HDI Asekuracja Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. z siedzibą w Warszawie, z którego jednoznacznie wynika prawo do zaspokojenia się zamawiającego - Ministra Finansów, Ministerstwa Finansów z załączonej do oferty odwołującego gwarancji ubezpieczeniowej.

Powyższe wyjaśnienie (oświadczenie) gwaranta nie stanowi niedopuszczalnego przepisami ustawy Pzp, uzupełnienia oferty, bowiem precyzuje jedynie faktyczny zakres zobowiązania gwaranta względem beneficjenta, utożsamiając Izbę Celną, Ministra Finansów, Ministerstwo Finansów – jako tożsame jednostki administracji publicznej, jednostki sektora finansów publicznych, działających w określonym celu, utożsamiane zawsze jako Skarb Państwa.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej złożenie w postępowaniu oświadczenia wystawcy gwarancji wadialnej, jak również wzięcie pod uwagę tego oświadczenia przez zamawiającego przy rozstrzygnięciu protestu, nie stanowi naruszenia zasady równego traktowania wykonawców (vide: wyrok KIO z dnia 20 maja 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 266/09).

O dopuszczalności uwzględnienia oświadczenia wystawcy gwarancji wypowiedział się również Sąd Okręgowy w Poznaniu, który wydając wyrok z dnia 12 maja 2006 roku, sygn. akt II Ca 489/06 oparł się m.in. na oświadczeniu wystawcy gwarancji wadialnej, który potwierdził skuteczność swojego zobowiązania i nie dopatrzył się w tym naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp lub zasady równego traktowania wykonawców.

W przedmiotowym postępowaniu, jako Beneficjent Gwarancji została wskazana jednostka posiadająca samodzielność organizacyjną i finansową pozwalającą przyjmować środki pieniężne (Izba Celna), za pośrednictwem, której zamawiający ma pełną możliwość realizacji praw z gwarancji. Tym samym Izba stwierdziła, że gwarancja wniesiona w przedmiotowym postępowaniu w 100% zabezpiecza interes Skarbu Państwa (Ministra Finansów, Ministerstwa Finansów, Dyrektora Izby Celnej w Krakowie oraz Izby Celnej w Krakowie).

W związku z powyższym, na podstawie przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie przepisu art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 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), uwzględniając koszty odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł.

#### **KIO 1182/12**

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Zamawiający pismem przesłanym faksem dnia 14 maja 2012 r. wezwał Odwołującego alternatywnie: do złożenia wyjaśnień dotyczących poz. 1 „Wykazu wykonanych dostaw i usług”, lub uzupełnienia wykazu oraz dokumentów potwierdzającego, że dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Odwołujący uzupełnił „Wykaz wykonanych dostaw i usług” dnia 24 maja 2012 r.

Zamawiający w informacji o wykluczeniu odwołującego z postępowania podał, iż treść złożonego przez Odwołującego wykazu wykonanych usług i dostaw datowanego na 17 maja 2012 r. nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień upływu terminu składania ofert tj. na dzień 4 kwietnia 2012 r.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu w którym upłynął termin składania ofert. Przepis nie ustanawia więc obowiązku przedłożenia dokumentu lub oświadczenia wystawionych przed upływem terminu składania ofert, lecz dokumentu lub

oświadczenia, które potwierdzą spełnienie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Zarówno z literalnego brzmienia przepisu art. 26 ust. 3, jak też celu wprowadzenia tej regulacji wynika, że dokumenty i oświadczenia uzupełnione w tym trybie mogą być oznaczone datą późniejszą niż termin składania ofert - istotne jest wykazanie spełnienia warunku na określony dzień, a tym samym istotna jest treść dokumentu, a nie data jego wystawienia.

Odwołujący podał, że referencyjne dostawy podane w wykazie usług i dostaw, zgodnie z danymi wskazanymi w kolumnie „data wykonania”, zostały zrealizowane przed upływem terminu składania ofert.

Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy stwierdzić należy, że odwołujący pismem z dnia 22 maja 2012 roku, które wraz z załącznikami zostało objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, przedstawił zamawiającemu „Zobowiązanie do udostępnienia zasobów” z datą przed terminem składania ofert wraz z oświadczeniem o oddaniu wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów oraz „Wykaz wykonanych usług i dostaw” wraz z protokołami odbioru.

W ocenie Izby, załączone do uzupełnieniowego wykazu dokumenty potwierdzają należyte wykonanie zamówień, a przedłożony przez odwołującego „Wykaz wykonanych dostaw i usług” potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia na dzień, w którym upłynął termin składania ofert.

W związku z powyższym, na podstawie przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie przepisu art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy - Prawo zamówień publicznych.

### **KIO 1193/12**

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Powołując się na przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzucił ofertę odwołującego uzasadniając, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający w ust. 27 rozdziału VI specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił wymóg dołączenia do oferty wypełnionej Tabeli wymagań stanowiącej załącznik nr 8 do s.i.w.z. W rozdziale 6.2 specyfikacji systemu ZEFIR 2, stanowiącej element załącznika nr 1

do s.i.w.z., w tabeli nr 14 „Wymagania ogólne dla Systemu ZEFIR 2” dla numeru wymagania A-370 w kolumnie „priorytet” wagę wymagania oznaczono jako „1”. W tabeli nr 2 powyżej powołanego rozdziału Specyfikacji Systemu ZEFIR 2 wagę wymagania oznaczoną wartością „1” opisano jako „konieczne dla prawidłowej realizacji zadań organizacji (urzędu), musi zostać spełnione”.

Odwołujący w załączonej do oferty Tabeli Wymagań nie podał pozycji A-370 – „Możliwość wydruku lub przekazania karty kontowej w wersji elektronicznej”.

W ocenie odwołującego jego oferta zawiera łatwo zauważalną, oczywistą omyłkę: na dole karty 150 w pozycji 369 nie wydrukowała się druga linijka tekstu (co jest nieistotne, gdyż oświadczenie „TAK” jest wydrukowane) oraz nie wydrukowała się kolejna pozycja oznaczona jako A-370 „Możliwość wydruku lub przekazania karty kontowej w wersji elektronicznej”, a także następujący po niej tytuł „Pozostałe wymagania”.

Odwołujący wskazał, że zamawiający przedstawił wykonawcom Tabelę Wymagań zawierającą 68 stron i 377 pozycji w formie nieedytowalnej, co spowodowało konieczność jej przetwarzania we własnym zakresie na format umożliwiający dokonanie wymaganych wpisów. Kopia będąca w posiadaniu Wykonawcy wydrukowała się poprawnie, natomiast przeniesienie tabeli na inny komputer innym programem Word w celu ostatecznego wydruku, spowodowało niespodziewanie efekt zniknięcia 4 znajdujących się na końcu strony linijek tekstu. W powyższych okolicznościach, zdaniem odwołującego, zamawiający nie powinien mieć wątpliwości co do faktu, że brak w Tabeli pozycji A-370 jest jedynie błędem technicznym, związanym z wadą wynikłą przy drukowaniu oferty odwołującego, a nie celowym pominięciem jednego z prawie 400 istotnych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia. Biorąc pod uwagę fakt, iż z okoliczności postępowania wynika zamiar złożenia przez odwołującego oferty zgodnej z wymogami zamawiającego w powyższym zakresie, a także fakt, iż zamawiający posiada wszystkie dane do dokonania poprawy omyłki, z których wynika, że ingerencja w treść oferty będzie nieznaczna, należy uznać, że powyższe uchybienie stanowi omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, której poprawienie nie spowoduje istotnej zmiany w treści oferty.

Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania.

Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, pozwala zamawiającemu na poprawienie w treści oferty innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Wskazać należy, że aby została wypełniona dyspozycja wskazanego przepisu muszą zostać spełnione następujące kryteria:

- 1) musi wystąpić inna omyłka,
- 2) omyłka musi wskazywać na niezgodność oferty ze s.i.w.z.,

3) poprawienie omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Porozumiewanie się w tej mierze zamawiającego z wykonawcą stanowi niedozwolone negocjacje dotyczące treści oferty, a „oczywistość” omyłki winna być możliwa do ustalenia na podstawie oferty.

Dokonując zestawienia uprawnień wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert wydaje się słusznym, iż regulacja art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji zamawiającego - czyli prawa zamawiającego do żądania wyjaśnień jednakże połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy nie stanowi narzędzia do sanowania źle złożonych ofert, lecz stanowi podstawę do poprawy omyłek, których dokonać może zamawiający a ich znaczenie dla całości złożonego oświadczenia woli (oferty) przez wykonawcę w kontekście s.i.w.z. nie będzie istotne. Generalne oświadczenie wykonawcy o zaakceptowaniu postanowień s.i.w.z. i wykonaniu przedmiotu zamówienia, zgodnie z ustalonymi wymaganiami, nie zastępuje wymaganych szczegółowych opisów dotyczących, np. przedmiotu zamówienia, sposobu realizacji zamówienia.

Na rozprawie odwołujący podnosił, iż na stronach 92 i 93 oferty, gdzie zamieścił uwagi ogólne do oferowanego sposobu realizacji wymagań funkcjonalnych (informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa) znajduje się informacja pozwalająca na przyjęcie stanowiska, iż odwołujący popełnił inną omyłkę na stronach 150 i 151 oferty i że z treści ww. uwag można pozyskać informację o funkcjonalności dotyczącej brakującego wymogu A-370.

W ocenie Izby brak jest możliwości do stwierdzenia, że odwołujący w treści swojej oferty popełnił inną omyłkę. Aby móc stwierdzić, że omyłka nastąpiła należało odnieść jej „wadliwą treść” do treści prawidłowej. A takiej prawidłowej treści odwołujący w ofercie nie przedstawił.

Nie jest bowiem możliwa do przyjęcia sytuacja, w której wykonawca (odwołujący), jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych, przez swoje zaniechanie, pozostawia w obszarze domysłów faktyczną treść swojej oferty. I co istotne, oferty w części odnoszącej się do bezwzględnych wymagań granicznych (odcinających) stanowiących o faktycznym zakresie oświadczenia woli wykonawcy w zakresie oferowanego rozwiązania.

Zamawiający powinien mieć możliwość weryfikacji zgodność zobowiązania wykonawcy ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia we wszystkich jego aspektach na podstawie całości treści oferty (wraz z załącznikami), która winna zostać przygotowana i wypełniona w sposób przez niego wymagany, a nie tylko poprzestaniu na ogólnych deklaracjach zgodności wynikających m.in. z samego faktu złożenia oferty czy oświadczeń zawartych w jej treści. Podobne stanowisko wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyrokach z dnia 23

lutego 2011 r., sygn. akt KIO 270/11, z dnia 9 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 148/11, z dnia 29 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO 2706/10, z dnia 6 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO 2540/10.

Ponadto Izba zwraca uwagę na treść ostatniej kolumny, wspomnianego załącznika, w której to kolumnie wykonawcy mieli obowiązek opisanie sposobu realizacji wymagania. Opis dokonany przez odwołującego budzi wątpliwości, co do możliwości faktycznej oceny rozwiązania proponowanego przez odwołującego, bowiem z treści tej zamawiający nie będzie w stanie ustalić, w jaki sposób oferowane rozwiązanie będzie wypełnione.

W związku z powyższym, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie przepisu art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 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), uwzględniając koszty zgłaszającego sprzeciw wykonawcy Asseco Poland S.A. poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł.

#### **KIO 1208/12**

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Zamawiający w rozdz. V ppkt 5.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia określając warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zażądał wykazania się przez wykonawców wykonaniem „co najmniej dwóch usług o wartości minimum 6 mln zł brutto każda polegających na wdrożeniu systemu informatycznego funkcjonującego w rozproszonym geograficznie środowisku (obejmującym co najmniej 1000 użytkowników pracujących w co najmniej 5 różnych lokalizacjach) obejmującego swym zakresem merytorycznym obszar finansowo - księgowy i rozliczeniowy”;

Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku w rozdziale VI pkt 2 s.i.w.z. zamawiający wymagał załączenia do oferty „Wykazu wykonanych dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane

lub są wykonywane należycie (Załącznik nr 4 do s.i.w.z. „Wykaz wykonanych dostaw i usług”). Do oferty należało dołączyć dokumenty potwierdzające, że dostawy i usługi wymienione w ww. wykazie zostały wykonane należycie”.

W odpowiedzi na pytanie do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie rozumienia ww. warunku zamawiający pismem z dnia 18 stycznia 2012r. wyjaśnił:

- Czy sformułowanie „wdrozeniu systemu informatycznego" dotyczy nowego systemu?

Odpowiedź: Tak. Sformułowanie „wdrozeniu systemu informatycznego" dotyczy nowego systemu.

- Czy sformułowanie „wdrozeniu systemu informatycznego" zawiera w sobie np. utrzymanie systemu i dostawę poprawek lub uaktualnień?

Odpowiedź: Sformułowanie „wdrozeniu systemu informatycznego" dotyczy nowego systemu, a dodatkowo może zawierać w sobie utrzymanie systemu i dostawę poprawek lub uaktualnień.

Pismem z dnia 20 kwietnia 2012 roku zamawiający wezwał odwołującego m.in. do „Złożenia dokumentu potwierdzającego wykonanie usług wykazanych w poz. 1 wykazu wykonanych dostaw i usług. Treść dokumentu - str. 394 oferty (część niejawną) nie potwierdza wykonania usług wskazanych przez Państwa w ww wykazie". W przypadku braku ww. dokumentu zamawiający wezwał do złożenia „Wykazu 1 wykonanej dostawy lub usługi o wartości minimum 6 mln zł brutto każda polegających na wdrozeniu systemu informatycznego funkcjonującego w rozproszonym geograficznie środowisku (obejmującym co najmniej 1000 użytkowników pracujących w co najmniej 5 różnych lokalizacjach) obejmującego swym zakresem merytorycznym obszar finansowo - księgowy i rozliczeniowy" oraz „dokumentu potwierdzającego, że ww. dostawy i usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie”.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie odwołujący pismem wniesionym do zamawiającego w dniu 24 kwietnia 2012 roku wyjaśnił, iż „Dokument potwierdzający wykonanie usług wskazanych w poz. 1 „Wykazu dostaw i usług" spełnia wymagania określone w rozporządzeniu Prezesa rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane". Odwołujący obszernie wyjaśnił, iż w świetle treści poz. 1 Wykazu oraz treści załączonego do niego pisemnego potwierdzenia należytego wykonania ww. usługi - spełnia przedmiotowe wymaganie specyfikacji istotnych warunków zamówienia i dołączył do oferty dokumenty potwierdzające należyte wykonanie prac wskazanych w Wykazie.

Pismem z dnia 14 maja 2012 roku zamawiający odstąpił od żądania wskazanego w pkt. 2 i 3 swego wezwania z dnia 20 kwietnia 2012 roku (czyli od żądania złożenia referencji dla

poz. 1 Wykazu i alternatywnie - w przypadku jej braku - nowego wykazu 1 usługi wraz z dokumentem referencyjnym) oraz wezwał odwołującego do złożenia:

- „Wykazu wykonanych dostaw i usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia” - tym razem nie ograniczając się do poz. 1, lecz do całego wykazu.
- „Dokumentów potwierdzających, że dostawy i usługi wymienione w w/w wykazie zostały wykonane należycie”.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie odwołujący pismem z dnia 16 maja 2012 roku przedłożył nowy wykaz wykonanych dostaw lub usług (Załącznik nr 4 do SIWZ) oraz dokumenty potwierdzające, że dostawy i usługi wymienione w wykazie zostały wykonane należycie, przy czym były to te same usługi oraz te same dokumenty referencyjne, co wskazane w ofercie. Jedną różnicą polegała na przeformułowaniu treści wykazu w części dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia (pozostałe elementy wykazu jak wartość oraz data wykonania nie uległy zmianie).

Pismem z dnia 28 maja 2012 r. zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, podając w uzasadnieniu, iż: *„W złożonym przez Wykonawcę wykazie wykonanych dostaw i usług CA Consulting S.A. przedstawił wykonanie usług spełniających postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Jednakże dołączone do przedmiotowego wykazu „referencje” nie potwierdzają należytego wykonania usługi wskazanej w poz. 1 powyżej powołanego wykazu. Przedstawiony dokument referencyjny potwierdza wykonanie usług innych niż wykazane w wykazie przedstawionym przez Wykonawcę, a nie spełniających warunków określanych przez Zamawiającego”.*

Odwołujący zarzucił, iż zamawiający dokonał badania doświadczenia odwołującego na podstawie referencji potwierdzającej należyte wykonanie usługi wskazanej w poz. 1 Wykazu. Zdaniem odwołującego, zamawiający odwrócił obowiązujący w świetle ustawy Pzp sposób oceny warunku, wyrażając oczekiwanie, jakoby to z treści referencji miało wynikać wykonanie usług spełniających warunki określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W trakcie przedmiotowego postępowania zamawiający udzielając wyjaśnień dotyczących treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, że:

- 1) sformułowanie „wdrozeniu systemu informatycznego” dotyczy nowego systemu,
- 2) sformułowanie „wdrozeniu systemu informatycznego” dotyczy nowego systemu, a dodatkowo może zawierać w sobie upgrade systemu,
- 3) sformułowanie „wdrozeniu systemu informatycznego” dotyczy nowego systemu, a dodatkowo może zawierać w sobie utrzymanie systemu i dostawę poprawek lub uaktualnień,



4) sformułowanie „wdrozeniu systemu informatycznego” dotyczy nowego systemu, a dodatkowo może zawierać w sobie np. element przygotowania dokumentacji projektowej, wyspecyfikowanej przez zamawiającego.

Zgodnie z treścią przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tym samym czynność zamawiającego należy ocenić pozytywnie.

Zgodnie z przepisem § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2009 r. Nr 226, poz. 1817) „*W celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej "ustawą", których opis sposobu oceny spełnienia został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy zamawiający może żądać wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie*”.

Treść tak sformułowanego przepisu wskazuje, że dokumentami potwierdzającymi spełnienie warunków udziału w postępowaniu są: wykaz oraz dokument potwierdzający należyte wykonanie dostaw lub usług. W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, że dokumenty te należy oceniać łącznie. Okoliczność ta wynika bowiem z literalnego brzmienia omawianego przepisu, w którym jednoznacznie wskazano, że dokumentem potwierdzającym spełnienie warunków udziału w postępowaniu jest wykaz oraz dokument potwierdzający należyte wykonanie tych dostaw lub usług (opisanych w wykazie).

Odwołujący, w wykazie wykonanych dostaw i usług zarówno tych pierwotnie załączonych do oferty, jak i tych uzupełnionych w wyniku wezwania zamawiającego nie udowodnił zamawiającemu, że referencyjna usługa spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wdrożenia nowego systemu informatycznego. Również dowód przeprowadzony na rozprawie, w części wyłączony jawności, z wybranych przez odwołującego elementów umowy nie potwierdził okoliczności, na które powoływał się odwołujący.

Istniejące rozbieżności, w szczególności dotyczące tak eksponowanego przez zamawiającego warunku wdrożenia nowego systemu informatycznego, nie zostały przez odwołującego udowodnione, tak aby ocena Krajowej Izby Odwoławczej mogłaby przynieść pozytywny skutek dla odwołującego.

Ponadto odwołujący podniósł zarzuty w stosunku do wykonawcy Integrated Solutions. Wedle wiedzy rynkowej odwołującego, wynikającej z rozeznania i badania rynku, także w kontekście analizy możliwych do pozyskania zasobów podmiotu trzeciego do niniejszego postępowania przez odwołującego wynika, iż jedynym podmiotem mogącym udostępnić zasoby w zakresie wymaganego doświadczenia jest Oracle Polska sp. z o. o. W ocenie odwołującego zachodzi podejrzenie błędnego wykazania się Integrated Solutions udostępnieniem zasobów przez podmiot trzeci.

W ocenie Izby, dokumenty złożone przez wykonawcę Integrated Solutions (zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa), potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Również treść, jak i zakres zobowiązania do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego zgodne są z treścią przepisu art. 26 ust. 2b ustawy - Prawo zamówień publicznych i nie budzą żadnych wątpliwości, co do ich prawidłowości.

Odwołujący podniósł również zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechania odtajnienia części wykazu usług i dokumentów referencyjnych znajdujących się w ofercie Integrated Solutions potwierdzających wykonanie zamówienia na rzecz podmiotu z sektora finansów publicznych.

Zgodnie z przepisem art. 8 ustawy Pzp „1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. 2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. 3. 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 do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Do konkursu przepis stosuje się odpowiednio.”

Tym samym zakresem zastrzeżenia informacji nie mogą być objęte nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach.

Jako, 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 do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane, za skuteczne należało uznać zastrzeżenie dokonane

przez wykonawcę Integrated Solutions, tym bardziej, że zastrzeżenie powyższe pochodzi od podmiotu, z którego zasobów zamierza korzystać wykonawca składający ofertę, co oznacza, że wykonawca ten musi honorować takie zastrzeżenie i nie może go uchylić samodzielnie.

Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ZamPublU (obecnie art. 8 ust. 3) z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177 ze zm.) -zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następnym stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 (obecnie art. 8 ust. 3) tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Z powyższego wynika, iż zamawiający zobowiązany był co najmniej do zbadania skuteczności zastrzeżenia, a w przypadku stwierdzenia bezskuteczności dokonanego zastrzeżenia - do odtajnienia wniosków. Przywołana uchwała SN wskazuje wyraźnie, iż badanie poprawności zastrzeżenia przez wykonawcę części wniosku, jest obowiązkiem, a nie uprawnieniem zamawiającego. Zamawiający nie może zaniechać aktywnego badania zasadności utajnienia informacji, a w razie stwierdzenia, iż zostało ono dokonane z naruszeniem przepisów, do odtajnienia zastrzeżonych informacji. W ramach badania zasadności zastrzeżenia zamawiający ma obowiązek sprawdzić wszystkie elementy konieczne dla zgodnego z prawem utajnienia.

Tajemnica przedsiębiorstwa może zostać zastrzeżona zarówno w treści oferty, jak również w wyjaśnieniach do treści oferty czy też wyjaśniania dotyczących rażąco niskiej ceny. Jednakże każdorazowym obowiązkiem zamawiającego jest sprawdzenie czy istotnie określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i powinien w tym celu dokonać analizy treści przekazanych informacji pod kątem tego czy stanowią informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą dla wykonawcy, nieujawnione przez nie do wiadomości publicznej, co do których podjęło niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Zdaniem Izby zarzuty stawiane przez odwołującego nie znalazły potwierdzenia w zebranych materiale dowodowym. Izba zauważa, że z treści art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), wynika, iż przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, co oznacza, iż tajemnicą przedsiębiorstwa jest tylko taka informacja, która spełnia łącznie trzy przesłanki (wyrok SN z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00, OSNC z 2001 r., nr 4, poz. 5), tj.:

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

Skład orzekający Izby uznał, iż, aby można było mówić o uprawnionym bądź nieuprawnionym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający powinien dokonać oceny, czy łącznie zostały spełnione wskazane wyżej przesłanki. Przede wszystkim powinien dokonać oceny, jaki charakter ma zastrzeżona informacja. Następnie powinien ustalić, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznanne ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca ma wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnych odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji.

Jak wynika z okoliczności przedmiotowej sprawy wykonawca Integrated Solutions (wykonawca, z którego zasobów zamierza skorzystać wykonawca) skutecznie chroni informacje, które objął tajemnicą, gdyż odwołujący nie jest w posiadaniu tych informacji, a stawiając zarzuty porusza się w sferze domysłów i domniemań.

Nadto wskazać należy, że wykonawca Integrated Solutions wskazał, że przekazywane zamawiającemu informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie zostały udostępnione do informacji publicznej oraz są chronione zgodnie z wewnętrznymi procedurami bezpieczeństwa.

Zastrzeżenie wykonawcy o zakazie udostępniania informacji jego zdaniem objętych tajemnicą przedsiębiorstwa staje się skuteczne dopiero wtedy, gdy zamawiający w wyniku przeprowadzenia odpowiedniego badania stwierdzi, czy charakter zastrzeżonych informacji zasługuje na ochronę. Tym samym z czynnością zamawiającego uzewnętrzniającą swoją wolę mamy do czynienia w dwóch terminach. Pierwszy termin wynikający z przeprowadzonego przez zamawiającego badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i wnioskami innych wykonawców o odtajnienie zastrzeżonych informacji – brak zgody zamawiającego - przed ogłoszeniem wyników postępowania. Drugi termin wynikający z przeprowadzonego przez zamawiającego badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i wnioskami innych wykonawców o odtajnienie zastrzeżonych informacji – brak zgody zamawiającego - w terminie ogłoszenia wyników postępowania.

Tym samym, termin na skarżenie czynności zamawiającego jest odpowiedni do terminu upublicznia swojej decyzji przez zamawiającego.

W przedmiotowym postępowaniu, zamawiający ujawnił swoją decyzję w dacie czynności ogłoszenia wyników postępowania i to od tej daty należało liczyć termin na wnoszenie środków ochrony prawnej, co oznacza, że zarzuty odwołującego w powyższym zakresie są stawiane w terminie.

W ocenie Izby zamawiający prowadzi postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, gdyż nie potwierdził się żaden ze stawianych przez odwołującego zarzutów, tym samym zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp należało uznać za niezasadny.

W związku z powyższym, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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), uwzględniając koszty zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł.

#### **KIO 1212/12**

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

W zakresie zarzutów dotyczących zaniechania zamawiającego dotyczącego nieodrzczenia ofert wykonawców konsorcjum Consortia, Integrated, SKG oraz zaniechania odtajnienia wyjaśnień składanych przez tych wykonawców w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że zarzuty odwołującego są niezasadne.

W ocenie Izby wyjaśnienia składane przez ww. wykonawców dowodzą o możliwości realizacji zamówienia za ceny przedstawione w ofertach. Każdy z tych wykonawców wskazał na specyficzne, indywidualne warunki sankcjonujące prawidłowość kalkulacji ceny ofertowej. Nadto, każdy z wykonawców skutecznie zastrzegł złożone wyjaśnienia wykazując, iż podlegają one ochronie w rozumieniu tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny, choć stanowią informacje dotyczące ceny nie mogą być kwalifikowane do okoliczności wymienionych w hipotezie normy, o której mowa w przepisie art. 86 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem ten przepis odnosi się do etapu otarcia ofert i tym samym do informacji zawartych w ofertach. Obiektywne czynniki to takie, które odpowiadają rzeczywistości. W każdym wypadku konieczne jest odniesienie się warunków konkretnego zamówienia, przy uwzględnieniu wiedzy, doświadczenia życiowego i zasad logicznego rozumowania. Zamawiający musi ustalić, czy dany czynnik ma w ogóle wpływ na cenę w określonym stanie faktycznym oraz, czy sposób

kalkulacji tego czynnika (wartość) ma realne uzasadnienie. Zazwyczaj nie budzi wątpliwości, czy podany przez wykonawcę czynnik (rodzaj) ma wpływ na cenę, bowiem determinowany jest on rodzajem zamówienia i z tych przyczyn łatwo weryfikowalny, większe problemy rodzi zaś jego kalkulacja i ocena jej w aspekcie obiektywizmu (realności). Pomocne w tym względzie jest odwołanie się do doświadczenia wykonawcy, warunków rynkowych, a przede wszystkim ofert (i wyjaśnień) innych wykonawców.

Odnosnie zarzutu odwołującego dotyczącego oferty konsorcjum Consortia i rzekomego przedłożenia tylko jednego oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia, złożonego tylko przez lidera konsorcjum, Izba stwierdziła, że zarzut ten nie jest zasadny.

Stwierdzić bowiem należy, że na stronach 25, 108 i 396 oferty, każdy uczestnik wspomnianego konsorcjum złożył stosowne oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia.

W zakresie zarzutu dotyczącego przedłożenia zobowiązania podmiotu trzeciego w trybie przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, tylko dla lidera konsorcjum, wykonawcę Consortia i nie udowodnieniem, że wykonawca będzie mógł realnie i faktycznie z nich korzystać podczas realizacji zamówienia, Izba stwierdziła, że zarzut ten nie jest zasadny.

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

Treść powyższego przepisu wskazuje na charakter dowodowy dysponowania zasobami podmiotów trzecich, niezależnie od charakteru prawnego łączącego go z tym podmiotem. Przepis nie nakłada obowiązku, by zobowiązanie, w przypadku konsorcjum, musiało dotyczyć wszystkich uczestników tego konsorcjum. W ocenie Izby wystarczającym jest, by zobowiązanie wystawione zostało dla jednego z konsorcjantów, który niejako „w wianie” wnosi do konsorcjum potencjał udostępniony jemu przez innego wykonawcę. Ponadto stwierdzić należy, że z treści zobowiązań wystawionych przez HP Polska i HP Czechy nie wynika jakiegokolwiek zastrzeżenie dla odbiorcy zobowiązania, w tym zakaz posługiwania się tym zobowiązaniem w przypadku zawązania konsorcjum przez tego wykonawcę.

Odnosnie zarzutu odwołującego dotyczącego braku dokumentów potwierdzających spełnienie warunków podmiotowych dla HP Polska (braku podstaw do wykluczenia), gdyż

podmiot ten zobowiązał się do realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy, Izba stwierdziła, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy zarzuty odwołującego są zarzutami stawianymi przedwcześnie, gdyż zamawiający wykonawcę konsorcjum Consortia wykluczył z postępowania na innej podstawie prawnej, nie badając dokumentów podmiotowo istotnych (wykluczenie zastąpiło na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp).

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia dokumentów: polisa OC oraz referencje wystawione przez ARiMR, w ofercie wykonawcy Integrated Solutions, Izba stwierdziła, że zarzut jest niezasadny.

W zakresie skuteczności podnoszenia zarzutów, w szczególności ich terminowości, Izba podtrzymuje swoje stanowisko prezentowane wyżej, stwierdzając iż termin zaskarżenia został dochowany. Odnosząc się do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie polisy OC Izba stwierdziła, że wykonawca, na wezwanie zamawiającego odtajnił treść polisy OC, co stanowi o bezzasadności zarzutu.

W zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia treści referencji Izba wskazuje, że wykonawca objął jej treść tajemnicą przedsiębiorstwa uznając zastrzeżenia zachowania tajemnicy nakazanego mu przez podmiot trzeci, z którego zasobów korzysta wykonawca. Również w zakresie skuteczności tego zastrzeżenia Izba podtrzymuje wcześniej zaprezentowane stanowisko.

Odwołujący postawił zarzut, w odniesieniu do wykonawcy CA Consulting wskazując, iż z treści zobowiązania do udostępnienia zasobów z dnia 6 marca 2012 roku, wystawionego przez Comarch S.A. nie wynika, że wykonawca będzie mógł realnie korzystać ze zdolności finansowej oraz z osób zdolnych do wykonania zamówienia. Odwołujący stwierdził, że sformułowania użyte w zobowiązaniu są lakoniczne i tak ogólne, że nie dowodzą faktycznej możliwości skorzystania z tych zasobów.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne. Wskazać bowiem należy, że treść zobowiązania złożonego przez firmę Comarch S.A. wykonawcy CA Consulting nie narusza przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Izba po raz kolejny zwraca uwagę, że zobowiązanie składane w tym trybie ma za zadanie udowodnić zamawiającemu potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, bez względu na charakter prawny łączący podmiot wystawiający zobowiązanie i wykonawcę uzyskującego takie zobowiązanie. Nadto wskazać należy, że odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, iż treść badanego zobowiązania pozostaje w sprzeczności z wolą stron, w sprzeczności z obowiązującymi przepisami prawa, czy też w sprzeczności z rzeczywistością.

W zakresie zarzutów dotyczących konsorcjum Pentacomp, Izba stwierdziła, że są one częściowo zasadne.

W ocenie Izby zasadny jest zarzut odwołującego wskazujący na podstawę do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.

Z informacji z KRK dotyczącej p. Benjamina Orndroffa, członka zarządu firmy Microsoft Polska Sp. z o.o. - podmiotu udostępniającemu konsorcjum Pentacomp zasób wiedzy i doświadczenia wynika, iż miejscem zamieszkania tej osoby jest USA.

Zgodnie z § 2 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2009 r. Nr 226, poz. 1817) *„Jeżeli w przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, osoby, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustaw, mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wykonawca składa w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy, wystawione nie wcześniej niż 6 m-cy przed upływem terminu składania (...) ofert, z tym, że w przypadku gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń - zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób.”*

W związku z faktem, iż dokument ten (KRK) został przedłożony w ramach wezwania do uzupełnienia, w załączeniu do pisma konsorcjum Pentacomp przesłanego do zamawiającego w dniu 25 kwietnia 2012 r., stwierdzić należy, iż zamawiający nie ma już możliwości wzywania wykonawcy do naprawienia tego błędu poprzez kolejne uzupełnienie tego dokumentu.

W związku z powyższym stwierdzić należy, że konsorcjum Pentacomp nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu dlatego też winno być wykluczone z przedmiotowego postępowania.

W zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia zadań udostępnionych przez Microsoft Polska sp. z o.o. Izba wskazuje, że wykonawca objął ich treść tajemnicą przedsiębiorstwa uznając zastrzeżenia zachowania tajemnicy nakazanego mu przez podmiot trzeci, z którego zasobów korzysta wykonawca. Również w zakresie skuteczności tego zastrzeżenia Izba podtrzymuje wcześniej zaprezentowane stanowisko.

W pozostałym zakresie odwołujący wskazywał na wątpliwości jakie miał w odniesieniu do prawidłowości oceny oferty wykonawcy konsorcjum Pentacomp wnosząc o dokonanie oceny oferty przez Izbę. Wskazać należy, że Krajowa Izba Odwoławcza nie jest instytucją kontrolną



działająca na wniosek odwołującego i badającą wątpliwości zgłoszone przez wykonawcę. Krajowa Izba Odwoławcza jest instytucją stwierdzającą zasadność zarzutów stawianych przez odwołującego i tylko w tym zakresie przysługuje jej prawo do oceny.

Zarzuty odnoszące się do wadliwej czynności zamawiającego, polegającej się na przyjęciu zobowiązania podmiotu trzeciego wystawionego tylko dla lidera konsorcjum Izba uznała za niezasadne, podtrzymując wcześniej przytoczoną argumentację o możliwości uznania tak przedstawionego zobowiązania.

W związku z powyższym, na podstawie przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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), uwzględniając koszty odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....