

**WYROK**  
**z dnia 26 lutego 2013 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Justyna Tomkowska</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Ryszard Tetzlaff</b> <b>Agnieszka Trojanowska</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Agata Dziuban</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lutego 2013 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lutego 2013 roku przez wykonawcę **Infovide - Matrix S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Ministra Finansów, reprezentowanego przez Dyrektora Izby Celnej w Rzepinie**

przy udziale wykonawcy **SMT Software S.A. z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie czynności wezwania Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w uzasadnieniu wyroku, powtórzenie czynności badania i oceny ofert;**
2. **kosztami postępowania obciąża wykonawcę SMT Software S.A z siedzibą we Wrocławiu i:**
  - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę Infovide - Matrix S.A., 02 – 460 z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania**

- 2.2. zasądza od wykonawcy **SMT Software S.A z siedzibą we Wrocławiu** na rzecz wykonawcy **Infovide - Matrix S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18 597 zł 75 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy pięciuset dziewięćdziesięciu siedmiu złotych siedemdziesięciu pięciu groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

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 **Gorzowie Wielkopolskim**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## UZASADNIENIE

W dniu 11 lutego 2013 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” odwołanie złożył wykonawca Infovide-Matrix S.A. z siedzibą w Warszawie.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na „Zaprojektowanie, wykonanie, wdrożenie, rozwój i wsparcie utrzymania Zintegrowanego Systemu Zarządzania Ryzykiem (ZISAR)” przez Zamawiającego Ministra Finansów reprezentowanego przez: Dyrektora Izby Celnej w Rzepinie Izba Celna w Rzepinie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2012/S 224-369215 z dnia 21 listopada 2012 r. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego. Informacja stanowiąca podstawę wniesienia niniejszego odwołania, tj. informacja o wyborze jako najkorzystniejszej oferty SMT Software S.A. została przesłana przez Zamawiającego w dniu 31 stycznia 2013 r. Zatem termin na wniesienie odwołania wynikający z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp został zachowany.

Odwołanie wniesiono od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez SMT Software S.A. z siedzibą we Wrocławiu oraz wobec zaniechania czynności, do której Zamawiający jest obowiązany na podstawie przepisów ustawy, tj. wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez SMT Software S.A.;
- 2) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania SMT Software S.A. do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, a w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy może ponieść szkodę. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana jako druga w kolejności. W przypadku wezwania wybranego Wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i ich nieuzupełnienia lub uzupełnienia

wadliwych oświadczeń lub dokumentów przez SMT Software S.A., oferta Odwołującego może zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwania SMT Software S.A. do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- 2) powtórzenia czynności oceny ofert.

Zamawiający w dniu 31 stycznia 2013 r. poinformował Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez SMT Software S.A. Zdaniem Odwołującego powyższa czynność Zamawiającego jest niezgodna z art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, a zaniechanie wezwania wybranego Wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu pozostaje z obrazą przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Podnieść należy, że na stronie 32 oferty SMT Software S.A. znajduje się pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. W ramach tego zobowiązania, Intrasoft International S.A. z siedzibą w Luksemburgu zobowiązała się do oddania do dyspozycji SMT Software S.A. swoich zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia - pracowników Intrasoft International S.A. z siedzibą w Luksemburgu - na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Odwołujący zauważył, że zgodnie z opinią „Warunki dopuszczalności powoływania się przez wykonawcę na referencje dotyczące osób trzecich w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 2b ustawy - Prawo zamówień publicznych)" ([www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)) Urzędu Zamówień Publicznych, udostępnienie przez podmiot trzeci swoich zasobów dotyczących wiedzy i doświadczenia zawsze związane jest z uczestnictwem tego podmiotu przy realizacji zamówienia. Stanowisko powyższe zostało podtrzymane w kolejnej opinii „Zakres dokumentów, jakie przedstawia wykonawca na potwierdzenie spełniania warunków podmiotowych, w sytuacji, w której korzysta z potencjału podmiotu trzeciego". Konieczność udziału w realizacji przedmiotu zamówienia, niekoniecznie w charakterze podwykonawcy, podmiotu trzeciego udostępniającego swoje zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia Wykonawcy, potwierdza również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, która np. w wyroku z dnia 13 lipca 2010 r. sygn. akt KIO 1288/10.

Intrasoft International S.A. udostępniając swoją wiedzę i doświadczenie SMT Software S.A. będzie brać udział w realizacji części zamówienia, czego potwierdzeniem jest również

oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania złożone przez Intrasoft International S.A. „(...) oświadczam, że zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) brak jest podstaw do wykluczenia PODWYKONAWCY z postępowania”. Zgodnie zatem z postanowieniami rozdziału VI ust. 3 SIWZ, SMT Software S.A. winna złożyć wraz z ofertą następujące dokumenty dotyczące Intrasoft International S.A.:

1. oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia,
2. aktualny odpis z właściwego rejestru, aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego, aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego, aktualne informacje z Krajowego Rejestru Karnego.

Oczywistym jest przy tym, że skoro Intrasoft International S.A. jest przedsiębiorcą mającym siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, winien on przedstawić żądane przez Zamawiającego dokumenty zgodnie z wymaganiami określonymi przepisem § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) - dalej zwanego „rozporządzeniem”.

W tym kontekście podniesiono, iż SMT Software S.A. nie dołączyło do oferty dokumentu potwierdzającego, że nie otwarto likwidacji Intrasoft International S.A. z siedzibą w Luksemburgu ani nie ogłoszono jego upadłości. Do oferty dołączono co prawda wyciąg z Rejestru Handlowego i Spółek Luksemburga, niemniej nie wynika z tego dokumentu, że nie otwarto likwidacji Intrasoft International S.A. ani nie ogłoszono jego upadłości. SMT Software S.A. winno zatem zostać wezwane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego brak istnienia powyższych okoliczności.

Zauważono, iż z załączonego wyciągu z Rejestru Handlowego i Spółek Luksemburga wynika, że jednym z członków zarządu Spółki Intrasoft International S.A. jest George Manos. Do oferty nie dołączono jednakże wymaganego przepisem § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy. Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, iż również w tym zakresie Zamawiający winien wezwać SMT Software S.A. do przedstawienia brakującego dokumentu.

Ponadto SMT Software S.A. nie dołączyło do oferty dokumentu potwierdzającego, że Intrasoft International S.A. nie zalega z uiszczaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne. Do oferty dołączono jedynie zaświadczenie Wspólnego Centrum Ubezpieczalni Społecznej

Luksemburga z dnia 5 grudnia 2012 r., które potwierdza brak zaległości z uiszczaniem składek na ubezpieczenie społeczne. Powyższe potwierdza konieczność wezwania SMT Software S.A. do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego brak zaległości z uiszczaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne dotyczący Intrasoft International S.A.

Intrasoft International S.A. w treści pisemnego zobowiązania do udostępnienia wiedzy i doświadczenia Spółce SMT Software S.A. wskazała, iż zasoby te opisane są w załączonym do oferty wykazie referencji. Przywołany dokument zawiera wykaz dwóch zamówień potwierdzających spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia. Do tego wykazu nie dołączono jednakże dokumentów potwierdzających należyte wykonanie tychże zamówień, co uzasadnia wezwanie SMT Software S.A. do uzupełnienia dokumentów również w tym zakresie. Należy jednocześnie zauważyć, że wykaz zrealizowanych zamówień przez SMT Software S.A. objęty został tajemnicą przedsiębiorstwa na podstawie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W przypadku, gdyby brakujące dokumenty potwierdzające należyte zrealizowanie zamówień opisanych w wykazie zostały dołączone do części niejawniej oferty, to działanie takie uznać należy za nieskuteczne, biorąc pod uwagę ujawnienie informacji dotyczących tych zamówień w wykazie dołączonym do pisemnego zobowiązania. W takiej sytuacji, ewentualne zaniechanie odtajnienia tych dokumentów przez Zamawiającego stoi w sprzeczności z przepisem art. 8 ust. 3 ustawy.

W dniu 15 lutego 2013 roku na podstawie art. 185 ust. 2 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca SMT Software S.A. z siedzibą we Wrocławiu. Informację o wniesieniu odwołania Przystępujący otrzymał w dniu 12 lutego, tym samym termin na zgłoszenie przystąpienia został zachowany. Kopia zgłoszenia przekazana została stronom postępowania odwoławczego.

W związku z tym, że interes Przystępującego może doznać uszczerbku w wyniku ewentualnego uwzględnienia złożonego w postępowaniu odwołania, gdyż oferta Przystępującego została uznana za najkorzystniejszą, wnosil on o oddalenie odwołania.

Istotą odwołania w ocenie Przystępującego jest ustalenie czy doszło do naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż naruszenie pozostałych przepisów może być wyłącznie skutkiem wykazania, iż art. 26 ust 3 został naruszony.

Przystępujący wskazał, że wbrew twierdzeniom w odwołaniu przepis ten nie został naruszony. Odwołujący podnosi bowiem, że brakujące dokumenty i oświadczenia dotyczą podmiotu, który Przystępującemu udostępnił zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia. Wywodzi też, że podmiot ten (udostępniający) musi w tej sytuacji uczestniczyć w realizacji części zamówienia i tym samym złożyć

dokumenty żądane od podmiotów uczestniczących w realizacji zamówienia zgodnie z rozdziałem VI. pkt 3 SIWZ.

Przystępujący wskazuje że:

Po pierwsze Przystępujący w swojej ofercie nie wskazuje, iż udostępniający potencjał Intrasoft International SA będzie uczestniczył w realizacji części zamówienia. Udostępnienie potencjału wbrew poglądom Odwołującego może nastąpić bez takiego zaangażowania. „Udział w realizacji części zamówienia”, o którym mowa w SIWZ, a przede wszystkim w § 1 ust 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów „w sprawie dokumentów....”, to pojęcie które odnosi się wprost do bezpośredniego zaangażowania i wykonawstwo określonej części zamówienia. Nie może być więc utożsamiany z każdym rodzajem wsparcia udzielanym przez udostępniającego wykonawcy. Udostępnienie osób, może polegać na stworzeniu im takich warunków by mogły one wykonywać określone czynności dla wykonawcy ale bezpośrednio dla niego, bez jakiegokolwiek udziału podmiotu udostępniającego w realizacji jakiegokolwiek części zamówienia. W przypadku wiedzy i doświadczenia dostęp do niej będzie zapewniany poprzez

- przekazanie wiedzy w postaci istniejących w Intrasoft International SA procedur i opisu metod realizacji określonych zadań;
- wyrażenie zgody na uczestnictwo pracowników Intrasoft International SA do udziału w postępowaniu (w związku z udostępnieniem osób), którzy przeniosą posiadane przez przedsiębiorstwo wiedzę i doświadczenia do realizowanej umowy o zamówienie publiczne;
- wsparcie sprzętowe dzięki któremu dotychczasowe doświadczenia Intrasoft International SA okazały się pozytywne;
- przekazanie informacji o źródłach wiedzy, zaopatrzenia, specjalistach z określonych dziedzin objętych udostępnianym doświadczeniem;
- doradztwo i konsultacje na podstawie porozumienia między SMT Software SA oraz Intrasoft International SA.

A także w razie konieczności i niewystarczającego dla prawidłowej realizacji zamówienia wsparcia w w/w formach - udział w każdej innej formie uzgodnionej przez strony.

Po wtóre - Przystępujący mimo braku takiego obowiązku załączył odpowiednie oświadczenia i dokumenty do oferty. Jak zauważa Odwołujący znajduje się w niej oświadczenie o braku przesłanek wykluczenia, odpis z Rejestru Handlowego i Spółek, Informacja o braku zaległościach w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne.

Zgodnie z prawem Luksemburga brak adnotacji w Rejestrze Spółek o likwidacji bądź upadłości, oznacza, że fakt taki nie miał miejsca. W pojęciu składek na ubezpieczenie

społeczne mieści się opłacanie składek na ubezpieczenie zdrowotne. Pozostałe dokumenty (referencje) ze względu na ich treść zostały uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Domaganie się wyjaśnień, czy zastrzeżenie to było prawidłowe należy w chwili obecnej uznać za spóźnione.

W dniu 19 lutego 2013 roku Zamawiający przesyłając odpowiedź na odwołanie, uwzględnił je w całości. Wobec powyższego zgłaszający przystąpienie wezwany został do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu.

SMT Software S.A., która zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wniosła na podstawie art. 186 ust 3 ustawy Pzp sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w całości przez Zamawiającego.

Przystępujący zaznaczył, że załączył do oferty wszystkie odpowiednie oświadczenia i dokumenty i tym samym unieważnienie czynności wyboru jego oferty i wezwanie go do składania dokumentów, które znajdują się w ofercie jest sprzeczne z prawem.

Jak zauważa sam Odwołujący, w ofercie Przystępującego znajduje się w oświadczenie o braku przesłanek wykluczenia, odpis z Rejestru Handlowego i Spółek, Informacja o braku zaległościach w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne. Dokumenty te wystarczają dla ustalenia braku przesłanek wykluczenia z postępowania, a domaganie się dokumentów w szerszym zakresie naruszałoby art. 25 ust 1 ustawy Pzp. Odnosząc się w kolejności do podniesionych w odwołaniu zarzutów wskazano, że:

(1) zgodnie z prawem Luksemburga brak adnotacji w Rejestrze Spółek o likwidacji bądź upadłości, oznacza, że fakt taki nie miał miejsca. Potwierdza to art. 444-1 Luksemburskiego kodeksu spółek, i art. 13 ustawy o Rejestrze handlowym i spółek a także rachunkowości finansowe i biznesowych rocznych sprawozdaniach finansowych, których przetłumaczone fragmenty załączono do sprzeciwu. Informacja ta znajdowała się już w ofercie Przystępującego, stąd zarówno odwołanie jak i jego uwzględnienie są niezasadne.

(2) w pojęciu składek na ubezpieczenie społeczne mieści się opłacanie składek na ubezpieczenie zdrowotne. Wspólne Centrum Ubezpieczalni Społecznej, które wystawiło zaświadczenie złożone w ofercie (tłumaczenie str. 81 i nast.) jest jedynym organem, który wydaje dokumenty potwierdzające brak zaległości w składkach i dokument ten obejmuje wszelkie składki ubezpieczeniowe - w tym na ubezpieczenie zdrowotne. W odwołaniu, a także w piśmie o uwzględnieniu odwołania pochodzącym od Zamawiającego nie wskazano jakiegokolwiek dowodu, by w Luksemburgu wydawano inny dokument a opłacanie składek na ubezpieczenie zdrowotne nie było objęte załączonym do oferty zaświadczeniem. Na stronach internetowych Wspólnego Centrum Ubezpieczalni Społecznej można odnaleźć informacje, które wyjaśniają jaki jest zakres ubezpieczeń odprowadzanych do tej instytucji

<http://www.guichet.public.lu/entreprises/en/sante-securite/declaration-secu/affiliation/payer-cotisations/index.html>). Załączono oryginał oraz tłumaczenie informacji zawartych na wymienionej stronie wskazujących, że ubezpieczenie zdrowotne stanowi składnik ubezpieczenia społecznego, do którego odnosi się złożone zaświadczenie. Zaznaczone pogrubieniem składniki ubezpieczenia społecznego jednoznacznie wskazują, że obejmuje ono również ubezpieczenie zdrowotne.

(3) Jak wynika z załączonego do oferty Przystępującego wyciągu z Rejestru Handlowego i Spółek Luksemburga, w skład zarządu spółki (tłumaczenie str. 46 i nast. oferty) wchodzi trzy osoby: A..... K....., S..... K....., D..... K.....

G..... M.....s, którego dotyczy zarzut podniesiony w odwołaniu nie jest członkiem zarządu, lecz jedynie dyrektorem upoważnionym do codziennego zarządzania na podstawie pełnomocnictw ujawnionych w rejestrze, co stanowi odpowiednik prokury znanej prawu polskiemu. Tym samym brak było złożenia dokumentu dotyczącego niekaralności p. M.....

(4) Pozostałe dokumenty, których brak wskazuje się w odwołaniu (referencje) ze względu na ich treść zostały uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Domaganie się przez Odwołującego by Zamawiający zwrócił się wyjaśnienia, czy zastrzeżenie to było prawidłowe należy w chwili obecnej uznać za spóźnione.

Jednakże Przystępujący wskazuje, że zakres informacji zawartych w referencjach jest znacząco szerszy od zakresu ujawnionego w wykazie i z tego powodu nie mogły być ujawnione. I tak w przypadku dokumentu potwierdzającego wykonanie usługi nr 1 wskazano w nim na stan zaawansowania prac i podział wynagrodzenia. W przypadku dokumentu potwierdzającego wykonanie usługi nr 2 wskazano podział i wartość zadań pomiędzy wykonawców szerszego zakresu prac oraz powiązania gospodarcze. Informacje te ze względu na uzgodnienia z podmiotami, z którymi Intrasoft International SA wykonywał wymienione usługi nie mogą być ujawniane. Tym samym SMT Software otrzymał je z zastrzeżeniem zakazu ich ujawniania pod rygorem zerwania współpracy. Dane te nie są dostępne publicznie. Nie udostępnia ich ani SMT Software, ani Intrasoft International SA, ani inne podmioty wymienione w załączonych dokumentach. Dostęp do nich mają wyłącznie osoby uprawnione do zapoznania się z podanymi w nich informacjami. Jednocześnie informacja ta dla SMT Software ma wymierną wartość gospodarczą, gdyż od niej zależy możliwość współpracy z Intrasoft International SA. Ich ujawnienie może narazić Przystępującego na szkodę polegającą na odmowie przyszłej współpracy z tymi przedsiębiorcami. Ponieważ każda z informacji posiada wartość gospodarczą, a jej ujawnienie mogłoby narazić Wykonawcę na szkodę i są to informacje które nie były dostępne dla osób innych niż dopuszczone do tejże informacji z woli przedsiębiorcy,

spełniają one wymóg uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa. Są to tajemnice Spółki Odwołującego ale też innych przedsiębiorców, od których pochodzą, a do zachowania których wykonawca jest zobowiązany ze względu na zakaz ujawniania tych informacji narzucony przez tych przedsiębiorców chroniących tajemnicę przedsiębiorstwa. Te argumenty zdaje się podzielać Zamawiający, gdyż mimo wskazania, że uwzględnia odwołanie w piśmie z dnia 19 lutego nie wskazuje, że dokona badania prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Z ostrożności Przystępujący wskazuje także, że czynność nie dokonania wyjaśnień prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wpływa na wynik postępowania, a tym samym zgodnie z art. 192 ust. 2 nie może stanowić o jego uwzględnieniu.

Na rozprawie strony i uczestnik postępowania odwoławczego podtrzymały stanowiska wyrażone pisemnie.

**Skład orzekający Izby, na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, biorąc pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika postępowania oraz pozostałą dokumentację postępowania, a także stanowiska i oświadczenia stron oraz uczestnika postępowania zaprezentowane pisemnie i ustnie w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje:**

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego. Izba zważyła, że oferta złożona przez Odwołującego byłaby wtedy ofertą z najniższą ceną. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert i ewentualne stwierdzenie naruszeń wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

**Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, ponieważ potwierdziła się część zarzutów podniesiona w odwołaniu.**

Sporną w sprawie jest kwestia czy wykonawca podlega wezwaniu do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w zakresie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu odnośnie oświadczeń i dokumentów dla podmiotu trzeciego udostępniającego wykonawcy swój potencjał.

Jak słusznie zauważył na rozprawie Odwołujący, w przystąpieniu jest zawarta argumentacja, że wykonawca wybrany nie był zobowiązany do złożenia dokumentów dla podmiotu trzeciego, ponieważ ten podmiot nie będzie bezpośrednio uczestniczył w realizacji części zamówienia, ale argumentacja ta nie została podtrzymana w przypadku oświadczenia o złożeniu sprzeciwu.

Niewątpliwie, zgodnie z zapisami ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, Zamawiający wymagał, aby w przypadku kiedy wykonawca polegał będzie na potencjale innych podmiotów, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, dołączyć należało do oferty wszystkie dokumenty wymagane SIWZ na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia.

W ocenie Izby z całokształtu postanowień SIWZ i treści oświadczeń złożonych pisemnie i ustnie przez Przystępującego, biorąc pod uwagę treść oświadczeń i dokumentów załączonych do oferty, wynika, że podmiot udostępniający będzie brał udział w realizacji zamówienia, przy czym znaczenie drugorzędne ma charakter tego uczestnictwa, choć złożone oświadczenia przemawiają za uznaniem wykonawcy udostępniającego swój potencjał za podwykonawcę. Analiza treści oferty, oświadczenia złożonego na stronie 36 oferty przez podmiot udostępniający swój zasób, fakt dołączenia dokumentów dla spółki Instasoft, a także wskazanie zakresu prac powierzonych podwykonawcy oraz dokumenty złożone na rozprawie wskazują jednoznacznie, że wolą i intencją Przystępującego było określenie jako podwykonawcy podmiotu trzeciego.

Zatem w takim przypadku, wykonawca korzystający z wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 2b na żądanie Zamawiającego zobowiązany jest złożyć dokumenty podmiotowe w odniesieniu do tych podmiotów. Nie bez znaczenia pozostaje okoliczność, że już w ofercie część dokumentów pochodząca od podmiotu trzeciego została przedstawiona celem wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy, a Odwołujący na rozprawie nie negował obowiązku złożenia dokumentów podmiotowych dla podmiotu udostępniającego swoje zasoby. Powyższe determinowało wniosek, że w przedmiotowym postępowaniu Przystępujący zobowiązany był do wywiązania się z obowiązku nałożonego § 1 ust. 2 rozporządzenia o dokumentach.

Przechodząc do rozpoznania grupy zarzutów referujących do niedoskonałości stwierdzonych przez Odwołującego w złożonych z ofertą Przystępującego dokumentach, to zauważyć należy, że zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez niego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, albo którzy złożyli wymagane przez Zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter bezwzględnie obowiązujący i nakłada na Zamawiającego nie prawo, a obowiązek wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów. Zamawiający nie może podjąć decyzji o wykluczeniu wykonawcy nie mając absolutnej pewności co do spełnienia lub niespełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu. Co więcej, zarówno doktryna, jak i orzecznictwo przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp interpretują jednoznacznie: jeżeli z dokumentów załączonych do oferty nie wynika, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, traktuje się te dokumenty i oświadczenia jak dokumenty „zawierające błąd” i mimo, że nie ma wątpliwości co do ich treści, Zamawiający winien zastosować art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający jest zwolniony z obowiązku wzywania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, jeżeli mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. W sprawie nie wykazano jednak, by zaistniała konieczność unieważnienia postępowania albo by oferta Przystępującego podlegała odrzuceniu.

Przenosząc powyższe uwagi ogólne na grunt rozpoznawanej sprawy w zakresie zarzut niewykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z uwagi na nieprzedstawienie odpowiedniego dokumentu, z którego wynikałoby nieotwarcie likwidacji i nieogłoszenie upadłości podmiotu trzeciego, podzielono argumentację Odwołującego.

Zgodnie z treścią § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a) rozporządzenia w sprawie dokumentów, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w celu wykazania braku podstawy do wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamiast dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 wykonawca składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania potwierdzające, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. Odwołujący wskazywał, że w złożonym przez Przystępującego wyciągu z rejestru spółek nie odnotowano okoliczności dotyczącej upadłości i likwidacji, natomiast Przystępujący wskazywał, że skoro w dokumencie brak jest wzmianki o otwarciu likwidacji czy ogłoszeniu

upadłości, to powyższe nie miało miejsca, ponieważ gdyby takie zdarzenia zaistniały, byłyby tam odnotowane.

Skład orzekający Izby uznał, iż Przystępujący, na którym spoczywał ciężar dowodu, nie wykazał, na jakiej podstawie uważa, iż jedynie złożony wyciąg z rejestru potwierdza brak podstawy do wykluczenia w zakresie nieotwarcia postępowania likwidacyjnego lub upadłościowego i dopuszczalne jest oparcie się w tym zakresie tylko na treści odpisu (wypisu) z rejestru handlowego.

Izba zauważyła, iż zgodnie z treścią § 4 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów wykonawca mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium RP powinien złożyć dokument potwierdzający, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. W ocenie składu informacje te nie wynikają ze złożonego wyciągu z rejestru spółek handlowych. Odwołujący wykazał zatem, iż w Wielkim Księstwie Luksemburga odpis z rejestru handlowego nie jest w tej mierze wystarczający. Zarzut w tym zakresie należy zatem uznać za udowodniony. W zakresie powyższych informacji, nie przesądzając jednoznacznie jakiego rodzaju dokument powinien być uzupełniony, Przystępujący winien być wezwany do uzupełnienia dokumentów, bądź jeżeli nie wydaje się dokumentów o określonej treści – do złożenia odpowiedniego oświadczenia potwierdzającego fakt nieotwarcia likwidacji i nieogłoszenia upadłości wykonawcy.

Za udowodniony przez Odwołującego uznano również zarzut dotyczący niewykazania braku podstaw do wykluczenia w zakresie nie przedstawienia zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy odnośnie osoby pana G. M..... W tym przypadku twierdzenia Przystępującego, że osoba ta nie wchodzi w skład organu zarządzającego, do którego odnosi się art. 24 ust. 1 pkt 4-8, uznano za nie poparte żadnymi dowodami. Jednocześnie decydujące znaczenie miała okoliczność, iż dla osoby piastującej takie same stanowisko w spółce (a więc stanowisko dyrektora upoważnionego do codziennego zarządzania) załączono odpowiednie zaświadczenie potwierdzające niekaralność tej osoby. Argumentacja Przystępującego o nadmiarowym załączeniu tych dokumentów jako wiarygodna nie mogła się ostać. Dlatego też, w ocenie składu orzekającego Izby, Przystępujący winien być wezwany do uzupełnienia odpowiedniego dokumentu potwierdzającego okoliczność niekaralności pana G. M.....

Odnośnie zarzutu niewykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy w zakresie braku potwierdzenia przez Przystępującego niezalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne argumentacji Odwołującego nie uwzględniono.

Zgodnie z treścią § 4 ust. 1 pkt 1 lit. b) rozporządzenia w sprawie dokumentów, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium RP, w celu wykazania braku podstawy do wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamiast dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 (tj. zamiast aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału ZUS lub KRUS) wykonawca składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania potwierdzające, że nie zalega z uiszczaniem składek na ubezpieczenie i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. W ofercie Przystępującego na stronie 81 i następnie znajduje się zaświadczenie potwierdzające brak zaległości w składkach.

W ocenie Izby wykonawca Przystępujący zadośćuczynił wymogowi przewidzianemu ustawą Pzp i rozporządzeniem w sprawie dokumentów. Powyższe potwierdza również opinia prawna złożona na rozprawie przez Przystępującego wraz z wyciągiem z odpowiednich przepisów obowiązujących w Wielkim Księstwie Luksemburga regulujących powyższe kwestie oraz dokumenty źródłowe załączone do oświadczenia o złożeniu sprzeciwu, z których wynika, że wydane zaświadczenie o opłacaniu składki na zabezpieczenie społeczne obejmuje również potwierdzenie faktu opłacenia składki na ubezpieczenie zdrowotne, ponieważ (biorąc pod uwagę obcy porządek prawny) ubezpieczenie zdrowotne stanowi część ubezpieczenia społecznego i składki na to ubezpieczenie zawarte są w składkach na ubezpieczenie społeczne, a całość świadczeń objęto nazwą „zabezpieczenia społecznego”. W tym zakresie uznano zarzuty odwołania za nieudowodnione, a twierdzenia Odwołującego za nie poparte dowodami.

W przypadku argumentacji odnoszącej się do naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp i dotyczącej tajemnicy przedsiębiorstwa, w pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, iż zarzutu tego nie uznano za spóźniony. Ustalono, iż w toku badania i oceny ofert Zamawiający nie zwracał się do wybranego wykonawcy – Przystępującego, o zajęcie stanowiska w zakresie spełnienia przesłanek objęcia informacji klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, nie informował również innych wykonawców, czy trwa jakakolwiek procedura badania prawidłowości poczynionego zastrzeżenia. Informację o tym, że Zamawiający honorował będzie zastrzeżenie poczynione przez wykonawcę inni wykonawcy uzyskali zatem z momentem ogłoszenia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, kiedy to mogli zapoznać się z ofertami złożonymi w postępowaniu. Uznano zatem, iż od tego momentu biegł więc termin na skorzystanie ze środków ochrony prawnej odnoszących się do poczynionego zastrzeżenia. Jednocześnie zauważyć należy, iż przedmiotem zarzutu w odwołaniu nie była okoliczność niewezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zastrzeżenia

informacji, jak podnosił na rozprawie Zamawiający, ale okoliczność, że dane informacje znajdujące się w wykazie usług tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą stanowić i w takim brzmieniu zarzut ten został przez Izbę rozpoznany.

Uznano także, że sformułowany przez Odwołującego zarzut siłą rzeczy nie mógł odnosić się do załączonego do oferty wykazu usług, ponieważ ten z momentem złożenia oferty znajdował się w części jawnej tego dokumentu. W tym zakresie argumentacja Odwołującego byłaby więc pozbawiona jakiegokolwiek logiki. Jeżeli zatem zarzut nie mógł dotyczyć jawnego wykazu usług, to argumentacja Odwołującego odnosić mogła się jedynie do dokumentów mających potwierdzać należyte wykonanie zamówień ujętych w wykazie, które rzeczywiście znalazły się w części tajnej oferty. Skoro zaś dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług Przystępujący załączył do oferty, to nie mógł zostać uwzględniony zarzut i żądanie Odwołującego w zakresie wezwania wybranego wykonawcy do uzupełnienia tych dokumentów.

Co się tyczy zarzutu, iż informacje wynikające z dokumentów potwierdzających należytego wykonanie zamówień ujętych w wykazie usług nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba dokonała weryfikacji treści tych dokumentów i nie podzieliła stanowiska Odwołującego. Dane wynikające z treści tych dokumentów, w ocenie składu orzekającego stanowić mogą tajemnicę przedsiębiorstwa i zawierać informacje posiadające określoną wartość gospodarczą. Ujawnienie tych informacji spowodować mogłoby ujawnienie danych dotyczących charakteru współpracy oraz relacji biznesowych między podmiotami, które będą podwykonawcami a podmiotem ubiegającym się o udzielenie zamówienia. Jednocześnie przywołać należy w tym przypadku treść dokumentu złożonego na rozprawie przez Przystępującego, o obowiązku zachowania przez tego ostatniego poufności informacji dostarczanych przez podmiot trzeci udostępniający zasoby w prowadzonym postępowaniu. Z dokumentu jasno wynika, że strony wiąże podpisana w 2012 roku umowa o zachowaniu poufności, gdzie dane dotyczące funkcjonalności proponowanego rozwiązania, informacja o cenach, partnerach oraz pracownikach muszą być traktowane jako poufne. Skład orzekający Izby podzielił również stanowisko Przystępującego, iż ujęcie i zaprezentowanie pewnej części danych w jawnym wykazie, nie pozbawia automatycznie innych informacji ujętych w referencjach waloru tajemnicy przedsiębiorstwa i w tym zakresie zarzut oddalono. Ponadto, jak słusznie zauważył Przystępujący zakres informacji zawartych w referencjach jest znacząco szerszy od zakresu ujawnionego w wykazie.

Argumentacja przedstawiona w pierwszej części uzasadnienia orzeczenia determinowała wniosek, że Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do uzupełnienia

wskazanych w uzasadnieniu orzeczenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp w sposób jednoznaczny określając jakiego rodzaju wątpliwości budzą złożone w ofercie dokumenty, a odwołanie w tym, zakresie podlegało uwzględnieniu. Zaniechanie powyższego stanowiło naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych wskazanych w odwołaniu.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę, iż potwierdziła się część zarzutów powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 2) i ust. 4 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 wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w wysokości wynikającej z faktury przedłożonej do akt sprawy.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....