

**WYROK**  
**z dnia 1 czerwca 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 maja 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Asseco Poland S.A. w Rzeszowie, Intertrading System Technology Sp. z o.o. w Warszawie, Combidata Poland Sp. z o.o. w Sopocie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa,**

przy udziale:

- A. **Betacom S.A. w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
- B. **SEQUENCE Sp. z o.o. w Jaworznie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
- C. **Young Digital Planet S.A. w Gdańsku** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
- D. **NetLine Group Sp. z o.o. we Wrocławiu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
- E. **POLKOMTEL S.A. w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Asseco Poland S.A. w Rzeszowie, Intertrading System Technology Sp. z o.o. w Warszawie, Combidata Poland Sp. z o.o. w Sopocie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero gorszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Asseco Poland S.A. w Rzeszowie, Intertrading System Technology Sp. z o.o. w Warszawie, Combidata Poland Sp. z o.o. w Sopocie** tytułem wpisu od odwołania,

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

## **Uzasadnienie**

Zamawiający, Miasto Stołeczne Warszawa, prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wyłonienie Generalnego Wykonawcy projektu „Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu osób niepełnosprawnych w Warszawie”.

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

W dniu 12.05.2011 zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wynikach oceny wniosków. Wniosek wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Asseco Poland S.A. w Rzeszowie, Intertrading System Technology Sp. z o.o. w Warszawie, Combidata Poland Sp. z o.o. w Sopocie (zwani dalej „Konsorcjum Asseco”) został oceniony na poziomie 264,5 punktów, przy czym najniższa punktacja wykonawcy spośród pięciu wykonawców z punktacją kwalifikującą ich do dialogu to 329,5 punktu. W związku z czym Konsorcjum Asseco zgodnie z art. 60d ust. 3 Pzp zostało uznane za wykluczone z udziału w postępowaniu.

W informacji o ocenie wniosków skierowanej do ww. Konsorcjum nie zawarto informacji o odtajnieniu jakiegokolwiek części jego wniosku. Natomiast w tabeli zawierającej ocenę zaznaczono, które z wykazów przedstawionych przez Konsorcjum są jawne, a które tajne.

W dniu 23.05.2011 r. Konsorcjum Asseco wniosło odwołanie od ww. czynności zamawiającego oraz od odtajnienia części przedstawionych przez nich wykazów prac, wymaganych w ramach opisu warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 8 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez utajnienie treści wniosków:

- a) Betacom S.A. z siedzibą w Warszawie; dalej jako Betacom,
- b) NetLine Group sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, dalej jako NetLine Group,
- c) Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie; dalej jako Polkomtel,
- d) Sequence sp. z o.o. z siedzibą w Jaworznie,; dalej jako Sequence,
- e) Young Digital Planet S.A. z siedzibą w Gdańsku; dalej jako: Young Digital Planet,

- w zakresie wykazów dostaw i usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, podczas gdy w analogicznej sytuacji wobec odwołującego, zamawiający podjął decyzję o odtajnieniu zastrzeżonych dokumentów, co skutkuje rażącym naruszeniem obowiązku prowadzenia postępowania z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

2. Naruszenie art. 60d ust. 3 Pzp przez dokonanie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sposób niezgodny z zasadami określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu, co w konsekwencji spowodowało nieprzyznanie odwołującemu 26 punktów w ramach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i spowodowało zaklasyfikowanie odwołującego na pozycji niższej od tej, na której powinien być zaklasyfikowany w przypadku dokonania przez zamawiającego prawidłowej oceny wniosku odwołującego.

W związku z powyższym, odwołujący wniósł o:

1. nakazanie unieważnienia czynności zaproszenia do dialogu konkurencyjnego ze względu na konieczność przeprowadzenia ponownej oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu;
2. nakazanie ujawnienia treści wniosków Betacom, NetLine Group, Polkomtel, Sequence i Young Digital Planet w zakresie wykazów dostaw i usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie w celu przywrócenia naruszonej przez zamawiającego zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji;
3. nakazanie dokonania ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do dialogu konkurencyjnego z uwzględnieniem stanowiska odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odnośnie zarzutu nr 1 odwołujący podniósł, iż objął tajemnicą przedsiębiorstwa wykazy dostaw i usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie wskazanych w nich zamówień, przy czym zastrzeżeniem tym objęte zostały wyłącznie dostawy i usługi wykonane na rzecz podmiotów niepublicznych oraz zamówienia wykonane przez podmioty, które udostępniły odwołującemu zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia (str. 84 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, str. 56 uzupełnienia) Zastrzeżenia w zakresie wykazów wykonanych zamówień zawarli w swoich wnioskach wykonawcy: Betacom, NetLine Group, Polkomtel, Sequence i Young Digital Planet.

Pismem z dnia 11 kwietnia 2011 r. zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnienia treści złożonych dokumentów w przedmiotowym postępowaniu, poprzez wskazanie, podstawy faktycznej i prawnej utajnienia dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia

warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia. W tym samym dniu zamawiający wystosował pisma o identycznej treści do:

1. Betacom (pismo z 11 kwietnia 2011 r., nr BI-MZI-271-26-1-11),
2. NetLine Group (pismo z 11 kwietnia 2011 r., nr BI-MZI-271-26-1-11),
3. Polkomtel (pismo z 11 kwietnia 2011 r., nr BI-MZI-271-26-1-11),
4. Sequence (pismo z 11 kwietnia 2011 r., nr BI-MZI-271-26-1-11) oraz
5. Young Digital Planet (pismo z 11 kwietnia 2011 r., nr BI-MZI-271-26-1-11).

W piśmie z 14 kwietnia 2011 r., Odwołujący złożył wyjaśnienia dotyczące zasadności objęcia wykazów dostaw i usług zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie z treścią wezwania, Odwołujący wskazał podstawę prawną, a także podstawy faktyczne zastrzeżenia, w szczególności informując zamawiającego o wartości gospodarczej, jaką mają dla odwołującego informacje zawarte w zastrzeżonych wykazach i dokumentach potwierdzających ich należyte wykonanie. Odwołujący przytoczył również poglądy sformułowane w doktrynie i orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i Zespołu Arbitrów, wskazujące na możliwość zastrzeżenia wykazu wykonanych zamówień. Ponadto odwołujący wskazał, że udostępnienie Odwołującemu zasobów przez podmioty trzecie było powiązane z zapewnieniem, że dokumenty dotyczące zamówień realizowanych przez te podmioty, w tym dane dotyczące odbiorców, zostaną zachowane w poufności.

Wyjaśnienia dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa złożyli także pozostali wezwani wykonawcy - Betacom, NetLine Group, Polkomtel, Sequence i Young Digital Planet. W wyjaśnieniach tych wykonawcy powołują się na podobne argumenty, na jakie powołał się Odwołujący w swoich wyjaśnieniach.

W piśmie z dnia 12 maja 2011 r., zawierającym wyniki oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zamawiający poinformował wykonawców o decyzji w przedmiocie jawności poszczególnych wniosków. W tabeli zatytułowanej „Szczegółowa punktacja”, a także w szczegółowym uzasadnieniu przyznania 0 pkt za niektóre zamówienia, zamawiający wskazał, które wykazy uznał za „jawne”, a które za „tajne”: odnośnie Odwołującego się (Wniosek nr 13) - Zamawiający wskazał: „Wykaz 1 jawny 1”, „Wykaz 1 jawny 2”. Z kolei w odniesieniu do wniosków wykonawców Young Digital Planet (wniosek nr 5), Betacom (wniosek nr 8), Sequence (wniosek nr 16), NetLine Group (wniosek nr 25), Polkomtel (wniosek nr 31) zamawiający wskazał „Wykaz 1 tajny”, „Wykaz 2 tajny”. W dniu 16 maja 2011 r. odwołujący wniósł o udostępnienie wniosków złożonych przez Betacom, NetLine Group, Polkomtel, Sequence i Young Digital Planet. W dniu 17 maja 2011 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu wnioski wskazanych wykonawców, jednak nie udostępnił zastrzeżonych przez tych wykonawców wykazów wykonanych zamówień. Zamawiający podjął zatem w dniu 12 maja 2011 r. decyzję o odtajnieniu treści wykazów objętych zastrzeżeniem odwołującego się przy jednoczesnym utajnieniu wykazów wskazanych

wykonawców. W wyniku podjęcia tej czynności zamawiający naruszył równowagę konkurencyjną w przedmiotowym postępowaniu, celowo bądź nieświadomie utrudniając wykonawcom niezaproszonym do dalszego etapu postępowania kwestionowanie dokonanej przez zamawiającego oceny spełniania przez tych wykonawców warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący nie odniósł się do zasadności działań zamawiającego w zakresie ujawnienia jego wykazów. Skutków tych działań nie można bowiem cofnąć. Nakazanie zamawiającemu utajnienia wykazów odwołującego się nie zmieni bowiem sytuacji, w której inni wykonawcy mają pełny dostęp do wszystkich informacji zawartych w tych wykazach i załączonych do nich dokumentach, potwierdzających należyte wykonanie zamówień w nich wskazanych. Celem sformułowania wniosku o udostępnienie wykazów i referencji wskazanych powyżej wykonawców jest przywrócenie naruszonej przez zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców. W chwili obecnej dostęp do dokumentów odwołującego się mają wszyscy wykonawcy, podczas gdy odwołujący i inni wykonawcy, sklasyfikowani na niższych pozycjach, nie mają dostępu do analogicznych dokumentów pięciu wykonawców zaproszonych do dialogu konkurencyjnego. Stan ten nie może zasługiwać na aprobatę w świetle konieczności zapewnienia przejrzystości postępowania i zasady równego traktowania wykonawców, wyrażonej w art. 7 ust. 1 pzp. Zasada ta wiąże zamawiającego przez cały czas trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i dotyczy wszystkich czynności podejmowanych w stosunku do wykonawców. Zamawiający winien zatem albo uwzględnić zastrzeżenia tajności poczynione przez wszystkich wykonawców, albo nie uwzględnić żadnego z nich. Ponieważ w chwili obecnej żadne czynności zamawiającego w odniesieniu do dokumentów odwołującego się nie mogą przywrócić zasady równego traktowania, konieczne jest zapewnienie dostępu do analogicznych dokumentów, załączonych do wniosków Betacom, NetLine Group, Polkomtel, Sequence i Young Digital Planet.

Odwołujący wskazał również na skutki bezpodstawnego zaniechania ujawnienia wykazów dostaw i usług, dołączonych do wniosków: Betacom, NetLine Group, Polkomtel, Sequence i Young Digital Planet. W niniejszym postępowaniu zakres spełnienia warunków udziału w postępowaniu, odnoszących się do wiedzy i doświadczenia, ma kluczowe znaczenie dla rezultatów postępowania, albowiem stanowi podstawę dla decyzji o zaproszeniu do udziału w dialogu konkurencyjnym. Możliwość zbadania wykazów złożonych przez konkurencyjnych wykonawców, wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie zobowiązania, stanowi podstawowy środek kontroli poprawności działań zamawiającego. Tymczasem zamawiający pozbawił odwołującego tej możliwości. Na sprzeczność takiego skutku zastrzeżenia z przepisem art. 8 ust. 3 pzp zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 stycznia 2011 r., (sygn.. KIO 2793/10), w którym stwierdziła: „zastrzeżenie

w ofercie pewnych informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa nie może zmierzać jedynie do uniemożliwienia weryfikacji poprawności takiej oferty przez konkurencyjnych wykonawców."

Utrzymanie tajności wykazu wykonanych dostaw i usług i dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie we wnioskach wykonawców: Betacom, NetLine Group, Polkomtel, Sequence i Young Digital Planet, doprowadzi do poważnego naruszenia przepisów ustawy.

W przedmiocie nieprawidłowej oceny spełniania przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu (zarzut nr 2) odwołujący podniósł, iż zgodnie z ogłoszeniem o dialogu powinien otrzymać w ramach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dodatkowe 26 punktów, a w konsekwencji powinien być zaklasyfikowany na 6 pozycji (w chwili obecnej został zaklasyfikowany na 10 pozycji). Odwołującemu winny zostać przyznane dodatkowe 21 punktów z tytułu wykazania się następującymi zamówieniami, polegającymi na zbudowaniu, wdrożeniu lub modernizacji systemu teleinformatycznego (usługa o wartości min. 5 min brutto):

- 1) 5 punktów z tytułu wykonania kompleksowej implementacji Centralnego Systemu Bankowego, systemu ESB oraz Elektronicznych Kanałów Dystrybucji - zamówienie wykonane przez Helwett-Packard Polska Sp. z o.o. na rzecz Lukas Bank S.A. (poz. 25 wykazu nr 1, str. 60 uzupełnienia Odwołującego);
- 2) 5 punktów z tytułu wykonania usługi operatorskiej sieci WAN - zamówienie wykonane przez Telekomunikację Polską S.A. na rzecz Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego (poz. 40 wykazu nr 1, str. 62 uzupełnienia Odwołującego);
- 3) 5 punktów z tytułu wykonania usługi polegającej na instalacji i eksploatacji sieci WAN dla Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (poz. 41 wykazu nr 1, str. 62 uzupełnienia Odwołującego);
- 4) 5 punktów z tytułu wykonania usługi w zakresie utrzymania sieci IP VPN - zamówienie wykonane przez Telekomunikację Polską S.A. na rzecz Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii (poz. nr 42 wykazu nr 1, str. 62 uzupełnienia Odwołującego);
- 5) 1 punkt z tytułu wykonania usługi transmisji danych - zamówienie wykonane przez Telekomunikację Polską S.A. na rzecz Pomorskiej Spółki Gazownictwa Sp. z o.o. (poz. 45 wykazu nr 1, str. 63 uzupełnienia Odwołującego).

Zamawiający uzasadnił nieprzyznanie odwołującemu punktów z tytułu zamówień wskazanych w pkt. od 1) do 5) - faktem niespełnienia warunku w zakresie terminu wykonania w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków. Tymczasem wszystkie zakwestionowane usługi mieszczą się w wymaganym 3-letnim okresie. Zgodnie z treścią pkt. III.2.1) oraz IV. 1.2) ogłoszenia o zamówieniu, konieczne było wykazanie się

wykonaniem - w okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania wniosków – usług polegających na zbudowaniu, wdrożeniu lub modernizacji systemu teleinformatycznego.

Ad 1) Jak wynika z treści referencji wystawionej przez Lukas Bank, w dniu 25 maja 2009 r. (dzień wystawienia referencji) część systemu była przedmiotem stałego rozwoju we współpracy z HP. Ponieważ z treści referencji nie wynikają żadne zastrzeżenia co do usług rozwoju systemu, samo wystawienie listu referencyjnego oznacza potwierdzenie należytego świadczenia usługi. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie podkreślała, że w treści referencji nie muszą znajdować się konkretne sformułowania o należywym wykonaniu określonych usług, ponieważ sam fakt zarekomendowania określonego podmiotu w liście referencyjnym oznacza brak zastrzeżeń do świadczonych przez ten podmiot usług. Tym samym list referencyjny Lukas Bank potwierdza, że w maju 2009 r. (a więc w okresie 3 letnim przed terminem składania wniosków) usługa rozwoju systemu wykonywana była należycie;

Ad 2) referencja wystawiona przez Kasę Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego – potwierdza, że w dniu 18 listopada 2009 r. (dzień wystawienia referencji), a więc w okresie 3 letnim przed terminem składania wniosków, umowa w zakresie serwisu, napraw i wsparcia technicznego wykonywana jest należycie i terminowo;

Ad 3) referencja wystawiona przez Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa - potwierdza, że w dniu 16 września 2008 r. (dzień wystawienia referencji), a więc w okresie 3 letnim przed terminem składania wniosków, Telekomunikacja Polska S.A. wykonuje usługę polegającą na eksploatacji sieci, i nie zawiera zastrzeżeń dotyczących sposobu świadczenia tej usługi;

Ad 4) referencja wystawiona przez Główny Urząd Geodezji i Kartografii potwierdza, że w dniu 11 maja 2009 r. (dzień wystawienia referencji), a więc w okresie 3 letnim przed terminem składania wniosków, Telekomunikacja Polska S.A. świadczy usługę w zakresie utrzymania sieci, i że usługa ta jest wykonywana należycie i terminowo;

Ad 5) referencja wystawiona przez Pomorską Spółkę Gazownictwa potwierdza, że w lutym 2010 r. (miesiąc wystawienia referencji), a więc w okresie 3 letnim przed terminem składania wniosków Telekomunikacja Polska S.A. świadczy usługę IP VPN, i że usługa ta jest wykonywana należycie i terminowo.

Wszystkie wskazane powyżej referencje potwierdzają, że usługi, których świadczenie należało potwierdzić, były wykonywane w okresie 3 lat przed upływem terminu składania wniosków. Z treści pkt. III.2.1 ogłoszenia wynika, że wykonawcy mogli wykazać się zarówno usługą polegającą na zbudowaniu, jak i wdrożeniu albo modernizacji systemu informatycznego. Zamawiający zdefiniował na potrzeby tego postępowania pojęcie systemu informatycznego (w pkt. III.2.1 ogłoszenia o zamówieniu). Zamawiający nie określił jednak, jakie czynności uzna za „zbudowanie”, czy też „modernizację” systemu. Wszystkie wymienione usługi polegały na częściowej rozbudowie i modernizacji wcześniej wdrożonych



systemów. Jako że usługi te wykonywane były już po wdrożeniu systemów, w okresie 3 lat przed terminem składania wniosków, winny być przez Zamawiającego uznane za spełniające wymaganie dotyczące terminu ich wykonania. Nieprzyznanie Odwołującemu 21 punktów z tytułu wykazania się wykonaniem wskazanych zamówień uznać zatem należy za dokonanie oceny spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu w sposób niezgodny z zasadami określonymi w pkt. IV.1.2) ogłoszenia o zamówieniu, co uzasadnia konieczność przeprowadzenia ponownej w tym zakresie ponownej oceny. W przypadku przyznawania punktów z tytułu zamówienia wykonanego na rzecz Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (pkt. 3) Zamawiający naruszył dodatkowo zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ponieważ z tytułu wykonania tej samej usługi przyznał dodatkowe punkty innym wykonawcom: Comp Data Sp. z o.o. (poz. 39 wykazu nr 1 Decsoft S.A. (poz. 39 wykazu nr 1 Surfland Systemy Komputerowe S.A. (poz. 39 wykazu nr 1 ), oraz Unikkon Integral Sp. z o.o. (poz. 39 wykazu nr 1 ).

Zamawiający pominął również w dokonanej ocenie usługę wykazaną pod pozycją 46 wykazu nr 1 (str. 63 uzupełnienia) - w konsekwencji nie przyznał odwołującemu punktów z tytułu wykazania się wykonaniem tego zamówienia.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający uznał zarzut dotyczący poz. 46 Wykazu, wskazując, iż punktów w tej pozycji nie przyznano omyłkowo.

Ponadto ww. zarzut został wycofany przez odwołującego na rozprawie.

Zarzutu dotyczącego poz. 41 Wykazu zamawiający nie uznał, jednakże przyznał, iż przyznanie punktów za tego rodzaju usługę innym wykonawcom było nieprawidłowe i nieuprawnione.

W związku z powyższym w dniu 30.05.2011 r. zamawiający powtórzył czynność oceny wniosków przyznając odwołującemu punkty za usługę wykazaną w poz. 46 Wykazu oraz odejmując punkty Comp Data Sp. z o.o., Surfland Systemy Komputerowe S.A. oraz Unikkon Integral Sp. z o.o. za usługę wykonywaną na rzecz ARiMR.

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia dostarczonej przez zamawiającego, w szczególności wniosku i uzupełnienia wniosku odwołującego, a także stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.**

W sekcji III ogłoszenia o zamówieniu, w pkt 1.2.1.1. zamawiający w ramach warunków udziału w postępowaniu wymagał od wykonawców wykazania, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia (zwanego dalej wnioskiem), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizowali z należytą starannością co najmniej:

- a) dwie dostawy min. 300 szt. komputerów, wraz z ich instalacją;
- b) dwie usługi, o min. wartości 5.000.000,00 zł brutto każda, polegające na zbudowaniu, wdrożeniu lub modernizacji systemu teleinformatycznego.

W sekcji II ogłoszenia, pkt 6.1. wskazano, iż zamawiający zaprosi do dialogu konkurencyjnego Wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu w liczbie nie większej niż 5. W przypadku gdy więcej niż 5 Wykonawców spełni warunki udziału w postępowaniu zawarte w niniejszym ogłoszeniu, Zamawiający zaprosi do dialogu tych 5 z nich, którzy uzyskają najwyższą liczbę punktów, wg generalnych zasad klasyfikacji wniosków, które zostały określone w pkt. 6.2, z zastrzeżeniem postanowień pkt. 6.3.

Pkt 6.2. ogłoszenia „Generalne zasady klasyfikacji wniosków”

- 1 punkt za każdą wykazaną usługę polegającą na zbudowaniu, wdrożeniu lub modernizacji systemu teleinformatycznego (zdefiniowanego w sekcji III, pkt. 1.2.1.1. lit. b), o wartości od 5.000.000,00 zł do 7.499.999,99 brutto, zrealizowaną z należytą starannością, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie;
- 2,5 punktu za każdą wykazaną usługę polegającą na zbudowaniu, wdrożeniu lub modernizacji systemu teleinformatycznego (zdefiniowanego w sekcji III, pkt. 1.2.1.1. lit. b), o wartości od 7.500.000,00 zł do 9.999.999,99 zł. brutto, zrealizowaną z należytą starannością, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie;
- 5 punktów za każdą wykazaną usługę polegającą na zbudowaniu, wdrożeniu lub modernizacji systemu teleinformatycznego (zdefiniowanego w sekcji III, pkt. 1.2.1.1. lit. b), o wartości powyżej 10.000.000,00zł. brutto, zrealizowaną z należytą starannością, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie;
- 0,5 punktu za każdą wykazaną dostawę minimum 300 komputerów zrealizowaną w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie. Maksymalna liczba punktów, którą może uzyskać oferent za każdą wykazaną dostawę minimum 300 komputerów w podanym

wyżej terminie – 5 pkt.

Do wniosku odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu załączono „Oświadczenie o utajnieniu części oferty”, w którym zaznaczono, iż informacje zawarte w wykazie wykonywanych dostaw oraz listy referencyjne stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, Konsorcjum Asseco pismem z dnia 28.03.2011 r. uzupełniło dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Za pismem przewodnim załączono: stronę z napisem „Wykaz wykonywanych dostaw”; Wykaz Nr 1 – „Wykaz usług o min. wartości 5000000 zł brutto każda...”, gdzie w pierwszej pozycji datą wykonania usługi był sierpień 2009 oraz odnośne referencje; „Oświadczenie o utajnieniu części oferty”, w którym zaznaczono, iż informacje zawarte w wykazie wykonywanych dostaw oraz listy referencyjne stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (str. 56), Wykaz nr 1 – „Wykaz usług o min. wartości 5000000 zł brutto każda...”, gdzie w pierwszej pozycji datą wykonania usługi był czerwiec 2008 oraz odnośne referencje (zwanego dalej „wykazem nr 1(2)”; Wykaz nr 2 – „Wykaz dostaw min. 300 szt. komputerów...” oraz odnośne referencje.

W poz. 25 wykazu nr 1(2) (str. 60 uzupełnienia) wykazano usługę polegającą na rozwoju systemu teleinformatycznego wykonaną na rzecz Lukas Bank S.A. przez HP Polska Sp. z o.o. (podmiot udostępniający zasoby wykonawcy).

W odnośnej referencji wystawionej w dniu 25.05.2009 r. stwierdzono, iż wdrożenie systemu do produkcji nastąpiło w październiku 2005, a zakończenie projektu w grudniu 2006. Część systemu jest przedmiotem stałego rozwoju we współpracy z HP.

W poz. 40 wykazu nr 1 (2) (str. 62 uzupełnienia) wykazano usługę polegającą na wdrożeniu systemu teleinformatycznego wykonaną na rzecz Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego.

W odnośnej referencji wystawionej przez KRUS w dniu 18 listopada 2009 r. stwierdzono, iż Telekomunikacja Polska S.A. (podmiot udostępniający zasoby wykonawcy) w ramach umowy z roku 2005 na wykonanie usługi operatorskiej sieci WAN dostarczyła m.in. własny sprzęt do budowy sieci WAN do ponad 200 lokalizacji wraz z zapewnieniem serwisu, napraw i wsparcia technicznego dla tych urządzeń. Ponadto wskazano, iż umowa realizowana jest należycie i terminowo.

W poz. 41 wykazu nr 1 (2) (str. 62 uzupełnienia) wykazano usługę polegającą na wdrożeniu systemu teleinformatycznego wykonaną na rzecz Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa.

W odnośnej referencji wystawionej przez Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa potwierdzono, że w dniu 16 września 2008 r. (dzień wystawienia referencji) Telekomunikacja Polska S.A. wykonuje usługę polegającą na instalacji i eksploatacji sieci WAN.

W poz. 42 wykazu nr 1 (2) (str. 62 uzupełnienia) wykazano usługę polegającą na wdrożeniu systemu teleinformatycznego wykonaną na rzecz Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii.

W odnośnej referencji wystawionej przez Główny Urząd Geodezji i Kartografii potwierdzono, że w dniu 11 maja 2009 r. (dzień wystawienia referencji) TP S.A. wdrożyła i świadczy usługę w zakresie utrzymania sieci.

W poz. 45 wykazu nr 1 (2) (str. 63 uzupełnienia) wykazano usługę polegającą na wdrożeniu systemu teleinformatycznego wykonaną na rzecz Pomorskiej Spółki Gazownictwa Sp. z o.o.

Odnosna referencja wystawiona przez Pomorską Spółkę Gazownictwa potwierdza, że w lutym 2010 r. (miesiąc wystawienia referencji) TP S.A. świadczy usługę IP VPN.

Pismem z dnia 11.04.2011 r. zamawiający zwrócił się do Konsorcjum Asseco o udzielenie wyjaśnień m.in. w przedmiocie: jaka jest data zakończenia wdrożenia systemów w poz. 40, 41, 42 i 45 wykazu nr 1 oraz w jaki sposób wykazane w poz. 40, 42, 44 i 45 wykazu nr 1 usługi spełniają definicję systemu teleinformatycznego sformułowaną przez zamawiającego.

Pismem z dnia 14.04.2011 r. odnośnie powyższego odwołujący wyjaśnił (pkt III wyjaśnień):

- poz. 40 – data zakończenia wdrożenia 30.09.2005. Data zakończenia świadczenia usługi 29.09.2010.

poz. 41 – data zakończenia wdrożenia 29.09.2007. Data zakończenia świadczenia usługi 29.09.2008

- poz. 42 data zakończenia wdrożenia 24.08.2007. Data zakończenia świadczenia usługi 23.08.2010

- poz. 45 data zakończenia wdrożenia 01.08.2007. Data zakończenia świadczenia usługi 03.2010

Ponadto wyjaśniono (pkt IV), iż poz. 40, 42, 44 i 45 wykazu nr 1 są to usługi polegające na zbudowaniu, wdrożeniu lub modernizacji systemu teleinformatycznego.

W charakterze dowodu uwzględniono i oceniono oświadczenie TP S.A. z dnia 30.05.2011r. przedłożone przez odwołującego na rozprawie, w którym stwierdzono, iż przedmiotem zamówienia (w poz. 40, 42, 44 i 45) było wdrożenie systemu teleinformatycznego. Ponadto TP S.A. zapewnia utrzymanie systemu, w ramach którego realizuje bieżące, jak również planowe modernizacje systemu.

### **Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

W przedmiocie zarzuty nr 1 odwołania, Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 8 ust 1 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Natomiast ust. 2 tego przepisu stanowi, iż zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

W szczególności w następnym przepisie art. 8 ust. 3 Pzp wskazano, iż 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.

Według 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.) 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.

Natomiast art. 9 ust. 1 Pzp ustanawia zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia z zachowaniem formy pisemnej.

Odnosząc powyższe regulacje do stanu faktycznego niniejszej sprawy stwierdzić należy, iż odwołujący nie zastrzegł jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wykazach składanych wraz z wnioskiem, które zamawiający w tabeli oceny wniosków oznaczył jako jawne.

W pisemnym oświadczeniu odwołującego załączonym do wniosku i do uzupełnienia wyraźnie zaznaczono, iż zastrzeżenie tajemnicy dotyczy jedynie wykazu dostaw. Tym samym, w związku z faktem, iż w niniejszym postępowaniu wymagano wykazania się zarówno dostawami jak i usługami, a pojęcia te są wyraźnie zdefiniowane i rozróżnione na gruncie Pzp (art. 2 pkt 2 i 10), przy czym wykonawca przedkładał zarówno wykazy usług jak i dostaw, brak jest jakichkolwiek podstaw aby przyjąć jakiegokolwiek inne znaczenie oświadczenia, niż to, które literalnie wynika z jego wyrażonej na piśmie treści.

Podkreślić należy, iż w świetle art. 8 ust. 3 Pzp informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa nie są ujawniane pod warunkiem ich zastrzeżenia nie później niż w terminie składania wniosków. Ponadto art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi o podjęciu niezbędnych działań w celu zachowania ich poufności.

Tym samym w związku z brakiem zaznaczenia przez odwołującego w treści wniosku lub w inny sposób, nie później niż do momentu jego złożenia, iż dane informacje mają status tajemnicy przedsiębiorstwa,

tajemnicy takiej w rozumieniu art. 11 ust. 4 ww. ustawy w tym przypadku po prostu nie było. Zamawiający nie musiał więc podejmować żadnych faktycznych działań związanych z zabezpieczeniem dostępu do tych informacji, ani żadnych czynności formalnych związanych z ich oceną w tym zakresie i ewentualnym odtajnieniem.

Na marginesie Izba zaznacza, iż zasada jawności w postępowaniu jest zasadą nadrzędną i wyjątki od niej, zarówno w kontekście faktów, jak i prawa, nie mogą być interpretowane tak, aby prowadziło to do jej ograniczenia. Ponadto w związku ze znaczeniem daty zastrzeżenia informacji i wymagań, co do jego pisemności, bez znaczenia jest późniejsza korespondencja stron w tym zakresie i ich intencje czy przekonania w tym przedmiocie.

W związku z faktem, iż wykonawcy wskazywani w odwołaniu zastrzegli wyraźnie, które informacje w swoich wnioskach stanowią tajemnice przedsiębiorstwa, nie doszło w tym przypadku do złamania zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp. Zaznaczyć przy tym należy, iż poza powyższym odwołujący nie wskazał i nie powołał żadnych podstaw do nakazania odtajnienia wniosków konkurencji, nie sformułował również w tym zakresie żadnych wniosków dowodowych.

Odnosnie zarzutów dotyczących oceny wniosku odwołującego i przyznanej mu punktacji Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Powyższe należy odnieść również do wykazywanych warunków, służących przyznawaniu punktacji w procedurach kwalifikacyjnych, tzn. punkty zostaną przyznane w przypadku wykazania spełnienia warunku na etapie badania wniosków, a nie jego rzeczywistego czy domniemanego spełnienia.

Na potwierdzenie warunków wykonywania określonych robót, dostaw czy usług wykonawca przedkłada ich wykaz, gdzie podaje informacje wymagane przez zamawiającego. W związku z deklaratoryjnym charakterem takiego wykazu stanowiącego w rzeczywistości oświadczenie własne wykonawcy, winien on dołożyć należytej staranności w jego przygotowaniu. W szczególności w przypadku braku w wykazie informacji nt. zakresu wykonanych prac pozwalających ocenić zamawiającemu ich zgodność z wymaganiami ogłoszenia o zamówieniu, wykonawca winien na żądanie zamawiającego złożyć precyzyjne wyjaśnienia w tym przedmiocie.

Usługa wykazana w poz. 25 wykazu nr 1(2) (str. 60 uzupełnienia) polegała na „rozwoju” systemu teleinformatycznego, gdy zamawiający żądał jego budowy, wdrożenia lub modernizacji. Z załączonej referencji wprost zaś wynikało, iż samo wdrożenie/modernizacja zostały zakończone w 2006 r. Natomiast obecnie odbywa się stały „rozwój” systemu.

Powyższe nie odpowiada warunkowi udziału w postępowaniu, jednakże Izba przyznaje, iż w tym przypadku zamawiający mógł i powinien powyższe rozbieżności wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 4 Pzp.

Odnosnie pozostałych pozycji wykazu Izba wskazuje na znaczenie postawionego przez zamawiającego w pkt III.1.2.1.1. lit b. ogłoszenia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający nie dopuszczał tam wykonywania usług ciągłych, ale zakończonej budowy, wdrożenia lub modernizacji systemu

teleinformatycznego o określonej wartości, tak aby możliwe było ich skwantyfikowanie i kwalifikacja jako odpowiadających wymaganiom zamawiającego oraz wykonanych należycie.

Natomiast odwołujący ani we wniosku ani w przedłożonych w dniu 14.04.2011 r. wyjaśnieniach, gdzie zawarto ogólnikowe twierdzenia stanowiące w rzeczywistości powtórzenie fraz z treści ogłoszenia dotyczących opisu warunku udziału w postępowaniu, nie wykazał aby w wymaganym terminie zrealizował wskazane w ogłoszeniu usługi.

Wykonywane w ich ramach wdrożenia zostały zakończone zbyt wcześnie (przed trzyletnim okresem wskazanym w warunku), natomiast następujące po nich modernizacje ciągle trwają. Ponadto należy zaznaczyć, iż w poz. 40, 41, 42 i 45 wykazu nr 1 wykazywano usługi polegające na wdrożeniu systemów, i podawano ich wartości, a nie na ich modernizacjach.

Powyższe potwierdza również oświadczenie TP S.A. przedłożone przez odwołującego - potwierdza wdrożenie systemów (wcześniej niż przed 3 laty) i ich bieżące utrzymywanie i modernizowanie (do dzisiaj).

Ponadto w związku z dyspozycją art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W związku z punktacją przyznaną pierwszym pięciu wykonawcom, która w niniejszym postępowaniu bez samoistnej decyzji zamawiającego nie ulegnie już zmianie i nie może być kwestionowana przez wykonawców, potwierdzenie zarzutów dotyczących oceny wniosku odwołującego ze względu na różnice punktowe nie doprowadziłoby do jego zaproszenia do udziału w dialogu.

Uwzględniając powyższe nie uwzględniono zarzutów podniesionych w odwołaniu i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 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).

**Przewodniczący:** .....