

Sygn. akt: KIO 2222/11

Sygn. akt: KIO 2223/11

WYROK
z dnia 28 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach: 26 października 2011 r., 27 października 2011 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 14 października 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Asseco Poland S. A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów oraz BRE BANK S. A., ul. Senatorska 18, 00-950 Warszawa,
- B. w dniu 14 października 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Qumak-Sekom S. A., Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S. A., Bank Gospodarstwa Krajowego, adres dla pełnomocnika: Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez Komunikacyjny Związek Komunalny, Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego, ul. Barbary 21 A, 40-053 Katowice

przy udziale:

A wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Qumak-Sekom S. A., Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S. A., Bank Gospodarstwa Krajowego, adres dla pełnomocnika: Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2222/11 po stronie Zamawiającego,

B wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Asseco Poland S. A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów oraz BRE BANK S. A., ul. Senatorska 18, 00-950 Warszawa, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2223/11 po stronie Zamawiającego.

orzeka:

A. sygn. akt KIO 2222/11

- 1. Oddala odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Asseco Poland S. A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów oraz BRE BANK S. A., ul. Senatorska 18, 00-950 Warszawa,**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Asseco Poland S. A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów oraz BRE BANK S. A., ul. Senatorska 18, 00-950 Warszawa i:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie piętnaście tysięcy zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Asseco Poland S. A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów oraz BRE BANK S. A., ul. Senatorska 18, 00-950 Warszawa,
 - 2) zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Asseco Poland S. A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów oraz BRE BANK S. A., ul. Senatorska 18, 00-950 Warszawa na rzecz Komunikacyjny Związek Komunalny, Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego, ul. Barbary 21 A, 40-053 Katowice kwotę 3600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

B. sygn. akt KIO 2223/11

- 1. Uwzględnia odwołanie wniesione przez Qumak-Sekom S. A., Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S. A., Bank Gospodarstwa Krajowego, adres dla pełnomocnika: Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu.**
2. Kosztami postępowania obciąża Komunikacyjny Związek Komunalny, Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego, ul. Barbary 21 A, 40-053 Katowice i:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie piętnaście tysięcy zero groszy), uiszczoną przez Qumak-Sekom S. A., Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S. A., Bank Gospodarstwa Krajowego, adres dla pełnomocnika: Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa,
 - 2) zasądza od Komunikacyjny Związek Komunalny, Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego, ul. Barbary 21 A, 40-053 Katowice na rzecz Qumak-Sekom S. A., Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S. A., Bank Gospodarstwa Krajowego, adres dla pełnomocnika: Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa kwotę 18 600 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt KIO 2222/11

Sygn. akt KIO 2223/11

Uzasadnienie

Zamawiający – Komunikacyjny Związek Komunalny, Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego, ul. Barbary 21 A, 40-053 Katowice prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Dostawę, wdrożenie i utrzymanie systemu: Śląska Karta Usług Publicznych*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 5 lipca 2011 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 lipca 2011 r. pod numerem 2011/S 128-212691.

W dniu 4 października 2011 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o wyniku postępowania, w tym o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Asseco Poland S. A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów oraz BRE BANK S. A., ul. Senatorska 18, 00-950 Warszawa.

Sygn. akt KIO 2222/11

Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Asseco Poland S. A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów oraz BRE BANK S. A., ul. Senatorska 18, 00-950 Warszawa w dniu 14 października 2011 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) (dalej zwani: *Odwołującym Konsorcjum Asseco Poland*) złożyli odwołanie m. in. na czynność zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Qumak-Sekom S. A., Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S. A., Bank Gospodarstwa Krajowego, adres dla pełnomocnika: Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa.

Odwołujący Konsorcjum Asseco Poland zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- 1) art. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania, powodujące nierówne traktowanie wykonawców i utrudnienie uczciwej konkurencji w przetargu;
- 2) naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie jego zastosowania, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty, złożonej przez Konsorcjum Qumak-Sekom, która nie zawierała, według Odwołującego Konsorcjum Asseco Poland podpisu zgodnego z ustawą, a tym samym oferty nieważnej na podstawie przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeksu cywilny (Dz. U. Nr 16 poz. 93 z późn. zm.).

W związku z powyższym, Odwołujący Konsorcjum Asseco Poland wniósł o:

- uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, oraz przyznanie Odwołującemu Konsorcjum Asseco Poland kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Uzasadniając swoje stanowisko Odwołujący Konsorcjum Asseco Poland wskazał w odwołaniu w szczególności na następujące okoliczności faktyczne:

Pismem z dnia 4 października 2011 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego Konsorcjum Asseco Poland o wyborze oferty złożonej przez Odwołującego, wskazując m.in., że w niniejszym postępowaniu oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: COMARCH S.A., ATM Systemy informatyczne S.A., mPay S.A. oraz Genin Noble Bank SA;
- 2) Konsorcjum Qumak-Sekom S. A., Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S. A., Bank Gospodarstwa Krajowego,
- 3) Odwołujący Konsorcjum Asseco Poland.

Według Odwołującego Konsorcjum Asseco Poland na formularzu ofertowym oferty Konsorcjum Qumak-Sekom nie został złożony podpis pełnomocnika Konsorcjum. Formularz ten został zaledwie zaparafowany, i opatrzony imienną pieczętką o treści: „Qumak-Sekom S.A. Dyrektor Handlowy Sektor Publiczny Rafał Drogosz”. Podobne parafy lub też parafy o zmienionym kształcie, znajdują się na dokumentach poświadczonych za zgodność z oryginałem dołączonych do tego formularza. Według Odwołującego ocena skutków prawnych, jakie wywołuje, bądź nie, złożenie takiego oznaczenia (parafy) musi być dokonana na podstawie obowiązujących w tym zakresie przepisów prawa. Nie bez znaczenia według Odwołującego Konsorcjum Asseco Poland pozostają - w omawianym przypadku - wytyczne, jakie zostały opracowane - w zakresie opisu sposobu przygotowania ofert - w szczególności zapisów pkt 10.3 zd. 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia opracowanej na potrzeby przeprowadzenia przetargu („SIWZ”), wskazujących, że "oferta powinna być sporządzona w języku polskim z zachowaniem formy pisemnej, tzn. powinna być własnoręcznie podpisana (czytelny podpis albo pieczętka imienna i podpis) przez osoby upoważnione do składania oświadczeń woli w imieniu wykonawcy. Odwołujący Konsorcjum Asseco Poland podkreślił, że Zamawiający nie określił sposobu poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów dołączonych do oferty (pkt 6.4 SIWZ). Stosownie do art. 82 ust. 2 ustawy Pzp, ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej albo, za zgodą Zamawiającego, w postaci elektronicznej, opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Ponieważ ustawa Pzp nie określa żadnych szczególnych wymagań dotyczących formy pisemnej, zatem zasadnym

jest odwołanie się do zasad wynikających z przepisów prawa cywilnego (art. 14 ustawy Pzp). Z uwagi natomiast na brak definicji legalnej „własnoręcznego podpisu” Odwołujący Konsorcjum Asseco Poland odniósł się w tym zakresie do aktualnego orzecznictwa Sądu Najwyższego oraz do najbardziej aktualnej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej.

Ponadto Odwołujący Konsorcjum Asseco Poland podniósł dodatkowo zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 26 ust. 4 w związku z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, polegającego na wezwaniu pismem z dnia 10 października 2011 r., Odwołującego Konsorcjum Asseco Poland do wskazania podstawy prawnej i uzasadnienia faktycznego zastrzeżonej części oferty Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, a mianowicie dokumentów ze stron 138-267 tejże oferty pod rygorem uznania, że informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i udostępni je wnioskodawcy - Konsorcjum Qumak-Sekom S.A. W ocenie Odwołującego Konsorcjum Asseco Poland wezwanie Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień w ww. zakresie jest bezpodstawne. W szczególności żądanie przez Zamawiającego podania podstawy prawnej zastrzeżenia przez Konsorcjum części oferty tajemnicą przedsiębiorstwa, jak również żądanie wyjaśnień dotyczących pełnego zakresu zastrzeżonych informacji ("dokumentów ze stron od 138 do 267") w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, a także nałożenie na Konsorcjum rygору uznania, że - w przypadku bezskutecznego upływu terminu – informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i kwalifikują się w całości do udostępnienia dla wnioskodawcy - nie znalazło oparcia w aktualnie obowiązujących przepisach ustawy Pzp. Odwołujący Konsorcjum Asseco Poland podniósł, że zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy w związku z art. 11 ust. 4 z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ("ouzk"), to wykonawca - o ile podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności - decyduje jaka informacja (z wyłączeniem informacji jawnych) ma dla niego wartość gospodarczą. W omawianym przypadku zdaniem Odwołującego Konsorcjum Asseco Poland, Odwołujący stosownie do art. 8 ust. 3 ustawy nie później niż w terminie składania ofert w przetargu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. W świetle przedstawionej wyżej argumentacji Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności Zamawiającego w postaci wezwania Odwołującego Asseco Poland do złożenia wyjaśnień.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Qumak-Sekom S. A., Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S. A., Bank Gospodarstwa Krajowego, adres dla pełnomocnika: Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa (zwany dalej: „Przystępującym Konsorcjum Qumak-Sekom”).

Ponadto Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Odwołującego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Comarch S.A., ATM Systemy Informatyczne S.A., mPAY S.A., Getin Noble Bank S.A.: adres dla pełnomocnika: ul. Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków.

Zamawiający w dniu 25 października 2011 r. złożył odpowiedział na odwołanie, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniu oraz wnosząc o oddalenie przedmiotowego odwołania, z zastrzeżeniem uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu drugiego w części (nałożenia rygoru uznania, że w przypadku braku wyjaśnień Zamawiający uzna, że informacje zawarte w dokumentach zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa zostaną udostępnione).

Sygn. akt KIO 2223/11

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Qumak-Sekom S. A., Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S. A., Bank Gospodarstwa Krajowego, adres dla pełnomocnika: Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa., (zwani dalej: „*Odwołującym Konsorcjum Qumak-Sekom*”) w dniu 14 października 2011 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołanie m. in. na czynność zaniechania wykluczenia Konsorcjum Asseco Poland oraz zaniechania odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, polegające na niezachowaniu obowiązku równego traktowania wykonawców i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, a także wyborze oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy;
- 2) art. 8 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu odtajnienia oferty Konsorcjum Asseco Poland SA oraz BRE Bank SA, w szczególności załączników nr 7 i 4, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa Asseco Poland SA oraz BRE Bank SA;
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, polegające na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 4) art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

5) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy -Konsorcjum w składzie Asseco Poland SA z siedzibą w Warszawie oraz BRE Bank SA z siedzibą w Warszawie.

6) art. 26 ust 3 i 4 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wezwania Konsorcjum w składzie Asseco Poland SA z siedzibą w Warszawie oraz BRE Bank SA z siedzibą w Warszawie do złożenia właściwej polisy OC bądź wezwania do wyjaśnień w zakresie właściwości przedmiotowego dokumentu.

W związku z powyższym, Odwołujący Qumak-Sekom wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności badania i oceny ofert;
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) nakazanie odtajnienia oferty Asseco Poland SA oraz BRE Bank SA, w szczególności załączników nr 7 i 4 do oferty;
- 4) wezwanie Konsorcjum Asseco Poland SA oraz BRE Bank SA do uzupełnień i wyjaśnień w trybie art. 26 ust 3 i 4 Ustawy Pzp, a w sytuacji, gdy powyższe czynności nie potwierdzą spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nakazanie wykluczenia Konsorcjum w składzie Asseco Poland SA z siedzibą w Warszawie oraz BRE Bank SA z siedzibą w Warszawie i odrzucenia jego oferty;
- 5) odrzucenie oferty Konsorcjum w składzie Asseco Poland SA z siedzibą w Warszawie oraz BRE Bank SA z siedzibą w Warszawie z uwagi na okoliczność, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
- 6) dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty Odwołującego Qumak-Sekom.

Uzasadniając swoje stanowisko Odwołujący Konsorcjum Qumak-Sekom wskazał w odwołaniu w szczególności na następujące okoliczności faktyczne:

Ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 lipca 2011 r. Zamawiający wszczął kolejne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę, wdrożenie i utrzymanie systemu Śląska Karta Usług Publicznych”, znak: ZP/DS/1/PZ/31/11. Według Odwołującego Konsorcjum Qumak-Sekom porównanie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) do postępowania znak ZP/DS/1/PZ/31/11 z treścią SIWZ do postępowania znak ZP/DS/2/PZ/27/10 wskazywała, że przedmiot zamówienia nie uległ zmianie, a treść załączników do SIWZ jest niemal identyczna.

Pismem z dnia 4 października 2011 r., doręczonym Odwołującemu Konsorcjum Qumak-Sekom w tym samym dniu, Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum w składzie Asseco Poland S.A. oraz BRE Bank S.A.

Pismem z dnia 6 października 2011 r. Odwołujący Konsorcjum Qumak-Sekom zwrócił się do Zamawiającego o odtajnienie oferty konsorcjum w składzie Asseco Poland SA oraz BRE Bank SA, w szczególności załączników nr 4 i 7. W piśmie Odwołujący przytoczył argumenty uzasadniające odtajnienie oferty Asseco Poland SA oraz BRE Bank SA, w szczególności w odniesieniu do załączników nr 4 i 7.

W dniu 11 października 2011 r. Zamawiający poinformował Odwołującego Konsorcjum Qumak-Sekom, że „Zamawiający prowadzi postępowanie wyjaśniające w zakresie zastrzeżenia części informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.”

W ocenie Odwołującego Konsorcjum Qumak-Sekom Zamawiający naruszył przepisy ustawy Prawa zamówień publicznych poprzez:

- 1) zaniechanie wykluczenia wykonawcy - Konsorcjum w składzie Asseco Poland SA oraz BRE Bank SA, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 2) zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum w składzie Asseco Poland SA oraz BRE Bank SA, a której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 3) zaniechanie odtajnienia zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa części oferty Asseco Poland SA oraz BRE Bank SA, w tym w szczególności załączników nr 7 i 4 do oferty, pomimo, że nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa Asseco Poland SA ani BRE Bank SA; tym samym dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem art. 7 ust 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

1. Zarzut zaniechania wykluczenia Konsorcjum Asseco Poland SA oraz BRE Bank SA.

Zgodnie z rozdziałem 5 pkt 5.4 SIWZ Zamawiający dokonał opisu warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej poprzez wskazanie, że o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który:

- „a) posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 25 000 000,00 zł (słownie: dwadzieścia pięć milionów złotych),
- b) jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia (sumę gwarancyjną) równą co najmniej 80 000 000,00 zł (słownie: osiemdziesiąt milionów złotych), (w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia powyższe warunki wykonawcy mogą spełniać łącznie).”

Na potwierdzenie spełniania powyższych warunków wykonawcy, zgodnie z pkt 6.5 i 6.6 SIWZ winni byli spełnić łącznie dwie przesłanki poprzez załączenie do oferty: „6.5 Informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w którym wykonawca posiada rachunek, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu

składania ofert. Jeżeli Wykonawca wykazując spełnianie warunku, o którym mowa w pkt. 5.4. a) SIWZ, polega na zdolnościach finansowych innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wymaga się przedłożenia powyższej informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, dotyczącej tych podmiotów. 6.6 opłaconej polisy, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia (sumę gwarancyjną) równą co najmniej 80 000 000,00 zł (słownie: osiemdziesiąt milionów złotych).

Według Odwołującego zgodnie z informacją Banku PEKAO SA (pkt 17 oferty) Konsorcjum potwierdziło spełnianie warunku dotyczącego zdolności kredytowej, jednakże załączone do oferty polisy potwierdzające zawarcie umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej nie potwierdzają spełniania opisanego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu albowiem opiewają na sumę ubezpieczenia 70 000 000 zł (słownie: siedemdziesiąt milionów złotych). Obydwie załączone do oferty polisy zostały wystawione przez Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji Allianz Polska SA z siedzibą w Warszawie przy czym polisa nr 000-11-430-05-883109 opiewa na sumę ubezpieczenia 41 900 000 zł, natomiast polisa nr 00-10-430-05876193 opiewa na sumę ubezpieczenia 28 100 000 zł.

Zatem zdaniem Odwołującego Konsorcjum Qumak-Sekom załączone do oferty polisy nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu - ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej na sumę co najmniej 80 000 000 zł, wykonawca potwierdził co najwyżej ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na sumę o 10 000 000 zł niższą niż wymagana przez Zamawiającego. Ponadto istotnym jest również fakt ograniczenia odpowiedzialności ubezpieczyciela z tytułu umowy ubezpieczenia potwierdzonej polisą nr 000-11-430-05883109. Zgodnie z treścią załączonej do oferty polisy odpowiedzialność ta nie obejmuje: OC za produkt, OC za szkody powstałe po wykonaniu i przekazaniu pracy lub usługi w użytkowanie odbiorcy wynikłe z ich wadliwego wykonania oraz OC za szkody wyrządzone przez podwykonawców ubezpieczonego. Odwołujący Konsorcjum Qumak-Sekom wskazał na zasadne domniemanie wadliwości polisy bowiem nie można jednoznacznie ocenić czy przyczyną wyłączeń odpowiedzialności nie był brak wystarczających środków na zawarcie polisy, a nadto treść polisy przy jednoczesnym zawarciu wyłączeń nie potwierdza warunku posiadania przez oferenta ubezpieczenia w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, gdyż wyłączenia są zbyt istotne. Odwołujący Konsorcjum Qumak-Sekom podkreślił również to, iż polisa nr 00-10-430-05876193 wskazuje jako współubezpieczone dwie spółki nie będące członkami Konsorcjum, a mianowicie: Zakład Usług Informatycznych OTAGO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku oraz Podkarpacki Fundusz Nieruchomości Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie.

Wskazanie w polisie nr 00-10-430-05876193 dwóch innych (poza Konsorcjum Asseco Poland SA oraz BRE Bank SA) podmiotów - współubezpieczonych powoduje, że suma ubezpieczenia z niej wynikająca odnosi się nie tylko do Asseco Poland SA.

Odwołujący Konsorcjum Qumak-Sekom podsumowując powyższe wywody wskazał, iż przepisy ustawy Pzp w art. 22 ust 1 pkt. 4 jak i podstawowy akt wykonawczy tj. rozporządzenie 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. z dnia 31 grudnia 2009 r.) w §1 ust 1 pkt. 10), wprost wskazują jaki dokładnie dokument ma być złożony na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu. Działanie Zamawiającego faworyzujące oferenta niespełniającego warunków udziału w postępowaniu stanowi rażące naruszenie obowiązków Zamawiającego nałożonych na niego na gruncie przepisów Ustawy Pzp. W niniejszym postępowaniu Zamawiający uchybił obowiązkowi rzetelnej oceny ofert, poprzez nie dość dokładną ocenę oferty Konsorcjum Asseco SA i BRE Bank SA. Powyższe jednoznacznie wskazuje, iż nie do zaakceptowania jest polisa, która zabezpiecza 3 podmioty, bowiem nie wskazuje jednoznacznie, że sytuacja ekonomiczna pozwoli na prawidłową realizację zamówienia, Wobec zaistnienia przesłanek uzasadniających odrzucenie oferty Konsorcjum, które zostały szczegółowo opisane poniżej, obowiązek wezwania do uzupełnienia oferty na podstawie art. 26 ust 3 ustawy Pzp nie znajdzie zastosowania. Odwołujący wskazuje jednakże, iż Zamawiający pomimo zaistnienia okoliczności wskazanych poniżej, w sytuacji braku dostatecznej wiedzy o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji zobowiązany był do wezwania Konsorcjum do wyjaśnień i złożenia właściwych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust 3 i 4 Ustawy Pzp.

2.Zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum w składzie Asseco Poland SA oraz BRE Bank SA z uwagi na okoliczność, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący Qumak-Sekom zauważył, że przetarg II. został wszczęty na skutek unieważnienia przetargu I. W ramach przetargu I. Oumak-Sekom S.A. złożył w dniu 24 lutego 2011 r. ofertę w konsorcjum z Polską Wytwórnią Papierów Wartościowych S.A. (dalej PWPW S.A.) oraz BRE Bank S.A. W obecnie prowadzonym postępowaniu (przetarg II.) Oumak Sekom S.A. złożył natomiast ofertę wraz z PWPW S.A. i Bankiem Gospodarstwa Krajowego, podczas gdy współkonsorcjant z pierwszego postępowania tj. BRE Bank S.A. złożył konkurencyjną ofertę wraz z Asseco Poland S.A. W kontekście stawianego zarzutu popełnienia deliktu nieuczciwej konkurencji Odwołujący Qumak-Sekom zauważył:

- > opis przedmiotu zamówienia w obydwóch postępowaniach jest tożsamy;
- > oba postępowania przeprowadzone zostały w bliskiej odległości czasowej;

> BRE Bank S.A. z tytułu udziału w konsorcjum z Oumak S.A. i PWPW S.A. w sposób bezsporny miał dostęp do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Oumak-Sekom SA, a zawartych m.in. w załączniku nr 7 do złożonej w pierwszym postępowaniu - oferty;

> w obydwóch postępowaniach Zamawiający wymagał od Wykonawców podania w załączniku nr 7 do ofert - analogicznych informacji;

> zakres informacji przekazanych w załączniku nr 7 do ofert w obu postępowaniach przesądzał o doborze podwykonawców i wykazaniu doświadczenia w realizacji podobnych zamówień, co zostało z kolei opisane w załączniku nr 4 do ofert;

> po zakończeniu pierwszego postępowania czterech pracowników Oumak-Sekom S.A. bezpośrednio związanych z przygotowaniem oferty oraz mających w założeniu odpowiadać za realizację umowy z Zamawiającym (p. Waldemar Rokicki, p. Bogdan Brudny, p. Mirosław Piotrowski oraz p. Marek Kasiński) złożyło wypowiedzenia umowy o pracę. Odwołujący zaznaczył, że Oumak-Sekom S.A. jest w posiadaniu informacji pozwalających żywić uzasadnione przypuszczenie, że p. Waldemar Rokicki namawiał pozostałych konsorcjantów Oumak-Sekom S.A. z pierwszego przetargu do wzięcia udziału w obecnym postępowaniu w ramach konsorcjum z Asseco Poland S.A. Przedstawione powyżej okoliczności, według Odwołującego pozwalają na stwierdzenie, że istnieje duże prawdopodobieństwo, że złożona w toku nowego postępowania oferta Asseco Poland S.A. i BRE Bank S.A. zawiera elementy stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Oumak-Sekom SA, w szczególności poprzez powtórzenie treści załącznika nr 7 złożonej w ofercie Konsorcjum Asseco Poland S.A. i BRE Bank S.A. z treścią załącznika nr 7 złożonego w ofercie konsorcjum z udziałem Oumak-Sekom S.A. w postępowaniu ZP/DS/2/PZ/27/10. Wykonawca wniósł o porównanie treści załączników nr 7 z obu postępowań. Według Odwołującego Oumak-Sekom istnieją więc uzasadnione podstawy do postawienia zarzutu popełnienia przez Asseco Poland S.A. oraz BRE Bank S.A. czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w art. 3 oraz 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm., dalej określanej jako „u.z.n.k.”). Zachowanie konsorcjum Asseco Poland S.A. i BRE Bank S.A. ma, niezależnie od zarzutu wykorzystania tajemnicy cudzego przedsiębiorstwa, postać czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na pasożytniczym wykorzystywaniu doświadczenia Oumak-Sekom S.A. Zgodnie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k, który zawiera klauzulę generalną czynem nieuczciwej konkurencji jest każde działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Konsorcjum Asseco Poland S.A. i BRE Bank S.A. wiedząc o tym, zaoszczędziło sobie tego typu wydatków i wykorzystało w celu zapewnienia wygranej w przetargu założenia złożonej uprzednio oferty przygotowanej w części „technologicznej” przez Oumak-Sekom S.A.

Powyższe działania konsorcjum Asseco Poland S.A. i BRE Bank S.A. naruszają zasady uczciwej konkurencji poprzez pasożytnicze wykorzystanie dorobku Oumak-Sekom SA. W ten sposób konsorcjum, w sposób sprzeczny z prawem i dobrymi obyczajami, korzysta z rezultatów działalności osiągniętych przez Qumak-Sekom SA, zaoszczędzając sobie nakładów i wysiłku, jakie musiałby ponieść dla osiągnięcia podobnego rezultatu. Dobre obyczaje kupieckie wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy w stosunkach gospodarczych. Nie jest możliwe ścisłe określenie treści dobrych obyczajów, niemniej jednak normy postępowania z nich wynikające dotyczą również sposobu realizacji mechanizmu rywalizacji pomiędzy konkurentami na rynku. Zatem w przypadku postawienia zarzutu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. powinno się rozważyć, czy działania podjęte przez konkurenta nie są sprzeczne z dobrymi obyczajami. Istotny jest przy tym sposób dochodzenia przez przedsiębiorców do osiągania korzyści gospodarczych. Zatem, dobrym obyczajem kupieckim wywodzonym z normy moralnej jest nieczepanie nieuzasadnionych korzyści z cudzej pracy. Taki obyczaj narusza konsorcjum Asseco Poland S.A. i BRE Bank S.A.

3) zaniechanie odtajnienia zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa części oferty Asseco Poland SA oraz BRE Bank SA, w tym w szczególności załączników nr 7 i 4 do oferty

Odwołujący, pismem z dnia 6 października 2011 r. zwrócił się do Zamawiającego o odtajnienie oferty konsorcjum w składzie Asseco Poland SA oraz BRE Bank SA, w szczególności załączników nr 4 i 7. Zamawiający poinformował Odwołującego, że prowadzi postępowanie wyjaśniające w zakresie zastrzeżenia części informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Według Odwołującego Konsorcjum Qumak-Sekom zgodnie z dyspozycją art. 8 ust 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w związku z § 5 ust 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający jest zobowiązany do udostępnienia załączników do protokołu (w przedmiotowym przypadku kopii oferty Asseco Poland SA oraz BRE Bank SA) niezwłocznie. Niezrealizowanie wniosku Odwołującego o odtajnienie oferty utrudnia dostęp Odwołującego do środków ochrony prawnej zagwarantowanych ustawą Prawo zamówień publicznych uniemożliwiając analizę treści złożonej przez Konsorcjum oferty czym utrudnia ochronę słuszych interesów Odwołującego.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Asseco Poland S. A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów oraz BRE BANK S. A.,

ul. Senatorska 18, 00-950 Warszawa (zwani dalej: „Przystępującym Konsorcjum Asseco Poland”).

Ponadto Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Odwołującego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Comarch S.A., ATM Systemy Informatyczne S.A., mPAY S.A., Getin Noble Bank S.A.: adres dla pełnomocnika: ul. Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków.

Zamawiający w dniu 25 października 2011 r. złożył odpowiedział na odwołanie, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniu oraz wnosząc o oddalenie przedmiotowego odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz stanowiska Przystępujących złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba rozpoznała łącznie oba odwołania w związku z treścią zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wydanego w dniu 18 października 2011 r.

Sygn. akt KIO 2222/11

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron Przystępujący *Konsorcjum Qumak-Sekom* podniósł, że Zamawiający nie otrzymał wszystkich załączników odwołania wniesionego przez Konsorcjum Asseco Poland w dniu 14 października 2011 r. (w szczególności załącznika nr 4 – „*Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty*”) wnosząc jednocześnie o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Izba przypomina, że zgodnie z treścią art. 185 ust. 5 ustawy Pzp czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił. Zatem wobec oświadczenia Zamawiającego, że zapoznał się z treścią odwołania wniesionego w dniu 14 października 2011 r. przez Konsorcjum *Asseco Poland* czynność *Konsorcjum Qumak-Sekom* (wnoszącego o odrzucenie odwołania) należało uznać jako stojącą w sprzeczności z oświadczeniem Zamawiającego złożonym podczas posiedzenia. Jednak niezależnie od powyższego Izba z urzędu bada przesłanki skutkujące odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że nie zachodzi przesłanka skutkująca odrzuceniem odwołania sprecyzowana w art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp a podniesiona przez Przystępującego *Konsorcjum Qumak-Sekom*. Przystępujący *Konsorcjum Qumak-Sekom* we wniosku o odrzucenie odwołania wskazał, że Zamawiający nie otrzymał wszystkich załączników odwołania wniesionego w dniu 14 października 2011 r. przez *Konsorcjum Asseco Poland* (w szczególności załącznika nr 4 – „*Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty*”). Izba zauważa, że załącznik nr 4 – nie stanowi nowego dowodu, który mógłby wpłynąć na zmianę stanowiska Zamawiającego wobec wniesionego odwołania, wręcz przeciwnie treść załącznika nr 4 – t.j. dokumentu stworzonego przez Zamawiającego – w dniu wniesienia odwołania była znana zarówno Zamawiającemu jak i wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza podziela pogląd, że nie stanowi wypełnienia przesłanki określonej w art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy w zw. z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp nieprzekazanie wraz z odwołaniem kopii dokumentów składających się na dokumentację postępowania w sprawie udzielenia zamówienia będących w dyspozycji Zamawiającego (wyrok Sądu Okręgowego w Kielcach z dnia 10 grudnia 2010 r., Wydział Gospodarczy, sygn. akt VII Ga 146/10).

Zatem wobec powyższej argumentacji Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia niniejszego odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 w zw z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp.

Izba nie znalazła również innych negatywnych przesłanek, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie niniejszego odwołania a wynikających z art. 189 ust. 2 pkt 1-6 ustawy Pzp.

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Ponadto Izba ustaliła, że za najkorzystniejszą ofertę została uznana oferta Odwołującego *Konsorcjum Asseco Poland*.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że Odwołujący *Konsorcjum Asseco Poland* w zakresie wskazywanego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego *Konsorcjum Qumak-Sekom* nie wykazał, by poniósł lub mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Izba w pełni podziela i uznaje za własny pogląd wyrażony w wyroku KIO z dnia 15 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO 2607/10 oraz KIO 2613/10. W niniejszym wyroku zaznaczono, iż ani w kodeksie cywilnym ani w ustawie Prawo zamówień publicznych, pojęcie szkody nie zostało zdefiniowane. Trafny wydaje się jednak pogląd ugruntowany w doktrynie i

orzecznictwie, że przez szkodę rozumie się uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje poszkodowany w wyniku określonego działania lub zaniechania. W świetle art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych szkoda musi być wynikiem naruszenia przez Zamawiającego ustawy, co oznacza, iż wykazywana przez Odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez Zamawiającego przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych. Konieczne jest tym samym wykazanie przez Odwołującego, iż Zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. W piśmiennictwie wskazuje się, że następstwa normalne to typowe, oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy, które zazwyczaj z danego faktu wynikają. Jednocześnie - uwzględniając zasady doświadczenia życiowego - nie są wynikiem szczególnego zbiegu okoliczności. Ponadto w świetle wyroku SN z dnia 19 czerwca 2008 r. (sygn.akt V CSK 18/08, Lex nr 424431) następstwo ma charakter normalny wówczas, gdy w danym układzie stosunków i warunków oraz w zwyczajnym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest zwykle następstwem określonego zdarzenia.

W świetle powyższego, Odwołujący w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego Konsorcjum Qumak-Sekom wykazał co najwyżej szkodę ewentualną, która na gruncie prawa cywilnego, jest prawnie obojętna. Szkoda ewentualna oznacza, iż prawdopodobieństwo jej poniesienia jest niewielkie lub niemożliwe do ustalenia.

Tym samym w niniejszym postępowaniu wobec faktu, że art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wymaga wykazania kumulatywnego spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, biorąc pod uwagę, iż Odwołujący nie wykazał interesu, prowadzą do wniosku, iż Odwołujący w zakresie zarzutu sformułowanego wobec wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum Qumak-Sekom i zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy nie wykazał spełnienia obu wyżej wymienionych przesłanek.

Izba ustaliła ponadto, iż wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w piśmie z dnia 17 października 2011 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Qumak-Sekom S. A., Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S. A., Bank Gospodarstwa

Krajowego, adres dla pełnomocnika: Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa (zwanym dalej: „Przystępującym Konsorcjum Qumak-Sekom”).

Izba ustaliła również, że do niniejszego postępowania po stronie Odwołującego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Comarch S.A., ATM Systemy Informatyczne S.A., mPAY S.A., Getin Noble Bank S.A.: adres dla pełnomocnika: ul. Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Qumak-Sekom S. A., Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S. A., Bank Gospodarstwa Krajowego, adres dla pełnomocnika: Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa (zwanymi dalej: „Przystępującym Konsorcjum Qumak-Sekom”).

Ponadto Izba uwzględniła opozycję Zamawiającego przeciw przystąpieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch S.A., ATM Systemy Informatyczne S.A., mPAY S.A., Getin Noble Bank S.A.: adres dla pełnomocnika: ul. Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków. Izba uznała, że Zamawiający uprawdopodobnił, że wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch S.A., ATM Systemy Informatyczne S.A., mPAY S.A., Getin Noble Bank S.A. nie mają interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystąpili.

Izba przypomina, że interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępując winien być związany z sytuacją zgłaszającego przystąpienie w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zaś rozstrzygnięcie na korzyść strony do której wykonawca przystępuje wpływać na pozycję tegoż wykonawcy w postępowaniu. Nie ulega wątpliwości, że zgłaszający przystąpienie w istocie nie wskazał, na czym polega jego interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego Konsorcjum Asseco Poland. Poprzestał na ogólnikowym stwierdzeniu, iż ma interes w ubieganiu się o udzielenie zamówienia. W żaden sposób nie odwołał się do sytuacji faktycznej niniejszego postępowania, pozycji złożonej przez siebie oferty ani zakresu zaskarżenia odwołaniem. Zatem, w ocenie Izby nie wykazał na czym miałby polegać jego interes w ubieganiu się o udzielenie zamówienia w niniejszym postępowaniu, skoro oferta Odwołującego Konsorcjum Asseco Poland została uznana za najkorzystniejszą.

Uwzględniając opozycję Zamawiającego, Izba uznała, że wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch S.A., ATM Systemy Informatyczne S.A., mPAY S.A., Getin Noble Bank S.A. nie mają interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na

korzyść strony do której przystąpili, zatem nie mają tym samym statusu uczestnika postępowania.

Ponadto w zakresie zarzutu wezwania Odwołującego Konsorcjum Asseco Poland do wskazania podstawy prawnej i uzasadnienia faktycznego zastrzeżonej części oferty, Izba uznała że powyższy zarzut nie potwierdził się. Swoje stanowisko Odwołujący Konsorcjum Asseco Poland argumentował w ten sposób, że żądanie przez Zamawiającego podania podstawy prawnej zastrzeżenia przez Konsorcjum części oferty tajemnicą przedsiębiorstwa, jak również żądanie wyjaśnień dotyczących pełnego zakresu zastrzeżonych informacji jest bezpodstawne.

Izba przypomina, że przepis art. 8 ustawy Pzp wyraża generalną zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie ulega wątpliwości, iż to Zamawiający odpowiada za sposób przeprowadzenia postępowania zgodnie z zasadami wyrażonymi w ustawie Prawo zamówień publicznych, w tym zgodnie z zasadą jawności postępowania. W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na Zamawiającym ciąży obowiązek i odpowiedzialność za zachowanie tej zasady.

W ocenie Izby, - nie zgadzając się z argumentacją Odwołującego Konsorcjum Asseco Poland - przepis art. 8 ust. 2 ustawy Pzp zawiera uprawnienie Zamawiającego do ograniczenia jawności informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, jednak z uprawnienia tego Zamawiający może skorzystać tylko w przypadkach określonych w ustawie. W ust. 3 powyższego przepisu ustawodawca zakazuje Zamawiającemu udostępnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca zastrzeże, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, że informacje te nie mogą być udostępnione.

W ocenie Izby, z treści przepisu art. 8 ustawy Pzp, w szczególności z treści nakazu wyrażonego przez ustawodawcę „*nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, (...)*” wynika obowiązek badania przez Zamawiającego czy informacje zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa rzeczywiście tę tajemnicę stanowią w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późno zm.). Zamawiający jest zobowiązany do samodzielnej oceny czy zachodzą przypadki określone w ustawie uprawniające do ograniczenia jawności. Izba w pełni podziela stanowisko Sądu Najwyższego, wyrażone w uchwale z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05), iż „*w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanej przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4*

ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, ze zm.) - zastrzeżenia dotyczące zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji." Stanowisko to zachowuje pełną aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawa.

Zatem w świetle przytoczonego orzecznictwa nie można zgodzić się z argumentacją Odwołującego, że Zamawiający nie miał podstawy żądanie wyjaśnień dotyczących zakresu zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji. W konsekwencji, należało uznać, że Zamawiający występując do wykonawcy o wyjaśnienia w zakresie zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa miał podstawy do dokonania powyższej czynności a niniejszy zarzut Odwołującego Konsorcjum Asseco Poland nie potwierdził się.

W zakresie zarzutu nałożenia na Odwołującego Konsorcjum Asseco Poland rygoru uznania, że - w przypadku bezskutecznego upływu terminu – informacje (zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa) nie będą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa i kwalifikują się w całości do udostępnienia innym wykonawcom, Izba ustaliła że Zamawiający w dniu 25 października 2011 r. uwzględnił zarzut nałożenia powyższego rygoru.

Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 707/11 Izba uznała, że w powyższym zakresie nie istnieje spór, biorąc pod uwagę że Zamawiający uznał powyższy zarzut, jak również fakt iż zastrzeżonego rygoru nie zastosował wobec Odwołującego Konsorcjum Asseco Poland. Jak wskazano w ww. wyrokiem taka sytuacja ma zasadniczy wpływ na proces orzekania Izby, gdyż Izba uznaje za niezasadne przyjęcie do orzekania stanu faktycznego nieistniejącego w czasie orzekania przez Izbę. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą zgodnie z art. 190 ust.1 jest postępowaniem kontradyktoryjnym, polegającym na rozstrzygnięciu sporu pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym. W sytuacji kiedy co do części podniesionych zarzutów spór nie występuje to prowadzenie w tym zakresie postępowania staje się bezprzedmiotowe. Przyjęciu takiego stanowiska nie stoi na przeszkodzie przepis art. 186 ust. 2 ustawy Pzp zgodnie z którym „ w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie (...)”. W przypadku częściowego uwzględnienia zarzutów Izba nie może dokonać częściowego umorzenia postępowania, gdyż przepisy ustawy Pzp takiej możliwości nie przewidują, jednakże biorąc pod uwagę fakt że ustawa Prawo zamówień publicznych nie nakazuje Zamawiającemu powstrzymania się z dokonaniem czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegających na uwzględnieniu części zarzutów podniesionych w odwołaniu, to należy uznać że takie uwzględnienie jest skuteczne.

Tym samym jeśli ustawodawca nie zakazał Zamawiającemu w trakcie postępowania odwoławczego, uwzględniania zarzutów odwołania, to tym samym Zamawiający nie może być „karany” za uwzględnienie zarzutów, które często dalszy spór pomiędzy stronami czyni bezprzedmiotowym, poprawiając ekonomikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jeżeli Zamawiający przed terminem rozprawy uznaje część zarzutów podniesionych w odwołaniu, w brzmieniu żądanym przez Odwołującego, to za podstawę orzekania winny być przyjęte tylko te zarzuty, które są nadal przedmiotem sporu. Żaden przepis ustawy Pzp nie nakłada na Izbę obowiązku rozpoznawania zarzutów co do których spór pomiędzy stronami nie istnieje - wygaś. Dlatego też przyjmowanie w sytuacji uwzględnienia części zarzutów odwołania przez Zamawiającego za podstawę orzeczenia Izby, - zarzutów nie istniejących w chwili orzekania- uwzględnionych przed rozprawą przez Zamawiającego, jest sprzeczne z celem art. 191 ust.2 ustawy Pzp. Izba ocenia sprawę mając na uwadze stan sprawy, czyli istniejące okoliczności faktyczne i stan prawny obowiązujący na dzień, do którego strony i uczestnik postępowania mogli przytaczać fakty i dowody, tj. na dzień zamknięcia rozprawy. Dlatego zasadny wydaje się wniosek, że z chwilą uznania przez Zamawiającego przed rozprawą części zarzutów podniesionych w odwołaniu, to Odwołujący winien poddać racjonalnej analizie zarzuty pozostałe i sens ich dalszego podtrzymywania, a nie liczyć na to że niezależnie od oceny tych pozostałych zarzutów Izba biorąc pod uwagę częściowe uwzględnienie zarzutów przez Zamawiającego, dokona uwzględnienia odwołania i kosztami postępowania obciąży Zamawiającego.

Reasumując, Izba uznała że, po rozważeniu wszystkich zarzutów, należało odwołanie oddalić.

Sygn. akt KIO 2223/11

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron Przystępujący *Konsorcjum Asseco Poland* podniósł, że Konsorcjum Qumak-Sekom nie jest uczestnikiem postępowania, gdyż na formularzu ofertowym oferty ww. wykonawcy nie został złożony podpis pełnomocnika Konsorcjum, zatem oferta jest nieważna. Powyższe, według Przystępującego Konsorcjum Asseco Poland stanowi podstawę do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Izba stwierdziła, że nie zachodzi przesłanka skutkująca odrzuceniem odwołania sprecyzowana w art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp a podniesiona przez Przystępującego *Konsorcjum Asseco Poland*. Przystępujący *Konsorcjum Asseco Poland* we wniosku o odrzucenie odwołania wskazał, że Konsorcjum Qumak-Sekom nie jest uczestnikiem postępowania, gdyż na formularzu ofertowym oferty ww. wykonawcy nie został złożony

podpis pełnomocnika Konsorcjum. Izba ustaliła – co nie ulega wątpliwości w niniejszym stanie faktycznym - że Konsorcjum Qumak-Sekom jest uczestnikiem niniejszego postępowania. Wykonawca ten złożył ofertę w niniejszym postępowaniu, nie został wykluczony z postępowania a jego oferta nie została przez Zamawiającego odrzucona. Zatem nie można przyjąć argumentacji Przystępującego Asseco Poland, a uznanie przez Izbę, że Konsorcjum Qumak-Sekom nie jest uczestnikiem postępowania w oparciu o wnioski ww. wykonawcy sprowadzałoby się w konsekwencji do przesądzenia zarzutu Odwołującego Asseco Poland podniesionego przez niego w odwołaniu z dnia 14 października 2011 r.

Zatem wobec powyższej argumentacji Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia niniejszego odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Ponadto na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron również Zamawiający złożył wniosek o odrzucenie odwołania wniesionego przez Konsorcjum Qumak-Sekom na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony. Zamawiający wskazał na pełnomocnictwo z dnia 10 października 2011 r., w którym to według niego udzielone zostało pełnomocnictwo do jednoosobowego wnoszenia środków ochrony prawnej w imieniu Konsorcjum, zatem biorąc pod uwagę, reprezentację Qumak-Sekom wynikającą z dokumentów załączonych do odwołania (gdzie upoważnionych jest dwóch członków zarządu albo członek zarządu łącznie z prokurentem) należało uznać, że powyższe pełnomocnictwo jest nieprawidłowe.

W opinii Izby stwierdzenie „*do samodzielnej wnoszenia środków ochrony prawnej ...*” zawarte w pełnomocnictwie z dnia 10 października 2011 r. odnosi się do osoby prawnej (nie zaś jak twierdził Zamawiający do osoby fizycznej), która to dopiero działa za pośrednictwem osób fizycznych, wchodzących w skład organów upoważnionych do jej reprezentacji, zaś uprawnionym do reprezentacji jest zarząd spółki co wynika wprost z kodeksu spółek handlowych.

Wobec powyższego zdaniem Izby pełnomocnictwo z dnia 10 października 2011 r. w kwestionowanym przez Zamawiającego zakresie jest prawidłowe i Izba nie dopatrzyła się podstaw w oparciu o przytoczoną argumentację do odrzucenia niniejszego odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba nie znalazła również innych negatywnych przesłanek, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie niniejszego odwołania a wynikających z art. 189 ust. 2 pkt 1, 3-7 ustawy Pzp.

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu

na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Ponadto Izba stwierdziła, że Odwołujący Konsorcjum Qumak-Sekom legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła ponadto, iż wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w piśmie z dnia 17 października 2011 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Asseco Poland S. A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów oraz BRE BANK S. A., ul. Senatorska 18, 00-950 Warszawa (zwani dalej: „Przystępującym Konsorcjum Asseco Poland”).

Izba ustaliła również, że do niniejszego postępowania po stronie Odwołującego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Comarch S.A., ATM Systemy Informatyczne S.A., mPAY S.A., Getin Noble Bank S.A.: adres dla pełnomocnika: ul. Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Asseco Poland S. A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów oraz BRE BANK S. A., ul. Senatorska 18, 00-950 Warszawa (zwanym dalej: „Przystępującym Konsorcjum Asseco Poland”).

Ponadto Izba uwzględniła opozycję Zamawiającego przeciw przystąpieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch S.A., ATM Systemy Informatyczne S.A., mPAY S.A., Getin Noble Bank S.A.: adres dla pełnomocnika: ul. Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków. Izba uznała, że Zamawiający uprawdopodobnił, że wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch S.A., ATM Systemy Informatyczne S.A., mPAY S.A., Getin Noble Bank S.A. nie mają interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystąpili.

Izba przypomina, że interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępując winien być związany z sytuacją zgłaszającego przystąpienie w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zaś rozstrzygnięcie na korzyść strony do której wykonawca przystępuje wpływać na pozycję tegoż wykonawcy w postępowaniu. Nie ulega wątpliwości, że zgłaszający przystąpienie w istocie nie wskazał, na czym polega jego interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego Konsorcjum Qumak-Sekom. Poprzestał na ogólnikowym stwierdzeniu, iż ma interes w ubieganiu się o udzielenie

zamówienia. W żaden sposób nie odwołał się do sytuacji faktycznej niniejszego postępowania, pozycji złożonej przez siebie oferty ani zakresu zaskarżenia odwołaniem. Zatem, w ocenie Izby nie wykazał na czym miałyby polegać jego interes w ubieganiu się o udzielenie zamówienia w niniejszym postępowaniu.

Uwzględniając opozycję Zamawiającego, Izba uznała, że wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch S.A., ATM Systemy Informatyczne S.A., mPAY S.A., Getin Noble Bank S.A. nie mają interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystąpili, zatem nie mają tym samym statusu uczestnika postępowania.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz rozporządzenia w sprawie dokumentów poprzez zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Asseco Poland S. A. oraz BRE BANK S. A., do uzupełnienia dokumentów w zakresie przedłożenia opłaconej polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, iż wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia do kwoty minimum 80.000.000 złotych, chociaż przedłożona polisa nie spełnia powyższego warunku z uwagi na jej grupowy charakter Izba stwierdza, co następuje.

Zgodnie z rozdziałem 5 pkt 5.4 SIWZ Zamawiający dokonał opisu warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej poprzez wskazanie, że o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który:

- a) posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 25 000 000,00 zł (słownie: dwadzieścia pięć milionów złotych),
- b) jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia (sumę gwarancyjną) równą co najmniej 80 000 000,00 zł (słownie: osiemdziesiąt milionów złotych), (w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia powyższe warunki wykonawcy mogą spełniać łącznie).

Zatem Zamawiający żądał w celu potwierdzenia warunku znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia m.in. polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie działalności związanej w przedmiotem zamówienia do kwoty minimum 80.000.000 zł.

Odwołujący zakwestionował grupowy charakter polisy, wskazując iż polisa nr 00-10-430-05876193 wskazuje jako współubezpieczone dwie spółki nie będące członkami Konsorcjum, a mianowicie: Zakład Usług Informatycznych OTAGO Sp. z o.o. z siedzibą w

Gdańsku oraz Podkarpacki Fundusz Nieruchomości Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie. Wskazanie w polisie nr 00-10-430- 05876193 dwóch innych (poza Konsorcjum Asseco Poland SA oraz BRE Bank SA) podmiotów - współubezpieczonych powoduje, że suma ubezpieczenia z niej wynikająca odnosi się nie tylko do Asseco Poland SA.

Odnosząc się do powyższej argumentacji, wskazać należy, iż nie sposób zatem jednoznacznie przyjąć, iż sumy gwarancyjne w każdym przypadku są sumami obowiązującymi dla wszystkich podmiotów objętych polisą łącznie, a zatem że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Asseco Poland S. A. oraz BRE BANK S. A. spełniają warunek udziału w postępowaniu.

Niewątpliwie jednak niezależnie od charakteru polisy OC z dokumentu tego winno wynikać jednoznacznie i bezspornie, iż dany wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na wymaganą przez Zamawiającego minimalną sumę gwarancyjną – 80 000 000 zł. Polisa seria nr 00-10-430- 05876193 przedłożona przez wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Asseco Poland S. A. oraz BRE BANK S. A. jest polisą zbiorową, w ramach której Ubezpieczonym jest Asseco Poland S. A., zaś Współubezpieczonym Zakład Usług Informatycznych OTAGO Sp. z o.o. oraz Podkarpacki Fundusz Nieruchomości Sp. z o.o. Zbiorowy charakter tej polisy nie pozwala bowiem jednoznacznie ustalić sposobu objęcia ochroną ubezpieczeniową wykonawcy Asseco Poland S. A. Tak sformułowana polisa może oznaczać, iż każda ze spółek jest ubezpieczona na podaną sumę gwarancyjną i nie jest jasnym jak kształtują się zasady odpowiedzialności. Tymczasem Zamawiający powinien mieć pewność, że wykonawca posiada ubezpieczenie z sumą gwarancyjną na wymaganą przez niego kwotę. W tym zakresie aktualne pozostaje stanowisko, iż dokumenty przedstawiane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu winny w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości potwierdzać spełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego, a tym samym dokumenty, na podstawie, których dokonuje się kwalifikacji wykonawców do udziału w postępowaniu, nie powinny pozostawiać dowolności interpretacyjnych, a wynikające z nich potwierdzenie spełnienia warunków nie można oprzeć na domniemaniach i przypuszczeniach (wyrok KIO z dnia 2 września 2008 r., sygn. KIO/UZP 854/08). Skoro zasadniczym celem żądania polisy ma być weryfikacja wiarygodności ekonomicznej Wykonawcy polegająca m.in. na wykazaniu, iż Wykonawca jest zdolny do poniesienia kosztów ubezpieczenia na wymaganą kwotę, to określona suma gwarancyjna (a zatem i koszty związane z udzielaniem ochrony w jej granicach), winna dotyczyć danego podmiotu. (wyrok KIO z dnia 21 października 2011 r., sygn. akt KIO 2154/11).

Tym samym Zamawiający winien wezwać wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Asseco Poland S. A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów oraz BRE BANK S. A., ul. Senatorska 18, 00-950 Warszawa do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp odnośnie sum gwarancyjnych odpowiedzialności cywilnej, jaką jest on objęty w ramach powyższego ubezpieczenia oraz zasad jego funkcjonowania, a następnie przedłożenia dokumentu zgodnie z wymagania SIWZ, który jednoznacznie potwierdzałby w sposób jednoznaczny, iż wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej na wymaganą sumę, jeżeli z treści wyjaśnień wynikać będzie brak spełnienia wymogu odnośnie wymaganej sumy gwarancyjnej (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp).

W świetle powyższego, biorąc pod uwagę powyższe rozważania Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie ponownego badania i oceny ofert, (w szczególności dokonania ponownego badania i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu) w tym dokonanie wszelkich czynności zgodnie z ustawą Pzp, t.j. zastosowania wobec wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Asseco Poland S. A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów oraz BRE BANK S. A., ul. Senatorska 18, 00-950 Warszawa procedury przewidzianej w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego co do ograniczenia odpowiedzialności ubezpieczyciela z tytułu umowy ubezpieczenia potwierdzonej polisą nr 000-11-430-05883109, Izba przychyliła się w tym zakresie do stanowiska Zamawiającego, który wskazał że *w SIWZ Zamawiający żądał polisy OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na 80 000 000 zł, lecz nie sformułował w tym zakresie żadnych dodatkowych warunków, w tym dotyczących wyłączeń odpowiedzialności ubezpieczyciela.*

Zatem w ocenie Izby należało uznać, że powyższy zarzut nie znalazł potwierdzenia w niniejszym stanie faktycznym, w szczególności w świetle brzmienia SIWZ w tym zakresie.

Co do zarzutu, iż polisy potwierdzające zawarcie umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej nie potwierdzają spełniania opisanego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu albowiem opiewają na sumę ubezpieczenia 70 000 000 zł, nie zaś na sumę 80 000 000 zł, Izba zauważa, przychylając się do stanowiska Zamawiającego, że oprócz polis w części jawnej oferty znajdują się również oferty w części tajnej, zaś suma ubezpieczenia wszystkich polis odpowiada warunkom postawionym przez Zamawiającego w specyfikacji. Zatem należało również uznać, że powyższy zarzut jest zarzutem chybionym.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji Izba ustaliła, że argumentacja Odwołującego osadza się w twierdzeniach, że BRE Bank S.A. z tytułu udziału w konsorcjum z Oumak S.A. i PWPW S.A. w sposób bezsporny miał dostęp do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Oumak-Sekom SA, a zawartych m.in. w załączniku nr 7 do złożonej w pierwszym postępowaniu - oferty; oferta Asseco Poland S.A. i BRE Bank S.A. zawiera elementy stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Oumak-Sekom SA, w szczególności poprzez powtórzenie treści załącznika nr 7 złożonej w ofercie Konsorcjum Asseco Poland S.A. i BRE Bank S.A. z treścią załącznika nr 7 złożonego w ofercie konsorcjum z udziałem Oumak-Sekom S.A. w postępowaniu ZP/DS/2/PZ/27/10.

Według Odwołującego dowodem na popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji miała być korespondencja mailowa przedłożona przez Odwołującego Qumak-Sekom na rozprawie.

Według Odwołującego Qumak-Sekom, należało żywić uzasadnione przypuszczenie, że Pan Waldemar Rokicki (wcześniej pracownik Qumak-Sekom) namawiał pozostałych konsorcjantów Qumak-Sekom z pierwszego przetargu do wzięcia udziału w obecnym postępowaniu w ramach konsorcjum z Asseco Poland S. A.

Zdaniem Izby trudno oprzeć się wyłącznie na niniejszej korespondencji i z niniejszego faktu jej prowadzenia wywieść, iż został popełniony czyn nieuczciwej konkurencji.

Niezależnie od powyższego Izba zauważyła, że powyższa korespondencja nie przesądza w sposób jednoznaczny, że Pan Rokicki namawiał pozostałych konsorcjantów do udziału w następnym przetargu z udziałem Asseco Poland S. A. Przeciwnie z powyższej korespondencji wynika, że strategią firmy AEP Advanced Engineering Projects s.r.l. było podążanie za BRE Bankiem. Ponadto Odwołujący nie udowodnił również istnienia dokumentu, z którego wynikałoby że firma AEP Advanced Engineering Projects s.r.l. będzie w przyszłości współpracować wyłącznie z Qumak-Sekom (wyłączającego współpracę z Asseco Poland).

Trafny wydaje się być wyrok Sądy Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 22 kwietnia 2008 r., sygn. akt I ACa 1467/07, z którego wynika, że *samo wewnętrzne przeświadczenie powoda, że pozwany dopuścił się nieuczciwej konkurencji skoro przejął klientów powoda, nie jest wystarczające, a zwłaszcza nie wypełnia normy art. 3 w zw. z art. 11 ustawy z 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.*

Ponadto ewentualne podobieństwo złożonych ofert nie może również przesądzać o czynie nieuczciwej konkurencji skoro Zamawiający przyznał że podobieństwo ofert w tym zakresie mogło wynikać ze stopnia szczegółowości przedmiotu zamówienia oraz szczegółowości sporządzonego przez Zamawiającego załącznika nr 7.

Izba zauważyła, że ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne, a Odwołujący w opinii Izby takich dowodów w niniejszej sprawie nie przedstawił. Przypomnienia wymaga, analogicznie jak to jest w

procesie cywilnym, iż ów ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07).

Zatem mając powyższe na względzie Izba uznała, że niniejszy zarzut również nie znalazł potwierdzenia w zebranych materiałach dowodowych.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Izba zauważa, że zgodnie z treścią art. 11 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz.59):

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem.

Biorąc pod uwagę orzecznictwo sądów oraz zacytowaną wyżej definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba uznała, że informacje zawarte w załącznikach nr 4 i 7 załączonych do oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Asseco Poland S. A. oraz BRE BANK S. A. spełniają przesłanki, o których mowa w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a wobec tego ich treść może być zastrzeżona przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba nie rozpoznała zarzutu zaniechania odtajnienia polisy znajdującej się w części tajnej oferty, uznając iż powyższy zarzut nie został zawarty w odwołaniu, zaś w świetle art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Ponadto Izba oddaliła wniosek Odwołującego Qumak-Sekom o wyłączenie jawności rozprawy i przeprowadzenie jej bez udziału stron w zakresie wniosków dowodowych dotyczących informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Qumak-Sekom.

W świetle dyspozycji art. 189 ust. 6 ustawy Pzp Izba na wniosek strony lub z urzędu wyłącza jawność rozprawy w całości lub części, jeżeli przy rozpoznaniu odwołania może być ujawniona informacja stanowiąca informację ustawowo chronioną. Rozprawa odbywa się wówczas wyłącznie z udziałem stron lub ich pełnomocników.

W opinii Izby wniosek o wyłączenie jawności rozprawy jak również składane wnioski dowodowe nie powinny sprzeciwiać się przepisom ustawy i uniemożliwiać stronom (w tym w szczególności Zamawiającemu) obronę swoich praw w postępowaniu odwoławczym. Uwzględnienie wniosku Odwołującego Qumak-Sekom o wyłączenie jawności rozprawy i przeprowadzenie jej bez udziału Zamawiającego mogło zatem doprowadzić do złamania zasady bezstronności postępowania odwoławczego i związanej z nią obowiązku przestrzegania zasady równego traktowania stron.

Konkludując, Izba stwierdziła, że wobec potwierdzenia się jednego z stawianych zarzutów (a dotyczącego polisy – grupowego jej charakteru) powyższe ma istotny wpływ na wynik postępowania i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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), w tym także co do uzasadnionych kosztów Zamawiającego w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika (sygn. akt KIO 2222/11) oraz uwzględniając koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (sygn. akt KIO 2223/11).

Przewodniczący:

.....