

Sygn. akt KIO 2287/10

Sygn. akt KIO 2307/10

WYROK
z dnia 5 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Emil Kawa

Marek Koleśników

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2010 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **8 września 2010 r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych

A. w dniu 21 października 2010 r. przez **NextiraOne Polska Sp. z o. o., ul. Chmielna 85/87, 00-805 Warszawa (sygn. akt: KIO 2287/10);**

B. w dniu 22 października 2010 r. przez **Telekomunikację Polską S. A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa, adres do korespondencji: ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa (sygn. akt: KIO 2307/10);**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3, 5 01-748 Warszawa**

orzeka:

1A. uwzględnia odwołanie NextiraOne Polska Sp. z o. o., ul. Chmielna 85/87, 00-805 Warszawa i nakazuje Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3, 5 01-748 Warszawa: unieważnienie czynności wykluczenia NextiraOne Polska Sp. z o. o. ul. Chmielna 85/87 00-805 Warszawa, unieważnienie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z udziałem NextiraOne Polska Sp. z o. o., ul. Chmielna 85/87, 00-805 Warszawa (sygn. akt: KIO 2287/10);

1B. oddala odwołanie Telekomunikacji Polskiej S. A. ul. Twarda 18 00-105 Warszawa, adres do korespondencji: ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa (sygn. akt: KIO 2307/10);

2. kosztami postępowania obciąża Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3, 5 01-748 Warszawa oraz Telekomunikację Polską S. A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa, adres do korespondencji: ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa i nakazuje:

1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisów od odwołań, w tym:

A. kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez NextiraOne Polska Sp. z o. o., ul. Chmielna 85/87, 00-805 Warszawa tytułem wpisu od odwołania (sygn. akt KIO 2287/10);

B. kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Telekomunikację Polską S. A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa, adres do korespondencji: ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa tytułem wpisu od odwołania (sygn. akt: KIO 2307/10,

2) dokonać wpłaty kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:

A. kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, ul. Szamocka 3, 5 01-748 Warszawa** na rzecz **NextiraOne Polska Sp. z o. o., ul. Chmielna 85/87, 00-805 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania (sygn. akt KIO 2287/10).

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:

.....

Członkowie

.....

.....

Sygn. akt KIO 2287/10
2307/10

U z a s a d n i e

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych - prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest zakup i wdrożenie Centrum Informacji Telefonicznej (Contact Center i IVR). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2010/S 105 -159626 2 czerwca 2010 r.

12 października 2010 r. zamawiający za pośrednictwem faksu powiadomił o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, informując, że: Copi S.A., Betacom S.A., Wola Info S.A., Hewlett - Packard Polska Sp. z o. o., WASKO S.A. uzyskali odpowiednio 20, 25, 25, 25 oraz 31 punktów. Telekomunikacja Polska S.A. otrzymała 12 punktów. Zamawiający wykluczył z postępowania NextiraOne Polska Sp. z o. o.

Wobec dokonanych czynności odwołania wnieśli:

- NextiraOne Polska Sp. z o. o. (sygn. akt KIO 2287/10);
- Telekomunikacja Polska S.A. (sygn. akt KIO 2307/10).

odwołanie wniesione przez NextiraOne Polska Sp. z o. o. (sygn. akt KIO 2287/10):

Odwołujący wniósł odwołanie 21 października 2010 r.. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 12 pkt 4 p.z.p., przez wykluczenie z postępowania, pomimo wykazania spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- 2) art. 26 ust. 3 p.z.p. przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Wniósł o nakazanie unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz o nakazanie zamawiającemu dokonania powtórnej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie o

unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz nakazanie zamawiającemu dokonanie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący podniósł, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, gdyż we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wskazał dwie osoby (Pana Sebastiana S. oraz Pana Krzysztofa T.) posiadające certyfikat CCDP - równoważny wymaganemu przez zamawiającego certyfikatowi TOGAF w świetle definicji zawartej w ogłoszeniu. Wywiódł, że w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień, wykazał iż certyfikat CCDP jest równoważny z wymaganym certyfikatem TOGAF, w świetle przyjętej w ogłoszeniu definicji równoważności oraz dodatkowo uzupełnił wniosek o informację, iż Pan Sebastian S. posiada także inny certyfikat CCIE, który poświadcza najwyższy stopień certyfikacji producenta - Cisco Systems, w zakresie budowy, konfiguracji i zarządzania infrastrukturą sieciową. Odwołujący podkreślił, że wskazał dwie, podczas, gdy warunkiem było dysponowanie co najmniej 1 osobą na tym stanowisku. Zarzucił, że zamawiający nie uznając złożonych wyjaśnień i wskazując w wezwaniu w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. listę różnic między certyfikatami dokonał nieuprawnionej modyfikacji wymagań zawartych w treści ogłoszenia, gdyż wcześniej nie definiował równoważności certyfikatu w stosunku do certyfikatu TOGAF przez wskazanie listy kilkudziesięciu wymagań.

Odwołujący podniósł, że brak informacji o posiadaniu minimum 5 letniego doświadczenia przez Pana Wojciecha G. został przez zamawiającego po raz pierwszy wskazany dopiero w uzasadnieniu wykluczenia. Zamawiający pominął obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia uzupełnienia lub wyjaśnień. Tymczasem doktryna i orzecznictwo konsekwentnie zabrania jedynie wzywania o uzupełnienie dokumentów w tym samym zakresie, który był już objęty uprzednim wezwaniem. Podniósł też, że zamawiający winien stwierdzić posiadanie przez pana G. wymaganego doświadczenia na podstawie faktu udziału przed ośmiu laty w projekcie „niebieskiej linii” dla TP. S.A zwłaszcza w kontekście faktu, iż nie postawił w ogłoszeniu o zamówieniu żadnych wymagań co do zakresu oczekiwanych informacji.

Zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołanie.

WASKO S.A. oraz TP S.A. zgłosiły przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i wniosły o oddalenie odwołania.

Izba nie uwzględniła opozycji zgłoszonej przez odwołującego co do dopuszczenia WASKO S.A.. Odwołujący podnosił, że wobec znaczącej liczby punktów uzyskanych przez WASKO

S.A., ewentualne uwzględnienie odwołania nie ma wpływu na dalsze uczestnictwo tego wykonawcy w postępowaniu, wskazał na brak przesłanki interesu.

Izba zważyła, że przesłankę wystarczającą dla zgłoszenia przystąpienia wskazaną w art. 185 ust. 3 p.z.p. stanowi posiadanie interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony do której się przystępuje, nie zaś interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia. Izba zważyła również, że interes wykonawcy należy oceniać w kontekście całości postępowania odwoławczego, a zgodnie z art. 179 ust. 1 interes w uzyskaniu zamówienia ma występować w dacie wnoszenia odwołania lub w przeszłości. Wobec podniesienia zarzutów przez TP S.A. sytuacja WASKO S.A. w postępowaniu może ulec zmianie. Wykonawca zgłaszając przystąpienie broni *status quo* ustalonego w wyniku oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, działa zgodnie ze swoim interesem.

Izba uznała, że WASKO S.A. oraz TP S.A. zachowały przesłanki wskazane w art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p.

odwołanie wniesione przez TP S.A. (sygn. akt KIO 2307/10):

22 października 2010 r., z zachowaniem obowiązku przekazania zamawiającemu kopii odwołania, odwołujący wniósł odwołanie wobec:

- czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz przyznania ocen za spełnianie tych warunków w odniesieniu do wniosków WASKO S.A., Copi S.A., Hewlett Packard Polska Sp. z o. o., Wola Info S.A., Betacom S.A.;
- zaniechania odrzucenia wniosków WASKO S.A., Copi S.A., Hewlett Packard Polska Sp. z o. o., Wola Info S.A., Betacom S.A.;
- zaniechania wezwania WASKO SA. do uzupełnienia zaświadczenia naczelnika urzędu skarbowego;
- zaniechania wezwania WASKO S.A., Copi S.A., Hewlett Packard Polska Sp. z o. o., Wola Info S.A., Betacom S.A. do uzupełnienia referencji wystawionych przez Getin Bank S.A. oraz ING Bank Śląski S.A.,
- zaniechania ujawnienia treści wykazu wykonanych dostaw, wykazu osób uczestniczących w realizacji zamówienia, oraz zobowiązań do udostępnienia zasób niezbędnych do realizacji zamówienia, w sposób uniemożliwiający ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa,

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1)art. 7, art. 51 ust. 1 i 2, art. 26 ust. 2b p.z.p. art. 47 ust. 2, art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE oraz art. 3, art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), w związku z art. 58 k.c. przez

przyznanie wnioskowi wykonawców: Copi S.A., Betacom S.A., Wola Info S.A., WASKO S.A., Hewlett - Packard Polska Sp. z o. o. odpowiednio: 20, 25, 25, 25, 31 punktów oraz zaproszenie ich do składania ofert, podczas gdy posłużenie się wystawionymi przez ITD Polska Sp. z o. o., Hewlett - Packard Polska Sp. z o. o., Hewlett - Packard Italiana S.R.L., Damovo S.A. zobowiązaniami do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia w zakresie wiedzy i doświadczenia, nosi znamiona działań, mających na celu wymuszenie na zamawiającym wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy, a przez to zagraża lub narusza interes innych przedsiębiorców oraz zamawiającego, i jako takie jest nieważne ze względu na osiągnięcie skutku zabronionego przez ustawę;

2) art. 7, art. 51 ust.1 i 2, art. 26 ust. 2b p.z.p., art. 47 ust. 2, art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE oraz 6 ust. 1 pkt 6 i 7, art. 6 ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331), przez przyznanie wnioskowi wykonawców: Copi SA., Betacom SA, Wola Info SA., Wasko SA, Hewlett-Packard Polska Sp. z o. o. odpowiednio: 20, 25, 25, 25, 31 punktów oraz zaproszenie ich do składania ofert, podczas gdy posłużenie się wystawionymi przez ITD. Polska Sp. z o. o., Hewlett-Packard Polska Sp. z o. o., Hewlett-Packard Italiana S.R.L., Damovo SA., zobowiązaniami do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia w zakresie wiedzy i doświadczenia, stanowi element porozumienia, mającego na celu uzgodnienie treści składanych wniosków oraz ograniczanie dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem, a przez to jest czynnością nieważną;

3) art. 7, art. 51 ust. 1 i 2, art. 26 ust. 2b p.z.p., art. 47 ust. 2, art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE oraz art. 70⁵ k.c, przez przyznanie wnioskowi wykonawców Copi SA, Betacom SA, Wola Info SA, Wasko SA., Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. odpowiednio: 20, 25, 25, 25, 31 punktów oraz zaproszenie ich do składania ofert, podczas gdy umowa, która zostałaby zawarta przez któregokolwiek z tych wykonawców mogłaby zostać unieważniona, jako, że strona takiej umowy, działając wspólnie w porozumieniu z ww. uczestnikami postępowania wpłynęła na wynik przetargu w sposób sprzeczny z prawem;

4) art. 7, art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz art. 51 ust. 1 i 2 p.z.p., przez zaniechanie odrzucenia wniosków wykonawców Copi SA, Betacom SA, Wola Info SA, Wasko S.A., Hewlett-Packard Polska Sp. z o. o. jako, że złożenie tych wniosków stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

5) art. 7, art. 51 ust. 1 i 2, art. 9 ust. 1 art. 26 ust. 2b p.z.p. oraz art. 78 k.c. przez przyznanie wnioskowi wykonawców Betacom SA, Wasko SA, po 10 punktów z tytułu dostaw zrealizowanych przez ITD Polska Sp. z o.o., podczas gdy wykonawcy ci nie przedstawili zobowiązania do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia w zakresie

wiedzy i doświadczenia, a zamawiający wezwał do uzupełniania tego dokumentu wbrew normie wyrażonej w art. 26 ust. 2b p.z.p.;

6)art. 7, art. 51 ust. 1 i 2, art. 26 ust. 2b p.z.p., art. 38 k.c. oraz 205 § 1 Kodeksu spółek handlowych, przez przyznanie wnioskowi wykonawców Betacom SA, Hewlett-Packard Polska Sp. z o. o., Copi SA, Wasko SA, Wola Info S.A. po 10 punktów z tytułu dostaw zrealizowanych przez ITD Polska Sp. z o. o., podczas gdy zobowiązanie do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia w zakresie wiedzy i doświadczenia, stanowiące podstawę posłużenia się tymi dostawami:

a)zostało podpisane z naruszeniem zasad reprezentacji spółki określonych w Krajowym Rejestrze Sądowym;

b)nie może stanowić dowodu dysponowania przez wykonawców zasobami podmiotu udostępniającego.

7)art. 7, art. 51 ust. 1 i 2, art. 26 ust. 2b p.z.p., art. 38 k.c. przez przyznanie wnioskowi wykonawców Betacom SA, Hewlett-Packard Polska Sp. z o. o., Copi SA, Wasko SA, Wola Info S.A. po 5 punktów z tytułu dostaw zrealizowanych przez Hewlett - Packard Italiana S.R.L., podczas gdy zobowiązanie do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia w zakresie wiedzy i doświadczenia, stanowiące podstawę posłużenia się tymi dostawami:

a)zostało podpisane przez niezidentyfikowaną osobę, której umocowanie do składania oświadczeń woli w imieniu spółki nie zostało wykazane;

b)nie zawiera zastrzeżenia o dysponowaniu zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, ograniczając się do możliwości przekazania referencji;

c)przewiduje swoistą „transmisję” wiedzy i doświadczenia za pośrednictwem Hewlett-Packard Polska Sp. z o. o., na rzecz Wola Info SA, Copi SA, Wasko SA, Betacom SA;

8)art. 7, art. 51 ust. 2, art. 26 ust. 2b p.z.p. przez przyznanie wnioskowi wykonawców Betacom SA, Copi SA, Wasko SA, Wola Info S.A. po 3 punkty z tytułu dostaw zrealizowanych przez Hewlett-Packard Polska Sp. z o. o., podczas gdy zobowiązanie do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia w zakresie wiedzy i doświadczenia, stanowiące podstawę posłużenia się tymi dostawami, nie stanowi dowodu dysponowania przez wykonawców zasobami podmiotu udostępniającego;

9)art. 7, art. 51 ust. 2, art. 26 ust. 2b p.z.p., art. 38 Kodeksu cywilnego, przez przyznanie wnioskowi wykonawców Betacom SA, Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., Copi SA, Wasko SA, Wola Info S.A. po 7 punktów z tytułu dostaw zrealizowanych przez Damovo Polska Sp. z o.o., podczas gdy zobowiązanie do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji

zamówienia w zakresie wiedzy i doświadczenia, stanowiące podstawę posłużenia się tymi dostawami:

- a) zostało podpisane przez osobę, której umocowanie do składania oświadczeń woli w imieniu spółki nie zostało wykazane (z wyjątkiem HP Polska Sp. z o. o.);
 - b) nie stanowi dowodu dysponowania przez wykonawców zasobowymi podmiotu udostępniającego;
- 10) art. 24 ust. 2 ustawy oraz § 2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), w związku z art. 24 ust.1 pkt 3 ustawy oraz art. 306e ustawy Ordynacja podatkowa, przez przyjęcie, że wykonawca Wasko SA wykazał, że nie zalega z zalega z opłacaniem podatków, podczas gdy zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego nie dotyczy podatku akcyzowego, a także art. 26 ust. 3 p.z.p. przez zaniechanie wezwania do uzupełniania dokumentu, o którym mowa powyżej;
- 11) art. 7 w zw. z art. 51 ust. 2, z § 1 ust. 1 pkt. 3) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dn. 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. 2009 Nr 226 poz. 1817), w zw. z art. 26 ust. 3 p.z.p. przez przyznanie wnioskowi wykonawców Betacom S.A., Hewlett-Packard Polska Sp. z o. o., Copi SA, Wasko SA, Wola Info S.A. po 10 punktów z tytułu usług i dostaw zrealizowanych przez ITD Polska Sp. z o.o. na rzecz ING Banku Śląskiego oraz Getin Banku, co do których wykonawcy nie wykazali, że zostały one wykonane należycie, jak również przez zaniechanie wezwania wskazanych wyżej wykonawców do uzupełnienia dokumentów, o których mowa powyżej;
- 12) art. 96 ust. 3 p.z.p., w związku z art. 8 ust. 3 p.z.p., w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez błędną ich wykładnię polegającą na przyjęciu, że wykazy wykonanych dostaw, wykazy osób realizujących zamówienie oraz referencje, w których uczyniono nieczytelnymi dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, a więc dane o kontrahentach, osobach realizujących zamówienia itp., stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a następnie zaniechanie udostępnienia treści lub wyciągów z tych dokumentów.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz przyznaniu ocen za spełnianie tych warunków;
- dokonania ponownej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz przyznaniu ocen za spełnianie tych warunków, oraz odrzucenie wniosków Wasko SA, Copi SA, Hewlett

Packard Polska Sp. z o.o., Wola Info SA, Betacom SA, ewentualnie pominięcie zobowiązań do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia w zakresie wiedzy i doświadczenia, w odniesieniu do wniosków: Wasko SA, Copi S.A. Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., Wola Info SA, Betacom S.A.;

- wezwania Wasko S.A. do uzupełnienia zaświadczenia z Urzędu Skarbowego,
- wezwania Wasko SA, Copi SA, Hewlett-Packard Polska Sp. z o. o., Wola Info SA, Betacom S.A. do uzupełnienia referencji ING Bank Śląski S.A. oraz Getin Bank;
- ujawnienie treści wykazu wykonanych dostaw, wykazu osób uczestniczących w realizacji zamówienia, oraz zobowiązań do udostępnienia zasób niezbędnych do realizacji zamówienia, w sposób uniemożliwiający ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Uzasadniając zarzut podniesiony w pkt 1, odwołujący w uzasadnieniu wywiódł, że Copi S.A., Betacom S.A., Wola Info SA, Wasko S.A., Hewlett - Packard Polska Sp. z o. o. działając wspólnie i w porozumieniu, uzyskali tożsame oświadczenia o udostępnieniu zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, wraz z referencjami, od trzech innych przedsiębiorców, co skutkuje uzyskaniem punktów, która gwarantuje zaproszenie tylko i wyłącznie tych wykonawców do składania ofert oraz eliminację z postępowania pozostałych wykonawców. Tym samym jest to działanie mające na celu wymuszenie na Zamawiającym wyboru jako kontrahenta określonych przedsiębiorców, poprzez ograniczenie w istotny sposób lub wyłączenie możliwości dokonywania przez klienta zakupu u innego przedsiębiorcy, co wypełnia hipotezę art. 15 ust. 1 pkt 5) uniemożliwiło więc innym wykonawcom działającym na rynku polskim skuteczne konkurowanie o uzyskanie zamówienia. Niezależnie od tego, który wykonawca uzyska zamówienia, będzie ono realizowane przez te same osoby, które znajdują się w dyspozycji podmiotów udostępniających swoje zasoby.

Powyzszą ocenę odwołujący odniósł też do zarzutów 2 – 4.

W odniesieniu do pozostałych zarzutów odwołujący powoływał treść dokumentów złożonych w postępowaniu przez wskazanych w treści zarzutów wykonawców. Na wzmocnienie argumentacji powoływane były również stanowiska doktryny i orzecznictwa.

Zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołanie.

Betacom S.A., Wola Info S.A., WASKO S.A., Hewlett - Packard Polska Sp. z o. o., WASKO S.A. zgłosiły przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i wniosły o oddalenie odwołania.

Na posiedzeniu Izba ustaliła, że żadne z odwołań nie podlega odrzuceniu oraz, że odwołanie wniesione przez TP S.A. nie zawiera braków formalnych podlegających uzupełnieniu w trybie § 13 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), uznając

pełnomocnictwo załączone do odwołania za wystarczające. Odwołanie zostało wniesione przez Pana Jarosława T. na podstawie pełnomocnictwa z 13 czerwca 2008 r. Zawarte w treści pełnomocnictwa sformułowania wskazujące zakres upoważnienia pełnomocnika "do dokonywania czynności wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych", „wnoszenia i popierania odwołań (...) rozpoznawanych przez Krajową Izbę Odwoławczą”, „składania oświadczeń składanych wobec (...) Krajowej Izby Odwoławczej” w stopniu wystarczającym mocują Pana Jarosława T. do wnoszenia odwołania również na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w aktualnym brzmieniu. Treść pełnomocnictwa należy tłumaczyć zgodnie z ogólnymi regułami wykładni określonymi w dyspozycji art. 65 § 1 kodeksu cywilnego, mając na uwadze okoliczności i kontekst sytuacyjny w jakich pełnomocnictwo zostało udzielone. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, że pomimo iż z literalnej wykładni pełnomocnictwa wynika, że upoważnia ono m.in. do wnoszenia odwołań do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych rozpoznawanych przez Krajową Izbę Odwoławczą, a nie do Krajowej Izby Odwoławczej, to jednak, biorąc pod uwagę okoliczności udzielenia pełnomocnictwa, wolą mocodawcy było udzielenie pełnomocnictwa do podejmowania wszelkich czynności związanych z uczestniczeniem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tak w postępowaniu przed zamawiającym, jak i związanych z wnoszeniem środków ochrony prawnej, w tym do wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. Podobne stanowisko dotyczące treści pełnomocnictwa zajęła Izba w wyroku z dnia 29 kwietnia 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 590/10.

Wobec powyższego Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący oraz uczestnicy (przystępujący) podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Odwołujący - TP S.A. wycofał zarzut 5 oraz sprostował treść odwołania w ten sposób, że największą liczbę punktów uzyskał WASKO S.A. Zamawiający odniósł się do zarzutów obu odwołań i wniósł o ich oddalenie.

odwołanie wniesione przez NextiraOne Polska Sp. z o. o. (sygn. akt KIO 2287/10):

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 p.z.p. Jest wykonawcą, który złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zatem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący pozbawiony został możliwości uzyskania zaproszenia do złożenia

oferty, tym samym nie ma możliwości uzyskania zamówienia, przez co może ponieść szkodę.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Dla oceny zarzutów odwołania niezbędna jest analiza postanowień ogłoszenia o zamówieniu.

Zamawiający w III.2.3) ust. 2) lit. b) ogłoszenia o zamówieniu oczekiwał dysponowania przez wykonawcę, co najmniej jedną osobą przewidzianą na stanowisko Architekt. Osoba taka winna posiadać co najmniej 5 lat doświadczenia w branży IT lub telekomunikacyjnej (...) oraz jeden z certyfikatów Certified IT Architect, TOGAF 8 Certified lub TOGAF 9 Certified, wydanych przez The Open Group (<http://www.opengroup.org/>) lub równoważny. Zamawiający ustalił, że przez certyfikat równoważny rozumie certyfikat, potwierdzający umiejętności w zakresie tworzenia architektury IT oraz architektury korporacyjnej, przy czym obydwie w zakresie projektowania, planowania, implementacji oraz zarządzania.

Odwołujący na stanowisko Architekta wskazał Pana Sebastiana S. oraz przez Pana Krzysztofa T., posiadających certyfikat CCDP, i których okres doświadczenia nie był kwestionowany w toku postępowania.

Zamawiający oświadczył na rozprawie, że certyfikat wskazany przez odwołującego we wniosku potwierdza wymagane umiejętności dotyczące architektury IT i korporacyjnej, jednak wyłącznie w odniesieniu do rozwiązań oferowanych przez firmę CISCO, co nie odpowiada oczekiwaniom i potrzebom zamawiającego.

W treści ogłoszenia zamawiający nie wymagał, aby certyfikat równoważny odnosił się do rozwiązań oferowanych również przez innych producentów, niż wystawca certyfikatu, lub by wskazywał na kompetencje w zakresie integracji systemów oferowanych przez różnych producentów. Wbrew wyrażonemu na rozprawie pogładowi zamawiającego, takie oczekiwanie nie zostało ustalone przez sam fakt, że wymagane jako podstawowe certyfikaty TOGAF 8 i 9 mają „charakter ogólny”.

Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia nie są w żaden sposób zobowiązani do domniemywania oczekiwań zamawiającego, nie wyrażonych jednoznacznie w treści dokumentów postępowania. Przeciwnie, dokonanie prawidłowego opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest wyłączną domeną zamawiającego. Postanowienia ogłoszenia o zamówieniu podlegają, co do zasady, wykładni literalnej. Pozwala to na uniknięcie dowolności ocen po stronie zamawiającego, sprzyja zachowaniu

zasad równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji wskazanych w wskazanych w art 7 ust. 1 p.z.p.

Obowiązkiem zamawiającego jest precyzyjne wyrażenie swoich wymagań, tak aby wykonawcy potencjalnie zainteresowani zamówieniem mogli racjonalnie ocenić, czy spełniają warunki udziału w postępowaniu. Na zamawiającym spoczywa też ryzyko związane ze sformułowaniem wymagań w sposób nieprecyzyjny. Brak dołożenia należytej staranności przez zamawiającego nie może obciążać odwołującego, którzy zastosował się do dokonanego przez zamawiającego opisu warunków udziału w postępowaniu.

Należyta staranność zamawiającego polegać winna m.in. na takim redagowaniu postanowień dokumentów, by wykonawca spełniający warunki udziału w postępowaniu posiadał rzeczywiste kompetencje do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Jest to szczególnie istotne w postępowaniach wieloetapowych, gdzie ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu następuje przed podaniem szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przekazywanej jedynie wykonawcom zaproszonym do składania ofert.

Izba uznała, wobec powyższego, że odwołujący wykazał dysponowanie osobą spełniającą wymagania zamawiającego już na etapie składania wniosku.

Czynności podejmowane przez zamawiającego po otwarciu wniosków pozbawione są oparcia w treści ogłoszenia o zamówieniu i przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych. 16 sierpnia 2010 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienia, wskazując w szczególności, że posiadany przez Pana Sebastiana S. oraz przez Pana Krzysztofa T. (architektów) certyfikat, „budzi wątpliwości co do jego równoważności z certyfikatami wymienionymi w warunkach udziału w postępowaniu, w związku z czym wykonawca winien wskazać elementy z zakresu umiejętności, które są wspólne dla obu certyfikatów.

W odpowiedzi odwołujący wyjaśnił, że certyfikat CCDP spełnia warunki równoważności - zakres certyfikacji obejmuje tworzenie architektury IT oraz architektury korporacyjnej w zakresie projektowania, planowania implementacji oraz zarządzania, co wynika z informacji udostępnianych przez autoryzowane centra szkoleniowe producenta. Odwołujący wskazał nadto, że Pan Sebastian S., poza certyfikatem CCDP posiada także certyfikat Cisco Certified Internetwork Expert (CCIE), obejmujący swoim zakresem w szczególności budowę, konfigurację i zarządzanie infrastrukturą IT. Certyfikat ten poświadcza najwyższy stopień certyfikacji producenta - Cisco Systems, w zakresie budowy, konfiguracji i zarządzania infrastrukturą sieciową.

6 września 2010 r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia wykazu osób. Zamawiający wskazał, iż certyfikat CCDP nie jest równoważny certyfikatowi TOGAF. W uzasadnieniu przedstawił listy 27 i 37 umiejętności, które nabywają osoby w ramach certyfikacji TOGAF 8 oraz TOGAF 9

Opisane postępowanie określone przez zamawiającego na rozprawie jako „rozwijanie i doprecyzowanie” wymagań zawartych w ogłoszeniu jest niedopuszczalne.

Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 4 p.z.p. jest uprawniony do żądania wyjaśnień treści złożonych oświadczeń i dokumentów. Jednak w żadnym przypadku nie może to doprowadzić do przerzucania na wykonawcę ciężaru dowodzenia równoważności złożonych certyfikatów w oparciu o treści nie wyrażone w ogłoszeniu o zamówieniu. Wprawdzie art. 24 ust. 2 pkt 4) p.z.p. nakazuje wykluczenie wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, jednak punktem odniesienia jest wyłącznie treść ogłoszenia.

W toku wyjaśniania treści dokumentów, a szczególności w czynności wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p. zamawiający wykreował nowe wymagania, co stanowi rażące naruszenie art. 7 ust. 1 p.z.p.

Wobec oceny, że odwołujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu przed dokonaniem czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów, spór dotyczący możliwości ponowienia wezwania w trybie art. 26 ust. 3 wobec Pana Wojciecha G. – ma charakter bezprzedmiotowy. Na marginesie jednak Izba wskazuje, że dopuszczalne jest wystosowanie ponownego wezwania, w trybie przywołanego przepisu, dotyczącego tej samej osoby, a odnoszącego się do innej okoliczności. Jeśli zamawiający wzywa wykonawcę do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów wskazując jedynie, że uznaje złożony certyfikat za niewystarczający, nie ma formalnych przeszkód do tego, aby wezwanie to ponowić w odniesieniu do oświadczeń lub dokumentów poświadczających okres doświadczenia. Warunkiem, który jest niezbędny dla prawidłowości wezwania jest to, aby ogłoszenie o zamówieniu przewidywało obowiązek złożenia oświadczeń i dokumentów wskazujących żądany zakres informacji.

odwołanie wniesione przez (sygn. akt KIO 2307/10):

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 p.z.p. Jest wykonawcą, który złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zatem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący pozbawiony został możliwości uzyskania zaproszenia do złożenia oferty, nie ma zatem możliwości uzyskania zamówienia, przez co może ponieść szkodę.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, mimo, że dwa zarzuty znalazły częściowe

potwierdzenie.

Izba dokonała ustaleń na podstawie dowodów z okazanych na rozprawie i znajdujących się w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem znajdujących się w aktach sprawy: ogłoszenia o zamówieniu, wniosków przystępujących oraz oświadczeń i dokumentów złożonych w wyniku wezwania do uzupełnienia.

Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o zaliczenie w poczet materiału dowodowego niejawnej części wniosku odwołującego - TP S.A. .Okoliczności faktyczne, które miałyby być przedmiotem dowodu nie mieszczą się w zakreślonej zarzutami odwołania podstawie faktycznej sporu. Izba uznała, że ich dopuszczenie i przeprowadzenie powodowałyby jedynie zwłokę w postępowaniu (art. 190 ust. 6 *in fine* p.z.p.).

W ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający ustalił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykonali w okresie ostatnich trzech lat przed przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 dostawy (1 dostawa - 1 umowa) w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, polegające na:

a) realizacji zamówienia na dostawę i wdrożeniu systemu Call/Contact Center wraz z IVR, z przynajmniej 100 użytkownikami pracującymi równocześnie w charakterze agentów Call/Contact Center,

b) przynajmniej jedno z wskazanych zamówień oprócz wymagania określonego w pkt a) musi obejmować wykorzystanie technologii VoIP do transmisji połączeń.

Do składania ofert zamawiający postanowił zaprosić 5 wykonawców, przy czym, jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż 5, zamawiający zaprosi do składania ofert 5 wykonawców, którzy otrzymali najwyższą ocenę spełniania warunków.

Zamawiający uzależnił ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu od liczby użytkowników pracujących w charakterze agentów Call/Contact Center, których dotyczy wykazywana umowa (dostawa).

Zamawiający ustalił, że wykonawcy mogą polegać na wiedzy i doświadczeniu potencjalnie technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. W takiej sytuacji wykonawca w szczególności składa zobowiązanie podmiotu trzeciego do

oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia;

Ad 1 – 4. W toku postępowania WASKO S.A., Copi S.A., Hewlett Packard Polska Sp. z o. o., Wola Info S.A., Betacom S.A. wraz z wnioskami o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. złożyli:

- zobowiązania do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia wystawione przez: Hewlett - Packard Italiana SRL, Hewlett - Packard Polska Sp. z o. o., ITD Polska Sp. z o. o., Damovo S.A. (z wyjątkiem HP Polska Sp. z o.o.):
- wykaz wykonanych dostaw obejmujący te same dostawy oraz referencje potwierdzających należyłą realizację zamówienia;
- osoby specjalistów powtarzają się w wykazach osób (z zastrzeżeniem wykazu WASKO S.A. zastrzeżonego, jako tajemnica przedsiębiorstwa);
- zobowiązanie do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, wystawione 26 czerwca 2010 r. przez Hewlett - Packard Italiana zawiera zezwolenie dla Hewlett - Packard Polska Sp. z o. o. na „rozporządzenie powyższą wiedzą i doświadczeniem dla swoich partnerów biznesowych przy tym Zamówieniu wyszczególnionych na poniższej liście:
 - Wola Info S.A., ul. Cybernetyki 7, 02-677 Warszawa;
 - Copi S.A., Aleje Jerozolimskie 162A, 02-343 Warszawa;
 - WASKO S.A., ul Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice;
 - Betacom S.A., ul. Połczyńska 31a, 01-377.

W postępowaniu odwoławczym Izba bada, czy zamawiający prawidłowo wykonał czynność w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub czy nie dokonanie przez zamawiającego czynności (zaniechanie) odpowiada przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ocena zarzutów następuje na podstawie obowiązującego prawa.

Zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 p.z.p. Podstawą oceny zachowania przez zamawiającego zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji są postanowienia ogłoszenia o zamówieniu lub siwz oraz przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający dokonał oceny wniosków zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu na podstawie obowiązujących przepisów.

Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 51 ust. 1 i 2 p.z.p. Wywody odwołania i stanowisko odwołującego prezentowane na rozprawie nie odnosiły się w żaden sposób do przywołanych przepisów.

Art. 26 ust. 2b nie odnosi się do treści zarzutów, jego przedmiotem nie jest kwestia dopuszczalności powołania się na ten sam potencjał podmiotu trzeciego przez kilku wykonawców ubiegających się o udzielenia zamówienia.

Przedmiotem oceny Izby nie może być ocena zgodności porządku krajowego z przepisami dyrektywy. Nadto skoro sam odwołujący wywodził w odwołaniu, że art. 26 ust. 2b p.z.p. jest wiernie transponowany do porządku krajowego, nie ma podstaw do odwoływania się bezpośrednio do postanowień dyrektyw, w tym do art. 47 ust. 2, oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy

.
Odwoływanie się do uregulowań zawartych w innych aktach prawnych następuje każdorazowo przez odesłanie zawarte wprost w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych (przykładowo art. 14, art. 89 ust. 1, art. 185 ust. 7 p.z.p.).

Art. 7 ust. 1 p.z.p., ani żaden z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczących oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym, nie zawierają odesłania do tych aktów prawnych. Normy zawarte w art. 7 ust. 1 p.z.p. adresowane są przede wszystkim do zamawiającego i stanowią klauzule generalne adresowaną do zachowań przewidzianych wyłącznie w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba ocenia, że art. 7 ust. 1 nie może stanowić samoistnej podstawy zarzutów odwołania, a zawsze winien odnosić się do czynności lub zaniechania wynikającego z ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba nie jest organem powołanym do uznania czynności złożenia wniosków za nieważną z mocy prawa w związku z naruszeniem przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji lub przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Wbrew stanowisku odwołującego, *de lege lata* brak jest podstaw do uwzględniania przy ocenie zarzutów dotyczących wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Powoływane przez odwołującego okoliczności winny być przedmiotem badania organów wyposażonych w odpowiednie kompetencje wynikające z powoływanych przez odwołującego ustaw o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz o ochronie konkurencji i konsumentów – sądu powszechnego lub Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Orzeczenia Izby winny zapadać wyłącznie na podstawie odpowiednich przepisów prawa i w ich granicach.

W istniejącym porządku prawnym zarzuty podniesione w pkt 1 i 2 nie znalazły potwierdzenia.

Izba nie jest organem, mogącym stwierdzić nieważność umowy w sprawie

zamówienia publicznego na podstawie art. 70⁵ k.c.

Po pierwsze: kognicja Izba w zakresie stwierdzenia nieważności umowy ogranicza się do przesłanek, których *numerus clausus* zawarty jest w art. 146 ust. 1 p.z.p. - zarzut kierowany jest do niewłaściwego organu. Po drugie: przywołany przepis stanowi o umowie zawartej - zarzut skierowany do Izby został podniesiony przedwcześnie.

Zarzut podniesiony w pkt 3 odwołania jest chybiony.

Art. 89 ust. 1 pkt 3) p.z.p. nie znajduje zastosowania w drodze analogii do oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Wskazać trzeba wstępnie, że w prawie publicznym co do skorzystania z *analogii legis* konieczna jest daleko idąca ostrożność. W niektórych dziedzinach prawa mała liczba przepisów oraz ogólność zawartych w nich klauzul uzasadnia konieczność tworzenia, wyłącznie w drodze wykładni przepisów prawa, standardów zachowań uczestników danego obszaru obrotu oraz standardów orzeczniczych dla podmiotów orzekających. Taką rolę pełnią orzeczenia Sądu Najwyższego w materii prawa energetycznego oraz prawa telekomunikacyjnego.

Natomiast ustawa Prawo zamówień publicznych zawiera oprócz nielicznych klauzul generalnych, z przeważającą większością przepisów bezwzględnie obowiązujące. Zachowania uczestników postępowania poddane zostały ścisłym regułom.

Ustawa Prawo zamówień publicznych odróżnia instytucje wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty. Obie instytucje stanowią sankcję dla wykonawcy. Katalog przesłanek wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty został sformułowany w sposób wyczerpujący. Przepisy dotyczące wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty winny zatem podlegać restrykcyjnej wykładni literalnej. Niedopuszczalne jest stosowanie *analogii legis* w ten sposób, że utworzona zostanie nowa przesłanka o restrykcyjnym, sankcyjnym charakterze.

Interpretacja przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych przez Izbę nie może prowadzić do nakazywania zamawiającemu dokonywania czynności nie przewidzianych wprost w przepisach, na podstawie norm nie istniejących, utworzonych w wyniku wnioskowania.

W systemie prawnym opartym na regulacji ustawowej, prawie stanowionym a nie na prawie precedensowym, rozstrzygnięcia wydawane przez poszczególne organy muszą być wynikiem stosowania prawa, a nie jego tworzenia. Ustawa wyznacza granice stosowania prawa i nie można uzupełniać jej treści bez narażania się na zarzut dowolności stosowania wykraczającego poza granice dopuszczalnej swobody interpretacyjnej.

Zarzut podniesiony w pkt 4 nie może zostać uwzględniony.

Ad.6. Wykonawcy Copi S.A., Betacom S.A., Wola Info S.A., Hewlett – Packard Polska Sp. z o.o. oraz WASKO S.A. złożyli zobowiązanie ITD Polska Sp. z o. o. w Warszawie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia z 28 czerwca 2010 r. Zobowiązanie podpisane zostało przez Panią Lidię K. – Dyrektora ds. Finansowo Administracyjnych oraz Członka Zarządu Zgodnie z odpisem aktualnym z KRS 18 czerwca 2010 r. do składania oświadczeń w imieniu ITD. Polska Sp. z o. o. uprawnieni są dwaj członkowie zarządu łącznie lub członek zarządu łącznie z prokurentem. W ITD Polska Sp. z o. o. nie ustanowiono prokurentów. Załączono pełnomocnictwo do dokonywania określonych czynności przez wskazane wyżej osoby łącznie. Sposób podpisania pełnomocnictwa nie jest kwestionowany.

Zgodnie z treścią zobowiązania ITD Polska Sp. z o. o. zobowiązuje się do współpracy z wykonawcą, który w ten sposób może polegać na naszej wiedzy i doświadczeniu oraz dysponować naszą wiedzą i doświadczeniem, w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, jak i w okresie korzystania z naszej wiedzy i doświadczenia przy wykonywaniu zamówienia.

a) Przede wszystkim błędne jest założenie zarzutu, że naruszono zasady reprezentacji ITD Polska Sp. z o. o., co należy rozumieć, że oświadczenia woli w imieniu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością mogą składać wyłącznie osoby uprawnione do reprezentacji zgodnie z wpisem do KRS. Poglądowi takiemu sprzeciwił się Sąd Najwyższy w wyroku z 27 listopada 2007 r. sygn. akt V CSK 263/07 (LEX nr 537047), w którym stwierdzono, że „wadliwe jest założenie, znajdujące jakoby oparcie w treści art. 205 § 1 k.s.h., że oświadczenie woli w imieniu spółki mogą składać wyłącznie osoby w nim wymienione, w sposób określony w umowie spółki albo we względnie obowiązującej treści art. 205 § 1 k.s.h.”

Przedmiot sporu stanowi dopuszczalność wspólnego działania członka zarządu z pełnomocnikiem, na podstawie pełnomocnictwa o charakterze rodzajowym.

Wskazać też należy, iż kwestia udzielenia pełnomocnictwa do reprezentowania spółki jest kwestią z zakresu funkcjonowania spółki, stanowi sprawę nieuregulowaną w rozumieniu art. 2 k.s.h. a przepisy kodeksu cywilnego odnośnie pełnomocnictwa stosowane są wprost, ponieważ natura stosunku prawnego spółki nie stoi temu na przeszkodzie. Osoby prawne mogą zatem składać oświadczenia woli przez odpowiednie organy (za pośrednictwem ich członków – piastunów osoby prawnej) lub przez ustanowionych pełnomocników.

Stanowisko zawarte w powołanej przez odwołującego uchwale Sądu Najwyższego z 23 sierpnia 2006 r. sygn. akt III CZP 68/06 (Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna rok 2007, Nr 6, poz. 82, str. 26) nie może przemawiać przeciwko uznaniu za dopuszczalne zaciągnięcia zobowiązania w imieniu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością przez członka zarządu oraz pełnomocnika działających łącznie.

Przede wszystkim z samej treści uchwały nie należy wywodzić niedopuszczalności umocowania członka zarządu do dokonywania czynności danego rodzaju. Należy mieć na uwadze, że organ osoby prawnej oraz pełnomocnik takiej osoby to dwie odrębne instytucje prawne i nie należy ich utożsamiać. Kompetencja członka zarządu do działania (samodzielnie lub wspólnie z innym członkiem zarządu) wynika z ustawy i umowy spółki, a działania takiego podmiotu są działaniami samej osoby prawnej (art. 38 k.c.). Kompetencja pełnomocnika wynika z umocowania, a więc czynności prawnej dokonanej przez osobę prawną. Pełnomocnik działa w imieniu i na rzecz innej osoby. Działanie przez daną osobę bez umocowania lub z przekroczeniem jego granic podlega ocenie na podstawie art. 103-105 k. c. Należy również zauważyć, że ustanowienie członka zarządu spółki jej pełnomocnikiem nie powoduje ustania lub ograniczenia jego funkcji jako piastuna organu osoby prawnej, a samo udzielenie pełnomocnictwa pozostaje bez wpływu na zasady reprezentacji. Ustanowienie prokury, będącego pełnomocnictwem o bardzo szerokim zakresie, pozostaje w każdym przypadku suwerenną decyzją zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.

W takim razie, skoro członek zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością może zostać ustanowiony pełnomocnikiem działającym samodzielnie, to tym bardziej uprawnienie do reprezentacji podmiotu w zakresie wskazanym w pełnomocnictwie może zostać ograniczone przez zobowiązanie do złożenia oświadczenia woli wspólnie z innym pełnomocnikiem, zgodnie z art. 107 k. c.

W stanowisku odwołującego Izba nie dopatrzyła się argumentów przemawiających za wyłączeniem możliwości udzielenie członkowi zarządu działającemu łącznie z inną osobą pełnomocnictwa określającego rodzaj czynności.

Wydaje się nawet, że w podmiotach w których z woli wspólników obowiązuje reprezentacja łączna takie ograniczenie sposobu działania przez pełnomocników odpowiada w większym stopniu przyjętym zasadom reprezentacji.

Należy też zauważyć, że nawet w razie uznania za niedopuszczalne sposobu reprezentacji ITD Polska Sp. z o. o. oświadczenie o udostępnieniu zasobów nie jest nieważne z mocy prawa, lecz dotknięte jest jedynie sankcją tzw. bezskuteczności zawieszonyj i może zostać konwalidowane na podstawie art. 103 i 104 k.c.

b) Izba nie dopatrzyła się niezgodności treści zobowiązania ITD Polska Sp. z o. o. do udostępnienia wiedzy i doświadczenia z treści art. 26 ust. 2 b p.z.p.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b p.z.p. wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi

stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Przywołany art. 26 ust. 2b zdanie drugie wskazuje taki dokument przykładowo. Ocena oświadczeń i dokumentów złożonych przez wykonawców może nastąpić na podstawie postanowień ogłoszenia i specyfikacji.

Skoro zamawiający przywołał jedynie art. 26 ust. 2b p.z.p., należało poddać ocenie dokument stanowiący zobowiązanie ITD Polska Sp. z o. o. pod kątem spełniania przesłanek zawartych w przywołanym przepisie. Wymagania stawiane przez art. 26 ust. 2b p.z.p. treści zobowiązania podmiotu trzeciego obejmują: wiążący charakter oświadczenia woli (tylko wtedy można mówić, że stanowi źródło uprawnienia do korzystania), wskazanie terminu korzystania z udostępnianych zasobów - okresu wykonywania zamówienia, przedmiot zobowiązania stanowiąc ma oddanie do dyspozycji niezbędnych zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolności finansowych.

Zasób to pewna ilość czegoś nagromadzona w celu wykorzystania w przyszłości lub posiadane doświadczenie, wiedza, umiejętności (Słownik Języka Polskiego PWN). Z samej normy art. 26 ust. 2b p.z.p. nie wynika konieczność wskazywania w treści zobowiązania *essentialia negotii* porozumienia między wykonawcą a podmiotem trzecim, ani też konkretyzacji ponad zakres wynikający ze zdania pierwszego art. 26 ust. 2b, tak udostępnianych zasobów, ani też sposobu korzystania z niego przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia. Istotnie art. 26 ust. 2 b p.z.p wskazuje, że zasoby winny być wykorzystywane przy realizacji zamówienia, w żaden jednak sposób nie przesądza sposobu ich wykorzystania (tak m.in. w w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lipca 2010 r. , sygn. akt KIO 1452, KIO 1453/10 oraz KIO 1454/10).

Izba uznała, że treść zobowiązania ITD Polska Sp. z o. o. czyni zadość wymaganiom przepisów. Dla stwierdzenia zgodności zobowiązania podmiotu trzeciego nie jest niezbędne literalne odwzorowanie w treści oświadczenia brzmienia art. 26 ust. 2b p.z.p.

Zarzuty podniesione w pkt 6 odwołania nie znalazły potwierdzenia.

Ad 7. Copi S.A., Betacom S.A., Wola Info S.A., Hewlett – Packard Polska Sp. z o. o. oraz WASKO S.A. złożyli zobowiązanie do udostępnienia zasobów z 28 czerwca 2010 r., zgodnie z którym Hewlett – Packard Polska Sp. z o. o. udostępni wiedzę i doświadczenie w zakresie

dostawy i wdrożenia systemu Contact Center wraz z IVR, niezbędne do realizacji zamówienia na okres wykonania zamówienia działając jako podwykonawca. Dla potwierdzenia posiadanej wiedzy i doświadczenia Hewlett – Packard Polska Sp. z o. o. udostępni referencje:

a) Referencja na 370 agentów Contact Center z Banku Pekao S.A.;

b) Referencja na ponad 3000 agentów Contact Center z Wind Telemunicazioni S.p.A.

Wykonawcy złożyli również zobowiązanie do udostępnienia zasobów z 28 czerwca 2010 r. zgodnie z którym Hewlett – Packard Italiana S.R.L. zobowiązuje się do udostępnienia Hewlett – Packard Polska Sp. z o. o. na okres wykonywania zamówienia, wiedzę i doświadczenie potrzebne do realizacji zamówienia, w szczególności poprzez przekazanie HP następujących dokumentów potwierdzających posiadaną wiedzę i doświadczenie w zakresie spełniania warunku, co do wiedzy i doświadczenia postawionego przez zamawiającego:

1. Referencje z firmy Wind Telecomunicazioni S.p.A.

W treści oświadczenia Hewlett – Packard Italiana S.R.L. zezwolił HP na rozporządzenie powyższą wiedzą i doświadczeniem dla swoich partnerów biznesowych przy tym zamówieniu wyszczególnionych na poniższej liście - Wola Info S.A., Copi S.A., WASKO S.A., Betacom S.A.

a) Izba uznała za nieuzasadnione kwestionowanie sposobu podpisania oświadczenia. Z braku dowodu na twierdzenie przeciwne Izba uznała, że w treści ogłoszenia o zamówieniu zamawiający nie zastrzegł wymagania złożenia dokumentów potwierdzających prawidłowość reprezentacji osób zaciągających zobowiązanie w imieniu podmiotu trzeciego. Dokument taki może być uznany za niezbędny do przeprowadzenia postępowania zgodnie z art. 25 ust. zd. 1 p.z.p. Stosowne uprawnienie zamawiającego przewidziane jest też w § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

Oświadczenie o udostępnieniu zasobów składane jest przez podmiot trzeci wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia, a nie zamawiającemu. Skoro zamawiający nie żądał złożenia dokumentów potwierdzających prawidłowość reprezentacji podmiotu trzeciego, stwierdzenia takiego może i powinien dokonać wyłącznie wykonawca, któremu oświadczenie takie zostało złożone.

Jakkolwiek brak możliwości weryfikacji prawidłowości zaciągnięcia zobowiązania przez podmiot trzeci w sposób oczywisty rodzi ryzyko dla zamawiającego, zamawiający po otwarciu wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie może wymagać złożenia dokumentów nie wymienionych w ogłoszeniu, co wynika z art. 25 ust. 1 p.z.p.. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą je złożyć jedynie dobrowolnie. Większa miara staranności odwołującego, który – jak oświadczył na rozprawie - złożył dokumenty, z których wynika umocowanie osób składających oświadczenie w imieniu

podmiotu trzeciego, co do udostępniania zasobów, nie może przemawiać przeciwko innym wykonawcom, którzy przygotowując wnioski kierowali się literalnym brzmieniem ogłoszenia o zamówieniu.

- b) Izba ocenia, w granicach wynikających z treści podniesionego zarzutu, że oświadczenie o udostępnianiu wiedzy i doświadczenia na rzecz Hewlett – Packard Polska Sp. z o. o. na okres wykonywania zamówienia czyni zadość wymaganiom stawianym treści zobowiązania przez art. 26 ust. 2b p.z.p.. Wykonawca nie musi dysponować zasobami podmiotu trzeciego w dacie składania wniosku, ma udowodnić, że będzie nimi dysponował na etapie realizacji zamówienia. Przekazanie referencji stanowi zgodnie z treścią zobowiązania wyszczególniony przykładowo sposób udostępnienia doświadczenia dla Hewlett – Packard Polska Sp. z o. o., dla celów wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Skoro, zgodnie z obowiązującymi przepisami, dokumenty potwierdzające należyte wykonania umów, są elementem niezbędnym sposobu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w oparciu o potencjał podmiotu trzeciego, fakt przywołania dokumentu referencji w treści zobowiązania o szerszym zakresie nie może przemawiać przeciwko wykonawcy;
- c) Izba ocenia, że nieuprawnione jest natomiast przyznanie punktów wykonawcom Copi S.A., Betacom S.A., Wola Info S.A. oraz WASKO S.A. z tytułu dostaw zrealizowanych przez Hewlett – Packard Italiana S.R.L.. Podmiot ten nie zobowiązał się do udostępnienia swoich zasobów wobec wymienionych wykonawców.

Podmiot trzeci może złożyć oświadczenie przez pełnomocnika. Pełnomocnik składa jednak oświadczenie w imieniu mocodawcy oraz ze skutkiem bezpośrednio dla niego. Oświadczenie o udostępnieniu zasobów ma rodzić więź zobowiązaniową bezpośrednio między podmiotem trzecim, a wykonawcą który, ma korzystać z udostępnionych zasobów na etapie wykonywania umowy. W okolicznościach sporu Izba nie dopatryła się zobowiązania Hewlett – Packard Italiana SLR wobec Copi S.A., Betacom S.A., Wola Info S.A. oraz WASKO S.A. o treści odpowiadającej art. 26 ust. 2b p.z.p. Izba ocenia, że Hewlett – Packard Polska Sp. z o. o. złożył oświadczenie o udostępnieniu zasobów własnych w imieniu własnym. Copi S.A., Betacom S.A., Wola Info S.A. oraz WASKO S.A. nie mogą zatem powoływać się na doświadczenie Hewlett – Packard Italiana SLR.

Zarzut podniesiony w pkt 7 znalazł potwierdzenie w części.

Ad. 8. Copi S.A., Betacom S.A., Wola Info S.A. oraz WASKO S.A. złożyli zobowiązanie do udostępnienia zasobów z 28 czerwca 2010 r. zgodnie z którym Hewlett – Packard Polska Sp. z o. o. udostępni wiedzę i doświadczenie w zakresie dostawy i wdrożenia systemu Contact

Center wraz z IVR, niezbędne do realizacji zamówienia na okres wykonania zamówienia działając jako podwykonawca. Dla potwierdzenia posiadanej wiedzy i doświadczenia Hewlett – Packard Polska Sp. z o. o. udostępni wymienione referencje:

- a) Referencja na 370 agentów Contact Center z Banku Pekao S.A.;
- b) Referencja na ponad 3000 agentów Contact Center z Wind Telezomunicazioni S.p.A.

Izba uznała, że zarzut nie znalazł potwierdzenia z powodów przywołanych w pkt ad. 6 lit. b)

Ad. 9. Copi S.A., Betacom S.A., Wola Info S.A., Hewlett – Packard Polska Sp. z o. o. oraz WASKO S.A. złożyli zobowiązanie do udostępnienia zasobów z 24 czerwca 2010 r. zgodnie z którym DAMOVO Polska Sp. z o. o. zobowiązał się do współpracy z wykonawcą, który może w ten sposób polegać na jej wiedzy i doświadczeniu oraz dysponować wiedzą i doświadczeniem w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, jak również przy wykonywaniu zamówienia. Wykonawca zobowiązał się również do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów tj. wiedzy i doświadczenia (...) na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia i zobowiązał się do wzięcia udziału w realizacji zamówienia. Pod treścią oświadczenia znajdują się dwa nieczytelne podpisy na pieczęciach imiennych

- a) Zarzut dotyczący obowiązku wykazania uprawnienia do reprezentacji osób, które podpisały zobowiązanie nie znalazł potwierdzenia. Aktualne są rozważania przedstawione wyżej w pkt ad 6.a).

Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 10 listopada 2006 r., sygn. akt II FSK 1144/05 wywiódł, że nieczytelny podpis nie upoważnia zamawiającego do automatycznego odrzucenia oferty, w szczególności w przypadku, gdy obok podpisu przystawiono pieczętkę zawierającą imię i nazwisko osoby podpisującej ofertę. Podpis w rozumieniu art. 78 k.c. nie musi być czytelny. Pogląd ten znajduje w pełni zastosowanie w odniesieniu do dokumentów składanych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

- b) Izba uznała zarzut dotyczący treści zobowiązania za całkowicie chybiony. Interpretacja treści oświadczenia DAMOVO Sp. z o.o. nie pozostawia wątpliwości, co do zgodności z wymaganiami art. 26 ust. 2b p.z.p.

Zarzut podniesiony w pkt 9 odwołania nie potwierdził się.

Ad. 10. Przystępujący WASKO S.A. złożył wraz z wnioskiem zaświadczenie wystawione przez Naczelnika Drugiego Śląskiego Urzędu Skarbowego w Bielsku – Białej (znak: RPII/490/1582/10), potwierdzające, że nie ujawniono zaległości wg stanu na 17 czerwca 2010 r. (dzień wydania zaświadczenia), przy czym nie dotyczy to podatku akcyzowego. Naczelnik stwierdził, że w kwestii podatku akcyzowego strona winna wnieść odrębne podanie, gdyż właściwymi organami są naczelnik urzędu skarbowego i dyrektor izby skarbowej.

Zaświadczenie wydane przez naczelnika Urzędu Skarbowego dla WASKO S.A. stanowi dokument potwierdzający fakt niezalegania wykonawcy z opłatą podatków w zakresie wymaganym w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z art. 15 § 1 i 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa organy - podatkowe przestrzegają swojej właściwości rzeczowej i miejscowej. Stosownie do art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 6 grudnia 2008 r. o podatku akcyzowym (Dz. U. z 2009 r. Nr 3, poz. 11 ze zm.) organami właściwymi w sprawach podatku akcyzowego są naczelnik urzędu skarbowego i dyrektor izby skarbowej.

Izba ocenia, że zawarta w zaświadczeniu informacja o dotycząca podatku akcyzowego stanowi rodzaj pouczenia (zgodnie z art. 171 § 1 ordynacji podatkowej), o trybie postępowania związanego z ewentualnym uzyskaniem informacji dotyczącej tego podatku. Potwierdza to wyjaśnienie z 4 listopada 2010 r. (znak: RPII/490-1582/10) złożone przez WASKO S.A. na rozprawie.

Wskazać też trzeba, że zaświadczenie naczelnika urzędu skarbowego należy do enumeratywnego katalogu dokumentów wskazanych w § 2 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, zatem fakt niezalegania z zapłatą podatków może być wykazany wyłącznie za pomocą zaświadczenia naczelnika urzędu skarbowego, dokumentu wskazanego w § 2 ust. 1 pkt 3) rozporządzenia. Zaświadczenie takie WASKO S.A. złożył wraz z wnioskiem.

Zarzut odwołania jest całkowicie chybiony.

Ad.11. Wykonawcy Copi S.A., Betacom S.A., Wola Info S.A., Hewlett – Packard Polska Sp. z o. o. oraz WASKO S.A. złożyli referencje wystawione przez Getin Noble Bank S.A. w Warszawie 28 czerwca 2010 r. oraz ING Bank Śląski S.A. w Katowicach 25 czerwca 2010 r. Zgodnie z treścią referencji firma ITD Polska dostarczyła i wdrożyła system Call/Contact Centre w technologii VoiP. Dodatkowo od momentu zakończenia projektu świadczy nieprzerwanie usługę wsparcia technicznego systemu.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa dla uznania dokumentu referencji za prawidłowy nie jest niezbędne, aby w jego treści było zawarte sformułowanie o należyтым wykonaniu umowy. Co do zasady należyte wykonanie to wykonanie zgodnie z

zobowiązaniem umownym, a dokument referencji wystawiany jest w celu potwierdzenia doświadczenia wymaganego przez zamawiającego w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Treść dokumentów wystawionych przez banki odpowiada temu celowi. Odwołujący, na którym spoczywa ciężar dowodu, chcąc zakwestionować referencje, w których treści brak jest sformułowań wskazujących na możliwość nienależytego wykonania umowy, winien powołać okoliczności uzasadniające wątpliwości.

Wyniki postępowania przed Izłą nakazują uznanie referencji wystawionych przez banki za dokumenty potwierdzające fakt należytego wykonania umów. Zarzut nie znalazł potwierdzenia.

Ad.12. We wnioskach wykonawców Comarch S.A., WASKO S.A. oraz Qumak - Sekom S.A. znajdują się wykazy wykonanych dostaw, wykazy osób uczestniczących w realizacji zamówienia zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zobowiązania podmiotów trzecich złożone przez WASKO S.A. nie zostały zastrzeżone.

Art. 8 ust. 1 p.z.p. nadał jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rangę zasady. Wyjątek stanowi art. 8 ust. 3, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, że 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.

Zamówienie będące przedmiotem badanego postępowania nie ma standardowego charakteru, a dla jego pomyślnego zrealizowania przesądzające znaczenie ma posiadanie osób o odpowiednich kompetencjach. Izba uznaje za prawidłowe zastrzeżenie dokumentów dotyczących potencjału osobowego jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Pogląd taki kształtuje się w orzecznictwie Izby (vide: wyrok z 5 września 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 874/08, wyrok z 7 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 938/10, 997/10, 1035/10).

Za niezasadne Izba uznała wyłączenie jawności dokumentów dotyczących doświadczenia posiadanego przez wykonawców.

Wobec uznania, że przedsiębiorcy podjęli niezbędne działania w celu zachowania poufności informacji do rozważenia pozostaje kwestia, czy zachodzą łącznie obie pozostałe przesłanki art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj. czy zastrzeżone informacje są nieujawnione do wiadomości publicznej oraz, czy mają one wartość gospodarczą dla wykonawcy.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 21 października 2005 roku (sygn. akt III CZP 74/05) na zamawiającym spoczywa obowiązek zbadania, czy zastrzeżenie dokonane przez wykonawców jest zgodne z prawem.

Zamawiający obowiązkowi temu nie uczynił zadość.

Zakres zastrzeżonych dokumentów nie odnosi się, w ocenie Izby, do indywidualnych uwarunkowań technicznych, technologicznych lub organizacyjnych wykonawców, a jedynie przez swój ogólny charakter pozwala na ustalenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający, mimo że to on ze swego twierdzenia wywodzi skutki w postaci możliwości wyłączenia kontroli części wniosków przez konkurujących wykonawców (art. 188 ust. 1 p.z.p.) nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, a poprzestał jedynie na braku zgody wykonawców, co jest niewłaściwe. Dla oceny przesłanek zawartych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesądzającego znaczenia nie może mieć brak zgody podmiotu na rzecz którego została zrealizowana wykazywana umowa na udostępnienie informacji związanych z kontraktem.

Izba uznała, że dokumenty zastrzeżone przez WASKO S.A. mają charakteru powszechnie dostępnego, skoro (za wyjątkiem dostaw umożliwiających WASKO S.A. uzyskanie przewagi punktowej) nie zostały zastrzeżone przez innych uczestników postępowania. WASKO S.A. nie wskazało żadnych podstaw prawnych i przyczyn wyłączenia jawności, ani indywidualnych uwarunkowań technicznych, technologicznych, organizacyjnych godnych ochrony. Przyczyny dokonania zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa winy mieć charakter na tyle zobiektywizowany, by możliwa była ich weryfikacja zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Izba uznała, że o wartości gospodarczej informacji nie może przesądzać jedynie subiektywne oświadczenie wykonawców pozbawione argumentacji. Wyłączenie jawności dokumentowy związanych z doświadczeniem wykonawców jest nieskuteczne.

Zarzut znalazł potwierdzenie w części.

Wobec potwierdzenia części zarzutów odwołania należało ustalić ich znaczenie dla wyniku postępowania.

Art. 192 ust. 2 p.z.p. uzależnia możliwość uwzględnienia odwołania od bezpośredniego lub ewentualnego wpływu stwierdzonych naruszeń przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych na wynik postępowania.

Wynik postępowania na etapie badania wniosków w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego – to, ustalony w wyniku oceny wniosków, ranking wykonawców w części umożliwiającej uzyskanie zaproszenia do składania ofert.

Wykluczenie odwołującego NextiraOne Polska Sp. z o. o. może mieć wpływ na wynik postępowania, skoro wniosek złożony przez tego wykonawcę nie został oceniony w części umożliwiającej stwierdzenie, czy uzyskałby on zaproszenie do składania ofert.

Izba uznała natomiast, rozpatrując odwołanie ściśle w granicach podniesionych w nim zarzutów (art. 192 ust. 7 p.z.p.), że naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, których dopuścił się zamawiający nie mają wpływu na wynik postępowania w odwołaniu wniesionym przez odwołującego TP. S.A. - w dalszym ciągu Copi S.A., Betacom S.A., Wola Info S.A., Hewlett – Packard Polska Sp. z o. o. oraz WASKO S.A. poprzedzać będą odwołującego w wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Należy zauważyć, że *de lege lata* postępowanie przed Izba ma charakter całkowicie kontradyktoryjny. Zatem obowiązkiem strony na której spoczywa ciężar dowodu jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. Dotyczy to również przesłanki wpływu na wynik postępowania.

O ile w przypadku wykluczenia lub odrzucenia oferty wpływ potwierdzonych zarzutów na wynik postępowania nasuwa się *prima facie*, o tyle w przypadku oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu od której zależy możliwość uzyskania zaproszenia do składania ofert wpływ naruszeń przepisów na wynik postępowania może stanowić okoliczność sporną. W okolicznościach sprawy ciężar dowodu w tej mierze spoczywał na odwołującym. Izba dokonała ustalenia wpływu potwierdzonych zarzutów na wynik postępowanie wyłącznie na podstawie wskazanych w treści odwołania ilości punktów, których wadliwe przyznanie zarzucał odwołujący, wobec braku wskazania innych dowodów.

Potwierdzenie zarzutu 7 skutkuje utratą 5 punktów. Różnica ta jest zbyt mała, by zmienić pozycję odwołującego, który uzyskał 12 punktów, mimo że dokument, na podstawie którego Copi S.A., Betacom S.A., Wola Info S.A., oraz WASKO S.A. wykazali jak własne

doświadczenie Hewlett – Packard Polska Italiana S.L.R., nie może zostać zastąpiony nowym oświadczeniem przez dokonanie wezwania w trybie art 26 ust. 3 p.z.p. Podnieść trzeba, że:

1. art. 26 ust. 3 p.z.p. stanowi wyjątek od reguły, że dokumenty i oświadczenia powinny być złożone wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wyjątki nie mogą podlegać wykładni rozszerzającej. Przywołany przepis pozwala na uzupełnianie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, nie zaś na złożenie nowych oświadczeń lub dokumentów przez wykonawcę, który spełnienie warunków udziału w postępowaniu już wykazał;
2. zgodnie z art. 26 ust. 2b zd. 2 p.z.p. podmiot trzeci udostępnia wyłącznie zasoby niezbędne do realizacji zamówienia. Zasób jest niezbędny do realizacji zamówienia jeśli bez jego wykorzystania wykonawca nie jest w stanie zrealizować zamówienia. Jednocześnie o możliwości wykonania zamówienia stanowi spełnienie ustalonych przez zamawiającego minimalnych warunków udziału w postępowaniu. Stopień spełnienia warunków ma znaczenie wyłącznie dla uzyskania zaproszenie do składania ofert. W konsekwencji potencjał podmiotu trzeciego stanowić winien wyłącznie *conditio sine qua non* wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu na poziomie wskazanym przez zamawiającego zgodnie z art. 48 ust. 2 pkt 6) p.z.p.. Jakość spełnienia tego warunku, ocena skutkująca miejscem w rankingu wykracza poza ramy art. 26 ust. 2b p.z.p.;

Przywoływane różnice w punktacji między WASKO S.A. a odwołującym TP S.A. powodują, w okolicznościach sporu, że potwierdzenie zarzutu nieuprawnionego zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa jest bez znaczenia dla wyniku postępowania.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego ograniczając je do kwoty 3.600 zł na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, zgodnie z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz

sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Izba, na podstawie art. 192 ust. 8 p.z.p. w związku z § 13 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), wydała orzeczenie łączne.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....