

**WYROK**  
**z dnia 5 listopada 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz**

**Członkowie: Ryszard Tetzlaff**

**Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Patrycja Kaczmarek**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 25 października 2010 r. przez **Sygnity S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Polskie Sieci Elektroenergetyczne Operator S.A., ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin Jeziorna**

przy udziale wykonawcy **Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu wyjaśnienie podstaw objęcia przez **Infovide - Matrix S.A.** tajemnicą przedsiębiorstwa zobowiązania innych podmiotów do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów,
2. kosztami postępowania obciąża **Polskie Sieci Elektroenergetyczne Operator S.A., ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin Jeziorna** i nakazuje:
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Sygnity S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa**,
  - 2) dokonać wpłaty kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Polskie Sieci Elektroenergetyczne Operator S.A., ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin Jeziorna** na rzecz **Sygnity S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

## UZASADNIENIE

### do wyroku z dnia 5 listopada 2010 r. o sygn. akt: KIO 2314/10

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem na „Świadczenie usług serwisu oprogramowania SIRE” wykonawca - Sygnity S.A. (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego - Polskich Sieci Elektroenergetycznym Operator S.A., zarzucając mu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) (dalej „ustawa Pzp”):

1. art. 7 ust. 1, poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2. art. 57 ust. 1, poprzez zakwalifikowanie do dalszego udziału w postępowaniu wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu,
3. art. 22 ust. 1, poprzez dopuszczenie do ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
4. art. 96 ust. 3 w związku z art. 8 ust. 3, poprzez nieodtajnienie informacji zastrzeżonych przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa, mimo iż względem tych informacji nie zachodzą przesłanki traktowania ich jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności dokonania spełniania warunków podanych w ogłoszeniu o zamówieniu sektorowym przekazanej do odwołującego w dniu 14 października 2010 r.,
2. dokonanie ponownego badania wniosków Asseco Poland S.A., Hewlett Packard Sp. z o.o. oraz Infovide - Matrix S.A. z uwzględnieniem wniosków odwołania,
3. wykluczenia Asseco Poland S.A., Hewlett Packard Sp. z o.o. oraz Infovide - Matrix S.A. z postępowania, jako podmiotów niespełniających warunków udziału w postępowaniu,
4. odtajnienia zastrzeżonych informacji wskazanych w odwołaniu, które w rzeczywistości nie stanowią informacji będących tajemnicą przedsiębiorstwa.

#### Zarzut 1.a.

W ocenie odwołującego zamawiający błędnie uznał, iż wykonawca Asseco Poland S.A. spełnia warunki udziału w postępowaniu, a to z tego względu iż wykonawca ten złożył we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania dotyczące wyłącznie przesłanek wykluczenia określonych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, co oznacza, że zakresem oświadczenia nie zostały objęte przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący zauważył, że przesłanki wykluczenia zawarte w art. 24 ust. 2 ustawy Pzp nie dotyczą wyłącznie etapu składania ofert i mają zastosowanie również do etapu składania wniosków.

Zdaniem odwołującego oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia nie może być uzupełnione na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ przesłankami zastosowania tego dobrodziejstwa Pzp jest niezłożenie wymaganego oświadczenia lub złożenie oświadczenia z błędem, tymczasem we wniosku Asseco Poland S.A. oświadczenie zostało złożone i nie jest ono obarczone błędem, ale jest niepełne.

#### Zarzut 1.b

Odwołujący podniósł, iż Asseco Poland S.A. nie złożyło zaświadczeń o niekaralności żadnego z członków zarządu ujawnionych w KRS (10 osób), co oznacza, że zamawiający winien wezwać tego wykonawcę do uzupełnienia tych dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a w przypadku ich braku lub przekazania dokumentów stwierdzających prawomocne skazanie któregośkolwiek z urzędujących członków nie powinien być dopuszczony do dalszej części postępowania, jako wykonawca nie spełniający warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł również, iż dokumenty osobowego KRK nie mogą być objęte klauzulą poufności, gdyż nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa, co wskazał na wypadek gdyby dokumenty te zostały przez Asseco Poland S.A. złożone wraz z wnioskiem (jak na to wskazywać może spis treści przewidujący dla KRK aż 12 stron), jednak nie zostały udostępnione odwołującemu podczas przeglądu wniosków.

#### Zarzut 1.c

Odwołujący podał, że zgodnie z postanowieniami III.2.1) 12) ogłoszenia o wszczęciu Postępowania zamawiający wymagał przedłożenia wraz z wnioskiem pełnomocnictwa do podpisania wniosku, o ile uprawnienie do reprezentacji wykonawcy nie wynika z dokumentów rejestrowych.

Podał także, że wykonawca Asseco Poland S.A. załączył do wniosku pełnomocnictwo dla Pana Jacka B., jednak w zakresie tego pełnomocnictwa brak jest umocowania do

podpisania przez pełnomocnika wniosku. Odwołujący wskazał, że mocodawca upoważnił pełnomocnika jedynie do parafowania, podpisania i złożenia w imieniu ACP oferty wraz z załącznikami.

Podniósł, że wniosek nie jest innym dokumentem czy też oświadczeniem „związanym z Zamówieniem”, ale dokumentem inicjującym udział wykonawcy w postępowaniu i decydującym o dalszym udziale wykonawcy w postępowaniu.

Wskazał, że zgodnie z art. 104 kc jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna.

Dodał, że zamawiający wprost wskazał w ogłoszeniu o wszczęciu postępowania wskazał, iż oczekuje pełnomocnictwa do podpisania wniosku.

Zdaniem odwołującego brak prawidłowego umocowania do złożenia wniosku nie może być uzupełniony w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W ocenie odwołującego wykonawca Asseco Poland S.A. złożył wraz z wnioskiem pełnomocnictwo, które nie jest wadliwe, ale którego zakres nie obejmuje czynności, której w imieniu tego wykonawcy dokonał pełnomocnik.

#### Zarzut 1.d

Odwołujący podał, że zgodnie ze spisem treści na stronach 43 - 44 wniosku winno znajdować się oświadczenie podwykonawcy Asseco Poland S.A., tj. oświadczenie Asseco Systems S.A.

Podał, że oświadczenie Asseco Systems S.A. nie zostało mu udostępnione, co oznaczać może, że oświadczenie to nie zostało w rzeczywistości załączone do wniosku albo że oświadczenie to zostało przez wykonawcę potraktowane jako informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa i zostało utajnione.

Odwołujący stwierdził, że wobec braku udostępnienia treści oświadczenia nie jest w stanie stwierdzić, w jakim zakresie zostało złożone to oświadczenie i czy dotyczy udostępnienia zdolności finansowych czy też wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Stwierdził także, że brak oświadczenia winien być uzupełniony na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, po odpowiednim wezwaniu ze strony zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że brak jest podstaw do utajnienia oświadczenia, jeżeli oświadczenie to dotyczy wykorzystania zasobów innego podmiotu do realizacji zamówienia i oświadczenie to, mimo ewentualnego zastrzeżenia dokonane go przez wykonawcę, powinno być przez zamawiającego odtajnione.

Odwołujący stanął na stanowisku, że o ile wykonawca Asseco Systems S.A. nie udostępnia zasobów finansowych, to jest podwykonawcą Asseco Poland S.A., zaś informacja o podwykonawcy nie może zostać przez wykonawcę utajniona, gdyż nie stanowi

tajemnicy przedsiębiorstwa., ponieważ oświadczenie to nie ma charakteru technologicznego, handlowego czy też organizacyjnego. Dodatkowo, informacja o fakcie złożenia takiego oświadczenia nie została przez chroniona, wykonawca nie podjął niezbędnych działań w celu zachowania poufności i podał ją do publicznej wiadomości. Odwołujący podał bowiem, że informacja ta jest jawna i wynika ze spisu treści, jak również faktu udostępnienia odpisu KRS tej spółki.

W ocenie odwołującego ponieważ fakt podjęcia współpracy przez Asseco Poland S.A. i Asseco Systems S.A. jest jawny, treść złożonego oświadczenia, która ma zawierać jedynie zobowiązanie Asseco Systems S.A. do udostępnienia zasobów nie może być traktowane jako tajemnica przedsiębiorstwa żadnego z tych podmiotów.

Odwołujący podniósł nadto bezpodstawność utajnienia przez Asseco Poland S.A. informacji o posiadanych przez tego wykonawcę certyfikatach, ponieważ na stronie internetowej <http://www.asseco-systems.eu/aktualnosc.html?g=l&nid=1374> zamieszczona jest informacja o uzyskaniu przez Asseco Systems S.A. świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego drugiego stopnia, potwierdzającego, że jednostka ta posiada zdolność do zapewnienia ochrony informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „Tajne”. Nadto na stronie internetowej <http://www.bs.net.pl/?masta=00017&strona=01134> zamieszczona jest informacja o uzyskaniu w dniu 30 września 2009 r. przez Asseco Poland S.A. świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia potwierdzającego pełną zdolność do zapewnienia ochrony informacji niejawnych oznaczonych klauzulą "Tajne".

Uznał, że informacje te są ogólnie dostępne i dlatego nie zachodzą względem nich przesłanki ochrony informacji jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa.

#### Zarzut 2.a

Odwołujący podał, że zgodnie z postanowieniami III.2.3) 1.5. ogłoszenia o wszczęciu postępowania wykonawca biorący udział w postępowaniu musi posiadać certyfikaty bezpieczeństwa przemysłowego - świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego potwierdzające, że wykonawca posiada zdolność do zapewnienia ochrony informacji niejawnych oznaczonych klauzulą na poziomie co najmniej „Tajne”.

Odwołujący wskazał, że wykonawca Hewlett Packard Polska Sp. z o.o. złożył wraz z wnioskiem certyfikaty bezpieczeństwa przemysłowego drugiego stopnia potwierdzające, że posiada zdolność do zapewnienia ochrony informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „Tajne”. Jednocześnie odwołujący podniósł, że jeżeli wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu lub osobach zdolnych do wykonania zamówienia, wówczas również te podmioty lub osoby powinny posiadać stosowne certyfikaty bezpieczeństwa, o których mowa w postanowieniach III.2.3) 1.5 ogłoszenia. Ponieważ wykonawca Hewlett Packard Polska Sp. z o.o. złożył wraz z wnioskiem zobowiązanie spółki Utililis IT Sp. z o.o.

do oddania do dyspozycji osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, to - zdaniem odwołującego - zgodnie z powołanym zapisem ogłoszenia o wszczęciu postępowania, wykonawca Hewlett Packard Polska Sp. z o.o. powinien również załączyć odpowiedni certyfikat bezpieczeństwa przemysłowego dla Utilis IT Sp. z o.o., będącego podwykonawcą HP.

W ocenie odwołującego wymóg taki jednoznacznie wynika z treści ogłoszenia - III.2.3) 1.5 zdanie drugie - osoby lub podmioty udostępniające swoje zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia lub osób „powinny posiadać stosowne certyfikaty bezpieczeństwa, o których mowa w pkt 1.4. i 1.5”, tj. na konieczność posiadania każdego z wymaganych certyfikatów, a nie tylko jednego z nich wskazuje zastosowanie łącznika „i”.

Odwołujący wskazał także, że zapis i przedstawiona interpretacja są uzasadnione powodem postawienia przez zamawiającego wymogu posiadania odpowiednich certyfikatów bezpieczeństwa - jeżeli wykonawca ma mieć możliwość zapewnienia ochrony informacji niejawnych oznaczonych klauzulą na poziomie co najmniej „Tajne”, to jego podwykonawca, który poprzez udostępniony zespół realizować będzie przedmiot zamówienia, również taką ochronę informacji powinien zapewnić.

Odwołujący podał, że Utilis IT Sp. z o.o. nie posiada certyfikatu bezpieczeństwa przemysłowego - świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego potwierdzającego, że wykonawca posiada zdolność do zapewnienia ochrony informacji niejawnych oznaczonych klauzulą na poziomie co najmniej „Tajne”, toteż zamawiający winien to sprawdzić, poprzez wezwanie do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

#### Zarzut 2.b

Odwołujący podniósł, iż zamawiający w sposób nieuprawniony nie udostępnił mu całej jawnej treści wniosku Hewlett Packard Polska Sp. z o.o.

Podał, że zgodnie z oświadczeniem tego wykonawcy informacjami stanowiącymi zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa są informacje na stronach od 71 do 92, tymczasem zamawiający nie udostępnił odwołującemu drugiej strony spisu treści oraz opisu posiadanej przez Hewlett Packard Polska Sp. z o.o. infrastruktury technicznej odpowiedniej do wykonania przedmiotu zamówienia poza stroną 115. Podał, że w szczególności zamawiający nie udostępnił również stron 10-16, 18-20, 45-46, 51-52, 55-56, 61-62, 97-98, 111-112, 116-118, 123-124.

#### Zarzut 3.a

W ocenie odwołującego zamawiający błędnie uznał, iż wykonawca Infovide - Matrix S.A. spełnia warunki udziału w postępowaniu, a to z tego względu iż wykonawca ten złożył we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie o niepodleganiu

wykluczeniu z postępowania dotyczące wyłącznie przesłanek wykluczenia określonych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, co oznacza, że zakresem oświadczenia nie zostały objęte przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł tożsamą argumentację jak w przypadku Asseco Poland S.A.

### Zarzut 3.b

Odwołujący, wobec braku w treści wniosku wykonawcy Infovide - Matrix S.A. informacji o zastrzeżeniu jakichkolwiek informacji jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, domniemuje, iż wykonawca ten nie zastrzegł poufności żadnych informacji, w konsekwencji stwierdzając, że do wniosku nie zostały dołączone albo w sposób nieuprawniony nie zostały przez zamawiającego udostępnione odwołującemu następujące dokumenty:

- wykaz zrealizowanych usług wraz z referencjami,
- opis posiadanej infrastruktury technicznej,
- lista osób dedykowanych do realizacji przedmiotu zamówienia,
- pisemne zobowiązania innych podmiotów do oddania Infovide - Matrix S.A. do dyspozycji niezbędnych zasobów.

Odwołujący wyjaśnił, że o fakcie dysponowania zasobami osób trzecich przesądza pozycja 2.12. spisu treści wniosku złożonego przez Infovide - Matrix S.A.

Odwołujący ponowił argumentację dotyczącą zarzutu 2.a odwołania.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz stanowisk stron, zaprezentowanych w toku rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego i przeprowadziła dowód z następujących dokumentów:

1. Ogłoszenia o zamówieniu - zamówienia sektorowe z dnia 21 września 2010 r. (2010/S 183-279998),
2. Wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na „Świadczenie usług serwisu oprogramowania SIRE”,
3. Wezwania Infovide - Matrix S.A. do złożenia dokumentów oraz wyjaśnienia oświadczeń i dokumentów z dnia 7 października 2010 r.,
4. Odpowiedzi Infovide - Matrix S.A. na w/w wezwanie z dnia 11 października 2010 r.,
5. Informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z dnia 14 października 2010 r. oraz jej sprostowania z dnia 15 października 2010 r.



6. Prośby o udzielenie informacji z dnia 27 października 2010 r. czy wykonawca Infovide - Matrix S.A. utrzymuje decyzję dotyczącą utajnienia dokumentów zawartych we Wniosku,
7. Odpowiedzi Infovide - Matrix S.A. na w/w prośbę z dnia 29 października 2010 r.,
8. Odwołania z dnia 25 października 2010 r.,
9. Zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego Asseco Poland S.A. z dnia 27 października 2010 r.,
10. Odpowiedzi zamawiającego na odwołanie z dnia 3 listopada 2010 r.

Zarzut błędnego uznania przez zamawiającego, iż wykonawca Asseco Poland S.A. spełnia warunki udziału w postępowaniu, pomimo tego, że wykonawca ten we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożył oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania dotyczące wyłącznie przesłanek wykluczenia określonych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, pomijając przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 2 ustawy Pzp nie potwierdził się (zarzut 1a).

Izba stwierdza, że katalog dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, w konsekwencji delegacji ustawowej zawartej w przepisie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp, wynika z 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.

Analiza treści wskazanego rozporządzenia przesądza o konieczności uznania, że zamawiający jest uprawniony do żądania dokumentów jedynie w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Wynika to z brzmienia par. 2 ust. 1 w/w rozporządzenia.

Uzupełnieniem takiego wniosku musi być stwierdzenie, że w zakresie istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 ustawy Pzp miarodajną pozostaje wiedza i informacje będące w dyspozycji zamawiającego.

Złożone przez Asseco Poland Sp. z o.o. oświadczenie, iż wykonawca ten nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp (str. 6 wniosku) odpowiada regulacji w/w rozporządzenia wykonawczego.

Izba wskazuje nadto, odnosząc się do eksponowanej przez wykonawcę kwestii, iż w treści ogłoszenia o zamówieniu (sekcja III.2.1) zamawiający zażądał złożenia „oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia”, iż takie właśnie oświadczenia, nie zaś „oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp” zostało wskazane w par. 2 ust. 2.1. pkt 1 w/w rozporządzenia.

Innymi słowy brak w ogóle w ustawie Prawo zamówień publicznych, jak też w w/w rozporządzeniu wykonawczym do ustawy pojęcia „oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 ustawy Pzp”.

Skoro zatem przepisy prawa nie przewidują możliwości żądania od wykonawcy oświadczenia innego niż „o braku podstaw do wykluczenia”, które może być składane jedynie w odniesieniu do art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, to uznać także należy, że brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania z tego powodu, że ten nie złożył oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 ustawy Pzp.

Informacja zamawiającego, iż w postępowaniu mogą brać udział wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ustawy Pzp (sekcja III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu) jest zgodna z przepisem art. 24 ustawy Pzp.

Jednocześnie żądanie zamawiającego, aby wykonawcy złożyli „oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia” jest zgodne z obowiązującym zamawiającego rozporządzeniem wykonawczym w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, które takie tylko oświadczenia przewiduje.

W tym stanie rzeczy fakt złożenia w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez odwołującego (str. 10 wniosku), a także przez wykonawcę Hewlett Packard Sp. z o.o. (str. 21 wniosku) oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia na podstawie odpowiednio art. 24 ust. 1 i 2 oraz art. 24 ustawy Pzp pozostaje bez wpływu na los wykonawcy Asseco Poland Sp. z o.o.

Wobec powyższego Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Zarzut dotyczący zaświadczeń o niekaralności członków zarządu Asseco Poland S.A. Izba pozostawiła bez rozpoznania (zarzut 1b).

Na rozprawie odwołujący, w związku z odpowiedzią zamawiającego na odwołanie, oświadczył, że nie podtrzymuje zarzutu, wobec czego Izba pozostawiła ten zarzut bez rozpoznania.

Zarzut błędnego uznania przez zamawiającego, iż wykonawca Asseco Poland S.A. załączył do wniosku pełnomocnictwo dla Pana Jacka B. uprawniające go do podpisania wniosku w imieniu wykonawcy nie potwierdził się (zarzut 1c).

Izba ustaliła, że na str. 42 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy Asseco Poland S.A. znajduje się pełnomocnictwo z dnia 29 września 2010 r.

udzielone przez Wiceprezesa zarządu Pawła Piwowara i prokurenta Andrzeja Gerlacha (osoby ujawnione w odpisie z KRS Asseco Poland S.A., znajdującego się na str. 8 - 23 wniosku i zgodnie z nim uprawnione do reprezentacji tego podmiotu łącznie).

Pełnomocnictwo to uprawnia Jacka B. do: „reprezentowania spółki przed Zamawiającym, tj. (...), w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o numerze (...), którego przedmiotem jest (...)”.

Nadto pełnomocnictwo to wskazuje przykładowe czynności objęte jego zakresem np. „formułowanie pytań oraz zwracanie się do Zamawiającego o wyjaśnienie warunków zamówienia, jak również udzielania odpowiedzi na pytania Zamawiającego”, o czym świadczy poprzedzenie tego przykładowego katalogu słowem: „w szczególności”.

Na podstawie powyższych ustaleń Izba uznała, że złożone pełnomocnictwo uprawnia pana Jacka Bogumiła do podpisania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy Asseco Poland S.A., ponieważ złożenie podpisanego wniosku zamawiającemu jest jedną z czynności wykonawcy podejmowanych w toku postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem przez konkretnego zamawiającego.

W sytuacji zatem, gdy katalog czynności, jakie podejmować może pełnomocnik w imieniu mocodawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma jedynie charakter przykładowy, nie zaś wyczerpujący, bez wątplenia pełnomocnik, podpisując i składając w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie przekroczył zakresu udzielonego mu pełnomocnictwa.

Wobec powyższego Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Zarzut dotyczący oświadczenia Asseco Systems S.A. we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonym przez Asseco Poland S.A. Izba pozostawiła bez rozpoznania (zarzut 1d).

Na rozprawie odwołujący, w związku z odpowiedzią zamawiającego na odwołanie, oświadczył, że nie podtrzymuje zarzutu, wobec czego Izba pozostawiła ten zarzut bez rozpoznania.

Zarzut błędnego uznania przez zamawiającego, że wystarczającym było złożenie certyfikatów bezpieczeństwa, o których mowa w postanowieniach III.2.3) 1.5 ogłoszenia jedynie przez wykonawcę Hewlett Packard Sp. z o.o. w sytuacji, gdy wykonawca wskazał

Utilitis IT Sp. z o.o. jako podmiot oddający do dyspozycji Hewlett Packard Sp. z o.o. osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia nie potwierdził się (zarzut 2a).

Spór sprowadza się do sposobu interpretacji treści ogłoszenia o zamówieniu.

W przekonaniu Izby sposób interpretacji odwołującego jest błędny.

Izba ustaliła, że w ogłoszeniu o zamówieniu sekcja III „Informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym, finansowym i technicznym” pkt 2 „Warunki udziału” ppkt 2.3. „Zdolność techniczna” 1.4. zamawiający zażądał, aby wykonawcy dysponowali co najmniej 10-cio osobowym zespołem serwisowym. Każdy z członków zespołu miał w szczególności posiadać wiedzę i kompetencje w zakresie ochrony informacji niejawnych potwierdzone w szczególności certyfikatem bezpieczeństwa w zakresie dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą na poziomie co najmniej „Poufne”.

W ogłoszeniu o zamówieniu sekcja III „Informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym, finansowym i technicznym” pkt 2 „Warunki udziału” ppkt 2.3. „Zdolność techniczna” 1.5. zamawiający zażądał także, aby wykonawca posiadał certyfikat bezpieczeństwa przemysłowego - świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego, potwierdzające że wykonawca posiada zdolność do zapewnienia ochrony informacji niejawnych oznaczonych klauzulą na poziomie co najmniej „Tajne”.

W ostatnim zdaniu ogłoszenia o zamówieniu sekcja III „Informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym, finansowym i technicznym” pkt 2 „Warunki udziału” ppkt 2.3. „Zdolność techniczna” 1.5. zamawiający podał: „Jeżeli Wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu lub osobach zdolnych do wykonania zamówienia, wówczas również te podmioty lub osoby powinny posiadać stosowne certyfikaty bezpieczeństwa, o których mowa w pkt 1.4 i 1.5”.

Po pierwsze, Izba zauważyła, że pkt 1.4. dotyczy osób - członków zespołu serwisowego, zaś pkt 1.5. dotyczy wykonawcy - podmiotu, który składa wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Po drugie, w ocenie Izby koniunkcja w zdaniu ostatnim pkt. 1.5. dotyczy nie obowiązku podmiotu, na którego wiedzy polega wykonawca, czy członka zespołu serwisowego, ale jedynie tego, że tak w pkt. 1.4., jak i 1.5. mowa o dokumentach zbiorczo nazwanych w zdaniu ostatnim certyfikatami bezpieczeństwa.

Wskazanie, że w sytuacji polegania na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu lub osób, należy posiadać „stosowne” certyfikaty wskazuje na to, że owa „stosowność” polega na adekwatnym przedkładaniu certyfikatów, tj: przez osoby: certyfikatów bezpieczeństwa w zakresie dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą na poziomie co najmniej „Poufne”, przez wykonawców natomiast: certyfikatów bezpieczeństwa przemysłowego - świadectw bezpieczeństwa przemysłowego, potwierdzających że wykonawca posiada

zdolność do zapewnienia ochrony informacji niejawnych oznaczonych klauzulą na poziomie co najmniej „Tajne”.

Za takim sposobem rozumienia treści ogłoszenia o zamówieniu przemawia także fakt, że przedłożenie przez podmioty certyfikatów / zaświadczeń, o których mowa w pkt. 1.4., które są certyfikatami „przypisanymi do osób”, będącymi konsekwencją odbytych szkoleń przez konkretne osoby, nie jest po prostu możliwe, ponieważ kursu nie mogą odbyć i ukończyć podmioty, a jedynie osoby np. pracownicy tych podmiotów.

Wobec powyższego Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Zarzut nieuprawnionego nie udostępnienia przez zamawiającego całej jawnej treści wniosku Hewlett Packard Polska Sp. z o.o. Izba pozostawiła bez rozpoznania (zarzut 2b).

Na rozprawie odwołujący, w związku z odpowiedzią zamawiającego na odwołanie, oświadczył, że nie podtrzymuje zarzutu, wobec czego Izba pozostawiła ten zarzut bez rozpoznania.

Zarzut błędnego uznania przez zamawiającego, iż wykonawca Infovide - Matrix S.A. spełnia warunki udziału w postępowaniu, pomimo tego, że wykonawca ten we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożył oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania dotyczące wyłącznie przesłanek wykluczenia określonych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, pomijając przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 2 ustawy Pzp nie potwierdził się (zarzut 3 a).

Izba podtrzymuje argumentację odnoszącą się do zarzutu 1a odwołania.

Zarzut nieuprawnionego nieudostępnienia przez zamawiającego:

- wykazu zrealizowanych usług wraz z referencjami,
- opisu posiadanej infrastruktury technicznej,
- listy osób dedykowanych do realizacji przedmiotu zamówienia,
- pisemnego zobowiązania innych podmiotów do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów,

zawartych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy Infovide - Matrix S.A. częściowo potwierdził się (zarzut 3b).

Odwołujący podniósł w odwołaniu zarzut nieuprawnionego nieudostępnienia przez zamawiającego wykazu zrealizowanych usług wraz z referencjami, opisu posiadanej infrastruktury technicznej, listy osób dedykowanych do realizacji przedmiotu zamówienia oraz pisemnego zobowiązania innych podmiotów do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów wykonawcy Infovide - Matrix S.A.

Jednak argumentacja odwołującego dotyczyła wyłącznie ostatniego z tych dokumentów, wobec czego w zakresie pozostałych dokumentów Izba uznała zarzut za gołosłowny.

W zakresie zasadności utajnienia pisemnego zobowiązania innych podmiotów do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów we wniosku Infovide - Matrix S.A. Izba stanęła na stanowisku, że zamawiający nie miał wystarczających podstaw do uznania, że w stosunku do tego oświadczenia podjęto niezbędne działania w celu zachowania jego poufności.

Wskazać bowiem należy, że z treści tego zobowiązania nie wynika w żaden sposób wola podmiotu udostępniającego zasób, aby w poufności zachować informacje w nim zawarte, jak i to, że dany podmiot zasób udostępnia.

Nie można wykluczyć, że informacje zawarte w zobowiązaniu zostały już ujawnione przez podmiot udostępniający innym osobom czy podmiotom, czy wręcz podane do publicznej wiadomości. W takim przypadku działania wykonawcy Infovide - Matrix S.A. nie mogłyby być uznane za wystarczające z punktu widzenia zachowania treści zobowiązania za poufne.

Dlatego też Izba uznała za niezbędne, aby zamawiający wyjaśnił z wykonawcą Infovide - Matrix S.A., czy podmiot udostępniający zasoby również podjął w stosunku do danych zawartych w zobowiązaniu, jak i samego faktu podjęcia takiego zobowiązania przez ten podmiot niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Podnieść bowiem należy, że pierwszej kolejności dane dotyczące udostępnianego zasobu mają wartość dla innego niż Infovide - Matrix S.A. podmiotu, ponieważ zasoby te pozostają w dyspozycji tego innego podmiotu.

Prośba zamawiającego z dnia 27 października 2010 r. dotyczyła wyłącznie podtrzymania (albo nie) decyzji wykonawcy Infovide - Matrix S.A. o utajnieniu wskazanych w piśmie dokumentów, dlatego też Izba uznała, że wykonawca ten nie był dotychczas wzywany do wyjaśnienia podstaw do objęcia tajemnicą przedsięwzięcia zobowiązania innych podmiotów do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów.

Wobec powyższego Izba uznała, że zarzut potwierdził się częściowo.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....