

Sygn. akt: KIO 223/12
KIO 248/12
KIO 261/12

WYROK
z dnia 5 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca
Honorata Łopianowska
Robert Skrzyszewski

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 16, 21, 28 lutego 2012 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2012 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 3 lutego 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających o udzielenie zamówienia: Centrum Informatyki ZETO S.A. (lider konsorcjum), Skorupska 9, 15-048 Białystok, Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych (uczestnik konsorcjum), ul. Sanguszkii 1, 00-222 Warszawa (Sygn. akt KIO 223/12);

B. w dniu 6 lutego 2012 r. przez Comarch S.A., Aleja Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków (Sygn. akt KIO 248/12);

C. w dniu 6 lutego 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających o udzielenie zamówienia: Sygnity S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa, Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o. o., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa (Sygn. akt KIO 261/12);

w postępowaniu prowadzonego przez Zamawiającego – **Wojewodę Podlaskiego, ul. Mickiewicza 3, 15-213 Białystok,**

A. (KIO 223/12)

- przy udziale wykonawcy **Unizeto Technologies S.A., 70-486 Szczecin, ul. Królowej Korony Polskiej 21** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
- przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BULL Polska Sp. z o.o., BULL SAS, 02-676 Warszawa, ul. Suwak 3** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
- przy udziale wykonawcy **ASSECO Poland S.A., 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
- przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ATM Systemy Informatyczne S.A., ATM S.A., TBD-Polska S.A.**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;

B. (KIO 248/12)

- przy udziale wykonawcy **Unizeto Technologies S.A., 70-486 Szczecin, ul. Królowej Korony Polskiej 21** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
- przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BULL Polska Sp. z o.o., BULL SAS, 02-676 Warszawa, ul. Suwak 3** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
- przy udziale wykonawcy **ASSECO Poland S.A., 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
- przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Betacom S.A., KA-NA Sp. z o.o., 01-377 Warszawa, ul. Połczyńska 31a** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
- przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ATM Systemy Informatyczne S.A., ATM S.A., TBD-Polska S.A.**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;

C. (KIO 261/12)

- przy udziale wykonawcy **Unizeto Technologies S.A., 70-486 Szczecin, ul. Królowej Korony Polskiej 21** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
- przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BULL Polska Sp. z o.o., BULL SAS, 02-676 Warszawa, ul. Suwak 3** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

- przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Betacom S.A., KA-NA Sp. z o.o., 01-377 Warszawa, ul. Połczyńska 31a** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
- przy udziale wykonawcy **BIATEL BIT S.A., 00-854 Warszawa, Al. Jana Pawła II 23** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
- przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Centrum Informatyki ZETO S.A., Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A., 15-048 Białystok, ul. Skorupska 9**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
- przy udziale wykonawcy **ComArch S.A., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39a** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
- przy udziale wykonawcy **ASSECO Poland S.A., 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;
- przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ATM Systemy Informatyczne S.A., ATM S.A., TBD-Polska S.A.**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;

orzeka:

A. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 223/12 i nakazuje Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
- unieważnienie czynności zaproszenia do składania ofert,
- powtórzenie czynności badania i oceny wniosków,
- wezwanie wykonawcy **Unizeto Technologies S.A., 70-486 Szczecin, ul. Królowej Korony Polskiej 21** w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów w zakresie posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na wartość nie mniejszą niż 5 000 000,00 PLN,
- wyjaśnienie podstaw objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów uzupełnianych przez wykonawców w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, połączone z udostępnieniem informacji zawartych we wnioskach wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

B. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 248/12 i nakazuje Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
- unieważnienie czynności zaproszenia do składania ofert,
- powtórzenie czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
- odtajnienie informacji dotyczących wykonawców: BIATEL BIT S.A., 00-854 Warszawa, Al. Jana Pawła II 23, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Betacom S.A., KA-NA Sp. z o.o., 01-377 Warszawa, ul. Połczyńska 31a, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BULL Polska Sp. z o.o., BULL SAS, 02-676 Warszawa, ul. Suwak 3, wykonawcy Unizeto Technologies S.A., 70-486 Szczecin, ul. Królowej Korony Polskiej 21, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Centrum Informatyki ZETO S.A., Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A., 15-048 Białystok, ul. Skorupska 9, wykonawców wspólnie ubiegających o udzielenie zamówienia: Sygnity S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa, Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o. o., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa - w zakresie sumy wartości zamówień z pierwszych dwóch pozycji wskazanych w wykazie wykonanych zamówień dotyczących warunku wskazanego w sekcji III.2.3) pkt 1 a) ogłoszenia o zamówieniu oraz informacji w zakresie dwóch pierwszych zamówień wskazanych w wykazie wykonanych zamówień poprzez wskazanie, czy były zamówieniami realizowanym przez wykonawców własnymi zasobami, czy też były to zasoby udostępnione przez podmiot trzeci;

C. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 261/12 i nakazuje Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
- unieważnienie czynności zaproszenia do składania ofert,
- powtórzenie czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
- wyjaśnienie podstaw objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych w dokumentach złożonych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, złożonych we wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez wykonawców: BIATEL BIT S.A., 00-854 Warszawa, Al. Jana Pawła II 23, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Betacom S.A., KA-NA Sp. z o.o., 01-377 Warszawa, ul. Połczyńska 31a, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

zamówienia: **BULL Polska Sp. z o.o., BULL SAS, 02-676 Warszawa, ul. Suwak 3, wykonawcy Unizeto Technologies S.A., 70-486 Szczecin, ul. Królowej Korony Polskiej 21, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Centrum Informatyki ZETO S.A., Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A., 15-048 Białystok, ul. Skorupska 9, Comarch S.A., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39a – połączone z ujawnieniem informacji zawartych we wnioskach ww. wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.**

2. Kosztami postępowania obciąża:

A. w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 223/12 Zamawiającego – Wojewodę Podlaskiego, ul. Mickiewicza 3, 15-213 Białystok,

B. w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 248/12 Zamawiającego - Wojewodę Podlaskiego, ul. Mickiewicza 3, 15-213 Białystok,

C. w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 261/12 Zamawiającego - Wojewodę Podlaskiego, ul. Mickiewicza 3, 15-213 Białystok,

i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpisy w wysokości 45 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez Odwołujących się, w tym:

A. wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawców wspólnie ubiegających o udzielenie zamówienia: Centrum Informatyki ZETO S.A. (lider konsorcjum), Skorupska 9, 15-048 Białystok, Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych (uczestnik konsorcjum), ul. Sanguszkii 1, 00-222 Warszawa (Sygn. akt KIO 223/12);

B. wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez Comarch S.A., Aleja Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków (Sygn. akt KIO 248/12);

C. wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) uiszczony przez wykonawców wspólnie ubiegających o udzielenie zamówienia: Sygnity

S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa, Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o. o., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa (Sygn. akt KIO 261/12);

2)

A. dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez Zamawiającego - **Wojewodę Podlaskiego, ul. Mickiewicza 3, 15-213 Białystok** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających o udzielenie zamówienia: **Centrum Informatyki ZETO S.A. (lider konsorcjum), Skorupska 9, 15-048 Białystok, Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych (uczestnik konsorcjum), ul. Sanguszki 1, 00-222 Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

B. dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez Zamawiającego - **Wojewodę Podlaskiego, ul. Mickiewicza 3, 15-213 Białystok** na rzecz **Comarch S.A., Aleja Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków**, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

C. dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez Zamawiającego - **Wojewodę Podlaskiego, ul. Mickiewicza 3, 15-213 Białystok** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających o udzielenie zamówienia: **Sygnity S.A., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa, Enigma Systemy Ochrony Informacji Sp. z o. o., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. 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 **Białymstoku**.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 223/12

Sygn. akt: KIO 248/12

Sygn. akt: KIO 261/12

Uzasadnienie

Wojewoda Podlaski, ul. Mickiewicza 3, 15-213 Białystok (dalej: „zamawiający”) - prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie, dostawę i wdrożenie systemów e-Administracja oraz e-Bezpieczeństwo wraz z dostawą i instalacją sprzętu na potrzeby Projektu „Wdrażanie elektronicznych usług dla ludności województwa podlaskiego - część II, administracja rządowa" (CU2).

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

19 października 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2011/S 201-327383 opublikowano ogłoszenie o zamówieniu.

25 stycznia 2012 r., zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełnienia ww. warunków. W treści pisma zamawiający podał określoną ilość punktów przyznanych w zakresie poszczególnych kryteriów oraz zbiorczą ilość punktów i miejsce wykonawcy w klasyfikacji po ocenie. Zamawiający wskazał również, że do złożenia ofert zostaną zaproszeni następujący wykonawcy:

1. ASSECO Poland S.A., 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14 (dalej: „Asseco”),
2. BIATEL BIT S.A., 00-854 Warszawa, Al. Jana Pawła II 23 (dalej: „Biatel Bit”),
3. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Betacom S.A., KANA Sp. z o.o., 01-377 Warszawa, ul. Połczyńska 31a (dalej „konsorcjum Betacom”),
4. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BULL Polska Sp. z o.o., BULL SAS, 02-676 Warszawa, ul. Suwak 3 dalej: „konsorcjum Bull”),
5. Unizeto Technologies S.A., 70-486 Szczecin, ul. Królowej Korony Polskiej 21 (dalej: „Unizeto”).

Jednocześnie zamawiający poinformował, że w oparciu o art. 51 ust. 2 Pzp, wykonawców niezaproponowanych do składania ofert traktuje się jak wykonawców wykluczonych z postępowania o udzielenie zamówienia.

KIO 223/12

3 lutego 2012 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Centrum Informatyki ZETO S.A. (lider konsorcjum), Skorupska 9, 15-048 Białystok, Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych (uczestnik konsorcjum), ul. Sanguszki 1, 00-222 Warszawa (dalej: „konsorcjum ZETO” lub „odwołujący”), wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którego treści zarzucali zamawiającemu naruszenie:

1. art. 51 ust 2 ustawy, poprzez ustalenie iż najwyższe oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu otrzymują wykonawcy, którzy wykazali niższy poziom spełniania warunków (i zaproszenie ich do składania ofert) i jednocześnie nie zaproszenie do składania ofert wykonawców (wskutek wadliwej oceny wniosków), wykonawców, którzy powinni otrzymać najwyższe oceny spełniania warunków;
2. art. 22 ust. 4 ustawy, poprzez interpretację warunków udziału w postępowaniu zdefiniowanych w ogłoszeniu w sposób, który narusza zasadę proporcjonalności warunków i prowadzi do braku związku warunku z przedmiotem zamówienia;
3. art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez naruszenie zasady równego traktowania przejawiające się w zaproszeniu do składania ofert wykonawców, którzy powinni otrzymać niższe oceny wniosków, i pominięcie tych, którzy powinni uzyskać takie oceny wyższe;
4. art. 14 ustawy w związku z art. 65 § 1 k.c., poprzez zaniechanie dokonania wykładni oświadczenia woli wyrażonego we wniosku konsorcjum ZETO zgodnie z wynikającymi z tego przepisu zasadami;
5. art. 24 ust 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust 1 pkt 4 oraz art. 26 ust. 3 ustawy oraz § 1 ust 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane (Nr 226, poz. 1817), zwanego dalej „rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów.”;
6. art. 8 ustawy w zw. z art. 11 ust 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.), zwaną dalej „ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”, poprzez uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji które nie mają takiego charakteru i zaniechanie ujawnienia tej informacji;

7. art. 96 ust. 1 i 3 ustawy, poprzez odmowę ujawnienia treści wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu mimo iż wykonawcy otrzymali już informację o ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Konsorcjum ZETO wnosił o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
2. unieważnienia czynności zaproszenia do składania ofert,
3. powtórzenie czynności badania i oceny wniosków w sposób zgodny z ustawą, w tym ujawnienie treści wniosków złożonych przez wykonawców ubiegających się o zamówienie,
4. wykluczenie z postępowania wykonawców którzy nie wykazali, że spełniają warunki udziału w postępowaniu,
5. zaproszenie do składania oferty wykonawców, którzy otrzymają najwyższe, ustalone zgodnie z przepisami oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania konsorcjum ZETO nie zgodził się z wynikami oceny spełniania warunków i zaproszenia do składania oferty wykonawców wskazanych w zaproszeniu przez zamawiającego podnosząc, że zamawiający dokonując oceny spełniania warunku wartości „dwóch pierwszych zamówień” uwzględnił wartość dwóch zamówień, które zostały przez wykonawców wpisane pod dwoma pierwszymi pozycjami wykazu, co wprost wynikało z odpowiedzi zamawiającego na pytanie konsorcjum ZETO o zasady oceny jego wniosku. W ten sposób zamówienia we wniosku miały łączną wartość przyjętą do oceny 140.994.180 zł. W ocenie konsorcjum ZETO interpretacja zwrotu „dwóch pierwszych zamówień” zawartego w pkt IV.1.2 ogłoszenia, która nakazuje poddać ocenie dwa zamówienia z pozycji nr 1 i 2 jest zdaniem odwołującego błędna. Wskazywał, że zgodnie z art. 51 ust. 2 ustawy zamawiający zobowiązany jest ustalić który z wykonawców otrzyma najwyższe oceny przy ocenie spełniania warunków. Konsorcjum ZETO wyjaśniał, że w przypadku badania spełniania warunku doświadczenia poprzez badanie łącznej wartości dwóch zamówień składających się na to doświadczenie najwyższe oceny powinno zależeć od wykazanej wartości tych zamówień, a nie miejsca ich umieszczenia w wykazie, gdyż przepis wskazuje na obowiązek wyboru wykonawcy, który wykazał się najlepszym spełnieniem warunków, a nie wykonawcy, który w odpowiednim miejscu wpisał określone informacje. Podnosił, że warunek w postępowaniu dotyczył posiadania doświadczenia, a nie umiejętności umieszczania informacji w wykazie doświadczeń. Tym samym w przypadku

wniosku konsorcjum ZETO za „dwa pierwsze zamówienia”, których wartość powinna być sumowana do oceny należy przyjąć zamówienia z pozycji 9 oraz 12 o łącznej wartości 1 mld 928 mln 634 tys. zł, a więc wielokrotnie większej niż przyjęte do oceny doświadczenia o wartości ponad 140 mln zł. Jego zdaniem, przy przyjęciu tej prawidłowej wartości, wniosek znalazłby się w grupie 5 wniosków które złożyli wykonawcy najlepiej spełniających warunków wartości doświadczeń wymaganych dla realizacji zamówienia.

Konsorcjum ZETO wskazywał, że tylko ocena - przyjmująca, iż za „dwa pierwsze zamówienia” będą przyjmowane te zamówienia które są klasyfikowane jako pierwsze i drugie po usytuowaniu ich w kolejności od największego do najmniejszego, pozwala na zachowanie proporcjonalności warunku. Oceniany na podstawie art. 51 ust. 2 Pzp warunek ciągle bowiem musi nosić cechy proporcjonalności i pozostawać w związku z przedmiotem zamówienia, które to wymogi dotyczą wszelkich warunków, a wskazane są w art. 22 ust. 4 Pzp. W ocenie konsorcjum ZETO interpretacja postanowień ogłoszenia dokonana podczas oceny wniosków prowadzi do wyboru wykonawcy, który uszeregował w spodziewany jak się okazało przez zamawiającego sposób swoje doświadczenia, jednak taka umiejętność szeregowania nie pozostaje w jakimkolwiek związku z przedmiotem zamówienia którym jest wykonanie, dostawa i wdrożenie systemów informatycznych oraz dostawa sprzętu informatycznego, a nie usługa szeregowania doświadczeń wg ich wartości. W takim związku pozostaje natomiast wartość doświadczeń niezależnie od tego w którym miejscu wniosku zaprezentowanych.

Konsorcjum ZETO odwoływał się do art. 65 § 1 k.c., który nakazuje dokonanie wykładni oświadczenia woli tak jak wymagają tego okoliczności, w których zostało ono złożone. Podkreślał, że wniosek stanowiąc oświadczenie wskazujące na zamiar ubiegania się o zamówienie musi być interpretowany tak, aby brać pod uwagę zamiar, który towarzyszy jego złożeniu. Prezentując w nim doświadczenia o wysokich wartościach wykonawca dąży do uzyskania zaproszenia do składania ofert, gdy dojdzie do oceny wartości doświadczeń jako czynnika warunkującego uzyskanie takiego zaproszenia. Fakt zamieszczenia tych informacji w innym miejscu niż spodziewał się tego zamawiający nie może być podstawą oceny niezgodnej z jasną informacją o skali posiadanych doświadczeń. W ocenie konsorcjum ZETO nie jest to zgodne zarówno z zasadą równego traktowania wykonawców jak i zasadami współżycia społecznego, do których odwołuje się art. 65 § 1 k.c., gdyż preferuje nie tych którzy najpełniej spełniają wymóg zamawiającego, lecz tych, którzy zaprezentowali informacje na ten temat w określony przez zamawiającego sposób. W ocenie konsorcjum ZETO nie bez znaczenia pozostaje także wykładnia celowościowa przepisu i porównanie do analogicznych przepisów które mają zastosowanie podczas oceny ofert. Art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp zakazuje negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy, którego oferta

nie odpowiada formie wymaganej przez zamawiającego - istotne jest bowiem czy w sensie merytorycznym jest ona ofertą konkurencyjną i prawidłową. Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z tych samych przyczyn tj. dążenia do uzyskania jak najbardziej wiarygodnych wykonawców nie może być oceniany poprzez pryzmat jego formy. Jedyne jego treść, a nie sposób jej prezentacji, może być podstawą porównań kompetencji wykonawców.

Kolejno odwołujący zarzucał zamawiającemu zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Unizeto, mimo iż we wniosku tego wykonawcy brak dowodu, iż złożona polisa ubezpieczeniowa jest polisą opłaconą. Podobnie polisa zawarta we wniosku Asseco nie jest opłacona w całości. Zapłacono jedynie pierwszą ratę. W jego ocenie przepis rozporządzenia o rodzajach dokumentów nie pozostawia wątpliwości, że wyłącznie opłacona polisa może potwierdzać spełniania warunku udziału w postępowaniu. Tym samym brak wykazania, iż polisa jest opłacona stanowi naruszenie przepisów przywoływanych na wstępie, a wykonawca który takiego dokumentu nie złożył lub nie uzupełnił powinien podlegać wykluczeniu z postępowania.

Następnie odwołujący podnosił, że zamawiający wbrew art. 8 Pzp oraz art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji uznał za niepodlegające ujawnieniu informacje, które nie stanowiły w jego ocenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Zwracał uwagę, że fakt uznania określonej informacji za taką tajemnicę przez wykonawcę który składa wniosek nie może być bezkrytycznie akceptowany przez zamawiającego, gdyż zamawiający winien zbadać, czy informacje w rzeczywistości mają cechy tajemnicy wskazane w art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W jego ocenie nie sposób uznać za takie informacji o sytuacji finansowej zastrzeżonej przez konsorcjum Bull, ponieważ zawiera ona dane w zakresie dobrej sytuacji finansowej przedsiębiorstwa. Konsorcjum ZETO wskazywał także, że wśród informacji zastrzeżonych przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa znajdują się doświadczenia w realizacji umów o zamówienie publiczne. Umowy te - co do ich wartości, zakresu, prawidłowości wykonania są jawne ze względu na art. 139 ust. 3 Pzp oraz przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej.

W ostatnim zarzucie odwołujący podnosił, że zamawiający mimo obowiązku wynikającego z art. 96 ust. 3 ustawy i wniosku wykonawcy o udostępnienie protokołu złożonego po ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, odmówił udostępnienia wykonawcy wyników ocen wniosków dokonanej przez poszczególnych członków komisji przetargowej. Podkreślał, że w udostępnionej 23 stycznia 2012 r. informacji nie ma podanej wartości dwóch pierwszych zamówień dla każdego z zaproszonych do składania ofert wykonawców. Zamawiający odmówił także ujawnienia uzupełnionych

dokumentów oraz wyjaśnień dotyczących dokumentów składanych wraz z wnioskiem. Uzasadził to przepisem wskazującym, że po ocenie wniosków jawne są wyłącznie wnioski, zaś inne wspomniane dokumenty i informacje są „innymi załącznikami”, które należy ujawniać dopiero po wyborze oferty. Konsorcjum ZETO nie zgodził się z taką interpretacją przepisu i podniósł, że oceny członków komisji nie stanowią załącznika do protokołu lecz część protokołu i jako takie powinny być jawne bez ograniczeń, tj. udostępniane na bieżąco jak stanowi art. 96 ust 1. ustawy. Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z kolei jako oświadczenie woli podlega ocenie wraz z dotyczącymi go wyjaśnieniami, które stają się w ten sposób częścią tego oświadczenia i podlegają ujawnieniu na takich zasadach jak wniosek, nie zaś „inne załączniki”. Podobnie dokumenty uzupełniane w trybie art. 26 ust 3 Pzp stanowią podstawę oceny wniosku i podejmowania decyzji o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu. Stają się tym samym integralną częścią wniosku, a ich jawność podlega zasadom właściwym dla wniosku. W ocenie konsorcjum ZETO odmienna interpretacja prowadziłaby do absurdalnej wykładni prawa - wbrew zasadzie jawności czyniąc możliwym uchylene się od niej poprzez nie złożenie z wnioskiem jakichkolwiek dokumentów, a następnie uzupełnienie ich w trybie art. 26 ust 3 Pzp i twierdzenie iż nie dotyczy ich jawność bezpośrednio po ocenie wniosków.

2 lutego 2012 r. konsorcjum ZETO przekazał zamawiającemu kopię odwołania.

3 lutego 2012 r. zamawiający w formie elektronicznej oraz pisemnej przekazał wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia kopię odwołania.

6 lutego 2012 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili następujący wykonawcy: Unizeto, konsorcjum Bull, Asseco. Natomiast po stronie odwołującego, w tej samej dacie, przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ATM Systemy Informatyczne S.A., ATM S.A., TBD-Polska S.A. (dalej: „konsorcjum ATM”).

15 lutego 2012 r. zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu pisma podnosił, że żądania konsorcjum ZETO sprowadzają się do dokonania oceny jego wniosku w odmienny sposób, a niżeli zostało to określone w treści ogłoszenia o zamówieniu. Zatem powyższe zarzuty zmierzają do zakwestionowania opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia zawartego w sekcji III.2.1 lit. a) ogłoszenia o zamówieniu, a także znaczenia tego warunku (w zakresie wskazanym powyżej) określonego w sekcji IV. 1.2 ogłoszenia o zamówieniu. Natomiast kwestionowanie postanowień ogłoszenia o zamówieniu na tym etapie postępowania zamawiający uznał za spóźnione. Ponadto, postanowienia ogłoszenia o

zamówieniu w tym zakresie nie były również przedmiotem odwołań czy też nawet pytań wykonawców przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zamawiający wskazywał, że konsorcjum ZETO nie kwestionował prawidłowości dokonania oceny punktowej jego wniosku, ani też oceny punktowej wniosków pozostałych wykonawców. Zarzuty dotyczyły wyłącznie zastosowania reguły określonej w ostatnim zdaniu w sekcji IV. 1.2 ogłoszenia o zamówieniu. Wyjaśniał, że w przypadku wszystkich ośmiu wykonawców, którzy otrzymali 100 pkt, zamawiający w jednakowy i równy sposób brał pod uwagę właśnie wartość wykazanych dwóch pierwszych zamówień, tj. wartość dwóch zamówień, które zostały przez wykonawców wpisane pod dwoma pierwszymi pozycjami wykazu. Zamawiający podnosił, że konsorcjum ZETO nie kwestionował wartości wykazanych przez niego dwóch pierwszych zamówień, która została wzięta pod uwagę przez zamawiającego, a żądał, aby jako „wykazane 2 pierwsze zamówienia” uwzględnić w jego przypadku dwa zamówienia o największej wartości, wykazane pod poz. 9 i 12 wykazu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 22 ust. 4 ustawy zamawiający podnosił, że wskazany przepis dotyczy opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zamieszczanego w ogłoszeniu o zamówieniu. Ewentualne naruszenie tego przepisu (zastosowanego w przedmiotowym postępowaniu w związku z art. 48 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp) mogłoby zatem mieć miejsce tylko na etapie przygotowania postępowania, ze skutkiem w postaci wadliwej treści ogłoszenia o zamówieniu. W opinii zamawiającego wskazany przepis nie mógł zatem zostać naruszony w trakcie już trwającego postępowania, w trakcie czynności oceny spełniania warunków dokonywanej w sposób zgodny z opisem zawartym w ogłoszeniu o zamówieniu. Nie zgadzał się również z twierdzeniem, że dokonał w trakcie postępowania czynności interpretacji warunków. Zamieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu stanowi jedyną przewidzianą w ustawie interpretację warunków, obiektywną i niezależną (od chwili publikacji ogłoszenia) od woli stron postępowania.

Zamawiający wskazywał, że w treści odwołania konsorcjum ZETO cytuje postanowienia zawarte w ostatnim zdaniu w punkcie IV.1.2 ogłoszenia o zamówieniu, wyróżniając przy tym istotny jego zdaniem fragment i podkreślając słowa, których znaczenie jest przedmiotem sporu, jednak celowo pomija jednak słowo „wykazanych”, które w ocenie zamawiającego ma decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia o wniesionym odwołaniu.

Następnie odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 14 ustawy w związku z art. 65 § 1 k.c. wyjaśniał, że wskazany przepis k.c. nie ma zastosowania do czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu ze względu na to, że przedmiotem czynności oceny

spełniania warunków udziału w postępowaniu nie jest wykładnia oświadczenia woli. Złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu ma charakter kompleksowej czynności prawnej, obejmującej oświadczenie woli wykonawcy ale również oświadczenia wiedzy i czynności faktyczne. Zgodnie z art. 50 ust. 1 Pzp, wraz wnioskiem o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym (oświadczenie woli) wykonawca składa oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz żądane przez zamawiającego dokumenty potwierdzające spełnianie tych warunków. Ocena spełniania warunków nie dotyczy zatem oświadczenia woli wykonawcy, lecz jego oświadczeń wiedzy (w tym: oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz wykazu dostaw lub usług) powiązanych z czynnością faktyczną złożenia wymaganych dokumentów, zawierających m.in. oświadczenia wiedzy innych podmiotów (dokumenty potwierdzające należyte wykonanie wykazanych dostaw lub usług).

W opinii zamawiającego powyższe ustalenia prowadzą do wniosku, że oświadczenie wiedzy konsorcjum ZETO nie mogło być przedmiotem wykładni, w szczególności wykładni prowadzącej do zmiany rozkładu ciężaru dowodu wynikającego z art. 26 ust. 2a Pzp w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców, wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp.

Zamawiający odnosząc się do naruszenia art. 24 ust 2 pkt 4 w zw. z art, 22 ust. 1 pkt 4 oraz art. 26 ust. 1 i 3 ustawy oraz § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów wskazywał na bezzasadność zgłoszonych zarzutów.

Unizeto wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożył poświadczoną kopię certyfikatu ubezpieczenia, który potwierdza posiadanie wymaganego ubezpieczenia. Zdaniem zamawiającego Certyfikat należy traktować jako „inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia”, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, w związku z czym przedłożony przez wykonawcę certyfikat nie musi zawierać dowodu jego opłacenia. Natomiast Asseco wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożył poświadczoną kopię polisy, w której została określona kwota składki rocznej oraz ratałny sposób jej płatności. Pierwsza rata składki miała być opłacona do dnia 25 października 2011 r. Według załączonego dowodu jej opłacenia składka została opłacona w wymaganym terminie, tj. w dniu 30 września 2011 r. Druga rata składki miała być opłacona do dnia 5 grudnia 2011 r., tj. już po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W związku z powyższym zamawiający uznał, że wykonawca w terminie składania wniosków wykazał spełnianie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Tym samym

zamawiający nie miał zatem podstaw do wykluczenia wskazanych wyżej wykonawców z udziału w postępowaniu.

W zakresie naruszenia art. 8 Pzp w zw. z art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 96 ust. 1 i 3 ustawy zamawiający uznał zgłoszone zarzuty za niezasadne. Zaznaczał, że w odwołaniu nie wskazano dowodów potwierdzających naruszenie wskazanych przepisów, zaś czynności i zaniechania będące przedmiotem odwołania zostały wskazane w sposób odbiegający stanu faktycznego.

Wyjaśniał, że w uzasadnieniu odwołania konsorcjum ZETO zarzucał zamawiającemu, że ten bezkrytycznie zaakceptował zastrzeżenie przez wykonawców informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie zamawiającego zarzut ten nie ma podstaw faktycznych, ponieważ zamawiający dokonał weryfikacji skuteczności tego zastrzeżenia. W toku badania złożonych wniosków (w tym również w zakresie złożonych wyjaśnień i uzupełnień), komisja przetargowa dokonała weryfikacji zasadności zastrzeżenia informacji wskazanych przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa. W wyniku przeprowadzonej weryfikacji komisja uznała, że wymagane ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesłanki zostały spełnione i postanowiła zaproponować zamawiającemu uznanie, że informacje zastrzeżone przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu nie powinny zostać ujawnione. Na tej podstawie zamawiający uznał zastrzeżenia za dokonane zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji - za skuteczne.

W kolejnym zarzucie konsorcjum ZETO podnosi, że zamawiający pomimo obowiązku wynikającego z art. 96 ust. 3 ustawy i swojego wniosku o udostępnienie protokołu, odmówił udostępnienia wyników ocen wniosków dokonanej przez poszczególnych członków komisji przetargowej. Zamawiający odnosząc się do tego zarzutu zamawiający stwierdził, że poszczególni członkowie komisji przetargowej nie dokonywali indywidualnej oceny wniosków, w związku z czym nie istnieje wynik ocen wniosków dokonanej przez poszczególnych członków komisji przetargowej, który mógłby zostać udostępniony komukolwiek. Czynność oceny wniosków była przedmiotem działania całej komisji przetargowej, zaś informacje dotyczące tej czynności zostały zamieszczone w protokole.

Konsorcjum ZETO twierdził również, jakoby zamawiający odmówił także ujawnienia uzupełnionych dokumentów oraz wyjaśnień dotyczących dokumentów składanych wraz z wnioskiem. Zamawiający zaprzeczył, aby takie zdarzenie miało miejsce. Wbrew twierdzeniom konsorcjum ZETO, zamawiający podał, że zastosował się do dyspozycji art. 96 ust. 3 ustawy i w odpowiedzi na wniosek wykonawcy umożliwił wgląd do dokumentacji jawnej na obecnym etapie postępowania, tj. do protokołu postępowania oraz wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (wraz z uzupełnieniami i wyjaśnieniami złożonymi

na wezwanie zamawiającego) - w takim zakresie, w jakim nie naruszało to tajemnicy przedsiębiorstwa.

W toku rozprawy strony w pełni podtrzymały stanowiska i argumentację zaprezentowaną w odwołaniu oraz w pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

KIO 248/12

3 lutego 2012 r. wykonawca Comarch S.A., Aleja Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków (dalej: „Comarch” lub „odwołujący”), wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w którego treści zarzucał zamawiającemu naruszenie:

1. art. 8 ust. 3 i art. 96 ust. 3 ustawy, poprzez zaniechania czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania ujawnienia informacji dotyczących wniosków wykonawców: Biatel, konsorcjum Betacom, konsorcjum Bull; Unizeto, konsorcjum ZETO oraz konsorcjum Sygnity, w zakresie sumy wartości zamówień z pierwszych dwóch pozycji wskazanych w wykazie wykonanych zamówień dotyczących warunku wskazanego w pkt. III.2.3) pkt 1 a) ogłoszenia o zamówieniu oraz informacji, czy dwa pierwsze zamówienia o których mowa powyżej były zamówieniami realizowanym przez ww. wykonawców własnymi zasobami, czy też były to zamówienia udostępnione przez podmiot trzeci;

pomimo że informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz poprzez jednoczesne ujawnienie ww informacji w zakresie wykonawcy Asseco, co narusza art. 7 ust. 1 ustawy;

1. z ostrożności - naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy w związku z art. 8 ust. 3 ustawy, poprzez zaniechanie wystąpienia do wykonawców wskazanych powyżej w pkt 1 powyżej o udzielenie wyjaśnień w zakresie podstaw zastrzeżenia części wniosków w zakresie ww informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa;
2. naruszenie art. 26 ust. 2b ustawy, poprzez jego zastosowanie niezgodne z jego literalnym brzmieniem oraz celem, polegające na uwzględnieniu doświadczenia podmiotów trzecich udostępnionego wykonawcom: Biatel Bit, konsorcjum Betacom, konsorcjum Bull, Unizeto, konsorcjum ZETO oraz konsorcjum Sygnity (a także pozostałym wykonawcom - jeżeli miało to miejsce) - na potrzeby wykazania się lepszym niż inni wykonawcy spełnianiem warunków udziału w postępowaniu w celu zakwalifikowania się do pierwszej piątki wykonawców zaproszonych do składania ofert, a nie wyłącznie w celu spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji naruszenie art. 51 ust. 1-3 ustawy poprzez

przyznanie ww. wykonawcom zbyt dużej ilości punktów oraz niewłaściwego miejsca w rankingu wykonawców;

3. naruszenie art. 51 ust. 1-3 ustawy, poprzez uznanie jako spełniające warunek udziału w postępowaniu zamówienia wykazanego przez Asseco w pozycji pierwszej wykazu zamówień o których mowa w pkt. III.2.3) pkt 1 a) ogłoszenia o zamówieniu, podczas gdy zamówienie to nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu, co z kolei przekłada się na ilość punktów przyznanych temu wykonawcy w ramach oceny wniosków;
4. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Comarch wnosił o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
2. odtajnienia informacji dotyczących wykonawców Biatel Bit, konsorcjum Betacom, konsorcjum Bull, Unizeto, konsorcjum ZETO oraz konsorcjum Sygnity w zakresie sumy wartości zamówień z pierwszych dwóch pozycji wskazanych w wykazie wykonanych zamówień dotyczących warunku wskazanego w pkt. III.2.3) pkt 1 a) ogłoszenia o zamówieniu oraz informacji, czy dwa pierwsze zamówienia o których mowa powyżej były zamówieniami realizowanym przez ww. Wykonawców własnymi zasobami, czy też były to zamówienia udostępnione przez podmiot trzeci;
3. względnie z ostrożności procesowej - nakazanie zamawiającemu zwrócić się do ww wykonawców o udzielenie wyjaśnień w zakresie podstaw zastrzeżenia przedmiotowych informacji tajemnicy przedsiębiorstwa oraz następnie ich odtajnienie - poprzez ich udostępnienie;
4. powtórzenie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
5. ponowne przeliczenie punktów wykonawcom: Asseco, Biatel Bit, konsorcjum Betacom, konsorcjum Bull; Unizeto, Konsorcjum ZETO oraz konsorcjum Sygnity a także pozostałym wykonawcom, jeżeli doświadczenie podmiotu trzeciego było uwzględniane w ich przypadku w celu przyznania punktacji, a nie w celu wykazania minimalnych warunków udziału w postępowaniu - bez uwzględnienia doświadczenia i

wiedzy udostępnionej im przez podmioty trzecie w trybie art. 26 ust. 2b ustawy oraz bez uwzględniania zamówień nie spełniających warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania Comarch wyjaśniał, że zwrócił się do zamawiającego - pismami z dnia 25 i 27 stycznia 2012 r. - o udostępnienie informacji publicznej odnośnie wszystkich wykonawców, którzy w obydwu ocenach otrzymali maksymalną ilość punktów - w zakresie udostępnienia informacji dotyczących sumy wartości zamówień z pierwszych dwóch pozycji wskazanych w wykazie wykonanych zamówień dotyczących warunku wskazanego w pkt. III.2.3) pkt 1 a) ogłoszenia o zamówieniu oraz informacji, czy dwa pierwsze zamówienia o których mowa powyżej były zamówieniami realizowanym przez ww. wykonawców własnymi zasobami, czy też były to zamówienia udostępnione przez podmiot trzeci.

Zamawiający w odpowiedzi na powyższe ujawnił ww. informacje wyłączenie w zakresie wykonawcy Asseco. Odnośnie wszystkich pozostałych wykonawców żądanych informacji nie ujawnił, powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie odwołującego zamawiający naruszył ustawę, odmawiając udostępnienia ww. informacji dotyczących ww. wykonawców. Po pierwsze, zdaniem Comarch, żądane informacje nie stanowią i nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. W żaden sposób bowiem suma wartości zamówień - a więc sama, abstrakcyjna wartość liczbowa - takiej tajemnicy stanowić nie może. Nie daje ona przecież żadnej możliwości choćby zidentyfikowania ewentualnych odbiorców usług, czy innych informacji podlegających ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Po drugie - sama neutralna informacja, czy dane zamówienia podlegające punktacji były wykonywane siłami własnymi, czy były to zamówienia realizowane przez podmioty trzecie - również nie podpada pod legalną definicję tajemnicy przedsiębiorstwa i nie spełnia wszystkich ustawowych przesłanek tej definicji, a zatem nie podlega ochronie. Jednocześnie Comarch wskazywał, że w pismach pytał jedynie o wartości poszczególnych zamówień, które zdecydowały o wyniku (później unieważnionym) pierwszego etapu przetargu oraz o podanie faktu czy są to zamówienia własne, czy realizowane przez podmiot trzeci i udostępnione wykonawcy. Nie żądał podania firm podmiotów trzecich, czy o wskazania odbiorców usług. Żądane odpowiedzi mają zatem charakter anonimowy i uniemożliwiają identyfikację firm zarówno odbiorców, jak i dostawców (podmiotów trzecich). Po trzecie - odwołujący zwracał uwagę, że zamawiający jednocześnie udostępnił ww. informacje w zakresie Asseco. W opinii Comarch skoro je udostępnił, winien to uczynić także w zakresie pozostałych wykonawców. Zakres wniosku odwołującego odnośnie tego wykonawcy niczym się nie różnił, jest to równoznaczne nierównym traktowaniem wykonawców.

W zakresie zarzutu naruszenia przepisu art 26 ust 2b ustawy podnosił, że we wnioskach wykonawców Biatel Bit oraz Bull Polska występuje zjawisko wzajemnego „pożyczenia” sobie zasobów polegających na wiedzy i doświadczeniu. Biatel Bit otrzymał udostępnione zasoby od Bull Polska, Buli SAS, oraz spółki AMG. Z kolei wykonawca Bull Polska - ubiega się o zamówienie wspólnie z Buli SAS (Francja). Nastąpiło więc wzajemne udostępnienie sobie zasobów (w tym także od spółki AMG). Z faktu tego odwołujący wnioskował, iż także w zakresie wykazu usług wnioski obydwu ww wykonawców są identyczne - tj. podmioty te zawarły w nich identyczne usługi (użyczone sobie wzajemnie oraz przez spółki z nimi związane (AMG)). Odwołujący zwracał uwagę, że ww użyte zasoby zostały uwzględnione przez zamawiającego w ramach oceny wykonawców, którzy uzyskali jednakową liczbę punktów.

Comarch podkreślał, że w takim przypadku, o kwalifikacji do pierwszej w niniejszym stanie faktycznym piątki finalnie zdecydowała zasada, zgodnie z którą zamawiający wybierze spośród wykonawców, tych u których wartość wykazanych dwóch pierwszych zamówień, o których mowa w sekcji III.2.3 pkt 1) lit. a) jest większa.

Odwołujący prezentował pogląd, iż w przypadku postępowań dwuetapowych, uwzględnianie doświadczenia użyczonego od podmiotu trzeciego w celu przyznania dodatkowych punktów w ramach kryterium kwalifikującego do dalszego etapu postępowania, jest nadużyciem art. 26 ust. 2 b ustawy.

Kolejno Comarch zarzucał zamawiającemu naruszenie art 51 ust 1-3 ustawy, poprzez uznanie jako spełniające warunek udziału w postępowaniu zamówienia wykazanego przez Asseco w pozycji pierwszej wykazu zamówień o których mowa w pkt III.2.3) pkt 1 a) ogłoszenia o zamówieniu, podczas gdy zdaniem odwołującego zamówienie to nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu, co z kolei przekłada się na ilość punktów przyznanych temu wykonawcy w ramach oceny wniosków.

Odwołujący podnosił, że referencja Asseco dotycząca wykonania, wdrożenia, obsługi eksploatacyjnej i rozwoju systemu informatycznego Centralnej Ewidencji Pojazdów i Kierowców nie jest ważna, gdyż dokument potwierdzający należyte wykonanie usług jest datowany na 9 czerwca 2010 r., natomiast Asseco podpisało aneks na wydłużenie umowy do 30.11.2010 roku. W związku z powyższym zdaniem Comarch przedstawiona referencja nie może potwierdzać należytego wykonania systemu informatycznego CEPiK wykonywanego dla Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji.

3 lutego 2012 r. Comarch przekazał zamawiającemu kopię odwołania.

6 lutego 2012 r. zamawiający w formie elektronicznej oraz pisemnej przekazał wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia kopię odwołania.

Z zachowaniem terminu wskazanego w art. 185 ust. 2 ustawy do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili następujący wykonawcy: Unizeto, konsorcjum Bull, Asseco, konsorcjum Betacom. Natomiast po stronie odwołującego, z zachowaniem przywołanego powyżej terminu, przystąpił konsorcjum ATM.

15 lutego 2012 r. zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej.

W treści pisma wnosił o oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu pisma wskazywał, że nie zgadza się z twierdzeniem odwołującego, jakoby wskazane w odwołaniu informacje nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zdaniem zamawiającego - wbrew twierdzeniu odwołującego - nie jest to wartość abstrakcyjna, a wręcz przeciwnie, jest związana z konkretnymi wykazanymi zamówieniami. Podkreślał, że zakaz udostępniania dotyczy zastrzeżonej informacji w każdej możliwej postaci i formie, niezależnie od tego, czy jest to informacja w postaci pierwotnej czy przetworzonej. Udostępnianie choćby jednego elementu zastrzeżonej informacji, nawet w postaci przetworzonej (np. w postaci sumy wartości 2 zamówień) czy też choćby w postaci przybliżonej (np.: „więcej niż...”, „pomiędzy ... a ... „wartość większa niż w przypadku wykonawcy A i mniejsza niż w przypadku wykonawcy B”) prowadziłoby w oczywisty sposób do naruszenia tego zakazu. Zamawiający twierdził, odwołujący nie podał uzasadnienia dla twierdzenia, że ustawowych przesłanek definicji tajemnicy przedsiębiorstwa nie spełnia informacja, czy dane zamówienia podlegające punktacji były wykonywane siłami własnymi czy były to zamówienia realizowane przez podmioty trzecie. Zamawiający wyjaśniał, że w przypadku wszystkich wykonawców wskazanych w odwołaniu taka informacja została wyraźnie i skutecznie zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, zatem również jest objęta zakazem jej udostępniania pod rygorem odpowiedzialności cywilnej i karnej. Wobec powyższego zamawiający uznał zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 i art. 96 ust. 3 Pzp za bezzasadny.

Stwierdził również, że fakt udostępnienia wymienionych wyżej informacji w zakresie dotyczącym wykonawcy Asseco również nie dowodzi nieprawidłowości czynności lub zaniechań zamawiającego, skoro wskazany wykonawca nie dokonał zastrzeżenia tych informacji jako niepodlegających ujawnieniu, w związku z czym nie zachodzi w tym przypadku zakaz ich udostępniania. W związku z powyższym, w opinii zamawiającego, nie jest zasadny także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp.

Za bezpodstawny zamawiający uznał również zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust 4 Pzp, gdyż przepisy ustawy nie przewidują obowiązku udowodnienia czy wykazania przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie ma zatem podstaw prawnych do żądania w tym zakresie od wykonawcy jakichkolwiek oświadczeń, dokumentów czy wyjaśnień. Podkreślał, że zamawiający musi dokonać weryfikacji skuteczności zastrzeżenia samodzielnie i powinien każdorazowo badać, czy oświadczenia wykonawców o informacjach zawartych w ofercie (lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, rzeczywiście dotyczą informacji podlegających ochronie. Badanie to musi obejmować w szczególności (1) analizę treści zawartych w tych dokumentach, (2) badanie podmiotów wystawiających zastrzeżone dokumenty, (3) rozważenie okoliczności towarzyszących zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, (4) sprawdzenie czy informacje te wcześniej nie były podane do publicznej wiadomości. Efektem tej czynności, przeprowadzonej zgodnie z zasadą równego traktowania w stosunku do wszystkich wykonawców było uznanie przez zamawiającego, że zastrzeżenia zostały dokonane zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, w związku z czym są one skuteczne.

Niezależnie od wskazania na niezasadność analizowanych zarzutów, zamawiający podnosi, że w zakresie powyższych zarzutów odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 Pzp z uwagi na to, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy Pzp. W odpowiedzi wnioski odwołującego z dnia 25 stycznia 2012 oraz z dnia 27 stycznia 2012 r., złożone na podstawie art. 2 ust. 1 oraz art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 roku o dostępie do informacji publicznej, w dniu 2 lutego 2012 r. Wojewoda Podlaski na podstawie art. 16 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 roku o dostępie do informacji publicznej wydał odpowiednie decyzje o odmowie udostępnienia informacji publicznej w zakresie informacji o wartości dwóch pierwszych zamówień, jakie wykazał każdy z wykonawców zaproszonych przez zamawiającego do złożenia ofert oraz informacji czy dwa pierwsze zamówienia, o których mowa powyżej były zamówieniami realizowanymi przez wykonawców własnymi zasobami, czy też były to zamówienia udostępniane przez podmiot trzeci. Podkreślał, że w powyższym zakresie zastosowanie mają zatem przepisy o dostępie do informacji publicznej oraz ustawy Kodeks postępowania administracyjnego, a nie przepisy ustawy Pzp. Z uwagi na powyższe, zamawiający wnosil o odrzucenie odwołania w zakresie zgłoszonych zarzutów omówionych powyżej, względnie - z ostrożności procesowej - o oddalenie odwołania w tym zakresie.

Następnie odnosząc się do naruszenia przepisu art. 26 ust. 2b ustawy, zgodnie z zakresem zawartym w odwołaniu zamawiający podnosił, że przepisy Pzp (w szczególności art. 26 ust. 2b) nie ograniczają w żaden sposób zakresu, w jakim wykonawcy mogą polegać na zasobach innych podmiotów ani też nie ograniczają skutków prawnych stąd

wynikających. W jego ocenie przesłanką takiego stwierdzenia jest przede wszystkim dosłowne brzmienie art. 26 ust. 2b. W opinii zamawiającego ww. regulacja nie oznacza, że powołanie się na potencjał innego podmiotu jest możliwe wyłącznie w zakresie zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia. Z przepisu wynika jedynie, że obowiązek udowodnienia zamawiającemu dysponowania zasobami ogranicza się jedynie do zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia. W zakresie zasobów „innych niż niezbędne” Wykonawca natomiast takiego obowiązku nie ma - ma jednakowoż odpowiednią ku temu możliwość (kompetencję). Zdaniem zamawiającego przywołany przepis Pzp nie ogranicza zatem możliwości powoływania się na dysponowanie zasobami (własnymi lub innych podmiotów) ponad minimalny poziom standardów wymaganych przez zamawiającego. W jego ocenie ustawa przy obu etapach oceny wniosków (tzn. przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu jak i przy ocenie stopnia spełniania tych warunków) nakazuje brać pod uwagę ten sam element - przedmiotem oceny jest w obu przypadkach spełnianie warunków udziału w postępowaniu, co wynika bezpośrednio z treści art. 51 ust. 1a i ust. 2 Pzp:

W opinii zamawiającego zarówno zasoby, którymi wykonawca dysponuje bezpośrednio, jak i zasoby innego podmiotu, na których wykonawca polega na podstawie pisemnego zobowiązania takiego podmiotu, powinny być jednakowo brane pod uwagę zarówno przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (ocena wniosku pod kątem przesłanek wykluczenia wykonawcy) jak i przy ocenie stopnia spełniania tych warunków (ocena punktowa wniosku prowadzona w celu ograniczenia liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert). Wskazywał, że przedstawiona przez niego interpretacja art. 26 ust. 2b w zw. z art. 51 ust. 1a i 2 Pzp, w myśl której udostępnione zasoby innych podmiotów należy brać pod uwagę także przy ocenie stopnia spełniania warunków udziału w postępowaniu, pozostaje zgodna z odpowiednimi postanowieniami dyrektywy 2004/18/WE, mając w związku z powyższym walor wykładni prowspólnotowej. Nie zmienia tej oceny fakt zaniechania przez polskiego ustawodawcę możliwości ograniczenia powoływania się na zasoby innych podmiotów do „stosownych sytuacji”.

Na końcu zamawiający odniósł się do naruszenia przepisu art. 51 ust. 1-3 ustawy, w kontekście wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy Asseco. Zamawiający wskazywał, że nie miał podstaw, aby uznać, że zamówienie do którego odnosił się Comarch nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu ani też podstaw do wezwania do uzupełnienia dokumentów w powyższym zakresie w trybie art. 26 st. 3 ustawy Pzp. W opinii zamawiającego takiej podstawy w jego ocenie nie dowodzi również treść odwołania. Nie potwierdzona dowodami informacja o podpisaniu aneksu „na wydłużenie umowy na CEPiK” nie dowodzi w szczególności, że sam system

teleinformatyczny został wykonany później, aniżeli data dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usług. Ponadto podkreślał, że odwołujący nie wykazał w jaki konkretnie sposób podpisanie w dniu 30 września 2010 r. aneksu do umowy mogło negatywnie wpływać na fakt należytego wykonania zakresu zamówienia wskazanego w wykazie i referencjach.

Odnosząc się zaś do naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zamawiający podnosił, że przygotował i prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zgodny z zasadą zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający nie dyskryminował żadnego podmiotu uczestniczącego w postępowaniu. Te same prawa służyły wszystkim wykonawcom. Status prawny, struktura, pochodzenie, czy okres prowadzenia działalności pozostają bez wpływu na traktowanie wykonawców przez zamawiającego. W szczególności zamawiający zapewnił wszystkim wykonawcom równy dostęp do informacji związanych toczącym się postępowaniem.

W toku rozprawy strony w pełni podtrzymały stanowiska i argumentację zaprezentowaną w odwołaniu oraz w pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

KIO 261/12

6 lutego 2012 r. konsorcjum Sygnity wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w którego treści zarzucał zamawiającemu naruszenie:

1. art. 8 ust. 1 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez naruszenie zasady jawności postępowania w wyniku nie odtajnienia przez zamawiającego dokumentów i oświadczeń złożonych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, tj. wykazów wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie tych usług, złożonych we wnioskach następujących wykonawców biorących udział w postępowaniu: Biatel Bit, konsorcjum ZETO, konsorcjum Betacom, konsorcjum Bull, Unizeto, Comarch, pomimo tego, iż powyższe dokumenty i oświadczenia nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
2. art. 51 ust. 1a Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez wadliwe poinformowanie odwołującego o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i o otrzymanych ocenach spełniania tych warunków, która to informacja jest niewystarczająca i jednocześnie uniemożliwiająca odwołującemu weryfikację

- prawidłowości oceny i kwalifikacji wniosków, co w konsekwencji pozbawia odwołującego możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej w tym zakresie;
3. art. 51 ust. 2 Pzp w związku z art. 26 ust. 2b i art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wadliwej oceny stopnia spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. niezgodne z przepisami Pzp uwzględnienie przez zamawiającego przy dokonywanej ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu zasobów innych podmiotów, którymi dysponowali wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp;
 4. art. 51 ust. 2 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaproszenie do składania ofert wykonawców: Biatel Bit, konsorcjum Betacom, konsorcjum Bull, Unizeto, ze względu na wybór tych wykonawców w wyniku dokonania błędnej oceny stopnia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o której mowa w powyższym zarzucie;
 5. art. 51 ust. 2 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez bezzasadne nie zaproszenie odwołującego do złożenia oferty, a co z tym idzie niesłuszne potraktowanie odwołującego jako wykonawcy wykluczonego z prowadzonego postępowania - w wyniku naruszeń i zaniechań zamawiającego wskazanych w powyższych zarzutach;
 6. z ostrożności procesowej - art. 26 ust. 3 Pzp, przez bezpodstawne wezwania wykonawców Biatel Bit i Unizeto do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w zakresie dokumentów dotyczących zdolności finansowej.

Konsorcjum Sygnity wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1. odtajnienie dokumentów i oświadczeń złożonych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, tj. wykazów wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie tych usług, złożonych we wnioskach następujących wykonawców biorących udział w postępowaniu: Biatel Bit, konsorcjum ZETO, konsorcjum Betacom, konsorcjum Bull, Unizeto, Comarch;
2. unieważnienie czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
3. unieważnienie czynności zaproszenia do składania ofert wykonawców: Biatel Bit, konsorcjum Betacom, konsorcjum Bull, Unizeto,
4. powtórzenie czynności badania i oceny wniosków w sposób zgodny z przepisami Pzp,

5. poinformowanie odwołującego o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i o otrzymanych ocenach spełniania tych warunków w sposób należyty i dostatecznie jednoznaczny, umożliwiając odwołującemu weryfikację prawidłowej oceny złożonych wniosków i ich klasyfikację przez zamawiającego,
6. zaproszenie do składania ofert wykonawców, w tym odwołującego, którzy otrzymają najwyższe oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.
7. z ostrożności procesowej - unieważnienie bezpodstawnego wezwania wykonawców Biatel Bit i Unizeto do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp dokumentów i oświadczeń w zakresie dokumentów dotyczących zdolności finansowej.

W uzasadnieniu odwołania wyjaśniał, że pismem z dnia 26 stycznia 2012 r. zwrócił się do zamawiającego z prośbą o udostępnienie do wglądu protokołu postępowania wraz ze złożonymi wnioskami i załącznikami. W dniu 1 lutego 2012 r. zamawiający udostępnił odwołującemu tylko część ww. dokumentów i wniosków, powołując się na utajnienie części wniosków, jako zawierających tajemnice przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie odwołującego wykaz wykonanych usług w zakresie usług zrealizowanych na rzecz podmiotów publicznych wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie tych usług (np. referencje), nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i nie mogą być skutecznie zastrzeżone przez wykonawców składających wnioski zawierające ww. wykazy i dokumenty. Odwoływał się również do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, m. in. w orzeczeniu z dnia 7 listopada 2011 r., sygn. akt 2260/11, gdzie Izba stwierdziła, że dane dotyczące przedmiotu wykonanego już zamówienia, wartości usługi czy terminu jej realizacji nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Krajowa Izba Odwoławcza nie zgodziła się też ze stanowiskiem, że wykaz takich informacji ze względu na nagromadzenie w jednym zestawieniu może być niejawnym. O tajemnicy przedsiębiorstwa decyduje bowiem charakter danych, jakie zostały zastrzeżone, a nie ich ujęcie w jednym dokumencie. Tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów prawa zamówień publicznych nie są też dokumenty potwierdzające należyte wykonywanie usług. Wskazywał, że podobnie, zdaniem Izby, utajnione nie mogą być dokumenty podmiotów trzecich, które udostępniły zasoby wiedzy i doświadczeń. Stanowisko zbieżne z powyższym wyraża Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu z dnia 23 kwietnia 2010 r., sygn. akr.: KIO/UZP 528/10, w którym stwierdzono, że zarówno referencje, jak i wykaz usług zasadniczo nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Krajowa Izba Odwoławcza stanęła na stanowisku, iż, cyt: „co do zasady informacje dotyczące przedmiotu zamówienia, dat rozpoczęcia i zakończenia usługi, a także odbiorca nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa (...), aby powyższe okoliczności

zostały przez wykonawcę zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa, powinny zostać przez niego w sposób dostateczny uzasadnione". W opinii odwołującego, zamawiający nie dokonał należytej czynności badania i oceny zasadności zastrzeżenia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności nie wystąpił do określonych wykonawców o pisemne wyjaśnienie zasadności i podstawy zastrzeżenia tych informacji, poprzestając wyłącznie na oświadczeniach wykonawców zawartych w złożonych wnioskach.

W ocenie odwołującego nie odtajnienie powyższych informacji we wnioskach wskazanych w odwołaniu było bezpodstawne. Zamawiający winien je odtajnić, czego nie uczynił. Jednocześnie podkreślał, iż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy, gdyż zasadą jest jawność postępowania o zamówienie publiczne i jawność ofert. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a wykonawcy powinni wykazać, że zrobili to w sposób uprawniony.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 51 ust. 1a Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp odwołujący wskazywał, że zamawiający nie udzielił informacji odwołującemu, które zamówienia i o jakiej wartości stanowiły podstawę do oceny poszczególnych wniosków, a tym samym decydowały o zaproszeniu wykonawców wskazanych w przekazanej informacji do dalszego etapu postępowania (składania ofert). Jednocześnie Odwołujący zwracał uwagę, że zamawiającego nie przekazał informacji odnośnie oceny wniosku złożonego przez samego odwołującego. Odwołujący na pozycji pierwszej i drugiej wykazu wykonanych usług wskazał odpowiednio zamówienia o wartości ponad 70.000.000,00 PLN i 160.576.957,48 PLN. W związku z powyższym łączna wartości wykazanych przez Odwołującego usług wynosi ponad 230.576.957,48 PLN. Niemniej zamawiający nie udzielił Odwołującemu informacji, które z usług zostały przez zamawiającego wzięte pod uwagę przy przeprowadzaniu oceny i czy wartość tych usług jest zgodna z wartością wykazaną powyżej przez odwołującego. Jednocześnie odwołujący podkreślał, że zamawiający w piśmie z dnia 1 lutego 2012 r. stanowiącym odpowiedź na wątpliwości odwołującego, dotyczące oceny i kwalifikacji złożonych wniosków, odmówił przekazania informacji odnośnie wskazania usług (zamówień) i ich wartości, które zostały uwzględnione przy dokonywaniu oceny i kwalifikacji poszczególnych wniosków, zasłaniając się, zdaniem odwołującego niezasadnie, zastrzeżeniem tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Ww. informacje zostały przekazane odwołującemu jedynie w zakresie wniosku Asseco, jako informacje niezastrzeżone przez wykonawcę.

Tym samym odwołujący wyjaśniał, że nie zna podstaw dokonania przez zamawiającego oceny złożonego przez odwołującego wniosku, a tym samym przesłanek, na

podstawie których zamawiający nie zaprosił odwołującego do złożenia oferty i traktuje go jako wykonawcę wykluczonego z postępowania.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 51 ust. 2 Pzp w związku z art. 26 ust. 2b i art. 7 ust. 1 Pzp odwołujący stwierdził że z umiejscowienia zasad dysponowania zasobami podmiotów trzecich na podstawie powyższego przepisu oraz z jego brzemienia wynikało, iż wykonawca może posłużyć się zasobami podmiotów trzecich jedynie na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, natomiast nie jest uprawniony do posługiwania się tymi zasobami na okoliczność oceny najwyższego spełniania warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 51 ust. 2 Pzp. Przyjęcie do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w opinii odwołującego stanowi błąd, który zamawiający popełnił w niniejszym postępowaniu. Zdaniem odwołującego taka procedura oceny najwyższego spełniania warunków udziału w postępowaniu jest błędna i narusza przepisy Pzp w zakresie art. 26 ust. 2 b) Pzp oraz art. 51 ust 2 Pzp. W związku z powyższym wymagane jest unieważnienie czynności badania i oceny złożonych wniosków wraz z zaproszeniem wybranych wykonawców i ponowne przeprowadzenie tych czynności.

Z ostrożności procesowej, odwołujący jednocześnie wskazywał na wątpliwości i rozbieżności wynikające z dokonanej w dniu 20 stycznia 2012 r. przez zamawiającego pierwszej oceny najwyższego spełniania warunków udziału w postępowaniu i zaproszeniu wybranych wykonawców do drugiego etapu postępowania (w tym odwołującego), a następnie unieważnieniu tej oceny pismem z dnia 23 stycznia 2012 r. Zamawiający w tym piśmie poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu - w związku z omyłkowym pominięciem dwóch złożonych wniosków dokumentów przy ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W wyjaśnieniach udzielonych odwołującemu w dniu 1 lutego 2012 r. zamawiający poinformował, że powodem unieważnienia czynności wyboru jest nie uwzględnienie dwóch dokumentów, złożonych w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, czego konsekwencją było przyznanie dwóm wykonawcom (Biatel Bit i Unizeto) zbyt małej liczby punktów. Odwołujący wskazuje, przyznanie „dodatkowej” liczby punktów nastąpiło w zakresie kryterium 1 - środki finansowe lub zdolność kredytowa. Odwołujący zauważa, że ww. wykonawcy pierwotnie (po pierwszej ocenie spełniania warunków) posiadali odpowiednio po 10 i 20 pkt (spełniali już minimalne wymagania udziału w postępowaniu), a następnie po wezwaniu przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, posiadali już po 30 pkt w zakresie tego kryterium. W opinii odwołującego niedopuszczalne jest wezwanie przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wykonawców, którzy spełniają minimalne wymagane warunki

udziału w postępowaniu, celem przyznania takim wykonawcom wyższej oceny punktowej w ramach oceny najwyższego spełniania warunków udziału w postępowaniu. Takie działania zamawiającego zdaniem odwołującego jest niedopuszczalne i wskazywać może na naruszenie art. 26 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp.

6 lutego 2012 r. konsorcjum Sygnity przekazał zamawiającemu kopię odwołania.

7 lutego 2012 r. zamawiający w formie elektronicznej oraz pisemnej przekazał wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia kopię odwołania.

Z zachowaniem terminu wskazanego w art. 185 ust. 2 ustawy do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili następujący wykonawcy: Biatel Bit, Unizeto, konsorcjum Bull, konsorcjum Betacom, konsorcjum ZETO, Comarch. Natomiast po stronie odwołującego, z zachowaniem przywołanego powyżej terminu, przystąpili: konsorcjum ATM oraz Asseco.

15 lutego 2012 r. zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej.

W treści pisma wnosił o oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu pisma w kwestii zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przytoczył stanowisko, które zostało przytoczone przy okazji odpowiedzi na odwołanie o sygn. akt KIO 223/12 oraz sygn. akt KIO 248/12.

Dodatkowo jedynie wyjaśnił, że oparcie się na przepisie art 139 ust. 3 Pzp stanowiącym o jawności umów i wywodzenie za jego pomocą, że wykaz wykonanych usług w zakresie usług zrealizowanych na rzecz podmiotów publicznych wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie tych usług nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa, uznaje zbyt daleko idące, wskazując przy tym chociażby na usługi związane z bezpieczeństwem wewnętrznym (należy dodać, że tego rodzaju elementy wchodzi również w skład przedmiotu zamówienia udzielanego w przedmiotowym postępowaniu). W ocenie zamawiającego wszelkie próby abstrakcyjnego kategoryzowania dokumentów pod względem tego, czy mogą one zawierać tajemnicę przedsiębiorstwa, są chybione. Przedmiotem oceny - jak podnosi zresztą sam odwołujący - powinien być bowiem charakter informacji, a nie rodzaj dokumentu w którym została zawarta.

Zamawiający w piśmie wskazał również, że dokonał analizy treści zastrzeżonych informacji, biorąc przy tym pod uwagę charakter podmiotów wystawiających zastrzeżone dokumenty oraz okoliczności towarzyszące zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający podjął również działania w celu ustalenia, czy informacje te wcześniej nie były

podane do publicznej wiadomości. Zamawiający korzystał przy tym z wiedzy tych członków komisji przetargowej, którzy ze względu na zakres obowiązków służbowych posiadają szeroką znajomość rynku zamówień ICT (informatycznych i telekomunikacyjnych). Efektem tej czynności, przeprowadzonej zgodnie z zasadą równego traktowania w stosunku do wszystkich wykonawców, którzy dokonali takich zastrzeżeń (w tym także w stosunku do odwołującego) było uznanie, że zastrzeżenia zostały dokonane zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, w związku z czym są one skuteczne.

W zakresie następnego z zarzutów, tj. naruszenia art. 51 ust. 1a Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, zamawiający podnosił, że pismem z dnia 25 stycznia 2012 r. poinformował odwołującego (oraz innych wykonawców) o wynikach ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym o przyznanej ocenie punktowej. Wskazywał, że przytoczone przez samego odwołującego okoliczności faktyczne potwierdzają zatem, że zamawiający wypełnił oba obowiązki wynikające z dyspozycji wskazanego przepisu, gdyż poinformował o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu - czyli o wykonawcach, którzy został wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia (podając również uzasadnienie faktyczne prawne - art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp per analogiam) oraz o wykonawcach, którzy wykazał spełnianie warunków i brak podstaw do wykluczenia. Zamawiający poinformował również o otrzymanych ocenach spełniania warunków - podając liczbę punktów przyznanych poszczególnym wykonawcom stosownie do kryteriów wskazanych w tym zakresie w ogłoszeniu o zamówieniu, jak również - ze względu na uzyskaną przez ośmiu wykonawców równą liczbę punktów - wskazując wykonawców, u których wartość wykazanych 2 pierwszych zamówień, o których mowa w sekcji III.2.3 pkt 1) lit. a) ogłoszenia o zamówieniu jest większa.

Odnosząc się do zarzutu nie udzielenia przez zamawiającego informacji odwołującemu, które zamówienia i o jakiej wartości decydowały o zaproszeniu wykonawców do dalszego etapu postępowania zamawiający zwrócił uwagę, że zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu zamawiający brał pod uwagę wartość wykazanych 2 pierwszych zamówień, o których mowa w sekcji III.2.3 pkt 1) lit. a) ogłoszenia o zamówieniu - o czym zresztą zamawiający wyraźnie poinformował w treści przedmiotowego pisma. Zatem zarzut w tym zakresie nie ma zatem podstaw faktycznych. Jeżeli chodzi o wartość tych zamówień, zamawiający wskazywał, że przepis art. 51 ust. 1a Pzp nie wymaga cytowania podstaw dokonanej oceny - znajdują się one bowiem w dokumentach źródłowych, załączonych do wniosków wykonawców i stanowiących załączniki do protokołu postępowania. Podkreślał, że dyspozycja art. 51 ust. 1a Pzp nie określa obowiązków takich, jak np. w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający nie dopuścił się zatem żadnego zaniechania czynności, do której byłby zobowiązany na podstawie ustawy. Zwracał uwagę, że żądania odwołującego sprowadzają

się w istocie do tego, by zamawiający udostępnił zastrzeżone informacje w postaci przetworzonej - poprzez przeniesienie zastrzeżonych informacji z dokumentów źródłowych do pisma informującego o wyniku oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach. Zamawiający uznał, że zgodnie z art. 51 ust. 1a Pzp nie ma jednak podstaw prawnych dla takiego działania, a takie działanie byłoby niezgodne z treścią art. 8 ust. 3 Pzp, gdyż ustawa Pzp nie ogranicza w żaden sposób skutków zastrzeżenia dokonanego na podstawie tego ostatniego przepisu. Zakaz udostępniania dotyczy zastrzeżonej informacji w każdej możliwej postaci i formie, niezależnie od tego, czy jest to informacja w postaci pierwotnej czy przetworzonej. Udostępnianie choćby jednego elementu zastrzeżonej informacji, nawet w postaci przetworzonej prowadziłoby w oczywisty sposób do naruszenia tego zakazu. Zdaniem zamawiającego takie działanie pozostawałoby w sprzeczności z zasadą prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp.

W kwestii naruszenia art. 51 ust. 2 Pzp w związku z art. 26 ust. 2b i art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający odnosząc się do możliwości posługiwania się potencjałem podmiotu trzeciego w celu uzyskania maksymalnej liczby punktów posłużył się tożsamą argumentacją jaką została zawarta w odpowiedzi na odwołanie o sygn akt KIO 248/12.

Dodatkowo, jako ostatni argument przemawiający za bezzasadnością zarzutów w omawianym zakresie wskazywał także i na to, że opublikowana treść ogłoszenia o zamówieniu w żadnej mierze nie daje podstaw ku temu, by w zakresie oceny wniosków nie uwzględniać doświadczenia i wiedzy udostępnionej wykonawcom przez podmioty trzecie w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zdaniem zamawiającego, podniesiona przez odwołującego jako argument okoliczność umiejscowienia zapisów dotyczących art. 26 ust. 2b Pzp w ogłoszeniu o zamówieniu (strona 9 odwołania, wiersz 1) nie tylko nie podważa, ale wręcz potwierdza prawidłowość zasad przyjętych przez zamawiającego, gdyż wspomniany zapis zamieszczony został w sekcji III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu. Postanowienia zawarte w ostatnim zdaniu w sekcji IV.1.2 ogłoszenia o zamówieniu, które zdecydowały w przedmiotowym postępowaniu o gronie wykonawców zaproszonych do składania ofert, odsyłają do warunku opisanego właśnie w sekcji III.2.3 w punkcie 1) pod literą a). W opinii zamawiającego stanowi to niepodważalny dowód, że w przedmiotowym postępowaniu zasada polegania na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów jest identyczna zarówno w przypadku wykazania osiągnięcia minimalnego poziomu wymaganych standardów, jak i przy ograniczeniu liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert.

Na końcu zamawiający odniósł się do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp przez bezpodstawne wezwania wykonawców Biatel Bit i Unizeto do uzupełnienia dokumentów i

oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w zakresie dokumentów dotyczących zdolności finansowej wskazując, że postawienie powyższego zarzutu jest następstwem błędnych ustaleń odwołującego co do stanu faktycznego, opartych na dokonanej przez niego interpretacji wyjaśnień udzielonych na jego wniosek przez zamawiającego. Zamawiający wyjaśniał, że wykonawca Unizeto nie złożył wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu żądanej przez zamawiającego informacji banku. Zamawiający wezwał w związku z powyższym w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia (uzupełnienia) wymaganego dokumentu. W wyznaczonym terminie wykonawca złożył jednocześnie więcej niż 1 taki dokument. Dokonując pierwszej (następnie unieważnionej) czynności oceny wniosków, przy dokonywaniu oceny spełniania warunku i ocenie punktowej wniosku. Zamawiający omyłkowo nie uwzględnił jednej ze złożonych informacji banku czego konsekwencją było przyznanie temu wykonawcy niewłaściwej (zbyt małej) liczby punktów. Analogiczna sytuacja miała miejsce w przypadku Biatel Bit.

W toku rozprawy strony w pełni podtrzymały stanowiska i argumentację zaprezentowaną w odwołaniu oraz w pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez zamawiającego, stanowiska i oświadczenia stron oraz przystępujących, złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Okoliczności faktyczne sprawy, w szczególności związane z treścią: ogłoszenia o zamówieniu, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, poszczególnych pism wykonawców kierowanych do zamawiającego wraz z odpowiedziami zostały prawidłowo przytoczone w odwołaniach, co zostało zreferowane powyżej.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołań, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp. Zatem Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie.

Następnie Izba zbadała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawców zgłaszających przystąpienia i nie znalazła podstaw niedopuszczenia do postępowania odwoławczego któregokolwiek z wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego zarówno po stronie zamawiającego jak i odwołującego.

KIO 223/12

Po dokonaniu oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Jako pierwszy Izba rozpoznała zgłoszony przez konsorcjum ZETO zarzut naruszenia przepisu art. 51 ust 2 ustawy poprzez ustalenie, iż najwyższe oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu otrzymują wykonawcy, którzy wykazali niższy poziom spełniania warunków (i zaproszenie ich do składania ofert) i jednocześnie nie zaproszenie do składania ofert wykonawców (wskutek wadliwej oceny wniosków), wykonawców, którzy powinni otrzymać najwyższe oceny spełniania warunków. Izba stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się.

W sekcji IV.1.2. ogłoszenia o zamówieniu zamawiający ograniczył liczbę wykonawców, których zaprosi do dalszego etapu postępowania do liczby 5 wykonawców. Wskazał, że jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż 5, zamawiający zaprosi do składania ofert 5 wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i doświadczenia zawodowego. Ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu będzie dokonywana na podstawie następujących kryteriów: Kryterium 1 – Środki finansowe lub zdolność kredytowa. Zgodnie z pkt. III.2.2 ogłoszenia o zamówieniu wykonawca musiał wykazać posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 10.000.000,00 PLN. Jeżeli wykonawca wykaże posiadanie środków finansowych na rachunku lub zdolność kredytową w zakresie:

- a) powyżej 10.000.000,00 do 20.000.000,00 PLN otrzyma 10 pkt.
- b) powyżej 20.000.000,00 do 30.000.000,00 PLN otrzyma 20 pkt.
- c) powyżej 30.000.000,00 PLN otrzyma 30 pkt.

Kryterium 2 – liczba zamówień zgodnych z wymaganiami opisanymi w sekcji III.2.3 pkt 1 lit a). Za każde kolejne zamówienie (powyżej 2 minimalnych zamówień) zgodne z wymaganiami opisanymi w sekcji III.2.3 pkt 1 lit a) wykonawca otrzyma 10 pkt, nie więcej jednak niż 70 pkt.

W przypadku, gdy - po zastosowaniu wyżej wymienionych ocen w zakresie zdolności ekonomicznej i doświadczenia zawodowego - nie będzie można dokonać zakwalifikowania 5 wykonawców z uwagi na to, że dwóch lub więcej wykonawców uzyska taką samą liczbę punktów, zamawiający spośród nich wybierze tych wykonawców, u których wartość

wykazanych dwóch pierwszych zamówień, o których mowa w sekcji III.2.3 pkt lit. a) jest większa.

Z ustaleń Izby wynika, że maksymalną liczbę 100 pkt. otrzymało 8 wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia: Asseco, Biatel Bit, konsorcjum ZETO, konsorcjum Betacom, konsorcjum Sygnity, konsorcjum Bull, Unizeto, Comarch.

Pismem z dnia 25 stycznia 2012 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełnienia ww. warunków. W treści pisma zamawiający podał określoną ilość punktów przyznanych w zakresie poszczególnych kryteriów oraz zbiorczą ilość punktów i miejsce wykonawcy w klasyfikacji po ocenie. Zamawiający podał również, że do składania ofert zostaną zaproszeni następujący wykonawcy: Asseco, Biatel Bit, konsorcjum Betacom, konsorcjum Bull, Unizeto, którym przyznał maksymalną liczbę punktów w każdym kryterium. Pozostali wykonawcy - Comarch, konsorcjum Sygnity oraz odwołujący - którzy otrzymali również maksymalną liczbę punktów w każdym z kryteriów nie zostali zaproszeni do dalszego etapu postępowania, tj. do złożenia ofert.

Niespornym jest, że maksymalną liczbę punktów uzyskało równocześnie 8 wykonawców, w tym również odwołujący. Izba wskazuje, że liczba punktów przyznanych przez zamawiającego poszczególnym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu nie jest kwestionowana.

Zatem rozstrzygnięcie sporu sprowadza się do analizy prawidłowości postępowania zamawiającego w zakresie zastosowania regulacji zawartej w ostatnim zdaniu w sekcji IV.1.2 ogłoszenia o zamówieniu, zgodnie z którą w przypadku, gdy nie będzie można dokonać zakwalifikowania 5 wykonawców z uwagi na to, że dwóch lub więcej wykonawców uzyska taką samą liczbę punktów, zamawiający spośród nich winien wybrać tych wykonawców, u których wartość wykazanych dwóch pierwszych zamówień, o których mowa w sekcji III.2.3 pkt lit. a) jest większa.

W rozpoznawanej kwestii Izba w pełni podziela stanowisko zajmowane przez zamawiającego wskazując, że zamawiający w sposób prawidłowy przyjął, że należy punktować dwie pierwsze pozycje z wykazu wykonanych usług. Izba podkreśla, że z treści ogłoszenia o zamówieniu wynika wprost, że zamawiający wymagał określonego uporządkowania zamówień w wykazie wykonanych usług. Świadczy o tym chociażby stwierdzenie „dwóch pierwszych zamówień”.

Izba argumentację odwołującego, opierającą się na tym, że stwierdzenie „dwóch pierwszych zamówień” należy odnosić do dwóch pierwszych zamówień nie pod względem kolejności zamówień w wykazie, ale ich wartości uznała za chybioną. Przemawia za tym przede wszystkim fakt, że w sekcji IV. 1.2. treści ogłoszenia o zamówieniu brak jest sformułowań, które odnosiłyby się do uszeregowania zamówień pod względem wartości. Niewątpliwie gdyby zamawiający wyrażał wolę punktowania dwóch pierwszych zamówień pod względem ich wartości, tj. dwóch zamówień o największej wartości, dałby temu wyraz poprzez zamieszczenie w treści ogłoszenia stosownych określeń w tym zakresie, chociażby poprzez wskazanie, że w przypadku, gdy nie będzie można dokonać kwalifikacji 5 wykonawców z uwagi na to, że dwóch lub więcej wykonawców uzyska taką samą liczbę punktów, zamawiający spośród nich wybierze tych wykonawców, u których wartość wykazanych dwóch pierwszych zamówień pod względem wartości, o których mowa w sekcji III.2.3 pkt lit. a) jest większa. Z tego rodzaju zapisem w rozpoznawanym stanie faktycznym nie mamy do czynienia zatem należy uznać, że zamawiający będzie brał pod uwagę pod względem kolejności dwa pierwsze zamówienia znajdujące się w wykazie wykonanych usług i porównywał ich wartość u poszczególnych wykonawców.

Po zbadaniu zarzut naruszenia przepisu art. 51 ust. 2 ustawy, Izba stwierdziła, że zamawiający w sposób prawidłowy zastosował regulację zawartą w sekcji IV.1.2. ogłoszenia o zamówieniu biorąc pod uwagę pod względem kolejności dwa pierwsze zamówienia z wykazu wykonanych usług. Tym samym zgłoszony zarzut należy uznać za niezasadny. W konsekwencji Izba nie stwierdziła naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp polegającego na naruszeniu zasady równego traktowania przejawiającej się w zaproszeniu do składania ofert wykonawców, którzy powinni otrzymać niższe oceny wniosków i pominięcie tych, którzy powinni uzyskać takie oceny wyższe.

W zakresie zarzut dotyczącego naruszenia art. 22 ust. 4 Pzp również rację ma zamawiający, który podnosił, że wskazany przepis dotyczy zamieszczanego w ogłoszeniu o zamówieniu opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zatem jego naruszenie mogło mieć miejsce tylko na etapie przygotowania postępowania, ze skutkiem w postaci wadliwej treści ogłoszenia o zamówieniu.

Izba wskazuje, że powyższy przepis nie może zostać naruszony w toku czynności zamawiającego polegającej na ocenie spełniania warunków dokonywanej w sposób zgodny z opisem zawartym w ogłoszeniu o zamówieniu. Tego rodzaju zarzut Izba uznała za spóźniony. Tym samym nie może on być podnoszony na obecnym etapie postępowania.

W odniesieniu do twierdzeń odwołującego, jakoby zamawiający oceniając wnioski dokonał interpretacji postanowień ogłoszenia o zamówieniu, która doprowadziła do wyboru

wykonawcy, który uszeregował w wykazie wykonanych usług w spodziewany przez zamawiającego sposób swoje doświadczenia, Izba stoi na stanowisku, które zostało wyrażone powyżej w zakresie badania zasadności zarzutu naruszenia art. 51 ust. 2 Pzp.

Izba nie dopatrzyła się również w działaniu zamawiającego naruszenia art. 14 Pzp w związku z art. 65 § 1 k.c. poprzez zaniechanie dokonania wykładni oświadczenia woli wyrażonego we wniosku odwołującego zgodnie z wynikającymi z tego przepisu zasadami.

Następnie Izba rozpoznała zarzuty naruszenia przepisu art. 24 ust 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust 1 pkt 4 oraz art. 26 ust. 3 ustawy oraz § 1 ust 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Po zbadaniu całokształtu okoliczności związanych z podnoszonymi zarzutami Izba stwierdziła, że zarzuty w części potwierdziły się.

W sekcji III. 2.2. pkt 2 - zdolność ekonomiczna i finansowa - ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wskazał, że celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej wymaga przedłożenia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Z ustaleń Izby wynika, że Asseco do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu załączył Polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej Nr 000-11-430-05883856 wraz dowodem opłacenia I raty polisy w kwocie 42.750,00 zł. (str. 43-49 wniosku).

W treści polisy wskazano, że płatność składki w kwocie 171.000,00 zł będzie dokonana w IV ratach, po 42.750,00 PLN w następujących terminach: I rata składki płatna w terminie do 25.10.2011 r., II rata składki płatna w terminie do 5.12.2011 r., III rata składki płatna w terminie do 5.03.2012 r., IV rata składki płatna w terminie do 5.06.2012 r.

Termin składania wniosków upłynął w dniu 21 listopada 2011 r. o godz. 10.00 (Druk ZP-PO pkt 7 ppkt 2).

Wykonawca Unizeto wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przedłożył Certyfikat wystawiony przez Powszechny Zakład Ubezpieczeń Spółka Akcyjna Oddział Regionalny w Szczecinie (str. 17 wniosku). W treści certyfikatu wskazano, że Unizeto posiada polisę odpowiedzialności cywilnej nr 1SZ42410006 wydaną przez wystawcę certyfikatu. Izba ustaliła, że do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Unizeto nie dołączył dowodu opłacenia ww. polisy.

Izba wskazuje, że zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, w postępowaniach, określonych w art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający żąda opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wielokrotnie wskazywano, że polisa OC składana przez wykonawców w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu nie służy zabezpieczeniu realizacji zamówienia, w przedmiocie którego prowadzone jest postępowanie, lecz ma potwierdzić, że to wykonawca posiada ubezpieczenie OC w określonej przez zamawiającego wysokości (wyrok KIO z dnia 30.11.2010 r. sygn. akt KIO 2512/10; wyrok KIO z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt: KIO 753/11, KIO 758/11; wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2011 r. Sygn. akt KIO 2801/10; wyrok z dnia 21 maja 2010r. sygn. akt: KIO/UZP 814/10; wyrok KIO z dnia 15 lipca 2010 r., sygn. akt: KIO 1395/10; wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 605/11; wyrok z dnia 9 marca 2009 r. Sygn. akt KIO/UZP 216/09, KIO/UZP 223/09).

Izba zważyła, że z art. 814 § 1 k.c. wynika, że jeżeli nie umówiono się inaczej, odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się od dnia następującego po zawarciu umowy, nie wcześniej jednak niż od dnia następnego po zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty. Natomiast z dyspozycji § 2 wynika możliwość odpowiedzialności ubezpieczyciela jeszcze przed zapłaceniem składki lub jej pierwszej raty. Przytoczone przepisy Kodeksu cywilnego korelują ze wskazanym wyżej przepisem § 1 ust. 1 pkt. 10 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

Bezspornym jest, że Asseco wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożył wymaganą polisę OC wraz z dowodem uiszczenia I raty składki, która była już wymagalna na dzień upływu terminu składania wniosków. Przy tym należy zwrócić uwagę, że posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej jest przede wszystkim związane z działalnością prowadzoną przez wykonawców. Tym samym za właściwe i słuszne należy uznać opłacanie przez wykonawców składki polisy z uwzględnieniem uzgodnień z ubezpieczycielem. Za niecelowe i nie znajdujące podstawy prawnej należy uznać stanowisko, z którego wynika, że wykonawca na potrzeby postępowań objętych procedurą Pzp winien dokonać płatności polisy w całości.

W ocenie Izby Asseco przedłożył dokumenty, które potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej, polegającego na byciu ubezpieczonym od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na dzień składania wniosków. W dniu składania wniosku polisa OC, którą posługiwał się Asseco, była opłacona zgodnie z umowa zawartą z ubezpieczycielem. W ocenie Izby zapłała jedynie pierwszej raty należnej składki nie świadczy o tym, że polisa nie została należycie opłacona. Tym samym zarzuty naruszenia art. 24 ust 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust 1 pkt 4 oraz § 1 ust 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów w stosunku do wykonawcy Asseco nie potwierdziły się.

Natomiast w zakresie zarzutów sformułowanych w stosunku do Unizeto Izba stwierdziła, że zarzuty w części zasługują na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że z treści certyfikatu wystawionego przez Powszechny Zakład Ubezpieczeń Spółka Akcyjna Oddział Regionalny w Szczecinie (str. 17 wniosku) złożonego przez Unizeto wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wynika, że wykonawca posiada polisę odpowiedzialności cywilnej nr 1SZ42410006 wydaną przez wystawcę certyfikatu. Niespornym jest, również że do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Unizeto nie dołączył dowodu opłacenia ww. polisy. W związku z tym, że w treści certyfikatu, którym posługiwał się Unizeto wprost wskazano, że wykonawca posiada polisę OC, to certyfikat ten nie powinien być potraktowany przez zamawiającego jako inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, gdyż o taki dokument jest dopuszczany dopiero wówczas, gdy brak jest polisy. Na taką interpretację wskazuje brzmienie zawarta w § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, w którym ustawodawca jasno określił, że zamawiający w pierwszej kolejności winien żądać opłaconej polisy, a dopiero w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

W rozpoznawanym stanie faktycznym wykonawca posiada polisę OC, a jedynie nie dołączył dowodu jej opłacenia. Wobec powyższego zamawiający winien był wezwać Unizeto do uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na wartość nie mniejszą niż 5 000 000,00 PLN. Zamawiający zaniechał tej czynności w stosunku do wykonawcy Unizeto czym naruszył art. 26 ust. 3 Pzp.

Przedłożony z ostrożności procesowej na rozprawie przez Unizeto dowód opłacenia polisy OC potwierdza jedynie okoliczność, że ten dokument winien być złożony wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła zasadność zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp. W odniesieniu do pozostałych zarzutów, tj. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 oraz § 1 ust 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, Izba stwierdziła, że przed zastosowaniem procedury wynikającej z art. 26 ust. 3 Pzp w stosunku do Unizeto, zarzuty te należy uznać za przedwczesne.

Kolejny zarzut, który podlegał rozpoznaniu przez Izbę, jest związany z naruszeniem art. 8 ustawy w zw. z art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które nie mają takiego charakteru i zaniechanie ujawnienia tych informacji. Zarzut odnosił się objęcia tajemnicą przez konsorcjum Bull informacji o sytuacji finansowej.

Z ustaleń Izby wynika, że konsorcjum Bull wraz z wnioskiem załączył zaświadczenie banku (str. 73-74 wniosku), w którym podano wysokość środków finansowych na rachunku inwestycyjnym oraz wskazano gotowość banku do udzielenia linii kredytowej do określonej wysokości. W treści wniosku wykonawca wskazał wprost, że zaświadczenie jest objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 ustawy – postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Przejawia się ona w szeregu czynności podejmowanych przez zamawiającego i uczestników postępowania, począwszy od publicznego, jawnego ogłoszenia o zamówieniu, przez jawne otwarcie ofert i udostępnienie protokołu, ofert, oświadczeń składanych w toku postępowania, aż po jawność umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Art. 8 ust. 1 ustawy nadał jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rangę zasady o doniosłym znaczeniu. W doktrynie uznaje się, że jawność postępowania o zamówienie publiczne z jednej strony jest prawem każdego wykonawcy gwarantującym dostęp do informacji o toczącym się postępowaniu, natomiast z drugiej jest nakazem skierowanym do zamawiających, prowadzących postępowanie, aby na każdym jego etapie zagwarantowali wykonawcom dostęp do informacji na temat zamówienia publicznego. Zatem bez wątplenia zasadą jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a jej wyłączenie ma jedynie charakter wyjątku i jest możliwe tylko przy wykazaniu potrzeby ochrony określonych ustawą wartości (zob. wyrok KIO UZP z 19

lipca 2010 r., KIO/UZP 1400/10, LexPolonica nr 2369090) (tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, wyd. 2 , LexisNexis Polska, Warszawa 2010, s. 114-115).

Wyjątek od zasady jawności postępowania wyraża przepis art. 8 ust. 3 ustawy, 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 ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy.

Art. 86 ust. 4 ustawy wymienia enumeratywnie elementy jakie w złożonej ofercie nie mogą zostać zastrzeżone. Należą do nich nazwa (firma), adres wykonawcy, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Ustawodawca tym samym, a contrario dopuścił możliwość objęcia pozostałych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane.

Podkreślić należy, że ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. W zakresie informacji, które nie podlegają udostępnieniu ustawa odsyła do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa ujętej w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 roku (Dz. U. z 2003 r., Nr 153 poz. 1503 ze zm.). Zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, 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.

W orzecznictwie określa się (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00), że aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki:

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

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

Izba wskazuje, że pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazać w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczający w reżim oparty na zasadzie jawności, powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Godna uwagi w tym miejscu jest teza wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001 r. (sygn. akt I CKN 1159/2000), gdzie wskazano, że: „zakresem tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą być objęte informacje powszechnie znane lub takie, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć”. Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00). Powszechnie przyjmuje się - zdaniem Sądu Najwyższego - że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) "nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się "tajemnicą przedsiębiorstwa", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznaną, ale nie będzie tajemnicą.

Wobec powyższego stwierdzić należy, iż przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia działań, które zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zapewnią ochronę informacji przed upowszechnieniem, czy - ściślej mówiąc - ujawnieniem. Wskazuje to na obiektywną ocenę

użytego w przepisie 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zwrotu "niezbędność". Ocena ma być dokonana ex ante, a nie ex post. Działanie przedsiębiorcy musi doprowadzić do powstania warunków stwarzających duże prawdopodobieństwo, że informacja pozostanie nieujawniona. Zatem, dopóki sam przedsiębiorca nie podejmie działań bezpośrednio zmierzających do zachowania danych informacji w poufności, nie można mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Obowiązkiem zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie, czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na obowiązek badania przez zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, III CZP 74/05 cyt. „w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następnym stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji”. Wyrażony przez Sąd Najwyższy pogląd zachowuje, w ocenie Izby, pełną aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawa. Tak więc zamawiający przede wszystkim powinien dokonać oceny, jaki charakter ma zastrzeżona informacja. Następnie powinien mieć pewność, że informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznane ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca – dysponent informacji wyraża wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnego kręgu odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób, a powyższe mieści się w charakterze obowiązków, a nie uprawnień zamawiającego. Jeżeli, w ocenie zamawiającego, zastrzeżone przez wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub mają charakter jawnych, wówczas zobowiązany jest on do ich ujawnienia w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Nie można

przyjąć, by ciężar ten spoczywał na wykonawcy, który zarzut nieskutecznego zastrzeżenia podnosi w odwołaniu. Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać, iż podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji.

Przekładając niniejsze rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy stwierdzić należy, że w badanym stanie faktycznym zostały spełnione przesłanki wymagane do uznania informacji banku związanej z sytuacją finansową za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zdaniem Izby informacja banku o wysokość środków finansowych na rachunku inwestycyjnym oraz zdolności kredytowej wykonawcy bez wątpienia może posiadać określoną wartość gospodarczą dla konkretnego wykonawcy, gdyż obrazuje zdolności finansowe danego podmiotu, jego możliwości angażowania się w różnorodne przedsięwzięcia oraz zdolność do udziału w określonych postępowaniach o zamówienie publiczne.

Niewątpliwie tego rodzaju informacje nie są podawane do publicznej wiadomości i są objęte tajemnicą bankową. Obowiązek zachowania tajemnicy bankowej został sformułowany przez ustawodawcę w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. 2002 r., Nr 72, poz. 665 ze zmianami). Zgodnie z treścią przepisu art. 104 ust. 1 Prawa bankowego obowiązek zachowania tajemnicy bankowej dotyczy banków, osób w nim zatrudnionych oraz osób, za których pośrednictwem bank wykonuje czynności bankowe. Dyskrecja polega na obowiązku zachowania w tajemnicy informacji dotyczących czynności bankowych i osób będących stroną umowy z bankiem, uzyskanych w czasie negocjacji oraz związanych z zawarciem umowy z bankiem i jej realizacją, z wyjątkiem wiadomości, bez których ujawnienia nie jest możliwe należyte wykonanie zawartej przez bank umowy. Tajemnicą bankową objęte są także informacje dotyczące osób, które, nie będąc stroną umowy dokonały czynności pozostających w związku z zawarciem takiej umowy. Obowiązek objęcia informacji tajemnicą bankową istnieje od chwili rozpoczęcia negocjacji z bankiem i przekazania bankowi przez klienta pierwszych informacji aż do czasu zakończenia okresu przechowywania przez bank tych informacji w każdej formie, w tym również elektronicznej. Jest to okres znacznie dłuższy niż okres obowiązywania umowy zawartej z bankiem. Za bezprawne ujawnienie tajemnicy bankowej bank ponosi odpowiedzialność cywilną i karną.

Zatem biorąc pod uwagę powyższe rozważania stwierdzić należy, że informacja banku nie posiada charakteru informacji powszechnie dostępnej. Tym samym Izba uznała,

że w przedmiotowym przypadku zaistniały wszystkie przesłanki niezbędne do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji pochodzących banku przez konsorcjum Bull. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 Pzp nie potwierdził się.

W pozostałym zakresie odnoszącym się do naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1 Pzp Izba, po analizie treści odwołania stwierdziła, że zarzut posiada zbyt duży stopień ogólności. Izba wskazuje, że zarzut to określona okoliczność na którą powołuje się wykonawca w związku z zachowaniem się zamawiającego, które zdaniem wnoszącego odwołanie prowadzić może do naruszenia konkretnych przepisów ustawy. Zarzut powinien zostać zmaterializowany, tj. dookreślony w konkretnym stanie faktycznym. Tym samym odwołujący powinien wskazać w jaki sposób jego interes został naruszony, tj. w wyniku jakiego zachowania-działania bądź zaniechania zamawiającego, w jakich okolicznościach i jaki przepis ustawy w związku z powyższym został przez zamawiającego naruszony (wyrok KIO z dnia 10 maja 2011 r. o sygn. akt. KIO 858/11, oraz wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2011 r. o sygn. akt KIO 1039/11, sygn. akt KIO 2488/11, wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2011 r. sygn. akt. KIO 2625/11).

Jako ostatnie Izba rozpoznała zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego art. 96 ust. 1 i 3 ustawy poprzez odmowę ujawnienia treści wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, mimo iż wykonawcy otrzymali już informację o ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i stwierdziła, że zarzuty potwierdziły się w części.

Z ustaleń Izby wynika, że konsorcjum ZETO zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami w rozumieniu art. 96 ust. 2 Pzp (w tym wniosków złożonych w postępowaniu). Zamawiający wyznaczył odwołującemu termin wglądu do ww. dokumentów. Na ww. piśmie dokonano odręcznej adnotacji: „Potwierdzam umożliwienie wglądu do ofert i protokołu z postępowania. Nie udostępniono informacji dotyczącej kwalifikacji wniosków w końcowej punktacji”. Adnotacja została opatrzona datą – 01.02.2012r. Odwołujący na rozprawie oświadczył, że nie udostępniono przedstawicielowi konsorcjum ZETO jakichkolwiek dokumentów uzupełnianych przez wykonawców na żądanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, czemu zamawiający nie zaprzeczył podczas rozprawy. Dodatkowo wskazał, że z jego wiedzy wynika, że wszystkie tego rodzaju dokumenty zostały objęte przez wykonawców tajemnicą przedsiębiorstwa.

Ponadto zamawiający zarówno w odpowiedzi na odwołanie, jak również podczas rozprawy oświadczył, że komisja przetargowa pracowała i podejmowała decyzje kolegialnie i w związku z tym nie istnieje wynik oceny wniosków dokonanej przez poszczególnych członków komisji przetargowej, który mógłby zostać udostępniony komukolwiek. Zwrócił

uwagę, że karta indywidualnej oceny może mieć zastosowanie wyłącznie w sytuacji, gdy kryterium oceny zakłada subiektywną ocenę przez poszczególnych członków komisji. Czynność oceny wniosków była przedmiotem działania całej komisji przetargowej, zaś informacje dotyczące tej czynności zostały zamieszczone w protokole.

Art. 96 ust. 1 Pzp stanowi, że w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza pisemny protokół postępowania o udzielenie zamówienia, zwany dalej "protokołem", zawierający co najmniej:

- 1) opis przedmiotu zamówienia;
- 2) informacje o trybie udzielenia zamówienia;
- 3) informacje o wykonawcach;
- 4) cenę i inne istotne elementy ofert;
- 5) wskazanie wybranej oferty lub ofert.

Zgodnie z przywołanym powyżej artykułem ust. 3 Pzp protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Izba oddaliła zarzut związany z nieudostępnieniem konsorcjum ZETO oceny wniosków dokonanych przez poszczególnych członków komisji. W rozpoznawanej kwestii Izba w pełni podzieliła stanowisko zamawiającego, który podnosił, że zarzut w powyższym zakresie został skonstruowany w oderwaniu od zdarzeń mających rzeczywiście miejsce w trakcie przedmiotowego postępowania. Z ustaleń Izby dokonanych w oparciu o posiadaną dokumentację prowadzonego postępowania wynika, że poszczególni członkowie komisji przetargowej nie dokonywali indywidualnej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonych przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. W związku z powyższym zamawiający nie posiadając, tego rodzaju ocen nie mógł ich udostępnić komukolwiek.

W zakresie nieudostępnienia informacji dotyczących kwalifikacji wniosków Izba stwierdziła, że w świetle art. 96 ust. 3 Pzp przywołanego powyżej przepisy zamawiający zobligowany był do ujawnienia informacji, które zamówienia zawarte w wykazie wykonanych usług stanowiły podstawę do oceny poszczególnych wniosków oraz na którym miejscu dany wykonawca uplasował się po dokonaniu tego rodzaju oceny przez zamawiającego. Izba zwraca uwagę, że w omawianej kwestii z uwagi na fakt objęcia przez poszczególnych wykonawców tajemnicą przedsiębiorstwa wykazów wykonanych usług, zamawiający

przekazując te informacje mógł posłużyć się chociażby numeracją zawartą w wykazach wykonanych usług, np. podając, że do oceny poszczególnych wniosków brał pod uwagę pozycję nr 1 i 2 wykazu wykonanych usług. Następnie zamawiający winien udostępnić informację o wyniku oceny poszczególnych wniosków wskazując, na którym miejscu zostali sklasyfikowani poszczególni wykonawcy.

Następnie Izba odniosła się do zarzutu naruszenia art. 96 ust. 1 i 3 Pzp w kontekście nieudostępnienia dokumentów uzyskanych przez zamawiającego od poszczególnych wykonawców w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

W omawianej kwestii Izba wyraża opinię, że dokumenty uzupełniane przez wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 Pzp stanowią integralną część wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Tym samym, zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp, tak jak wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu powinny być jawne od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jednakże należy zwrócić uwagę, że zostały one objęte przez wykonawców klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Wobec powyższego Izba uznała, że zamawiający w takiej sytuacji winien wszechstronnie i z należytą starannością wyjaśnić podstawę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów uzupełnianych przez wykonawców w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, a następnie ujawnić te informacje, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przy przeprowadzaniu ponownego badania w tym zakresie zamawiający winien wziąć pod uwagę okoliczności tego rodzaju, iż dokumenty pochodzące np. z różnego rodzaju rejestrów publicznych nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa z uwagi na ich jawny charakter.

Podsumowując, Izba uznała, że stwierdzone powyżej naruszenia przepisów ustawy mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zatem działając na podstawie art. 192 ust. 2 i ust. 3 pkt. 1 ustawy Pzp – Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt. 2, § 3, § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uwzględniła koszty pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł w oparciu o przedłożoną na rozprawie fakturę VAT.

KIO 248/12

Po dokonaniu oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Po zbadaniu całokształtu okoliczności rozpoznawanej sprawy Izba stwierdziła, że zarzuty naruszenia art. 8 ust. 3 i art. 96 ust. 3 ustawy, poprzez zaniechania ujawnienia informacji dotyczących wniosków wykonawców: Biatel, konsorcjum Betacom, konsorcjum Bull; Unizeto, konsorcjum ZETO oraz konsorcjum Sygnity, w zakresie sumy wartości zamówień z pierwszych dwóch pozycji wskazanych w wykazie wykonanych zamówień dotyczących warunku wskazanego w pkt. III.2.3) pkt 1 a) ogłoszenia o zamówieniu oraz informacji, czy dwa pierwsze zamówienia, o których mowa powyżej, były zamówieniami realizowanym przez ww. wykonawców własnymi zasobami, czy też były to zamówienia udostępnione przez podmiot trzeci, potwierdziły się.

Z ustaleń Izby wynika, że Comarch pismami z dnia 25 i 27 stycznia 2012 r. zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie informacji publicznej odnośnie wszystkich ww. wykonawców, którzy w obydwu ocenach otrzymali maksymalną ilość punktów, w zakresie udostępnienia informacji dotyczących sumy wartości zamówień z pierwszych dwóch pozycji wskazanych w wykazie wykonanych zamówień dotyczących warunku określonego w pkt. III.2.3) pkt 1 a) ogłoszenia oraz informacji, czy dwa pierwsze zamówienia, o których mowa powyżej były zamówieniami realizowanym przez ww. wykonawców własnymi zasobami, czy też były to zamówienia udostępnione przez podmiot trzeci. Zamawiający ujawnił ww. informacje wyłącznie w zakresie Asseco. Odnośnie wszystkich pozostałych wykonawców żądanych informacji nie ujawnił, wskazując na objęcie tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

W dniu 2 lutego 2012 r., w odpowiedzi na ww. pisma Comarch, Wojewoda Podlaski na podstawie art. 16 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 roku o dostępie do informacji publicznej (Nr 112, poz. 1198) wydał decyzje o odmowie udostępnienia informacji publicznej we wnioskowanym przez odwołującego zakresie.

Na wstępie Izba wskazuje, że argumentacja jaka legła u podstaw rozstrzygnięcia Izby jest tożsama z argumentacją zaprezentowaną przy rozpoznawaniu zarzutów naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 Pzp i art. 96 ust. 3 Pzp podniesionych w odwołaniu o sygn. akt KIO 223/12.

Dodatkowo Izba wskazuje, że w kwestii omawianych zarzutów w pełni popiera stanowisko Comarch zawarte w odwołaniu oraz wyrażone na rozprawie.

Zgodzić się należy z odwołującym, że informacje w zakresie sumy wartości zamówień z pierwszych dwóch pozycji wskazanych w wykazie wykonanych usług, dotyczących

warunku wskazanego w pkt. III.2.3) pkt 1 a) ogłoszenia o zamówieniu oraz czy dwa pierwsze zamówienia o których mowa powyżej, były zamówieniami realizowanym przez wykonawców własnymi zasobami, czy też były to zamówienia udostępnione przez podmiot trzeci, są informacjami, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przede wszystkim podkreślić należy, że informacja w zakresie sumy wartości zamówień jest to informacja przetworzona wskazującą jedynie na pewną abstrakcyjną wartość liczbową. Z takiej informacji nie sposób wywieść jaka jest wartość każdego z kontraktów podlegających sumowaniu, bowiem ilość kombinacji w tym zakresie jest ogromna. Tego rodzaju informacja nie pozwala również na zidentyfikowanie zamawiających usług, ewentualnych odbiorów usług, czy innych informacji podlegających ochronie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Tożsama argumentacja ma zastosowanie do informacji dotyczącej tego, czy dane zamówienia podlegające punktacji były wykonywane siłami własnymi, czy były to zamówienia realizowane przez podmioty trzecie. Tym samym Izba uznała, że w omawianym zakresie nie zostały wypełnione przesłanki zawarte w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji a więc ww. informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Niewątpliwie zaniechanie ujawnienia powyższych informacji naruszyło również fundamentalną zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp, polegającą na tym, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, gdyż zaniechanie ujawnienia informacji, których domagał się Comarch prowadzi do utrudnienia uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia.

Izba za chybione uznała stanowisko prezentowane przez zamawiającego, w którym podnosił on, że odwołujący nie był uprawniony do podnoszenia tego rodzaju zarzutów w odwołaniu z uwagi na niemożliwość zastosowania w tym przypadku przepisów ustawy, gdyż Wojewoda Podlaski wydał stosowne decyzje o odmowie udostępnienia informacji publicznej we wnioskowanym przez odwołującego zakresie.

Izba zwraca uwagę, że ustawodawca sformułował w art. 8 Pzp zasadę jawności postępowania. Jej przejawem jest między innymi treść art. 96 ust. 3 Pzp wskazująca, że protokołu postępowania wraz z załącznikami jest jawny. Moment ujawnienia załączników do protokołu postępowania jest zależny od trybu postępowania prowadzonego przez zamawiającego. I tak: załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od

chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że odwołujący był uprawniony do kwestionowania czynności zamawiającego w omawianym zakresie i jest to niezależne od wydania przez Wojewodę Podlaskiego decyzji o odmowie udostępnienia informacji publicznej we wnioskowanym przez odwołującego zakresie. Należy zwrócić uwagę, że w takim przypadku mamy do czynienia z dwoma niezależnymi ścieżkami zaskarżania czynności czy też zaniechań zamawiającego. Wobec powyższego odwołującemu w takim przypadku przysługuje zarówno prawo wniesienia odwołania do Ministra Administracji i Cyfryzacji za pośrednictwem Wojewody Podlaskiego w terminie 14 dni od doręczenia decyzji, jak również skorzystanie ze środka ochrony prawnej w postaci odwołania wnoszonego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W związku z powyższym, potwierdzając naruszenie przez zamawiającego art. 8 ust. 3 i art. 96 ust. 3 ustawy Izba nakazała odtajnienie informacji dotyczących wykonawców Biatel Bit, konsorcjum Betacom, konsorcjum Bull, Unizeto, konsorcjum ZETO oraz konsorcjum Sygnity w zakresie sumy wartości zamówień z pierwszych dwóch pozycji wskazanych w wykazie wykonanych zamówień dotyczących warunku wskazanego w pkt. III.2.3) pkt 1 a) ogłoszenia oraz informacji, czy dwa pierwsze zamówienia o których mowa powyżej były zamówieniami realizowanym przez ww. wykonawców własnymi zasobami, czy też były to zamówienia udostępnione przez podmiot trzeci.

W kwestii zarzutu podnoszonego przez odwołującego z ostrożności procesowej, dotyczącego naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp Izba uznała zarzut za niepotwierdzony.

Art. 26 ust. 4 Pzp stanowi, że zamawiający wzywa w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

W art. 25 ust. 1 Pzp wskazano, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu,
- 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Z przytoczonych powyżej przepisów wynika wprost, że możliwość żądania wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp jest ściśle związana z art. 25 ust. 1 Pzp czyli oświadczeniami lub dokumentami potwierdzającymi spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub też, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Zatem możliwość żądania złożenia wyjaśnień w tym trybie nie odnosi się zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Tym samym zamawiający, pomimo konieczności wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności związanych z objęciem przez wykonawców określonych informacji tajemnicą, to jednak nie był on uprawniony do dokonywania tego rodzaju wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, gdyż ww. przepis odnosi się jedynie do dokumentów potwierdzających warunki udziału w postępowaniu lub że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego.

Odnosząc się do następnego zarzutów odwołania Comarch - tj. naruszenie art. 26 ust. 2b ustawy, poprzez jego zastosowanie niezgodne z jego literalnym brzmieniem oraz celem, polegające na uwzględnieniu doświadczenia podmiotów trzecich udostępnionego wykonawcom: Biatel Bit, konsorcjum Betacom, konsorcjum Bull, Unizeto, konsorcjum ZETO oraz konsorcjum Sygnity (a także pozostałym wykonawcom - jeżeli miało to miejsce) - na potrzeby wykazania się lepszym niż inni wykonawcy spełnianiem warunków udziału w postępowaniu w celu zakwalifikowania się do pierwszej piątki wykonawców zaproszonych do składania ofert, a nie wyłącznie w celu spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji naruszenie art. 51 ust. 1-3 ustawy poprzez przyznanie ww. wykonawcom zbyt dużej ilości punktów oraz niewłaściwego miejsca w rankingu wykonawców – Izba uznała zgłoszone zarzuty za bezzasadne.

Z ustaleń Izby wynika, że w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy polegali na wiedzy i doświadczeniu, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych. Każdy z wykonawców polegających na zasobach innego podmiotu (lub podmiotów) w celu udowodnienia zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami tych podmiotów, przedstawił pisemne zobowiązania do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, jak również złożył w tym zakresie żądane przez zamawiającego wyjaśnienia, które zamawiający uznał za przekonujące.

Osią sporu w niniejszej sprawie jest rozstrzygnięcie, czy na potrzeby wykazania się lepszym niż inni wykonawcy spełnianiem warunków udziału w postępowaniu w celu

zakwalifikowania się do pierwszej piątki wykonawców zaproszonych do składania ofert, wykonawcy mogli się posłużyć potencjałem podmiotu trzeciego uzyskanym w trybie art. 26 ust. 2b Pzp ? W ocenie Izby na tak postawione pytanie należy odpowiedzieć twierdząco.

Izby wskazuje, że ustawodawca wprowadzając treścią art. 26 ust. 2b Pzp możliwość posługiwania się zasobami podmiotu trzeciego przy wykazywaniu się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu, nie wyłączył stosowania tego przepisu w przetargu ograniczonym, bowiem nie rozgraniczył w ustawie warunków potwierdzających spełnienie warunków w postępowaniu na poziomie minimalnym od warunków punktowanych. Skoro brak takiego rozróżnienia w art. 51 ust. 1 - 4 Pzp, nie można wyłączyć możliwości posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego do podwyższenia oceny doświadczenia. Brak również w ustawie zakazu posługiwania się tym samym podmiotem przez więcej niż jednego wykonawcę składającego wniosek.

W analizowanej kwestii Izba w pełni podziela pogląd zaprezentowany w wyroku KIO z dnia 13 stycznia 2011 r. o sygn. akt. KIO 2816/10, KIO 14/11w którym stwierdzono: *„Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, o ile udowodni zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Ja wynika z przedstawionego unormowania brak jest podstaw do formułowania tezy, iż wykonawcom wolno korzystać z potencjału podmiotu trzeciego tylko dla wykazania spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, a już nie – dla uzyskania punktów w wyniku oceny spełniania warunku, który jest ustalony jako graniczny. Stopień spełnienia warunków ma znaczenie dla uzyskania zaproszenia do składania ofert, które to jest celem wykonawcy składającego wniosek. Dyrektywy wykładni językowej prowadzą do wniosku, iż wykonawca może posłużyć się potencjałem podmiotu trzeciego (polegać na jego wiedzy, doświadczeniu itp.) nie tylko dla wykazania spełnienia warunków minimalnych, ale i uzyskania lepszej pozycji w rankingu wniosków. Obowiązek udowodnienia dysponowania danym zasobem obejmuje bowiem co najmniej zakres niezbędny do realizacji zamówienia (warunki minimalne). Nie oznacza to jednak, iż z normy tej wynika zakaz posłużenia się potencjałem podmiotu trzeciego w celu uzyskania większej liczby punktów, w szczególności że dopiero odpowiednie miejsce w rankingu gwarantuje kwalifikację do drugiego etapu postępowania. Także wykładnia celowościowa wskazuje na interpretację powołanego przepisu zaprezentowaną przez Izbę. Przepis art. 26 ust. 2b Pzp prowadzić miał do zwiększenia konkurencyjności postępowań – tym czasem jego rozumienie przyjęte przez zamawiającego w sposób nieuprawniony prowadzi do wyeliminowania możliwości uzyskania zamówienia przez podmiot, który dysponuje np. większym doświadczeniem (choć udostępnionym przez osobę trzecią), niż podmiot o mniejszym*

potencjale, ale własnym. Celem dokonywania oceny spełniania warunków udziału w przetargu ograniczonym jest wybór grupy najlepszych wykonawców (spełniających badany warunek w najwyższym stopniu). Przedstawiona przez zamawiającego wykładnia komentowanego przepisu nie daje się zatem pogodzić z wyrażona w art. 7 ust. 1 Pzp zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem prowadzi może do zakwalifikowania do drugiego etapu postępowania wykonawcy dysponującego mniejszym potencjałem (choć własnym) niż wykonawca polegający (w pełnym lub ograniczonym zakresie) na zasobach podmiotu trzeciego”.

W ocenie Izby, z powyższego wynika, że zarówno zasoby, którymi wykonawca dysponuje bezpośrednio, jak i zasoby innego podmiotu, powinny być jednakowo brane pod uwagę zarówno przy ocenie minimalnego spełniania warunków udziału w postępowaniu jak i przy najwyższej ocenie stopnia spełniania tych warunków.

Odnosząc się do rozpoznawanej kwestii z uwzględnieniem przepisów dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. L 134 z 30.4.2004, str. 114-240; Polskie wydanie specjalne: Rozdział 06 Tom 07 str. 132-262) zwanej dalej „dyrektywą klasyczną”, Izba wskazuje na zakres uregulowania omawianego zagadnienia tj. art. 47 i 48 dyrektywy.

Izba uznała za niezasadne stanowisko Comarch dotyczące naruszenia przez zamawiającego omawianych przepisów ustawy w świetle art. 47 i 48 dyrektywy klasycznej. Za błędne należy uznać wykładnię odwołującego sprowadzającą się do tego, że umieszczenie ww. przepisów w sekcji 2 „Kryteria kwalifikacji podmiotowej”, oznacza, że przepis ma wyłącznie zastosowanie w przypadku kwalifikacji podmiotowej polegającej na wykazaniu minimalnego spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Słusznie zauważył odwołujący, że implementowane przepisy dyrektywy ustawodawca krajowy umieścił w ustawie w Dziale II „Postępowanie o udzielenie zamówienia” w rozdziale 1 „Zamawiający i wykonawcy”. Zatem należy uznać, że przepis art. 26 ust. 2 b Pzp ma zastosowanie nie tylko wyłącznie w przypadku kwalifikacji podmiotowej polegającej na wykazaniu nie tylko minimalnego spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale również przy wykazywaniu najwyższej oceny spełniania tych warunków.

Podsumowując, Izba uznała zarzut naruszenia art. 26 ust. 2b ustawy, poprzez jego zastosowanie niezgodne z jego literalnym brzmieniem oraz celem, a w konsekwencji zarzut naruszenie art. 51 ust. 1-3 ustawy, za bezzasadny.

Jako ostatni Izba rozpoznała zarzut naruszenie przepisu art 51 ust 1-3 ustawy odnoszący się do wykonawcy Asseco i potwierdziła niesłuszność zarzutów zgłoszonych przez odwołującego w tym zakresie.

Z ustaleń Izby wynika, że warunek wskazany w sekcji III.2.3) pkt 1 lit. a) ogłoszenia o zamówieniu dotyczył wdrożenia, rozbudowy bądź modernizacji Systemu Teleinformatycznego o określonych przez zamawiającego cechach.

Asseco wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przedłożył wykaz wykonanych usług (str. 58-64 wniosku). W pozycji nr 1 wykazu wskazano usługę polegającą na wykonaniu, wdrożeniu, obsłudze eksploatacyjnej i rozwoju systemu informatycznego Centralnej Ewidencji Pojazdów i Kierowców na rzecz Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji. W kolumnie „Data wykonania” wstawiono „09.06.2010r.” Do wykazu Asseco załączył list referencyjny wydany przez Radcę Ministra Kierownika Projektu SI CEPIK - Departament Ewidencji Państwowych i Teleinformatyki MSWiA, datowany na 9 czerwca 2010 r. (str. 65 wniosku). W treści referencji wskazano, że Asseco w ramach realizacji kontraktu na wykonanie, wdrożenie oraz obsługę eksploatacyjną i rozwój systemu informatycznego Centralnej Ewidencji Pojazdów i Kierowców (CEPIK) wraz z robotami budowlanymi (adaptacyjnymi) pomieszczeń przeznaczonych na ten cel, w latach 2003-2010 wykonał dla Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji zintegrowany system informatyczny przeznaczony dla ponad 7.000 użytkowników, obejmujący dostawę serwerów, macierzy dyskowych, stacji roboczych, drukarek, oprogramowania narzędziowego, bazodanowego i specjalistycznego wraz z realizacją usług serwisu i utrzymania. System został wdrożony w 15 urzędach WOI, jak również w ponad 100 lokalizacjach instytucji użyteczności publicznej. Usługi zostały wykonane zgodnie z harmonogramem oraz z należytą starannością.

W poczet materiału dowodowego Izba włączyła również przedłożony przez odwołującego Aneks nr 16 do umowy z dnia 28 października 2003 r. na wykonanie, wdrożenie oraz obsługę eksploatacyjną i rozwój systemu informatycznego Centralnej Ewidencji Pojazdów i Kierowców (CEPIK) wraz z robotami budowlanymi (adaptacyjnymi) pomieszczeń przeznaczonych na ten cel (zwanej dalej „umową”), zawarty w dniu 30 września 2010 r. W Preambule wskazano, że „1. Z przyczyn niezależnych od Stron w zakładanym terminie nie było możliwości uruchomienia pełnej funkcjonalności Tymczasowego Centrum Zapasowego.. (...) 5. Realizacja prac o których mowa powyżej wymaga przyjęcia nowego harmonogramu prac oraz zmiany okresu obowiązywania umowy”.

Treścią aneksu umowa została zawarta na czas określony, tj. od dnia jej podpisania do dnia 30.11.2010 r.

Izba wskazuje, że z treści wykazu wykonanych usług oraz z listu referencyjnego jasno wynikało, że do dnia 9 czerwca 2010 r. Asseco w ramach realizacji kontraktu na wykonanie, wdrożenie oraz obsługę eksploatacyjną i rozwój systemu informatycznego Centralnej Ewidencji Pojazdów i Kierowców (CEPIK) wraz z robotami budowlanymi (adaptacyjnymi) pomieszczeń przeznaczonych na ten cel, wykonał dla Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji zamówiony zintegrowany system informatyczny zgodnie z harmonogramem oraz z należytą starannością.

W ocenie Izby, jedynie na podstawie przytoczonej treści aneksu nie sposób stwierdzić, że prace związane z wykonaniem systemu teleinformatycznego na jakie powołuje się Asseco, nie zostały wykonane w terminie do 9 czerwca 2010 r. Odwołujący na tą okoliczność nie przedstawił żadnych dowodów. Zatem, jedynie w oparciu o bardzo ogólnikową treść aneksu nr 16 do umowy oraz twierdzenia odwołującego nie sposób uznać, że wykonawca nie wykonał prac, którymi wylegitymował się w poz. 1 wykazu wykonanych usług, a tym samym nie wykazał spełnianie warunku w sposób żądany przez zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym.

Wobec tego Izba uznała ww. zarzuty, zgłoszone w stosunku do Asseco przez Comarch, za niepotwierdzone.

Podsumowując, Izba uznała, że stwierdzone powyżej naruszenia przepisów ustawy mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zatem działając na podstawie art. 192 ust. 2 i ust. 3 pkt. 1 ustawy Pzp – Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt. 2, § 3, § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uwzględniła koszty pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł w oparciu o przedłożoną na rozprawie fakturę VAT.

KIO 261/12

Po dokonaniu oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Jako pierwszy Izba rozpoznała zarzut art. 8 ust. 1 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez naruszenie zasady jawności postępowania w wyniku nie odtajnienia przez zamawiającego dokumentów i oświadczeń złożonych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, tj. wykazów wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie tych usług, złożonych we wnioskach następujących wykonawców biorących udział w postępowaniu: Biatel Bit, konsorcjum ZETO, konsorcjum Betacom, konsorcjum Bull, Unizeto, Comarch. Po zbadaniu całokształtu okoliczności rozpoznawanej sprawy Izba stwierdziła, że zarzuty naruszenia art. 8 ust. 1 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp potwierdziły się.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 26 stycznia 2012 r. konsorcjum Sygnity zwrócił się do zamawiającego z prośbą o udostępnienie do wglądu protokołu postępowania wraz ze złożonymi wnioskami i załącznikami. W dniu 1 lutego 2012 r. zamawiający udostępnił odwołującemu tylko część ww. dokumentów i wniosków, powołując się na utajnienie części wniosków, jako zawierających tajemnice przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z ustaleń Izby wynika również, że w wykazach wykonanych usług zawartych we wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu ww. wykonawców znajdują się zamówienia, które były realizowane na rzecz podmiotów sektora publicznego.

Na wstępie Izba wskazuje, że argumentacja jaka legła u podstaw rozstrzygnięcia Izby jest tożsama z argumentacją zaprezentowaną przy rozpoznawaniu zarzutów naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 Pzp i art. 96 ust. 3 Pzp zawartych w odwołaniu o sygn. akt KIO 223/12.

Dodatkowo Izba wskazuje, że według art. 139 ust. 3 Pzp, umowy w sprawach zamówień publicznych są jawne i podlegają udostępnieniu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej. Zatem podmioty zainteresowane informacjami dotyczącymi: przedmiotu, wartość, zakres umowy oraz czy została ona wykonana należycie, mogą je uzyskać w sposób legalny.

Z ustaleń Izby wynika, że w rozpoznawanej sprawie w wykazach wykonanych usług wykonawcy posługiwali się zamówienia, które były realizowane na rzecz podmiotów sektora publicznego. Zamawiający oświadczył, że badał skuteczność zastrzeżenia informacji zawartych w powyższych wykazach w oparciu o wiedzę członków komisji przetargowej oraz dane zawarte w internecie. Zarówno w odpowiedzi na odwołanie, jak również podczas

rozprawy stwierdził, że z jego ustaleń wynika, że zamówienia, którymi legitymowali się wykonawcy realizowane na rzecz podmiotów publicznych nie zostały wykonane na podstawie umów o zamówienia publiczne.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że czynność zamawiającego, polegająca na weryfikacji danych oznaczonych jako tajemnica przedsiębiorstwa z wykorzystaniem Internetu, jak również przy udziale wiedzy członków komisji przetargowej, jest niewystarczająca. Bez wątplenia rynek zamówień publicznych charakteryzuje się znaczną obszernością i bazowanie jedynie na wiedzy komisji przetargowej oraz narzędziu w postaci internetu jest zbyt skąpe. Zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania z należytą starannością i w celu jej dochowania powinien wyjaśnić wszelkie okoliczności związane z rozpoznawaną kwestią. W ocenie Izby brak wiedzy poszczególnych członków komisji przetargowej oraz brak danych w internecie w zakresie zamówień, którymi legitymowali się wykonawcy, wykonywanych na rzecz podmiotów sektora publicznego, nie może świadczyć o tym, że zamówienia wskazane w wykazie wykonanych usług nie posiadają charakteru jawnego. Zamawiający dokonując analizy zamówień zawartych w wykazie wykonanych usług, szczególnie w stosunku do zamówień wykonywanych na rzecz podmiotów sektora publicznego powinien powziąć wątpliwość, czy tego rodzaju informacje jakie zostały podane przez wykonawcę, w kontekście art. 139 ust 3 Pzp, zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. W celu zachowania należytej staranności w zakresie czynności badania skuteczności zastrzeżenia przez wykonawców tego rodzaju informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa zamawiający winien dążyć do wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności sprawy. Bazowanie jedynie na wiedzy członków komisji przetargowej oraz narzędziu w postaci Internetu w ocenie Izby nie jest miarodajne. Ustawodawca co prawda nie przewidział trybu w jakim należy badać informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, jednak zamawiający w takiej sytuacji, w celu zachowania należytej staranności mógł a nawet powinien zwrócić się o szczegółowe wyjaśnienia, czy to do podmiotów, na rzecz których były realizowane usługi wykazywane w wykazie, czy też do wykonawców z prośbą o wskazanie podstawy objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji dotyczący realizowanych usług.

Wobec powyższego Izba nakazała zamawiającemu szczegółowe i wszechstronne wyjaśnienie podstaw objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych w dokumentach złożonych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, złożonych we wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przywołanych powyżej wykonawców połączone z ujawnieniem informacji zawartych we wnioskach ww. wykonawców ubiegających się o

udzielenie zamówienia, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 51 ust. 1a Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wadliwe poinformowanie odwołującego o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i o otrzymanych ocenach spełniania tych warunków, Izba uznała, że zarzuty zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający pismem z dnia 25 stycznia 2012 r. poinformował wykonawców, w tym konsorcjum Sygnity o wynikach ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. W piśmie podano, że w przedmiotowym postępowaniu złożonych zostało 17 wniosków o dopuszczenie do udziału postępowaniu, w tym jeden wniosek złożony został po terminie. Warunków udziału w postępowaniu nie wykazało 5 wykonawców. Warunki udziału w postępowaniu spełniło 12 wykonawców, przy czym 8 wykonawców, w tym odwołujący, otrzymało najwyższe oceny spełniania warunków udziału w postępowania - 100 pkt (zgodnie z kryterium 1- środki finansowe lub zdolność kredytowa maksymalnie 30 pkt oraz kryterium 2- liczba zamówień zgodnych z wymaganiami opisanymi w sekcji Ml.2.3. pkt 1 lit. a). W przypadku uzyskania przez więcej niż 5 wykonawców takiej samej liczby punktów, zgodnie z sekcją IV. 1.2 ogłoszenia o zamówieniu, zamawiają wybierze tych wykonawców, u których wartość wykazanych dwóch pierwszych zamówień, o których mowa w sekcji 111.2.3. pkt 1 lit a) jest większa. Tym samym zamawiający dokonał wyboru 5 wykonawców, którzy w ocenie zamawiającego w dwóch pierwszych zamówieniach wykazali ich największą wartość.

Pismem z dnia 26 stycznia 2012 r. konsorcjum Sygnity zwrócił się do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie związku z uzyskaniem takiej samej liczby punktów przez ośmiu wykonawców a także o podanie jakimi kwotami kierował się zamawiający przy ocenie wniosków, pisząc, iż wyboru dokonano zgodnie z sekcją IV.1.2 ogłoszenia o zamówieniu, tzn. zamawiający wybrał wykonawców, u których wartość wskazanych dwóch pierwszych zamówień o których mowa w sekcji III. 2.3. pkt. 1 lit a) jest większa. Ponadto odwołujący domagał się podania wielkości kwot podanych przez pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, a jeżeli podlegają one zastrzeżeniu odwołujący wnosił o odtajnienie referencji dotyczących sektora publicznego.

W odpowiedzi na powyższe pismo zamawiający pismem z dnia 1 lutego 2012 r. odmówił przekazania informacji odnośnie wskazania usług (zamówień) i ich wartości, które zostały uwzględnione przy dokonywaniu oceny i kwalifikacji poszczególnych wniosków wskazując, że ww. informacje zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający przekazał żądane przez odwołującego informacje w zakresie wniosku Asseco. Z ustaleń Izby

wynika, że zamawiający nie udzielił informacji konsorcjum Sygnity, które zamówienia i o jakiej wartości stanowiły podstawę do oceny poszczególnych wniosków, a tym samym decydowały o zaproszeniu wykonawców wskazanych w przekazanej informacji do dalszego etapu postępowania (składania ofert). Tego rodzaju informacje nie zostały również przekazane odwołującemu odnośnie oceny wniosku złożonego przez niego samego. Zamawiający nie udzielił odwołującemu informacji, które z usług zostały przez zamawiającego wzięte pod uwagę przy przeprowadzaniu oceny.

Niespornym jest, że zamawiający pismem z dnia 25 stycznia 2012 r. poinformował wykonawców, w tym odwołującego, o wynikach ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. W piśmie zamawiający zawarł szereg informacji związanych ze wskazaną powyżej czynnością, tj. podał m. in. ilość złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym jeden wniosek złożony został po terminie, wskazał ilu wykonawców nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu a ile wykazało ich spełnienie. Zamawiający podał także informacje, że 8 wykonawców, w tym odwołujący, otrzymało najwyższe oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu - 100 pkt. Istotnym jest, że zamawiający dokonując wyboru 5 wykonawców, którzy zostali zaproszeni do składania ofert zamawiający nie wskazał, które pozycje z wykazów poszczególnych wykonawców wziął pod uwagę i na którym miejscu zostali sklasyfikowani poszczególni wykonawcy. W ocenie Izby tego rodzaju zachowanie zamawiającego, w kontekście art. 51 ust. 1a Pzp, Izba uznała za nieprawidłowe.

Zgodnie z art. 51 ust. 1a Pzp o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W świetle przywołanego powyżej przepisu zamawiający zobligowany był do poinformowania wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które zamówienia zawarte w wykazie wykonanych usług stanowiły podstawę do oceny poszczególnych wniosków oraz na którym miejscu dany wykonawca uplasował się po dokonaniu tego rodzaju oceny przez zamawiającego. Izba zwraca uwagę, że w omawianej kwestii z uwagi na fakt objęcia przez poszczególnych wykonawców tajemnicą przedsiębiorstwa wykazów wykonanych usług, zamawiający przekazując tego rodzaju informację mógł posłużyć się chociażby numeracją zawartą w wykazach wykonanych usług, np. podając, że do oceny poszczególnych wniosków brał pod uwagę pozycję nr 1 i 2 wykazu wykonanych usług. Następnie zamawiający winien był poinformować o wyniku oceny poszczególnych wniosków wskazując, na którym miejscu zostali

sklasyfikowani poszczególni wykonawcy. Zaś w stosunku do konsorcjum Sygnity zamawiającego nie wiązało zastrzeżenie dokonane przez odwołującego w trybie art. 8 ust. 3 Pzp. Wobec tego zamawiający zobowiązany był do przekazania odwołującemu informacji, które pozycje w jego wykazie wykonanych usług i o jakiej wartości, wziął pod uwagę przy dokonywaniu oceny, a następnie wyboru wykonawców zaproszonych do składania ofert.

Ponadto Izba ustaliła, że na etapie podejmowania decyzji o przekazywaniu informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków zamawiający uznał, że wykonawcy skutecznie zastrzegli tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie informacji zawartych w wykazach wykonanych usług oraz referencjach. Jednakże biorąc pod uwagę, że zamawiający nie zbadał w sposób staranny, czy w sposób prawidłowy została zastrzeżona tajemnica przedsiębiorstwa zawartych w wykazach wykonanych usług oraz referencji podanych poszczególnych wykonawców, po uzyskaniu wyjaśnień w tym zakresie winien poinformować odwołującego o wynikach oceny spełnienia warunków udziału przez poszczególnych wykonawców z uwzględnieniem informacji, które uzyska w omawianej kwestii.

Odnosząc się do stwierdzenia zamawiającego, że w treści odwołania konsorcjum Sygnity nie zgłosiło zarzutu naruszenia art. 96 ust. 3 Pzp Izba wskazuje, że niewskazanie w treści odwołania postawy prawnej nie przesądza o tym, iż wykonawca nie zawarł w nim danego zarzutu. W tym zakresie Izba odsyła do argumentacji, która została zaprezentowana w zakresie na str. 43 niniejszego uzasadnienia w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 223/12. W rozpoznawanym zakresie Izba stwierdziła, że brak podstawy prawnej stanowi jedynie uchybienie formalne. Natomiast zarzut naruszenia art. 96 ust. 3 Pzp został przez odwołującego zgłoszony w odwołaniu i znajduje potwierdzenie wobec nieprzekazania konsorcjum Sygnity informacji związanych kwalifikacją wykonawców. W tym zakresie argumentacja Izby jest tożsama z argumentacją prezentowaną na stronie 45 przedmiotowego uzasadnienia (odwołanie o sygn. akt KIO 223/12).

W zakresie zarzutu naruszenia art. art. 51 ust. 2 Pzp w związku z art. 26 ust. 2b i art. 7 ust. 1 Pzp Izba wskazuje, że argumentacja jaka legła u podstaw rozstrzygnięcia Izby jest tożsama z arumentacją zaprezentowaną przy rozpoznawaniu zarzutów naruszenie art. 26 ust. 2b ustawy oraz art. 51 ust. 1-3 ustawy, zawartych w odwołaniu o sygn. akt KIO 248/12. Tym samym Izba uznała za niecelowe powtarzanie stanowiska zamieszczonego powyżej.

Izba zwraca uwagę, że zarzut naruszenia art. 52 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaproszenie wykonawców: Biatel Bit, konsorcjum Betacom, konsorcjum Bull, Unizeto i nie zaproszenie odwołującego do złożenia oferty, a w także potraktowanie

odwołującego jako wykonawcy wykluczonego z prowadzonego postępowania jest konsekwencją uwzględnienia przez Izbę opisanych powyżej zarzutów. Izba podkreśla, że zamawiający winien najpierw prawidłowo dokonać czynności wyjaśnienia w zakresie skuteczności zastrzeżenia dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa przez poszczególnych wykonawców, które winno być połączone z odtajnieniem informacji nie stanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Następnie wykonawcy winni móc się zapoznać z informacjami odtajnionymi i dopiero wówczas zamawiający winien zaprosić wybranych wykonawców do składania ofert.

Jako ostatni Izba rozpoznała zarzut zgłoszony przez konsorcjum Sygnity z ostrożności procesowej, polegający na naruszeniu art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez wezwanie przez zamawiającego wykonawców: Unizeto i Biatel Bit do uzupełnienia dokumentów w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej.

Izba ustaliła, że wykonawcy: Unizeto oraz Biatel Bit wraz z wnioskiem nie złożyli wymaganych przez zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej w postaci informacji banku.

Pismem z dnia 7 grudnia 2011 r. zamawiający wezwał zarówno Unizeto jak i Biatel Bit w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu. Na żądanie zamawiającego wykonawcy przedłożyli dokumenty potwierdzające spełnienie powyższego warunku udziału w postępowaniu.

Następnie zamawiający dokonał oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i o wyniku tej czynności poinformował wykonawców pisemnie w dniu 20 stycznia 2012 r. Wykonawcy Unizeto zamawiający w zakresie kryterium nr 1 przyznał 20 pkt. natomiast Biatel Bit otrzymał w powyższym zakresie - 10 pkt.

Pismem z dnia 23 stycznia 2012 r. zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w związku z omyłkowym pominięciem dwóch złożonych wniosków dokumentów przy ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Następnie w dniu 25 stycznia 2012 r. zamawiający powtórzył czynność oceny wniosków w pełnym zakresie. W wyniku ponowionej czynności wykonawcy: Unizeto i Biatel Bit otrzymał w powyższym zakresie w kryterium 1- środki finansowe lub zdolność kredytowa po 30 pkt.

W odpowiedzi na pismo konsorcjum Sygnity (pismo z dnia 26 stycznia 2012 r.) zamawiający pismem w dniu 1 lutego 2012 r. poinformował, że powodem unieważnienia czynności oceny wniosków z dnia 20 stycznia 2012 r. jest fakt omyłkowego nie uwzględnienia dwóch dokumentów, złożonych w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, czego konsekwencją było przyznanie dwóm wykonawcom (Biatel Bit i Unizeto) zbyt małej liczby punktów w zakresie kryterium 1.

Biorąc pod uwagę stan faktyczny przedstawiony powyżej Izba uznała zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp za chybiony.

Zgodzić się należy z zamawiającym, który podnosił, że postawienie powyższego zarzutu przez odwołującego jest następstwem błędnych ustaleń stanu faktycznego, opartych na dokonanej przez niego interpretacji wyjaśnień udzielonych na jego wniosek przez zamawiającego, gdyż przyczyną unieważnienia czynności oceny wniosków, dokonaną pierwotnie, było omyłkowo pominięcie przy ocenie dokumentów złożonych w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Jednakże dokumenty te były złożone przez wykonawców na potwierdzenie minimalnych wymagań udziału w postępowaniu przed pierwotną oceną wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dokonaną w dniu 20 stycznia 2012 r.

Wobec powyższego zamawiający nie żądał od wykonawców Unizeto i Biatel Bit dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w celu uzyskania dodatkowych punktów w zakresie kryterium nr 1, pomimo spełniania minimalnych wymagań udziału w postępowaniu. W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp nie potwierdził się.

Podsumowując, Izba uznała, że stwierdzone powyżej naruszenia przepisów ustawy mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zatem działając na podstawie art. 192 ust. 2 i ust. 3 pkt. 1 ustawy Pzp – Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt. 2, § 3, § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uwzględniła koszty pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł w oparciu o przedłożoną na rozprawie fakturę VAT.

Przewodniczący:

.....

.....