

Sygn. akt KIO 1409/12

Sygn. akt KIO 1428/12

WYROK
z dnia 23 lipca 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Katarzyna Prowadzisz
Członkowie:	Ewa Rzońca Ewa Sikorska
Protokolant:	Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 20 lipca 2012 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 6 lipca 2012 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie przy Alejach Jerozolimskich 180, 02-486 Warszawa (pełnomocnik), Geomar S.A. z siedzibą w Szczecinie przy ulicy Piotra Skargi 23, 70-487 Szczecin,
- B. w dniu 6 lipca 2012 roku przez wykonawcę Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie przy ulicy Olchowej 14, 35-322 Rzeszów

w postępowaniu prowadzonym przez Polskie Sieci Elektroenergetyczne Operator S.A. z siedzibą Konstancin-Jeziorna przy ulicy Warszawskiej 165, 05-520 Konstancin-Jeziorna

przy udziale:

A. (sygn. akt KIO 1409/12) wykonawców:

- Accenture Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Siennej 39, 00-121 Warszawa,
- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Infovide-Matrix S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Prostej 51, 00-838 Warszawa (pełnomocnik), Aiut Sp. z o.o., Apator Rector Sp. z o.o.,
- Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie przy Alejach Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków,
- Qumak - Sekom S.A. z siedzibą w Warszawie przy Alejach Jerozolimskich 94, 00-807 Warszawa,

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1409/12 po stronie Zamawiającego

- PROXIMUS S.A. z siedzibą w Katowicach przy ulicy Ligockiej 103, 40-568 Katowice,
- Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie przy ulicy Olchowej 14, 35-322 Rzeszów,

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1409/12 po stronie Odwołującego

B. (sygn. akt KIO 1428/12) wykonawców:

- Accenture Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Siennej 39, 00-121 Warszawa,
- Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Infovide-Matrix S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Prostej 51, 00-838 Warszawa (pełnomocnik), Aiut Sp. z o.o., Apator Rector Sp. z o.o.,
- Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie przy Alejach Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków,
- Qumak - Sekom S.A. z siedzibą w Warszawie przy Alejach Jerozolimskich 94, 00-807 Warszawa,

- IBM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. 1 sierpnia nr 8, 02-134 Warszawa,

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1428/12 po stronie Zamawiającego

- PROXIMUS S.A. z siedzibą w Katowicach przy ulicy Ligockiej 103, 40-568 Katowice,
- Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie przy ulicy Olchowej 14, 35-322 Rzeszów

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1428/12 po stronie Odwołującego

orzeka:

1. A) uwzględnia odwołanie (sygn. akt KIO 1409/12) i nakazuje Zamawiającemu:

- unieważnić czynność badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
- powtórzenie czynności badania i oceny wniosków,
- wyjaśnienie podstaw objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów zawartych we wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonych przez wykonawców: Comarch S.A., Qumak - Sekom S.A., Accenture Sp. z o.o., Asseco Poland S.A., PROXIMUS S.A., B3System S.A., oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Infovide-Matrix S.A. (pełnomocnik), Aiut Sp. z o.o., Apator Rector Sp. z o.o.,

B) uwzględnia odwołanie (sygn. akt KIO 1428/12) i nakazuje Zamawiającemu:

- unieważnić czynność badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
- powtórzenie czynności badania i oceny wniosków,

- wyjaśnienie podstaw objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów zawartych we wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonych przez wykonawców: Comarch S.A., Qumak - Sekom S.A., Accenture Sp. z o.o., B3System S.A., oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Infovide-Matrix S.A. (pełnomocnik), Aiut Sp. z o.o., Apator Rector Sp. z o.o.,

2. Kosztami postępowania obciąża Polskie Sieci Elektroenergetyczne Operator S.A. z siedzibą Konstancin-Jeziorna przy ulicy Warszawskiej 165, 05-520 Konstancin-Jeziorna i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie Aleje Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa (pełnomocnik), Geomar S.A. z siedzibą w Szczecinie przy ulicy Piotra Skargi 23, 70-487 Szczecin i wykonawcę Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie przy ulicy Olchowej 14, 35-322 Rzeszów tytułem wpisów od odwołań,

2.2 zasądza od Polskich Sieci Elektroenergetycznych Operator S.A. z siedzibą Konstancin-Jeziorna przy ulicy Warszawskiej 165, 05-520 Konstancin-Jeziorna kwotę **37 200 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dwieście złotych), w tym:

A) kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie przy Alejach Jerozolimskich 180, 02-486 Warszawa (pełnomocnik), Geomar S.A. z siedzibą w Szczecinie przy ulicy Piotra Skargi 23, 70-487 Szczecin stanowiącą koszty postępowania odwoławczego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,

B) kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) na rzecz wykonawcy Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie przy ulicy Olchowej 14, 35-322 Rzeszów stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....

.....

.....

.

Sygn. akt KIO 1409/12

Sygn. akt KIO 1428/12

UZASADNIENIE

Zamawiający przez Polskie Sieci Elektroenergetyczne Operator S.A. z siedzibą w Konstancinie - Jeziornej przy ulicy Warszawskiej 165, 05-520 Konstancin - Jeziorna prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na *Dostawę i wdrożenie w PSE Operator SA oraz 5 spółkach obszarowych informatycznego Systemu Basset Management (Systemu AM) dla wspomagania zarządzania majątkiem PSE Operator SA*, opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 13 marca 2012 roku pod numerem 2012/S 50-081926.

26 czerwca 2012 roku Zamawiający, na podstawie art. 51 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 ze zmianami.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), przekazał wykonawcom, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego informację o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający poinformowała Odwołującego w sprawie sygn. akt KIO 1409/12 tj.: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie przy Alejach Jerozolimskich 180, 02-486 Warszawa (pełnomocnik), Geomar S.A. z siedzibą w Szczecinie przy ulicy Piotra Skargi 23, 70-487 Szczecin, iż został sklasyfikowany na 8 (ósmej) pozycji, natomiast Odwołujący w sprawie sygn. akt KIO 1428/12 tj.: Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie przy ulicy Olchowej 14, 35-322 Rzeszów został sklasyfikowany na 7 (siódmej) pozycji. Jednocześnie Zamawiający poinformował, że zaproszenie do składania ofert wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia zostanie przekazane wykonawcom zajmującym miejsca od 1 do 5.

A. Sygn. akt KIO 1409/12

Odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 6 lipca 2012 roku Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 51 ust. 2 w związku z art. 26 ust. 2b Pzp, przez dokonanie wadliwej oceny spełniania

przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, w wyniku nieprawidłowego przyznania wykonawcom, wskazanym przez Zamawiającego w Informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z dnia 25 czerwca 2012 r. w tabeli zawierającej wyniki oceny wniosków, zbyt dużej ilości punktów za wykazanie się wykonaniem dostaw i usług przez podmioty udostępniające im swoje zasoby, w szczególności w poz. 1-7, a w rezultacie przyznania im niewłaściwego miejsca w rankingu podmiotów dopuszczonych do dalszego etapu postępowania.

2. art. 8 ust. 3 oraz 96 ust. ustawy Pzp przez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu dokumentów zawartych w złożonych przez wykonawców wnioskach, które nie zawierają danych ani informacji o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
3. art. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez niezgodne z przepisami prawa nie umieszczenie Odwołującego na pozycji listy pięciu wykonawców, których Zamawiający zaprosi do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu, co powoduje naruszenie interesu Odwołującego.

Odwołujący wykazywał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, a w wyniku niezgodnych z ustawą czynności i naruszeń wskazanych wyżej przepisów ustawy przez Zamawiającego, może być pozbawiony możliwości złożenia korzystnej dla Zamawiającego oferty i uzyskania zamówienia. Zamawiający naruszył interes Odwołującego, z uwagi na zaniechanie odtajnienia dokumentów załączonych do Wniosków wykonawców (z wyłączeniem Wykonawcy IBM Polska Sp. z o.o., który nie utajnił żadnego dokumentu załączonego do wniosku), bowiem uniemożliwił tym samym zrealizowanie przez Odwołującego jego prawa do kontroli prawidłowości czynności podejmowanych przez Zamawiającego. Przy czym analiza udostępnionych Odwołującemu wniosków wykonawców w świetle Informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, uprawnia Odwołującego do wnioskowania, iż Zamawiający przyznał wskazanym wyżej Wykonawcom, punkty za usługi i dostawy, jednak wykonane w znacznej mierze nie przez samego Wykonawcę, ale przez podmioty udostępniające swoje zasoby. Wyżej opisane czynności Zamawiającego, z dużym prawdopodobieństwem mogły doprowadzić do wadliwej oceny kwalifikacji wykonawców, których Zamawiający zaprosi do złożenia oferty, a to z kolei

mogło mieć wpływ na wynik postępowania tj. określenie rankingu wykonawców i kręgu wykonawców uprawnionych do złożenia oferty. W tej sytuacji, Odwołujący jako wykonawca, którego Zamawiający nie zaprosi do złożenia oferty, posiada interes w przeprowadzeniu ponownej oceny wniosków, co może doprowadzić do jego zakwalifikowania do następnego etapu postępowania czyli złożenia oferty i uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i dokonania ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, przy uwzględnieniu wyłącznie liczby wdrożeń wykonanych przez nich samych tj. bez uwzględnienia przy ocenie Wykonawców, ilości wdrożeń opisanych w pkt III.2.3)1 ppkt 1.1. ogłoszenia o zamówieniu, wdrożeń podmiotów trzecich udostępniających wykonawcom swoje zasoby na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp oraz nakazanie Zamawiającemu udostępnienia Odwołującemu dokumentów załączonych do wniosków wykonawców wskazanych w Odwołaniu.

Odwołujący następująco uzasadnił swoje stanowisko:

Odwołujący wyjaśnił, że 10 kwietnia 2012 r., złożył wniosek o dopuszczenie go do udziału w postępowaniu. Pismem datowanym na 25 czerwca 2012r., otrzymanym przez Odwołującego 26 czerwca 2012r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez 18 wykonawców składających wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym o kręgu pięciu (5) wykonawców, których zaprosi do złożenia ofert. Zamawiający uznał w postępowaniu, że 13 wykonawców spełnia warunki udziału w postępowaniu, a 5 wykonawców wykluczył. Z powyższej informacji wynika, iż z uwagi na większą ilość wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu, o wyborze wykonawców, których Zamawiający zaprosi do składania ofert, zadecydowała liczba wykonanych wdrożeń opisanych w pkt III.2.3)1 ppkt 1.1. Ogłoszenia o zamówieniu tj. takich wykonawców, którzy spełniają warunki:

1.1. Wykonawca w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wdrożył (system został odebrany i przekazany do eksploatacji) co najmniej 1 system zarządzania majątkiem oferowany w ramach niniejszego zamówienia do obsługi co najmniej:

- a) 40 tys. elementów (assets) majątku sieciowego; przy czym za elementy (assets)

majątku sieciowego uznaje się składniki infrastruktury technicznej, realizujące funkcję transportu (przesył i/lub dystrybucja) energii elektrycznej,

b) 200 nazwanych użytkowników.

Odwołujący wskazał, iż wyżej cytowane warunki kwalifikowania Wykonawców do dalszego udziału w postępowaniu, których Zamawiający zaprosi do złożenia oferty, dotyczą wprost Wykonawców, a nie podmiotów trzecich udostępniających im swoje zasoby. Zamawiający w pkt VI.3) w pkt 10 Ogłoszenia o zamówieniu określił:

Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż 5, Zamawiający zaprosi do składania ofert pięciu wykonawców, którzy kolejno:

10.1) *wykonali większą ilość wdrożeń opisanych w pkt III.2.3) ppkt 1.1.,*

10.2) *wdrożyli systemy dla sumarycznie większej liczby użytkowników, o których mowa w pkt 111.2.3)1 ppkt 1.1 .b)*

10.3) *wdrożyli systemy obsługujące sumarycznie większą liczbę elementów majątku, o których mowa w pkt 111.2.3)1 .ppkt 1.1 .a).*

Brak zatem w tych warunkach zapisu o możliwości wykazania się liczbą wdrożeń podmiotów trzecich udostępniających swoje zasoby wykonawcy. Odwołujący odwołuje się do art. 26 ust.2 b ustawy Pzp wskazuje, że przepis ten jest wyjątkiem od reguł określonych w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Pzp, z którego wynika, że „o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki...” a wobec tego samodzielnie nabyli wiedzę i doświadczenie, dysponują potencjałem technicznym, osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub posiadają zdolności finansowe. W ocenie Odwołującego w przepisie art. 26 ust. 2 b ustawy mowa jest o zasobach, którymi Wykonawca dysponuje samodzielnie i nabył je w sposób bezpośredni tj. wykonywał dany przedmiot zamówienia samodzielnie. Zdaniem Odwołującego przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp pozwala na skorzystanie z zasobów podmiotu trzeciego, wyłącznie w celu wykazania spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu. W żaden sposób nie może być dopuszczalne, powołanie się przez wykonawcę na doświadczenie innego podmiotu, jeśli służyć miałyby to wyłącznie otrzymaniu przez danego wykonawcę większej liczby punktów (wdrożeń), a w konsekwencji uzyskania przez niego wyższej pozycji w rankingu wykonawców. Na uwagę zasługuje również fakt, iż nie bez znaczenia jest zamieszczenie przez ustawodawcę, powyżej cytowanego przepisu art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, który został umiejscowiony w Rozdziale I „Zamawiający i wykonawcy”, Działu II „Postępowanie o udzielenie zamówienia” tj. w tym samym rozdziale, w którym znajdują się przepisy dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu właśnie przez wykonawców, a nie podwykonawców, bowiem tak należy nazywać podmioty udostępniające swoje zasoby

wykonawcom. Kryteria tam wskazane są kryteriami podmiotowymi i dotyczą wyłącznie wykonawców. Powołuje orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok z dnia 3 sierpnia 2011 r. sygn. akt KIO/1549/11 i KIO/1569/11; wyrok z dnia 7 listopada 2011 r. sygn. akt KIO/UZP 2255/11. K10/U2P 2260/11, KIO/UZP 2280/11. Odwołujący argumentował, że jeśli Zamawiający uznaje zasoby podmiotów trzecich na równi z zasobami własnymi wykonawcy, uznać by to należało jako premiowanie wykonawców nie za ich wiedzę i doświadczenie, ale za umiejętność nawiązywania współpracy z wieloma podmiotami, a to wszak nie jest przedmiotem tej oceny, i działoby się to kosztem tych wykonawców, którzy okazują się doświadczeniem i wiedzą własnymi uzyskanymi samodzielnie, bowiem odbyłoby się to z naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Dodatkowo byłoby to utrudnianiem dostępu do zamówienia publicznego wykonawcom, którzy nie korzystają z zasobów innych podmiotów - obcych. A to z kolei z całą pewnością może mieć wpływ na wynik przedmiotowego postępowania. Pogląd Odwołującego w przedstawionym powyżej zakresie, odzwierciedla wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 marca 2012 r. sygn. akt KIO 331/12, KIO 333/12. Odwołujący podniósł, że mimo praktyki jaką stosują Zamawiający, przy ocenianiu ofert czy wniosków wykonawców, uwzględniających zasoby podmiotów trzecich, w tym ich wiedzę i doświadczenia, na potrzeby przyznawania punktów w ramach wstępnych eliminacji w postępowaniach dwuetapowych, działania takie grożą swoistą patologią, polegającą na tym, iż niektórzy wykonawcy nie posiadający własnej wiedzy i doświadczenia w realizacji tak dużych projektów czy przedsięwzięć jak przedmiotowe zamówienie, zostają zaproszeni do ich realizacji wbrew obowiązującym przepisom i ich wykładni. Nierzadko wykonawcy posługujący się tzw. pożyczonymi zasobami, w szczególności w postaci wiedzy, osiągają punktację lepszą niż wykonawcy posługujący się jedynie własnym doświadczeniem, wiedzą i innymi zasobami. Zatem w ocenie Odwołującego tzw. pożyczanie doświadczenia nie jest możliwe w przypadku, gdy rzecz dotyczy oceny wykonawcy w sensie jego doświadczenia i wiedzy. Są to praktyki naganne i nie prowadzące do właściwej oceny wykonawcy, który faktycznie nie posiada tej wiedzy i doświadczenia jakich oczekuje zamawiający, bowiem są wiedzą i doświadczeniem innego podmiotu, a wobec tego ocena zamawiającego w tym zakresie może narazić w dużej mierze wykonanie zamówienia publicznego na niepowodzenie, a przede wszystkim wpływa lub będzie miało istotny wpływ na wynik przedmiotowego postępowania. Odwołujący nie zna wszystkich dokumentów, które zostały wzięte pod uwagę przez Zamawiającego z uwagi na objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa i nieudostępnienie Odwołującemu przez Zamawiającego. Jednak w zakresie niektórych wniosków wykonawców zajmujących zwłaszcza pozycje 1 do 7 w Tabeli zawierającej ich ocenę widać, iż wykonawcy Ci posłużyli się obcym doświadczeniem, co wynika wprost z

jawnej części wniosków wykonawców, w treści których występuje zobowiązanie do udostępnienia zasobów oraz innych dokumentów udostępnionych przez Zamawiającego.

Odwołujący wyjaśnił, że na uwagę zasługuje fakt, iż Zamawiający w Protokole postępowania, udostępnionego Odwołującemu, na str. 7 w zamieszczonej tam Tabeli pod poz. 9 „Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu/zaproszenie do składania ofert” (dalej Tabela), nie wskazał czy liczba wdrożeń uznanych przez niego, a tym samym pozycjonująca poszczególnych wykonawców w rankingu i w rezultacie uprawniająca do otrzymania zaproszenia do złożenia oferty, jest liczbą wdrożeń własnych czy własnych i udostępnionych przez podmioty trzecie, czy też wyłącznie liczbą wdrożeń udostępnionych przez podmioty obce (podwykonawców). Jest to niezwykle istotna informacja nie tylko dla Odwołującego, ale również i dla Zamawiającego, bowiem w wezwaniach do złożenia wyjaśnień i uzupełnień do wniosków skierowanych do wykonawców m.in. umieszczonych w Tabeli w poz. 1-7 i 9, Zamawiający samodzielnie wstępnie określił, a następnie wezwał do określenia lub potwierdzenia przez wykonawców czy w dokumentach potwierdzających doświadczenie wykonawcy jest jego własne doświadczenie czy też udostępnione przez osoby trzecie zgodnie z art. 26.ust 2b ustawy Pzp. Tę samą wątpliwość, dotyczącą zasady jaką kierował się Zamawiający przy ocenie liczby wdrożeń, posiada Odwołujący w odniesieniu do uznanych przez Zamawiającego liczby wdrożeń wykonawcy IBM Polska Sp. z o.o. Wykonawca ten mianowicie składa 6 dokumentów potwierdzających liczbę dokonanych wdrożeń, przy czym wszystkie są wdrożeniami wykonanymi przez podmioty trzecie udostępniające je jedynie IBM Polska Sp. z o.o. co oznacza, iż wykonawca ten nie posiada ani jednego własnego doświadczenia w realizacji tak poważnych przedsięwzięć jak to, które będzie musiał zrealizować w przypadku udzielenia jemu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący ponadto podnosi, iż w przypadku tego wykonawcy w odniesieniu do złożonej przez niego referencji podmiotu udostępniającego mu swoje doświadczenie tj. Spółkę BTC AG jej wdrożenie dla E.ON edis AG, de facto mamy do czynienia z 1 referencją dotyczącą jednego modułu SAP PM dla trzech obszarów eksploatacji. Zatem można z dużym prawdopodobieństwem stwierdzić, iż jest to jedno wdrożenie jednego systemu, ale referencje są rozdzielone dla trzech obszarów eksploatacji obsługiwanych przez ten sam System. W tej sytuacji oznaczałoby to, iż liczba uznanych przez Zamawiającego referencji dla wykonawcy IBM Polska Sp. z o.o. jest zgoła inna niż faktycznie powinna być przyznana. Taka sama sytuacja występuje w przypadku referencji wystawionych dla BTC AG przez firmę EWE Netz AG., w której budzi wątpliwość obsługiwana liczba elementów majątku sieciowego elektroenergetycznego łącznie z majątkiem gazowym.

Z ostrożności, jeżeli na wniosek złożony w niniejszym odwołaniu nie zostanie uwzględniony

przez Izbę, Odwołujący z uwagi na utajnienie szeregu dokumentów, w zakresie w jakim są one niejawnie dla niego, nie może wykazać wprost przez powołanie się na odpowiednie numery stron we wnioskach, zatem wnosi o sprawdzenie: czy w zakresie wniosków wykonawców umieszczonych na pozycjach 1 do 7 z wyłączeniem wykonawcy na poz. 4 IBM Polska Sp. z o.o. oraz poz. 9 wykonawcy ci załączyli do wniosków jako wdrożenia opisane w pkt III.2.3) 1 ppkt 1.1. Ogłoszenia o zamówieniu, wdrożenia własne czy też zasoby i referencje (wdrożenia) „pożyczone” czyli udostępnione przez podmioty trzecie ? oraz czy wdrożenia podmiotów trzecich były uwzględnione przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu przy dokonywaniu oceny wniosków i punktowane? Odwołujący argumentował, że zgłoszenie tego wniosku jest podyktowane tym, iż istnieje bardzo wysokie prawdopodobieństwo, z uwagi na bardzo wysoką ilość wdrożeń wskazanych przez Zamawiającego w Tabeli wyników oceny wniosków dla pierwszych siedmiu wykonawców na liście, dokonania przez Zamawiającego czynności niezgodnych z przepisami art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp.

Odwołujący uzasadniał zarzut zaniechania ujawnienia przez Zamawiającego części wniosków, które w ocenie Odwołującego nie spełniają przesłanek do objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Koronną zasadą zamówień publicznych jest zasada jawności co oznacza po prostu, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należy stosować praktyki przejrzystości. Zatem nieujawnienie Odwołującemu dokumentów, o których okazanie wnosił do Zamawiającego, których zbadanie stanowi prawo Odwołującego do kontrolowania decyzji Zamawiającego, doznało ograniczenia w sposób nieuprawniony. Odwołujący zgadza się z faktem, iż zasada jawności jak każda inna zasada posiada wyjątki, jednak jedynie w sytuacji wskazanej w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp tj. gdy wykonawca zastrzegł w ofercie lub wniosku, o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, informacje stanowiące tajemnicę jego przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, że nie mogą być one udostępnione. Odwołujący wskazał, iż przepisy dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej reguły jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinny być interpretowane ściśle. Z treści cytowanych wyżej przepisów *expressis verbis* wynika, iż protokół jak i wszelkie oświadczenia i zaświadczenia składane w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiące załącznik do protokołu są jawne i winny być udostępnione do wglądu wszystkim zainteresowanym osobom, bez względu na posiadanie interesu prawnego oraz faktycznego. Tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz.U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 z

późn. zm.). Zgodnie z tym przepisem tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią 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. Aby określona informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, muszą być spełnione trzy warunki: ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub posiada wartość gospodarczą, nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego (SN) z dnia 3 października 2000r. (ICKN 304/00). Potwierdza to również wyrok z dnia 5 marca 2012r. sygn. akt KIO 331/12, KIO 333/12. Odwołujący analizując wnioski wykonawców w części udostępnionej przez Zamawiającego, stwierdził, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, najprawdopodobniej jest polityką prowadzoną przez te firmy, co jednak nie może stanowić samodzielnej podstawy do skutecznego zastrzeżenia informacji, o których ujawnienie Odwołujący wnosi tj.

1. Comarch SA w zakresie stron od 27 do 48 wniosku, zawierających referencje potwierdzające wykonanie wdrożeń wymaganych przez Zamawiającego oraz oświadczenia podmiotów trzecich udostępniających swoje zasoby wykonawcy;
2. Qumak Sękom SA w zakresie stron od 27 do 69, zawierających referencje oraz oświadczenia podmiotów trzecich udostępniających swoje zasoby wykonawcy, jak również odpowiedzi na wezwanie nr 1079-BPWU -230-2- AW/12 Zamawiającego z dnia 23 maja 2012 r. do złożenia wyjaśnień i dokumentów;
3. Infovide Matrix SA, Aiut Sp. z o.o., Apator Rector Sp. z o.o., w zakresie stron od 52 do 73, zawierających referencje oraz oświadczenia podmiotów trzecich udostępniających swoje zasoby wykonawcy, jak również odpowiedzi na wezwanie nr 1079-BPWU -230-2-AW/12 Zamawiającego z dnia 23 maja 2012 r. do złożenia wyjaśnień i dokumentów;
4. Accenture Sp. z o.o. w zakresie stron od 19 do 56, zawierających referencje oraz oświadczenia podmiotów trzecich udostępniających swoje zasoby wykonawcy, jak również odpowiedzi na wezwanie nr 1079-BPWU -230-2- AW/12 Zamawiającego z dnia 23 maja 2012 r. do złożenia wyjaśnień i dokumentów;
5. B3System SA w zakresie stron od 34 do 86, zawierających referencje oraz oświadczenia podmiotów trzecich udostępniających swoje zasoby wykonawcy, jak również odpowiedzi na wezwanie nr 1079-BPWU -230-2-AW/12 Zamawiającego z dnia 23 maja 2012 r. do złożenia wyjaśnień i dokumentów;
6. Asseco Poland SA w zakresie stron od 54 do 63, zawierających referencje wraz oraz

oświadczenia podmiotów trzecich udostępniających swoje zasoby wykonawcy, jak również odpowiedzi na wezwanie nr 1079-BPWU -230-2- AW/12 Zamawiającego z dnia 23 maja 2012 r. do złożenia wyjaśnień i dokumentów;

7. Proximus SA w zakresie stron od 33 do 38, zawierających referencje oraz oświadczenia podmiotów trzecich udostępniających swoje zasoby wykonawcy;

Odwołujący podniósł, iż bez odtajnienia dokumentów, o których ujawnienie wnosi, nie może dokonać prawidłowej weryfikacji poprawnego podejmowania decyzji przez Zamawiającego, a jedynie wnioskować z dużą dozą prawdopodobieństwa o ich wadliwość, które mają lub będą miały wpływ na wynik przedmiotowego postępowania tj. na ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu i ustalenie kręgu wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do złożenia ofert.

B. Sygn. akt KIO 1428/12

Odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 6 lipca 2012 roku Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 8 ust. 2 i 3, art. 96 ust. 3 ustawy oraz inne przepisy wymienione lub wynikające z uzasadnienia odwołania, w szczególności przez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu kompletnej treści wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonych przez:

wykonawców wspólnie ubiegających się udzielenie zamówienia tj.: Infovide Matrix S.A. z siedzibą w Warszawie, Aiut sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, Apator Rector sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze (dalej „Konsorcjum Infovide Matrix“), B3System S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „B3 System“), Accenture sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Accenture*“), Qumak-Sekom S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Qumak-Sekom“), Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej „Comarch“). Zamawiający bezpodstawnie uznał, iż ww. Wykonawcy dokonali zastrzeżenia informacji zawartych we wnioskach jako tajemnica przedsiębiorstwa w sposób skuteczny pomimo, że informacje te nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności badania i oceny wniosków, ujawnienie Odwołującemu kompletnych wniosków złożonych Konsorcjum Infovide Matrix, B3System, Accenture, Qumak-Sekom S.A, Comarch S.A. oraz dokonanie powtórnej czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Interes Odwołującego we wniesieniu odwołania polega na tym, iż w wyniku dokonanej przez Zamawiającego oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób niezgodny z

ogłoszeniem o zamówieniu i ustawą, zaniechania odtajnienia wniosków złożonych przez Konsorcjum Infovide Matrix, B3Syste, Accenture, Qumak-Sekom, Comarch S.A. - Odwołujący poniesie szkodę poprzez niezyskanie przedmiotowego zamówienia. Zamawiający przez bezpodstawne uznanie za skuteczne zastrzeżenie dokumentów i informacji zawartych we wnioskach w/w wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa uniemożliwił Odwołującemu zapoznanie się z treścią wniosków w/w wykonawców i zweryfikowanie czy spełniają one wymogi ogłoszenia o zamówieniu. Uniemożliwienie Odwołującemu weryfikacji wniosków konkurencyjnych wykonawców pod kątem ich zgodności z ogłoszeniem o zamówieniu, uniemożliwia Odwołującemu skorzystanie ze środków ochrony prawnej, a tym samym uniemożliwia weryfikację czy w/w wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu. W następstwie umowa może zostać zawarta z innym wykonawcą, a tym samym Odwołujący poniesie szkodę w postaci nie udzielenia mu przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący następująco uzasadnił swoje stanowisko:

Z treści udostępnionych wniosków należy przypuszczać, iż wykonawcy zastrzegli jako tajemnicę przedsiębiorstwa m.in. wykazy usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie tych usług. Jednakże, te zastrzeżone informacje nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z treścią art. 8 ust. 3 Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy. Przepis art. 8 ust. 3 Pzp nie oznacza dla wykonawcy, iż może zastrzec każdą informację, a Zamawiający zobowiązany jest bezkrytycznie dostosować się do dyspozycji wykonawcy. Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05) „w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy [obecnie art. 8 ust. 3] z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177 z późn. zm.), - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 [obecnie art. 8 ust. 3] tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Z powyższego wynika, iż Zamawiający zobowiązany był co najmniej do zbadania skuteczności zastrzeżeń dokonanych przez wykonawców, którzy złożyli wnioski, a w przypadku stwierdzenia bezskuteczności dokonanego zastrzeżenia - do odtajnienia wniosków. Przywołana uchwała

SN wskazuje wyraźnie, iż badanie poprawności zastrzeżenia przez wykonawcę informacji, jest obowiązkiem, a nie uprawnieniem Zamawiającego. Zamawiający nie może zaniechać aktywnego badania zasadności utajnienia informacji, a w razie stwierdzenia, iż zostało ono dokonane z naruszeniem przepisów, do odtajnienia zastrzeżonych informacji. W ramach badania zasadności zastrzeżenia Zamawiający ma obowiązek sprawdzić wszystkie elementy konieczne dla zgodnego z prawem utajnienia.

Prawo do zastrzeżenia w treści wniosków informacji stanowiących, w opinii wykonawcy, tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest nigdy prawem bezwzględnym, chociażby dlatego, że wykonawca nie może zastrzec elementów, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy oraz z uwagi na naczelną zasadę wyrażoną w art. 8 ust. 1 ustawy zasadę jawności. Przedsiębiorca utajniający określone informacje musi w sposób nie budzący najmniejszych wątpliwości wykazać, iż - zgodnie z dyspozycją normy wynikającej z przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji — informacje zastrzeżone przez Wykonawcę mają wartość gospodarczą (stanowią informacje techniczne, technologiczne, handlowe lub organizacyjne przedsiębiorstwa), jako zbiór informacji nie były nigdzie wcześniej prezentowane i nie są one dostępne dla osób trzecich. Zaistnienie ww. okoliczności uzasadniających dokonanie zastrzeżenia w przedmiotowej sprawie nie zostało wykazane w sposób nie budzący wątpliwości. Przypuszczać jedynie należy, iż wykonawcy nie otrzymali wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa a Zamawiający uznał, iż zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa we wnioskach w/w wykonawców było skuteczne i prawidłowe. W dokumentach udostępnionych Odwołującemu brak jest jakichkolwiek informacji na temat badania przez Zamawiającego czy zostały spełnione wszystkie przesłanki konieczne do stwierdzenia skuteczności utajnienia oferty, tj. sprawdzenia czy: informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zastrzeżone informacje nie były nigdzie wcześniej prezentowane i osoby postronne nie mogły się z nimi zapoznać w normalnym toku działań, wykonawcy zastrzegli w ustawowym terminie, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy, iż nie mogą one być udostępniane, zastrzeżone informacje nie należą do katalogu określonego w art. 86 ust. 4 ustawy.

Procedurę weryfikacji zasadności zastrzeżeń dokonanych przez Wykonawców powinna być zakończona przed terminem udostępnienia wniosków pozostałym wykonawcom, tj. najpóźniej w dniu poinformowania Wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

We wnioskach wyżej wspomnianych Wykonawców zostały zastrzeżone informacje dotyczące wykazów usług i dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie w

zakresie kontraktów publicznych. Informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Podstawową zasadą wynikającą z 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 (Dyrektywy klasycznej") implementowaną do ustawy Pzp jest zasada przejrzystości - „Instytucje zamawiające zapewniają równe i nie dyskryminacyjne traktowanie podmiotów gospodarczych oraz działają w sposób przejrzysty.”. Zasady przejrzystości oraz jawności umów w zamówieniach publicznych nie obowiązują wyłącznie na terenie Unii Europejskiej, ale również w innych krajach. Zgodnie z wiedzą Odwołującego zamówienia, które potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a w szczególności zawartego w pkt III.2.3) ppkt 1.1 a) ogłoszenia o zamówieniu) są zamówieniami publicznymi, realizowanymi na rzecz podmiotów publicznych. Tezę taką potwierdza rodzaj i zakres wymaganego doświadczenia dotyczącego wdrożenia systemów zarządzania majątkiem do obsługi co najmniej 40000 elementów (assets) majątku sieciowego oraz 200 nazwanych użytkowników. Podkreślenia wymaga, że za elementy (assets) majątku sieciowego Zamawiający uznaje składniki infrastruktury technicznej, realizujące funkcję transportu (przesył i/lub dystrybucja) energii elektrycznej, co jednoznacznie wskazuje, że usługi te były świadczone na rzecz podmiotów publicznych lub podmiotów zobowiązanych do udzielania zamówień w trybie zamówień publicznych. Podmiotami, które zamawiają taki system są podmioty publiczne (lub podmioty zobowiązane do udzielania zamówień w trybie zamówień publicznych), co oznacza iż wykonawcy nie mieli podstaw do utajnienia wykazu doświadczenia i referencji. Powołuje orzeczenia: wyro KIO z 7 czerwca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 938/10, KIO/UZP 997/10, KIO/UZP 1035/10; wyrok KIO z 9 lipca 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 797/09; wyrok KIO z 1 sierpnia 2008 roku sygn. akt KIO/UZP 745/08; wyrok KIO z 4 czerwca 2012 r. sygn. akt KIO 1016/12. Odwołujący podniósł, że wykazy usług, składane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, co do zasady nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i wskazał na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej wyrok z dnia 23 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 528/10. Odwołujący powołał również orzeczenie Zespół Arbitrów, który w wyroku z dnia 31 października 2007 r. (UZP/ZO/O-1281/07) stwierdził, że w sytuacji, gdy wykonawca zastrzegł, jako informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa informacje dotyczące spełnienia warunków umożliwiających mu ubiegano się o udzielenie zamówienia, Zamawiający powinien zwrócić się do tego wykonawcy o wyrażenie zgody na odtajnienie tej informacji wskazując jednocześnie, że zastrzeżenie informacji dotyczących warunków udziału w postępowaniu, faktycznie uniemożliwia sprawdzenie innym uczestnikom postępowania, czy wykonawca może być dopuszczony do ubiegania się o udzielenie

zamówienia. Uniemożliwia tym samym tym uczestnikom korzystanie z ich uprawnień, a w rezultacie prowadzi do naruszenia warunków uczciwej konkurencji. Zgodnie z Uchwałą SN (sygn. akt III CZP 74/05) Zamawiający został zobowiązany do ustalenia, czy zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest uzasadnione. Nie dotyczy to jednak - w ocenie Zespołu Arbitrów - sytuacji, w której zastrzeżeniem zostały objęte warunki wymagane do uzyskania zamówienia. W tym przypadku informacja taka powinna być ujawniana innym uczestnikom postępowania. W przypadku, gdy wykonawca nie wyrazi zgody na ujawnienie takiej informacji Zamawiający powinien uznać, że nie udokumentował on potwierdzenia spełnienia warunków ubiegania się o uzyskanie zamówienia z wynikającymi z tego konsekwencjami. Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziło do zaakceptowania sytuacji, w której korzystanie przez innych wykonawców ze środków ochrony prawnej byłoby niemożliwe. Odwołujący wskazał, że warto zwrócić uwagę na to, iż orzecznictwo arbitrażowe (najpierw Zespołów Arbitrów a następnie Krajowej Izby Odwoławczej) w sposób zasadniczy uległo zmianie po przywoływanej już uchwale SN (sygn. akt III CZP 74/05). Przed wydaniem uchwały, regułą było odrzucenie oferty wykonawcy o ile nie udowodnił on w sposób niebudzący wątpliwości zasadności objęcia jakiejkolwiek informacji poufnością przysługującą tajemnicy przedsiębiorstwa. Arbitrzy słusznie powoływali się na zasadę jawności postępowania i transparentności systemu zamówień publicznych. Sąd Najwyższy wskazał, że odrzucenie oferty jest w takim przypadku nie jest zasadne. Za błędną praktykę uznano jedynie odrzucenie oferty - SN nigdy nie podważył zasadności zawężającej wykładni prawa do utajnienia oferty/wniosku. Jednak po uchwale Sądu Najwyższego zapanowała tendencja odwrotna - w praktyce przyjęto domniemanie istnienia tajemnicy przedsiębiorstwa i legalność działania wykonawcy utajniającego ofertę. Tym samym wyjątek od zasad jawności postępowania stał się regułą. Postępowanie, którego dotyczy niniejsze odwołanie, jest tego dowodem - praktycznie wszystkie wnioski zostały utajnione w sposób, który czyni fikcją zasadę jawności postępowania. Tym samym transparentność wydatkowania środków publicznych, transparentność postępowania o zamówienie publiczne jest fikcją.

Odwołujący wskazał również na Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2011 roku wskazano (strona 81 akapit 1) „Tymczasem, podstawowym celem ustawy jest zagwarantowanie wykonawcom jak najszerszego dostępu do zamówień publicznych co prowadzi do większej efektywności i transparentności procedur.

Odwołujący wniósł o ujawnienie informacji dotyczących wykonanych usług oraz innych dokumentów utajnionych we wnioskach. Gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała,

że można utajniać referencje - Odwołujący wnosi o nakazanie odtajnienia wykazu usług. Odwołujący podkreślił, że podmioty przez utajnienie dokumentów dotyczących doświadczenia - uniemożliwiają weryfikację swojej zdolności do wykonania zamówienia, co narusza w sposób rażąco zasadę jawności postępowania i uniemożliwia Odwołującemu weryfikację czy wykonawcy ci spełniają warunki udziału w postępowaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestników postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W zakresie obu odwołań o sygnaturach akt KIO 1409/12 i KIO 1428/12:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołań. Odwołania zostały złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 6 lipca 2012 roku oraz zostały przekazane w ustawowym terminie kopie odwołań Zamawiającemu, co potwierdził na posiedzeniu Zamawiający.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.*

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie oraz stanowiska i oświadczenia Stron i uczestników postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu. Izba dopuściła dowód złożony przez uczestnika postępowania odwoławczego Qumak - Sekom S.A. z siedzibą w Warszawie przy Alejach Jerozolimskich 94, 00-807 Warszawa – tj. trzy pisma na okoliczność, że Qumak - Sekom S.A. zobowiązany jest

do zachowania w tajemnicy i nie ujawniania osobą trzecim treści porozumień o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia z podmiotami, z których doświadczenia korzysta w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny zarzutów podniesionych w odwołaniach sygn. akt KIO 1409/12 i sygn. akt 1428/12 biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie oraz dokumentację postępowania, uznała że oba odwołania zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający na posiedzeniu, do każdej ze spraw o sygn. akt KIO 1409/12 i sygn. akt 1428/12 złożył pisma *Odpowiedź Zamawiającego na Odwołanie* wnosząc o oddalenie każdego z odwołań w całości.

Na rozprawie uczestnik postępowania odwoławczego Qumak – Sekom S.A, złożył pismo *Pismo Przystępującego* wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Na rozprawie uczestnik postępowania odwoławczego Comarch S.A., do każdej ze spraw o sygn. akt KIO 1409/12 i sygn. akt 1428/12, złożył pisma *Pismo procesowe Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego* wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

W zakresie zarzutów z odwołań o sygn. akt KIO 1409/12 i sygn. akt 1428/12 dotyczących naruszenia art. 8 ust. 2 i 3, 96 ust. 3 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez zaniechanie udostępnienia kompletnej treści wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Izba uznała ww. zarzuty za zasadne i w tym zakresie odwołania zostały uwzględnione.

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

czynnościach 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 (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 23 maja 2011 roku sygn. akt KIO 966/12, KIO 973/12). 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).

Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy - *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. Do konkursu przepis stosuje się odpowiednio.* 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. Przejawem zasady jawności postępowania jest między innymi art. 96 ust. 3 ustawy wskazujący, że protokołu postępowania wraz z załącznikami jest jawny, natomiast moment ujawnienia załączników do protokołu postępowania jest zależny od trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. 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.

Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. Na podstawie art. 8 ust. 2 *Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. 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 roku, 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.* Przyjmuje się, że 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. Wcześniejsze uregulowanie przepisu odwoływało się do tajemnicy handlowej, która dzisiaj zawarta jest w *innych informacjach posiadający wartość gospodarczą.* 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. Stanowisko to wyraził także Sąd Najwyższy w wyrok SN z dnia 3 października 2000 roku, Sygn. akt I CKN 304/ 2000, gdzie jednoznacznie wykluczono możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej dozwolonej drodze (również wyrok Sądu Najwyższego z 5 września 2001 r., I CKN 1159/00, OSNC 2002, Nr 5, poz. 67).*

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 SN 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 ustalić, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznanymi ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca ma wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnych odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. Tym bardziej, że to Zamawiający bada skuteczność dokonanej przez wykonawcę zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających z ogłoszenia o zamówieniu, co zostało ugruntowane w orzecznictwie zarówno Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej jak i orzecznictwie sądów powszechnych i Sądu Najwyższego. 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. Sąd Najwyższy – wskazując, że na Zamawiającym spoczywa obowiązek badania skuteczności zastrzeżenia a dopiero w wyniku stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia następuje wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji – nie określił w jaki sposób Zamawiający ma rozstrzygać czy dana informacja faktycznie nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa. Nadal, pomimo licznego orzecznictwa oraz zdefiniowanego pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa każda sprawa rozpoznawana musi być przez Zamawiającego indywidualnie. Uwzględniając wypracowane w doktrynie mechanizmy Zamawiający przed ujawnieniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa powinien w pierwszej kolejności poinformować podmiot zastrzegający, choć przepisy ustawy nie nakładają na Zamawiającego takiego obowiązku. Takie postępowanie po pierwsze wpisuje się w należyta staranność prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, po drugie może uchronić Zamawiającego od groźby ponoszenia kar (postępowanie karne) a po trzecie daje podmiotowi, który zawarł we wniosku informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa prawo do wnoszenia środka ochrony prawnej w zakresie czynności Zamawiającego. W piśmiennictwie – między innymi glosa S. Salomonowicza do uchwały SN z dnia 21 października 2005 roku II CZP 74/05 – wskazywany jest pogląd, iż wyjaśnienie tych

wątpliwości może nastąpić w oparciu o przepis art. 87 ust. 1 ustawy. Wydaje się również zasadna argumentacja wskazująca na możliwość zastosowania art. 26 ust. 4 ustawy. Obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w poszanowaniu zasad określonych w ustawie, tym samym Zamawiający powinien dochować wszystkich czynności aby zasadom tym nie uchybić.

Zamawiający nie wezwał wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów a decyzję swoją oparł jedynie na weryfikacji danych oznaczonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przy pomocy Internetu. W ocenie Izby, Zamawiający zobowiązany jest do prowadzenia postępowania z należytą starannością i w zakresie tych czynności mieści się obowiązek Zamawiającego do wezwania wykonawców, którzy zastrzegli w złożonych wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wyjaśnienia podstaw zastrzeżenia owych informacji. Doprowadziło to do naruszenia zasady jawności (art. 8 ustawy) oraz wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy zasady przeprowadzania postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, bowiem zaniechanie przez Zamawiającego czynności wyjaśnienia podstaw objęcia dokumentów we wnioskach tajemnicą przedsiębiorstwa a w konsekwencji brak sprawdzenia podstaw objęcia tych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa, prowadzi do utrudnienia uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia. Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie powyżej przywołanych zasad oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zamawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

Należy podkreślić, iż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy, gdyż zasadą jest jawność postępowania o zamówienie publiczne i jawność ofert. Oznacza to, iż Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz winien żądać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż Zamawiający zaniechał działań mających na celu pełne wyjaśnienie, czy wykonawca

prawkłowo zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa w związku z czym nakazała Zamawiającemu wezwać wykonawców Comarch S.A., Qumak - Sekom S.A., Accenture Sp. z o.o., Asseco Poland S.A., PROXIMUS S.A., B3System S.A., oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Infovide-Matrix S.A. (pełnomocnik), Aiut Sp. z o.o., Apator Rector Sp. z o.o., do złożenia wyjaśnień w zakresie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

W konsekwencji biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne i prawne uwzględnione przez Izbę na gruncie badanej sprawy należy podzielić stanowisko prezentowane przez Odwołujących, iż Zamawiający w niniejszym postępowaniu uchybił przepisowi art. 8 ust. 2 i 3, 96 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy. Powołane w odwołaniach uchybienie w czynnościach Zamawiającego może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

W zakresie zarzutu z odwołania o sygn. akt KIO 1409/12 dotyczącego naruszenia art. 51 ust. 2 w związku z art. 26 ust. 2b ustawy przez dokonanie wadliwej oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, w wyniku nieprawidłowego przyznania wykonawcom, wskazanym przez Zamawiającego w Informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z dnia 25 czerwca 2012 r. w tabeli zawierającej wyniki oceny wniosków, zbyt dużej ilości punktów za wykazanie się wykonaniem dostaw i usług przez podmioty udostępniające im swoje zasoby, w szczególności w poz. 1-7, a w rezultacie przyznania im niewłaściwego miejsca w rankingu podmiotów dopuszczonych do dalszego etapu postępowania oraz art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez niezgodne z przepisami prawa nie umieszczenie Odwołującego na pozycji listy pięciu wykonawców, których Zamawiający zaprosi do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu, co powoduje naruszenie interesu Odwołującego Izba uznała te zarzuty za niezasadne i tych zarzutów z odwołania o sygn. akt KIO 1409/12 nie uwzględniła.

Zgodnie z art. 51 ust. 2 ustawy *Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków. Wykonawcę niezaproszonego do składania ofert traktuje się jak wykluczonego z postępowania o*

udzielenie zamówienia. Natomiast na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Izba ustaliła, że w Ogłoszeniu o zamówieniu w pkt III.2.3)1 ppkt 1.1. Zamawiający zawarł następujące wymaganie:

1.1. Wykonawca w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania Wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wdrożył (system został odebrany i przekazany do eksploatacji) co najmniej 1 system zarządzania majątkiem oferowany w ramach niniejszego zamówienia do obsługi co najmniej:

- a) *40 tys. elementów (assets) majątku sieciowego; przy czym za elementy (assets) majątku sieciowego uznaje się składniki infrastruktury technicznej, realizujące funkcję transportu (przesył i/lub dystrybucja) energii elektrycznej,*
- b) *200 nazwanych użytkowników.*

Natomiast w pkt VI.3) w pkt 10 Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający podał:

Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż 5, Zamawiający zaprosi do składania ofert pięciu wykonawców, którzy kolejno:

10.1) wykonali większą ilość wdrożeń opisanych w pkt III.2.3) ppkt 1.1.,

10.2) wdrożyli systemy dla sumarycznie większej liczby użytkowników, o których mowa w pkt III.2.3)1 ppkt 1.1 .b)

10.3) wdrożyli systemy obsługujące sumarycznie większą liczbę elementów majątku, o których mowa w pkt III.2.3)1 .ppkt 1.1 .a).

Zarzut przedstawiony przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie przy Alejach Jerozolimskich 180, 02-486 Warszawa (pełnomocnik), Geomar S.A. z siedzibą w Szczecinie przy ulicy Piotra Skargi 23, 70-487 Szczecin - sprowadza się do kwestionowania możliwości przyznania punktów, przy ocenie spełnienia warunku w celu kwalifikacji do dalszego etapu postępowania, za wykazane przez wykonawcę składającego wniosek o dopuszczenie do

udziału w postępowaniu doświadczenia udostępnionego przez inne podmioty zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy.

Izba w pełni podziela i przyjmuje za własny pogląd reprezentowany w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 5 marca 2012 roku sygn. akt KIO 233/12, KIO 248/12, KIO 261/12:

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 spełniania 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. (...)”.

Należy dodać, że również Ogłoszenie o zamówieniu nie zawiera żadnej szczególnej regulacji prowadzącej do ograniczenia możliwości wykazania się doświadczeniem podmiotów trzecich przy ocenie spełnienia warunku podgalającej punktacji.

Powyższe prowadzi do wniosku, że zarówno przy ocenie minimalnego spełnienia warunku udziału w postępowaniu jak i do oceny punktowej, kwalifikującej wykonawców do dalszego etapu postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający prawidłowo uwzględnił zasoby, którymi dany wykonawca dysponuje bezpośrednio (własne doświadczenie) oraz zasoby udostępnione przez inne podmioty zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy. Tym samym czynność oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dokonana została prawidłowo. W konsekwencji, nie został tym samym naruszony art. 7 ust. 1 ustawy, nie zostały naruszone zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony i uczestników postępowania odwoławczego, który zarazem jest uprawnieniem Stron i uczestników postępowania odwoławczego, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przed Izłą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one i uczestnicy postępowania odwoławczego mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej*, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust. 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio, qui dicit, non ei, qui negat* (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza). Izba dopuściła dowód złożony przez uczestnika postępowania odwoławczego Qumak - Sekom S.A. z siedzibą w Warszawie przy

Alejach Jerozolimskich 94, 00-807 Warszawa – tj. trzy pisma na okoliczność, że Qumak - Sekom S.A. zobowiązany jest do zachowania w tajemnicy i nie ujawniania osobą trzecim treści porozumień o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia z podmiotami, z których doświadczenia korzysta w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. W ocenie Izby dowód ten, uwzględnivszy fakt, że Zamawiający zaniechał dokonania czynności, do których był obowiązany tj. wezwania wykonawców do wyjaśnienia podstaw zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dla Izby jest dowodem przedwczesnym. Ocena tego dowodu na etapie tego postępowania odwoławczego doprowadziłaby do wykonania przez Izbę czynności, która zarezerwowana jest dla Zamawiającego, a której Zamawiający jeszcze nie wykonał i w konsekwencji doprowadziłaby do wykonania czynności za Zamawiającego, natomiast do Izby należy ocena czynności Zamawiającego nie zaś dokonywanie tych czynności za Zamawiającego. Dlatego też Izba uznała złożony dowód za przedwczesny i nieprzydatny do rozpoznania przedmiotowej sprawy.

W tym miejscu należy również podnieść, iż Zamawiający winien postępować zgodnie z zasadami jakie określa ustawa, między innymi zasadą równego traktowania wykonawców, zasadą konkurencyjności. Sąd Okręgowy w Gliwicach, w wyroku z 23 lutego 2007 roku sygn. akt: X Ga 23/07/za wskazał, iż *„Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (...)”*. Zamawiający zobowiązany jest do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania a jego działanie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich wnioski zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w ogłoszeniu o zamówieniu wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych a Zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. W świetle powyższych ustaleń Izba uznała, iż działanie Zamawiającego nie było zgodne z obowiązującymi przepisami i naruszało zasady zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołujących zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji tj. zasady określone w art. 7 ust. 1 ustawy oraz zasady jawności postępowania określonej w art. 8 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt. 1 i § 6 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)

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

.....

.....

.....

.