

Sygn. akt: KIO 1290/14

Sygn. akt: KIO 1295/14

WYROK
z dnia 11 lipca 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 7 i 8 lipca 2014 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 czerwca 2014 roku:

- A. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **UNIZETO Technologies S.A. z siedzibą w Szczecinie (lider Konsorcjum), ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70 – 486 Szczecin** oraz **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (członek Konsorcjum)** - sprawa o sygn. akt KIO 1290/14;
- B. przez wykonawcę: **Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie, Aleja Jana Pawła II 39a, 31 – 864 Kraków** - sprawa o sygn. akt KIO 1295/14,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Kasę Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego w Warszawie, Al. Niepodległości 190, 00 – 608 Warszawa,**

przy udziale:

- 1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **AMG.net S.A. z siedzibą w Łodzi (lider Konsorcjum), ul. Łąkowa 29, 90-554 Łódź** oraz **Bull SAS**

- (członek Konsorcjum), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1290/14, po stronie zamawiającego;
- 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **AMG.net S.A. z siedzibą w Łodzi (lider Konsorcjum), ul. Łąkowa 29, 90-554 Łódź** oraz **Bull SAS (członek Konsorcjum)**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1295/14, po stronie zamawiającego;
- 3) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **UNIZETO Technologies S.A. z siedzibą w Szczecinie (lider Konsorcjum), ul. Królowej Korony Polskiej 21, 70 – 486 Szczecin** oraz **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (członek Konsorcjum)**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1295/14, po stronie zamawiającego,

orzeka:

A. sygn. akt KIO 1290/14

1. oddała odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego;
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 2 829 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące osiemset dwadzieścia dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

B. sygn. akt KIO 1295/14

1. oddała odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego;
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 2 829 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące osiemset dwadzieścia dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1290/14
Sygn. akt: KIO 1295/14

U z a s a d n i e n i e

Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego Centrala w Warszawie [zwana dalej: „*zamawiającym*”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na realizację zadania: „*Kompleksowa obsługa systemów informatycznych wspomagających obsługę ubezpieczeń i świadczeń krótkoterminowych*”, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.], zwanej dalej „ustawą P.z.p.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 stycznia 2014 roku pod numerem 2014/S 012-017124.

W dniu 13 czerwca 2014 r. zamawiający przekazał wykonawcom *Zawiadomienie o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu*, w którym poinformował o zaproszeniu do składania ofert Konsorcjum Wykonawców: AMG.net S.A. i Bull SAS oraz Konsorcjum Wykonawców: Unizeto Technologies S.A. i Asseco Poland S.A., a także o wykluczeniu pozostałych Wykonawców, tj. Qumak S.A. i Comarch S.A.

Sygn. akt: KIO 1290/14

W dniu 23 czerwca 2014 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: UNIZETO Technologies S.A. z siedzibą w Szczecinie (lider Konsorcjum) oraz Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (członek Konsorcjum), [zwani dalej: „odwołującym”] wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy P.z.p.:

1. art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: AMG.net S.A. oraz Bull SAS pomimo, iż złożyli oni wadliwe pełnomocnictwa,
2. art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez udostępnienie wykonawcom biorącym udział w przedmiotowym postępowaniu informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego,
3. art. 8 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie udostępnienia wykonawcom biorącym udział w postępowaniu Wykazu usług złożonego w ramach wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: AMG.net S.A. i Bull SAS [dalej: „Konsorcjum AMG.net”].

Mając powyższe na względzie odwołujący wnoszą o uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na zaproszeniu do składania ofert Konsorcjum AMG.net,
- powtórzenia czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
- wezwania Konsorcjum AMG.net w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. do uzupełnienia prawidłowych pełnomocnictw,
- zaniechania udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego zgodnie z oświadczeniem zamawiającego zawartym w piśmie z dnia 6 czerwca 2014 r. znak ZP-2310/39/2013,
- wezwania podmiotów, którym zamawiający z naruszeniem przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji udostępnił informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego do zaniechania dokonywania naruszeń w trybie art. 18 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu konkurencji,
- udostępnienia części Wykazu usług złożonego w ramach wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez Konsorcjum AMG.net w zakresie usług świadczonych na rzecz podmiotów publicznych bez względu na fakt czy są to podmioty polskie czy zagraniczne,

oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący, w zakresie zarzutu wskazanego w punkcie 1 odwołania, a dotyczącego naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., podniósł, że do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum AMG.net załączyło pełnomocnictwo z dnia 10 lutego 2014 roku na mocy którego John Selman - President de Bull SAS udzielił pełnomocnictwa Panu Adamowi Federowiczowi – Członkowi Zarządu Bull Polska Sp. z o. o.

Odwołujący podniósł, że zakres przedmiotowego pełnomocnictwa nie wskazuje na konkretnego zamawiającego bądź też na konkretne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Pełnomocnictwo zawiera ogólne stwierdzenie dotyczące jego zakresu: *„we wszelkich sprawach związanych z udziałem Spółki w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego”*. Odwołujący wskazał, że w ww. pełnomocnictwie, wymienione zostały czynności, do których w szczególności pełnomocnik jest umocowany. Wśród czynności wyszczególnionych w pełnomocnictwie nie została wymieniona czynność *„podpisania, parafowania i złożenia w imieniu Wykonawców występujących wspólnie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty, wraz z załącznikami”*, a zapis taki znalazł się w pełnomocnictwie, którego udzielił Pan Adam Federowicz w imieniu Bull SAS na rzecz AMG.net S.A. z siedzibą w Łodzi w dniu 10 marca 2014 r. na podstawie ww. pełnomocnictwa z dnia 10 lutego 2014 r. Odwołujący podkreślił, że w pełnomocnictwie z dnia 10 lutego 2014 r. znajduje się wyraźny zapis, który wskazuje, że *„Pełnomocnik ma prawo do powoływania dalszych pełnomocników i udzielania im pełnomocnictw do samodzielnego działania w imieniu Spółki we wskazanym wyżej zakresie”*, przy czym zakres ten nie obejmował możliwości podpisania, parafowania i złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i oferty. W ocenie odwołującego, pełnomocnictwo z dnia 10 lutego 2014 roku, to pełnomocnictwo rodzajowe, a tylko w przypadku pełnomocnictwa ogólnego wystarczający jest zapis, że pełnomocnik może reprezentować firmę w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i nie musi ono wskazywać konkretnego postępowania. Zdaniem odwołującego, mocodawca John Selman - President de Bull SAS, udzielając Adamowi Federowiczowi pełnomocnictwa w dniu 10 lutego 2014 r., celowo pominął najważniejszą czynność jaką dokonuje się w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, tj. czynność *„podpisania, parafowania i złożenia w imieniu Wykonawców występujących wspólnie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty, wraz z załącznikami”*, bowiem chciał zastrzec sobie możliwość weryfikacji treści wniosków i ofert przed udzieleniem

pełnomocnictwa do ich podpisania. Dodał przy tym, że obaj wykonawcy wchodzący w skład Konsorcjum AMG.net, należą do tej samej grupy kapitałowej i Bull SAS jako centrala korporacji Bull może zachować pełną kontrolę nad treścią wniosków i ofert składanych przez spółki córki w poszczególnych krajach. W jego ocenie, jest to tym bardziej uzasadnione, że z uwagi na ogłoszoną i planowaną transakcję przejęcia korporacji BULL przez firmę ATOS, wszelkie nowe potencjalne projekty podlegają dodatkowej kontroli. Odwołujący podnosił ponadto, że złożone pełnomocnictwo jest notarialnym odpisem, a zatem pełnomocnik może wielokrotnie korzystać z tego samego dokumentu w różnych postępowaniach i nie bez znaczenia jest to, że w pełnomocnictwie wymienione są tylko czynności występujące po podpisaniu i złożeniu wniosku i oferty. Zdaniem odwołującego oznacza to, że pełnomocnik nie był upoważniony do udzielenia dalszego pełnomocnictwa AMG.net S.A. w przedmiotowym zakresie. Dodatkowo odwołujący wskazał, że nie jest możliwe usunięcie nieprawidłowości pełnomocnictwa w trybie wykładni oświadczenia woli, albowiem z treści pełnomocnictwa wyraźnie wynika brak upoważnienia do podpisania i złożenia wniosku i oferty.

W zakresie zarzutu wskazanego w punkcie 2 odwołania, odwołujący wskazał, że część wniosku odwołującego została zastrzeżona, jako zawierająca informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa oraz, że podjął czynności mające na celu zabezpieczenie informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, jak również wyjaśnił zamawiającemu, na jego wezwanie, w sposób szczegółowy i wyczerpujący, zaistniałe okoliczności faktyczne oraz prawne wskazując przyczyny zastrzeżenia informacji, jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający stwierdził, iż nie zostały spełnione przesłanki uprawniające odwołującego do zastrzeżenia informacji, jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie wykazu usług oraz załączonych referencji. Pismem z dnia 28 maja 2014 roku, uzupełnionym pismem z dnia 29 maja 2014 roku, odwołujący wezwał zamawiającego do zmiany swojej decyzji w ramach autokontroli. W dniu 2 czerwca 2014 roku odwołujący wniósł odwołanie żądając unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na uznaniu części Wniosku, jako jawnego oraz nie uznaniu zastrzeżonych informacji, jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego. Odwołujący wskazał, że zamawiający pismem z dnia 6 czerwca 2014 r. zmodyfikował swoje stanowisko uwzględniając część tez zawartych w odwołaniu oraz załączył do tego pisma Wykaz usług zawierający przesłonięte elementy, które uznał jako informację zawierającą tajemnicę przedsiębiorstwa, w związku z czym odwołujący cofnął wówczas swoje odwołanie. Odwołujący wskazał, iż w dniu 18 czerwca 2014 roku dokonał wglądu do dokumentacji postępowania i powziął informację, że zamawiający, w sprzeczności z treścią pisma z dnia 6 czerwca 2014 r., udostępnił treść wyjaśnień odwołującego z dnia 28 i 29 maja 2014 r., które opatrzone były klauzulą

„tajemnica przedsiębiorstwa” i zawierały treści uznane przez zamawiającego za niejawne, a także udostępnił treść korespondencji z Zakładem Ubezpieczeń Społecznych (pismo z dnia 4 czerwca 2014 r.) i odpowiedź Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (pismo z dnia 5 czerwca 2014 r.), które zawierały numery referencji, a które to informacje zamawiający uznał za niejawne. Odwołujący w treści uzasadnienia wnosił też o to, aby zamawiający poinformował podmioty, którym w sposób bezprawny udostępnił ww. treści, że czynności dokonał w wyniku omyłki i, że przekazane informacje nie tracą waloru tajności, a podmioty obowiązują w tym zakresie poufność. Zdaniem odwołującego, zamawiający swoim działaniem naruszył zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji.

W zakresie zarzutu wskazanego w punkcie 3 odwołania, odwołujący wskazywał, że Wniosek Konsorcjum AMG.net w zakresie obejmującym Wykaz usług nie został mu udostępniony, a zatem nie ma wiedzy czy zamawiający w równym stopniu uwzględnił wyjaśnienia wszystkich uczestników postępowania w zakresie zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazał, że z ostrożności procesowej postawił jednak taki zarzut i wnosi o weryfikację przez Krajową Izbę Odwoławczą dokumentacji postępowania, a w szczególności Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum AMG.net, uzasadnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Konsorcjum AMG.net oraz pism informujących o decyzji podjętej przez zamawiającego w tym zakresie. Odwołujący podniósł, iż z treści pisma Konsorcjum AMG.net z dnia 14 maja 2014 roku, wynika, że w Wykazie usług znajdują się usługi realizowane na rzecz dwóch rodzajów usługobiorców, tj.: polskich podmiotów prywatnych oraz podmiotów zagranicznych. Odwołujący wskazywał, że o ile w zakresie realizacji usług na rzecz polskich podmiotów prywatnych wykonawca wykazał przesłanki określone w art. 11 ust. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji to takie zastrzeżenie jest dopuszczalne i skuteczne, to w przypadku podmiotów zagranicznych, jeżeli są to podmioty publiczne, to w stosunku do umów z nimi zawartych obowiązuje zasada jawności. Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający przyjął zasadę, iż usługi wykazywane w Wykazie usług, które zostały zrealizowane w oparciu o przepisy ustawy P.z.p. nie mogą mieć waloru tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ w myśl art. 139 ust. 3 ustawy P.z.p. umowy zawarte w wyniku udzielenia zamówienia są jawne. Podkreślił też, że analogiczna zasada ma zastosowanie do umów o udzielenie zamówienia publicznego opartego o prawo wspólnotowe, przy czym powołał się na zasadę jawności i przejrzystości postępowań, wywiedzioną z Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Europejską oraz orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Według odwołującego najważniejszym elementem procedury przetargowej związanej z regułą przejrzystości i jawności procedury przetargowej jest obowiązek informowania o potencjalnych zamówieniach, ogłaszanych postępowaniach oraz ich

wynikach, a zatem nie znajduje uzasadnienia wyłączenie jawności w odniesieniu do umów o udzielenie zamówienia publicznego zawartych w oparciu o prawo wspólnotowe. Odwołujący wskazał także, iż w sytuacji braku uznania wyjaśnień oraz braku spełnienia przesłanek uprawniających do zastrzeżenia informacji, jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w stosunku do odwołującego przy jednoczesnym utrzymaniu i uznaniu w stosunku do analogicznego zakresu informacji, jako tajemnica przedsiębiorstwa w odniesieniu do innych wykonawców, działanie takie nosi znamiona naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

W dniu 26 czerwca 2014 roku Konsorcjum AMG.net zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1290/14 po stronie zamawiającego i wniosło o oddalenie odwołania.

W dniu 7 lipca 2014 roku, za pośrednictwem faxu, wpłynęła do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź zamawiającego na odwołanie, w której zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Sygn. akt: KIO 1295/14

W dniu 23 czerwca 2014 roku Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie [zwana dalej: „odwołującym”] wniosła odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy P.z.p.:

1. naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p., poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w tym wykazał spełnianie postawionego w ogłoszeniu o zamówieniu warunku w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
2. naruszenie przepisu art. 51 ust. 1 ustawy P.z.p., poprzez zaniechanie zakwalifikowania odwołującego do dalszego udziału w postępowaniu, poprzez poinformowanie, że odwołujący nie znalazł się w rankingu wykonawców, którzy potwierdzili spełnienie wymagań zamawiającego, tj. „wykonawców nie podlegających wykluczeniu”, jak i poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania, pomimo że odwołujący powinien zostać zakwalifikowany do dalszego udziału w postępowaniu (liczby wykonawców zapraszanych do złożenia oferty na podstawie art. 51 ust. 1 ustawy P.z.p.), nie podlega wykluczeniu, spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, dokonał prawidłowego

uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków, jak i wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia z postępowania;

3. naruszenie przepisów art. 24 ust. 3 i art. 51 ust. 1a ustawy P.z.p., poprzez brak podania w Zawiadomieniu o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu uzasadnienia faktycznego wykluczenia odwołującego z postępowania i oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu odwołującego;
4. naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., poprzez bezpodstawne stwierdzenie zamawiającego, że złożone na wezwanie zamawiającego dokumenty i oświadczenia nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu jak i brak podstaw do wykluczenia z postępowania;
5. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
6. z ostrożności - naruszenie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p., poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w sytuacji gdy w przypadku zaistnienia wątpliwości zamawiający był zobowiązany do dokonania czynności wezwania;
7. z ostrożności - naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w sytuacji gdy wystąpiła przesłanka określona w powołanym przepisie ustawy, obligująca zamawiającego do dokonania czynności wezwania.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wnoszą o uwzględnienie niniejszego odwołania i:

- nakazanie zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy P.z.p.;
- nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, z uwzględnieniem wniosku odwołującego;
- nakazanie zamawiającemu zakwalifikowania odwołującego do dalszego udziału w postępowaniu (liczby wykonawców zapraszanych do złożenia oferty na podstawie art. 51 ust. 1 ustawy);
- z ostrożności - nakazanie zamawiającemu dokonania czynności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia;

- z ostrożności - nakazanie zamawiającemu dokonania czynności wezwania odwołującego do uzupełnienia Wykazu osób które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił, że dokonane przez zamawiającego wykluczenie jest bezzasadne, ponieważ złożone przez odwołującego oświadczenia zawarte w Wykazie osób złożonym wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wraz z uzupełnieniami, potwierdzają spełnienie wszystkich wymagań zamawiającego ujawnionych przez niego w Ogłoszeniu. Podniósł, że w dniu 7 maja 2014 r. został wezwany przez zamawiającego do złożenia stosownych uzupełnień, m.in. w zakresie certyfikatu wskazanego w ogłoszeniu dla Głównego Testera. W dniu 21 maja 2014 r. odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia i uzupełnienia. Podkreślił, że certyfikat wskazany przez odwołującego w zakresie wezwania spełnia wymagania zamawiającego, gdyż jest certyfikatem równoważnym. Nie ma żadnych podstaw do jego kwestionowania. Odwołujący powołał się na zmianę treści warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału osobowego, w tym na zmianę definicji równoważności w odniesieniu do certyfikatów, która po zmianie brzmiała następująco: *Certyfikaty równoważne muszą być wydane przez akredytowany instytut egzaminacyjny, licencjonowany przez oficjalnego akredytora dla każdej z metodyk objętych certyfikatem*. Odwołujący wskazał, że w wyniku tej zmiany zamawiający dopuścił możliwość wykazania się innymi certyfikatami, niż te które były wymagane przez zamawiającego jako podstawowe, pod warunkiem, iż muszą być wydane przez akredytowany instytut egzaminacyjny, licencjonowany przez oficjalnego akredytora dla wskazanej metodyki. W ocenie odwołującego, w związku ze zmienionymi wymaganiami zamawiającego w tym zakresie, certyfikat dla Głównego Testera, wskazany przez odwołującego w wykazie osób, powinien zostać uznany za certyfikat równoważny, gdyż jest to certyfikat wydany przez akredytowany instytut egzaminacyjny, licencjonowany przez oficjalnego akredytora dla wskazanej metodyki. Ponadto, zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił dlaczego nie uznaje przedstawionego certyfikatu za równoważny.

Powyższe okoliczności, zdaniem odwołującego, potwierdzają naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 51 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez niezasadne wykluczenie odwołującego z postępowania oraz zaniechanie zakwalifikowania go do dalszego udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał ponadto, że w zawiadomieniu o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu zamawiający nie podał uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonania swojej oceny, ani też chociażby przyczyny, dlaczego uważa, iż uzupełniona przez odwołującego informacja w wykazie osób, nie potwierdza spełnienia

warunków udziału w postępowaniu, dlaczego wskazany certyfikat nie został uznany jako certyfikat spełniający wymagania zamawiającego. Odwołujący podniósł, że w dotychczasowych postępowaniach certyfikat ten, zawsze był uznawany przez zamawiającego, jako certyfikat odpowiedni. Zamawiający powinien też być wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień, a odwołujący powinien mieć możliwość wytłumaczenia zamawiającemu, dlaczego jego zdaniem certyfikat powinien zostać uznany przez zamawiającego jako certyfikat równoważny, spełniający warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał, że wprowadził w dniu 7 maja 2014 roku zamawiający wystosował do niego wezwanie, ale tylko w zakresie braku w złożonym wykazie osób informacji dotyczącej posiadanego przez osobę wskazaną w wykazie certyfikatu wymaganego dla Głównego Testera. Odwołujący w piśmie z dnia 21 maja 2014 roku uzupełnił brakującą informację z zastrzeżeniem, iż uzupełnienie dotyczy jedynie zakresu wskazanego przez zamawiającego. Dodał także, że kierował się m.in. historią innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego ogłoszonych przez zamawiającego (m.in. zeszłoroczne postępowania na utrzymanie systemu Workflow oraz postępowania na wdrożenie systemu klasy ERP oraz systemu ds. archiwizacji prowadzonych w ramach przetargów finansowanych z Banku Światowego), w których przedkładał wykaz zawierający tę samą osobę, posiadającą ten sam certyfikat, co obecnie kwestionowany przez zamawiającego, przy czym certyfikat ten nigdy nie został zakwestionowany przez zamawiającego. Odwołujący podniósł, że działał w dobrej wierze i kierował się tzw. „dobrą praktyką” w udziale w postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego. Przyznał, że omyłkowo nie zawarł w pierwotnym wykazie nazwy certyfikatu, a wezwany do uzupełnienia tej części wykazu, nie miał podstaw twierdzić, że dany certyfikat nie zostanie uznany za dokument potwierdzający spełnianie warunku postawionego przez zamawiającego. Wskazał, że gdyby zamawiający wezwał go jednocześnie wskazując, iż wezwanie dotyczyłoby nazwy certyfikatu wymaganego dla głównego testera, a jeżeli osoba wskazana w wykazie nie posiadałaby odpowiedniego certyfikatu, wezwania do uzupełnienia innej osoby spełniającej wymaganie, to wtedy uzupełniłby certyfikat wskazanej osoby, ale także z ostrożności uzupełniłby wykaz o inną osobę z wymaganym literalnie certyfikatem, gdyż dysponuje również osobami, które posiadają dokładnie takie certyfikaty, które były wymagane przez zamawiającego, a nie uzupełnił wykazu innymi osobami, ze względu na to, iż nie miał podstaw sądzić, iż certyfikat zostanie uznany za nie spełniający wymagania ogłoszenia.

W załączniku nr 1 do odwołania odwołujący zawarł dodatkowe uzasadnienie odwołania, co do którego zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa, a które zostało częściowo odtajnione w toku rozprawy.

W dniu 25 czerwca 2014 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: UNIZETO Technologies S.A. z siedzibą w Szczecinie oraz Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1295/14 po stronie zamawiającego i wnieśli o oddalenie odwołania.

W dniu 26 czerwca 2014 roku Konsorcjum AMG.net zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1295/14 po stronie zamawiającego i wniosło o oddalenie odwołania.

W dniu 7 lipca 2014 roku, za pośrednictwem faxu, wpłynęła do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź zamawiającego na odwołanie, w której zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że obu odwołującym przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniona została materialnoprawna przesłanka interesu w uzyskaniu zamówienia, określona w art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p., kwalifikowana możliwością poniesienia przez nich szkody.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołań w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 ustawy P.z.p.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów znajdujących się w dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego, a przedłożonej Izbie przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, tj. z: protokołu przedmiotowego postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, wniosków wykonawców o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonych w przedmiotowym postępowaniu, zawiadomienia o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a także korespondencji stron oraz z dokumentów złożonych przez strony i uczestników w toku rozprawy.

Nadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestników postępowania przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołania w granicach podnoszonych zarzutów podtrzymanych na rozprawie – stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - Izba ustaliła, co następuje.

Sygn. akt: KIO 1290/14

Rozpatrując zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum

AMG.net pomimo złożenia wadliwego pełnomocnictwa, Izba stwierdziła, co następuje.

Na podstawie pełnomocnictwa z dnia 10 lutego 2014 roku John Selman - President of Bull S.A.S. udzielił pełnomocnictwa Adamowi Federowiczowi – Członkowi Zarządu Bull Polska Sp. z o. o. upoważniając go do *„samodzielnego działania w imieniu i na rzecz Spółki przed wszystkimi osobami i podmiotami mającymi miejsce zamieszkania lub siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, we wszelkich sprawach związanych z udziałem Spółki w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych zgodnie z przepisami polskiej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (...)*. Dalej w treści pełnomocnictwa zawarte zostało postanowienie o tym, że: *„Niniejsze pełnomocnictwo obejmuje w szczególności umocowanie do: (...)*”, a następnie w literach od a) do f) wymienione zostały poszczególne czynności. Nadto, z treści pełnomocnictwa wynika, że *„Pełnomocnik ma prawo do powoływania dalszych pełnomocników i udzielenia im pełnomocnictw do samodzielnego działania w imieniu Spółki we wskazanym wyżej zakresie”*.

W ocenie Izby z treści przedmiotowego pełnomocnictwa nie można wywodzić, że celem mocodawcy było wyłączenie z zakresu umocowania czynności polegającej na podpisaniu, parafowaniu i złożeniu w imieniu spółki wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty. Wykładania oświadczenia woli mocodawcy, dokonana w oparciu o literalne brzmienie pełnomocnictwa, prowadzi do oczywistej konkluzji, że mocodawca John Selman - President of Bull S.A.S. udzielił pełnomocnictwa w jak najszerszym zakresie dotyczącym reprezentowania spółki Bull S.A.S. w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, tj.: *„ we wszelkich sprawach związanych z udziałem Spółki w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego”*. Poszczególne czynności podejmowane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wymienione w treści przedmiotowego pełnomocnictwa w literach od a) do f) stanowią jedynie przykładowe wyliczenie, o czym świadczy sformułowanie *„Niniejsze pełnomocnictwo obejmuje w szczególności umocowanie do: (...)*” . Zdaniem Izby jest to katalog otwarty czynności jakie pełnomocnik może podejmować w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w imieniu spółki Bull S.A.S. W okolicznościach niniejszej sprawy nieuprawnione jest twierdzenie odwołującego zawarte w treści odwołania, iż: *„Przyjęcie stanowiska odczytywania woli mocodawcy jedynie w oparciu o literalne brzmienie pełnomocnictwa przeczy generalnej zasadzie wyrażonej w art. 65 Kodeksu cywilnego zgodnie z którym oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje”*.

W ocenie Izby, dyrektywy wykładni oświadczenia woli wskazane w art. 65 Kodeksu cywilnego, nie prowadziłyby do innych konkluzji co do zakresu pełnomocnictwa, o którym

mowa powyżej, aniżeli wynikających z jego literalnego brzmienia. Skoro zakres pełnomocnictwa obejmował czynności w postaci „zawierania umów w sprawach zamówień publicznych” (lit. d), czy też „zaciągania zobowiązań do udostępnienia zasobów Spółki w trybie art. 26 ust. 2b uPzp innym osobom lub podmiotom oraz zawierania wszelkich umów z takimi osobami lub podmiotami” (lit. e), a zatem czynności związane bezpośrednio z zaciąganiem zobowiązań, to należałoby uznać, że intencją mocodawcy było także objęcie zakresem pełnomocnictwa czynności w postaci podpisania, parafowania i złożenia w imieniu Spółki wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu czy oferty. Twierdzenia odwołującego o tym, że pominięcie tej czynności było zamierzonym działaniem mocodawcy Johna Selmana, mającym na celu *umożliwienie weryfikacji treści wniosków i ofert przed udzieleniem pełnomocnictwa do ich podpisania*, m.in. z uwagi na planowaną transakcję przejęcia korporacji Bull przez firmę ATOS, są gołosłowne i niczym nie potwierdzone. Wobec powyższego należy uznać, że Adam Federowicz był umocowany do udzielenia dalszego pełnomocnictwa w zakresie w jaki go udzielił 10 marca 2014 roku na rzecz AMG.net S.A. z siedzibą w Łodzi, a zatem Konsorcjum AMG.net, do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, załączyło prawidłowe pełnomocnictwa.

W związku z powyższym stwierdzić należy, że zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez udostępnienie wykonawcom biorącym udział w przedmiotowym postępowaniu informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego Izba stwierdziła, co następuje.

W pierwszej kolejności podnieść należy, że w toku rozprawy, zamawiający wyjaśnił, że pisma odwołującego z dnia 28 maja 2014 roku oraz z dnia 29 maja 2014 roku, których w części dotyczył ww. zarzut, nie zostały przez niego ujawnione. Odwołujący wnioskował, że treść ww. pism została ujawniona pozostałym wykonawcom, bo w momencie wglądu do dokumentacji postępowania treść tych pism została mu udostępniona. Jak słusznie zamawiający wskazał to, że udostępnił te pisma odwołującemu, nie znaczy, że udostępnił je pozostałym wykonawcom. Zamawiający wyjaśnił, że nie ujawnił tych informacji pozostałym wykonawcom i nadal uznaje, że zostały skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Po zapoznaniu się ze stanowiskiem zamawiającego odwołujący w toku rozprawy stwierdził, że nie podtrzymuje zarzutu w tym zakresie, a jedynie w zakresie dotyczącym ujawnienia treści korespondencji pisemnej prowadzonej przez zamawiającego z Zakładem Ubezpieczeń Społecznych, tj. pisma skierowanego do ZUS w dniu 4 czerwca 2014 roku oraz odpowiedzi ZUS z dnia 5 czerwca 2014 roku, które zawierały numery

referencji, a które zamawiający pismem z dnia 6 czerwca 2014 roku uznał za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego.

Z treści pisma Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z dnia 5 czerwca 2014 roku bezpośrednio wynika, że zarówno umowa na świadczenie usług, jak i listy referencyjne/poświadczenia są jawne i nie zostały zastrzeżone jako stanowiące tajemnicę ustawowo chronioną. Skoro więc wystawca referencji wprost wskazuje, że są one jawne, to tym samym zamawiający nie był uprawniony do nie ujawnienia informacji w nim zawartych, zgodnie z naczelną zasadą jawności wyrażoną w art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p., gwarantującą jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wyjątkiem od powyższej zasady jest możliwość zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, co wynika z treści art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. Treść referencji wystawionych przez ZUS na rzecz odwołującego (a zatem także ich numer), które zostały dołączone do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie mogła być skutecznie objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż po prostu nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa, co wynika bezpośrednio z pisma ZUS z dnia 5 czerwca 2014 roku. Także sama treść korespondencji zamawiającego z ZUS-em nie została objęta klauzulą poufności, ani nie zawierała ona informacji, które stanowiłyby tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego.

Wobec powyższego, zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez udostępnienie wykonawcom biorącym udział w przedmiotowym postępowaniu informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego, także nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu wskazanego w punkcie 3 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie udostępnienia wykonawcom biorącym udział w postępowaniu Wykazu usług złożonego w ramach wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez Konsorcjum AMG.net, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że odwołujący wskazał w odwołaniu, że podnosi ww. zarzut z ostrożności procesowej, wnosząc o „weryfikację przez Krajową Izbę Odwoławczą dokumentacji postępowania, a w szczególności Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum AMG.net, uzasadnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez AMG.net oraz pism informujących o decyzji podjętej przez zamawiającego w tym zakresie”. Z treści uzasadnienia odwołania można wywieść, że jedyną okolicznością na potwierdzenie ww. zarzutu, jaką wskazuje odwołujący, jest to, że w Wykazie usług, załączonym przez Konsorcjum AMG.net do oferty, objętym w całości

tajemnicą przedsiębiorstwa, wymienione zostały także usługi świadczone na rzecz podmiotów zagranicznych. Odwołujący wskazał, że w przypadku ustalenia, że są to podmioty publiczne, to w stosunku do umów z nimi zawartych obowiązuje zasada jawności. Powołał się przy tym na zasadę jawności i przejrzystości przeprowadzanych postępowań dotyczących udzielania zamówień publicznych, wynikającą z Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Europejską oraz orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.

Izba ustaliła, że w Wykazie usług Konsorcjum AMG.net wskazała polski podmiot prywatny oraz podmioty zagraniczne, w tym publiczne również mające siedzibę na terenie Unii Europejskiej. Z treści referencji wystawionych przez publiczne podmioty zagraniczne, w tym także te mające siedzibę na terenie Unii Europejskiej (m.in. str. 177, 184 wniosku – objęte tajemnicą przedsiębiorstwa) wynika, że zostały objęte klauzulą poufności. Skoro zaś podmiot publiczny zastrzega tajemnicę treści dokumentu przez siebie wystawionego w zakresie realizowanych usług, które następnie zostały wykazane w Wykazie usług złożonym przez Konsorcjum AMG.net, to należy przyjąć, że Konsorcjum to, zasadnie zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje zawarte w referencjach.

W toku rozprawy odwołujący podnosił także, że z treści wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum AMG.net wynika, że podmiot ten nie wykazał, że pozostałe przesłanki dotyczące objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa zostały spełnione, a które wynikają z orzecznictwa Sądu Najwyższego. Jednakże należy zauważyć, że odwołujący nie wskazał w uzasadnieniu odwołania okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających zarzut w tym zakresie, pomimo, że znana mu była treść wyjaśnień Konsorcjum AMG.net dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej we wniosku, a zatem powoływanie ich już po złożeniu odwołania, należy uznać za spóźnione.

Załączone do pisma procesowego odwołującego, złożonego w toku rozprawy w dniu 8 lipca 2014 roku, wydruki ze stron internetowych, mające w ocenie odwołującego potwierdzać, że zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje mają charakter jawny, w ocenie Izby, nie potwierdzają tej okoliczności, z uwagi na to, że z ww. wydruków nie wynikają te wszystkie informacje, które zostały podane w Wykazie usług złożonym przez AMG.net, a zatem nie jest uprawnione twierdzenie, że zostały one ujawnione do informacji publicznej. Poza tym występują różnice co do zakresu podmiotów współpracujących.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że nie zostało wykazane, że zamawiający naruszył art. 8 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie udostępnienia wykonawcom biorącym udział w postępowaniu Wykazu usług złożonego w ramach wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez Konsorcjum

AMG.net.

Na marginesie, należy wskazać, że nawet uwzględnienie ww. zarzutu, nie miałyby i nie mogłyby mieć wpływu na wynik postępowania, a to z tego względu, że odwołujący w treści odwołania, nie postawił zarzutów względem samego Wykazu usług złożonego przez Konsorcjum AMG.net. Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy P.z.p. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Przepis ten wyznacza dodatkową przesłankę materialnoprawną odwołania. Aby odwołanie mogło być uwzględnione, naruszenie przepisów ustawy daną czynnością zamawiającego bądź poprzez zaniechanie czynności obowiązkowej musiało mieć istotny wpływ lub też mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W sytuacji, gdy Wykaz usług załączony do wniosku Konsorcjum AMG.net nie był kwestionowany przez samego zamawiającego, jak i przez innych wykonawców, w tym przez odwołującego, to oznacza, że nie zostało nawet uprawdopodobnione, że nawet gdyby zostało stwierdzone naruszenie przepisów ustawy P.z.p. w zakresie, o którym mowa powyżej, to mogłyby mieć ono wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący, w uzasadnieniu odwołania wskazywał jedynie, że *w sytuacji braku uznania wyjaśnień oraz braku spełnienia przesłanek uprawniających do zastrzeżenia informacji, jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w stosunku do Odwołującego przy jednoczesnym utrzymaniu i uznaniu w stosunku do analogicznego zakresu informacji, jako tajemnica przedsiębiorstwa w odniesieniu do innych wykonawców, działanie takie nosi znamiona naruszenia zasady równego traktowania wykonawców*. Zaznaczyć należy, że w przypadku odwołującego tajemnicą przedsiębiorstwa zostały objęte informacje, co do których wprost z treści dokumentów znajdujących się w dokumentacji postępowania, wynika, że nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa. Natomiast, inna sytuacja jest w przypadku Konsorcjum AMG.net, gdzie nie wykazano, że podmiot ten bezskutecznie zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa, a wniosek przeciwny można wywieść wprost z treści referencji wystawionych przez podmioty współpracujące, w których wskazano, że informacje w nich zawarte są poufne.

Sygn. akt: KIO 1295/14

Odnosząc się do zarzutu wskazanego w punkcie 1 i 2 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p. poprzez wykluczenie odwołującego

z postępowania z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz naruszenia art. 51 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie zakwalifikowania odwołującego do dalszego udziału w postępowaniu, Izba ustaliła, że nie zasługują one na uwzględnienie z przyczyn, o których mowa poniżej.

W Sekcji III.2.3) Kwalifikacje techniczne: pkt 4 d)iv: Ogłoszenia o zamówieniu, zmienionego w dniu 15 lutego 2014 roku, zamawiający określając wymagania co do kompetencji osoby pełniącej obowiązki Głównego Testera zawarł następujące postanowienie: *„posiada certyfikat ISTQB Advanced Level Test Manager lub ISTQB Advanced Level Analyst lub równoważne do wymienionych. Certyfikaty równoważne muszą być wydane przez akredytowany instytut egzaminacyjny, licencjonowany przez oficjalnego akredytora dla każdej z metodyk objętych certyfikatem”*.

Odwołujący załączył do wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym Wykaz osób, w którym wskazał osobę mającą pełnić obowiązki Głównego Testera, opisał w sposób szczegółowy wykształcenie i doświadczenie tej osoby, w tym udział w realizowanych projektach, jednak nie zawarł jakichkolwiek informacji potwierdzających spełnienie warunku określonego przez zamawiającego w Sekcji III.2.3) punkt 4 d)iv Ogłoszenia o zamówieniu, czyli dotyczących ewentualnego posiadania certyfikatu.

Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., wezwał odwołującego pismem z dnia 7 maja 2014 roku do uzupełnienia wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym, w tym *„w zakresie warunku określonego w Sekcji III.2.3) Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów - punkt 4 ogłoszenia: (...) w odniesieniu do głównego testera w zakresie certyfikatów wymaganych w Sekcji III.2.3) punkt 4 d)iv Ogłoszenia”*.

Pismem z dnia 20 maja 2014 roku odwołujący złożył wyjaśnienia i uzupełnienia, w tym odnośnie Głównego Testera stwierdzając, że *„odnośnie Głównego Testera wskazano posiadany certyfikat”*, a następnie wskazał, że posiadany certyfikat to *Certyfikowany Test Manager*.

Zamawiający nawiązał korespondencję e-mailową z pracownikami Stowarzyszenia Jakości Systemów Informatycznych [dalej: „SJSI”], żeby dokonać oceny certyfikatu w kontekście postawionych warunków w Ogłoszeniu o zamówieniu. W dniu 5 czerwca 2014 roku zamawiający poprosił SJSI o informację *„czy certyfikat wskazany w powyższy sposób przez Wykonawcę, należy uznać za równoważny dla ISTQB Advanced Level Test Manager lub ISTQB Advance Level Test Analyst”*, a w zdaniu poprzedzającym wskazał, że *„Jeden*

z wykonawców na potwierdzenie spełnienia tego wymagania wskazał: „Posiada certyfikat *Certyfikowany Test Manager*, data: 25 kwietnia 2007 r. (...)”. W odpowiedzi w dniu 12 czerwca 2014 roku SJSI wskazało, że: „*Certyfikat nie jest zgodny z ISTQB Advanced Test Manager lub ISTQB Advanced Test Analyst*”.

Odwołujący wskazywał, że treść tej odpowiedzi nie przesądza o braku równoważności certyfikatu *Certyfikowany Test Manager*, z uwagi na użycie sformułowania „*nie jest zgodny*” zamiast sformułowania „*nie jest równoważny*”.

W ocenie Izby, biorąc pod uwagę brzmienie pytania, należy uznać, że w odpowiedzi chodzi właśnie o brak równoważności. Gdyby SJSI stwierdziło, że certyfikat *Certyfikowany Test Manager* nie jest wprawdzie zgodny z *ISTQB Advanced Test Manager lub ISTQB Advanced Test Analyst*, ale jednocześnie z jakichś względów można byłoby go uznać za równoważny, to zapewne wskazałoby to w swojej odpowiedzi. Wobec powyższego należy uznać, że zamawiający prawidłowo uznał, że posiadanie jedynie certyfikatu *Certyfikowany Test Manager przez Głównego Testera*, nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych w Sekcji III.2.3) Kwalifikacje techniczne: pkt 4 d)iv: Ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący, w celu wykazania równoważności certyfikatu *Certyfikowany Test Manager* w stosunku do *ISTQB Advanced Test Manager* w toku rozprawy złożył pismo Prezes SJSI datowane na dzień 4 lipca 2014 r., z którego wynika, że „*Certyfikat Certyfikowany Test Manager potwierdza umiejętności m.in. z zakresu (...) potwierdza wysokie kompetencje z zakresu zarządzania testami, podobnie jak certyfikat ISTQB Certified Tester Advanced Level Test Manager*”.

Zgodzić się należy z opinią zamawiającego, że z treści ww. pisma nie wynika, że Prezes SJSI potwierdził równoważność certyfikatów. Z treści tego pisma można wywieść jedynie to, że certyfikat posiadany przez Głównego Testera odwołującego potwierdza wysokie kompetencje w podobnym zakresie. Niemniej jednak w przedmiotowym piśmie nie znalazło się stwierdzenie odnoszące się bezpośrednio do równoważności tych certyfikatów.

W związku z powyższym, za bezzasadne należy uznać zarzuty odwołującego podniesione w punkcie 1 i 2 odwołania.

Odnosząc się do zarzutu wskazanego w punkcie 3 odwołania, tj. zarzutu naruszenia przepisów art. 24 ust. 3 i art. 51 ust. 1a ustawy P.z.p., poprzez brak podania w *Zawiadomieniu o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu*

uzasadnienia faktycznego wykluczenia odwołującego z postępowania i oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu odwołującego, stwierdzić należy, że nie zasługuje on na uwzględnienie.

Zamawiający w zawiadomieniu o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wskazał, że dokonał wykluczenia „Comarch S.A. - na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4) ustawy Pzp, gdyż Wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w Sekcji III.2.3) Kwalifikacje techniczne. Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów - pkt 4d)iv Ogłoszenia o zamówieniu. Załączony do wniosku wykaz osób nie zawiera informacji potwierdzającej spełnienie ww. warunku. Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę do uzupełnienia wykazu osób w tym zakresie. W odpowiedzi na wezwanie, Wykonawca przedstawił informacje dot. posiadanego przez kandydata na głównego testera certyfikatu, który jednak nie spełnia wymagania określonego w Sekcji III.2.3) Kwalifikacje techniczne, Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów - pkt 4d)iv Ogłoszenia o zamówieniu, gdyż nie jest certyfikatem ISTQB Advanced Level Test Manager lub ISTQB Advanced Level Analyst lub równoważnym do wymienionych”.

Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzić należy, że zamawiający w treści uzasadnienia swojej decyzji bezpośrednio wskazał dlaczego wykluczył odwołującego z postępowania, a mianowicie z uwagi na to, że certyfikat potwierdzający kwalifikacje Głównego Testera odwołującego nie jest certyfikatem ISTQB Advanced Level Test Manager lub ISTQB Advanced Level Analyst lub równoważnym do wymienionych. Odwołujący zdawał sobie sprawę, że zamawiający kwestionuje równoważność certyfikatu w stosunku do wymaganych, tj. certyfikatu ISTQB Advanced Level Test Manager lub ISTQB Advanced Level Analyst, gdyż w uzasadnieniu odwołania, w szczególności w załączniku nr 1 do odwołania, wywodził, dlaczego wskazany przez niego certyfikat należy uznać za równoważny. Odwołujący dodatkowo wskazywał, że *Zamawiający w szczególności powinien przedłożyć takie informacje z uwagi na fakt, iż do tej pory certyfikat wskazany przez odwołującego, zawsze był uznawany przez zamawiającego, jako certyfikat odpowiedni.* Niemniej, jak zostało wykazane w toku postępowania, warunek dotyczący głównego testera w dotychczasowych postępowaniach był sformułowany w sposób nieco odmienny niż w przedmiotowym postępowaniu. Otóż, np. w postępowaniu na *Usługi rozwoju systemu Workflow...* przytoczonym przykładowo przez odwołującego, wymagano, aby osoba pełniąca funkcję Głównego Testera posiadała umiejętności niezbędne do uzyskania certyfikatu ISTQB Advanced Level. A zatem, jak słusznie podniósł w toku rozprawy zamawiający, w tamtejszym postępowaniu nie było wymagane posiadanie certyfikatu, tylko umiejętności

niezbędnych do uzyskania tego certyfikatu, a to są dwie różne kwestie. Zamawiający nie kwestionował bogatego doświadczenia Głównego Testera wskazanego przez odwołującego, lecz wobec określonego brzmienia warunku udziału w postępowaniu stwierdził, iż odwołujący nie wykazał spełnienia tego warunku.

Wobec powyższego, stwierdzić należy, że zamawiający w zawiadomieniu o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób prawidłowy uzasadnił czynność wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia.

Mając na względzie argumentację, przytoczoną w ramach oceny zarzutów wskazanych w punkcie 1 i 2 odwołania, za bezzasadny należy uznać także zarzut określony w punkcie 4 odwołania, tj. zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., poprzez bezpodstawne stwierdzenie zamawiającego, że złożone na wezwanie zamawiającego dokumenty i oświadczenia nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu jak i brak podstaw do wykluczenia z postępowania.

Wobec braku potwierdzenia naruszenia zarzutów, o których była mowa powyżej, stwierdzić należy, że również zarzut wskazany w punkcie 5 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych przez odwołującego z ostrożności procesowej w punkcie 6 i 7 odwołania, Izba zważyła, co następuje.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia w sytuacji, gdy w przypadku zaistnienia wątpliwości zamawiający był zobowiązany do dokonania czynności wezwania, nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p. zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Oczywistym jest, że wyjaśnienia służyć mają rozwianiu wątpliwości, które wynikają z niejasnych lub sprzecznych ze sobą treści dokumentów. Natomiast nie mogą prowadzić do uzupełnienia treści oświadczenia lub dokumentu, która nie została w nim zawarta. W świetle okoliczności przedmiotowej sprawy nie było podstaw do zastosowania trybu określonego

w art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p. Kwestią do ustalenia było to czy certyfikat Certyfikowanego Test Managera potwierdza spełnianie warunków w zakresie kwalifikacji Głównego Testera, określonego przez niego w Ogłoszeniu o zamówieniu. Zamawiający przeprowadził we własnym zakresie takie badanie i w oparciu o informację uzyskaną od Stowarzyszenia Jakości Systemów Informatycznych uznał, że przedmiotowy certyfikat nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu przez odwołującego. Nie było zatem konieczności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Również zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia Wykazu osób które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w sytuacji gdy wystąpiła przesłanka określona w powołanym przepisie ustawy, obligująca zamawiającego do dokonania czynności wezwania, nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w dniu 7 maja 2014 roku, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., wezwał odwołującego do uzupełnienia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, m.in. *w zakresie warunku określonego w Sekcji III.2.3) Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów – pkt 4 ogłoszenia:*

- *w odniesieniu do głównego testera: w zakresie certyfikatów wymaganych w Sekcji III.2.3) pkt 4d)iv Ogłoszenia”.*

Odwołujący w wyniku wezwania do uzupełnienia złożył w dniu 20 maja 2014 roku pismo, w którym zawarł m.in. informacje dotyczące certyfikatu posiadanego przez Głównego Testera, przy czym informacji tych nie zawarł w ogóle w Wykazie osób, załączonym pierwotnie do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Niewątpliwie zamawiający już raz wystosował wezwanie do odwołującego w zakresie warunku posiadania odpowiedniego certyfikatu w odniesieniu do głównego testera. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że żądanie uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. jest czynnością jednokrotną i nie może być stosowane powtórnie w stosunku do tego samego dokumentu [por. wyrok KIO z dnia 2 września 2008 r., KIO/UZP 854/08]. Nie jest też uprawnione twierdzenie odwołującego, że błędnie zrozumiał wezwanie, co miało m.in. wynikać z historii innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego ogłoszonych przez zamawiającego, w których przedkładał wykaz zawierający tą samą osobę. W ocenie Izby, zamawiający prawidłowo wezwał odwołującego do uzupełnienia wykazu, w związku z czym nie ma podstaw do uwzględnienia powyższego zarzutu.

W świetle powyższego, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, a także stosownie do postanowień zawartych w § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 pkt 1 lit. a, § 3 pkt 2 lit. b) oraz § 5 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....