

**Sygn. akt: KIO 2521/15**

**WYROK**

z dnia 30 listopada 2015 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Renata Tubisz

**Protokolant:** Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 listopada 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 listopada 2015r. **przez odwołującego** Konsorcjum: Comarch Polska S.A. (Lider Konsorcjum) Al. Jana Pawła II 39 A, 31-864 Kraków i Comarch S.A. (Członek Konsorcjum) Al. Jana Pawła II 39 A, 31-864 Kraków w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego**: Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju ul. Wspólna 2/4; 00 - 926 Warszawa

**przy udziale:**

- A. **Przystępującego:** Asseco Poland S.A. ul. Olchowa 14, 35 – 322 Rzeszów zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie zamawiającego**
  
- B. **przystępującego** Konsorcjum: 1. Atos Polska S.A.(wcześniej AMG.net S.A.) – Lider Konsorcjum ul. Łąkowa 29; 90-554 Łódź ; 2. BullSAS Rue Jean Jaures 78340 Les Clayes – sous-Bois, Francja (Członek Konsorcjum) 3. Atos IT Services Sp. z o.o. ul. Postępu 18; 02-676 Warszawa (Członek Konsorcjum) zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie zamawiającego**

**orzeka**

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: Comarch Polska S.A. (Lider Konsorcjum) Al. Jana Pawła II 39 A, 31-864 Kraków i Comarch S.A. (Członek Konsorcjum) Al. Jana Pawła II 39 A, 31-864 Kraków i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Konsorcjum Comarch Polska S.A. (Lider Konsorcjum) Al. Jana Pawła II 39 A, 31-864 Kraków i Comarch S.A. (Członek Konsorcjum) Al. Jana Pawła II 39 A, 31-864 Kraków tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Konsorcjum Comarch Polska S.A. (Lider Konsorcjum) Al. Jana Pawła II 39 A, 31-864 Kraków i Comarch S.A. (Członek Konsorcjum) Al. Jana Pawła II 39 A, 31-864 Kraków kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) na rzecz Ministerstwa Infrastruktury i Rozwoju ul. Wspólna 2/4; 00 - 926 Warszawa stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

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:** .....

## **Uzasadnienie**

### **Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego**

W przedmiotowym postępowaniu zamawiającym jest Ministerstwo Infrastruktury i Rozwoju siedziba ul. Wspólna 2/4,00-926 Warszawa zwane dalej „zamawiającym”.

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest: Świadczenie usług rozwoju i utrzymania systemów informatycznych Ministerstwa Infrastruktury i Rozwoju wspierających realizację programów operacyjnych współfinansowanych ze środków UE, w tym centralnego systemu teleinformatycznego”.

Postępowaniu, które prowadzone w trybie przetargu ograniczonego nadano numer referencyjny: BDG.V.2511.53.2015.MCH.

Ogłoszenie o zamówieniu nastąpiło w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2015/S 144-266437 w dniu 29.07.2015 roku.

Odwołującym jest Konsorcjum wykonawców: 1.Comarch Polska S.A. (Lider Konsorcjum) al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków 2.Comarch S.A. al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków zwany dalej „odwołującym”.

### **Odwołanie**

Odwołanie wniesiono w oparciu o przepisy art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1i ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku –Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2013 roku poz. 907 z późniejszymi zmianami) zwanej dalej „ustawą”.

Podstawę odwołania stanowiły następujące zarzuty:

1. niezgodnego z ustawą zaniechania wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: AMG.net S.A. (aktualnie Atos Polska S.A.), Bull SAS oraz Atos ITservices sp. z o.o. dalej „Konsorcjum Atos Polska S.A.” do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu, a w przypadku nie złożenia ww. dokumentów, zaniechania wykluczenia Konsorcjum Atos Polska S.A. z postępowania z powodu nie wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania;
2. niezgodnego z przepisami ustawy zaniechania udostępnienia części wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonych przez Konsorcjum Atos Polska S.A. i Asseco Poland S.A., zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa;

3. niezgodnej z przepisami ustawy czynności oceny wniosków Konsorcjum Atos Polska S.A. i Asseco Poland S.A. oraz decyzji o zaproszeniu Konsorcjum Atos Polska S.A. i Asseco Poland S.A. do składania ofert.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 26 ust. 3 i 25 ust 1 pkt 1 Pzp w zw. z § 4 ust 1 pkt 1 lit. a tiret drugie i ust 2 zd. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013 rok. poz.231) dalej „rozporządzenie w sprawie dokumentów”, poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum Atos Polska S.A. do uzupełnienia aktualnych dokumentów konsorcjanta Bull SAS Rue Jean Jaures 78340 Les Clayes-sous-Bois, Francja zwana dalej „Bull SAS” potwierdzających, iż Bull SAS nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, co w konsekwencji prowadzi - w przypadku nie uzupełnienia ww. dokumentów - do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Atos Polska S.A. w sytuacji gdy wykonawcy nie wykazali, iż nie zalegają z uiszczeniem podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenie zdrowotne;
2. art. 8 ust. 1 - 3 i 96 ust 3 ustawy, poprzez zaniechanie udostępnienia odwołującemu części wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonych przez Konsorcjum Atos Polska S.A. i Asseco Poland S.A., zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, w sytuacji gdy informacje tam zawarte nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co doprowadziło do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez uniemożliwienie wykazania przez odwołującego, iż Konsorcjum Atos Polska S.A. i Asseco Poland S.A. nie spełniają postawionych przez zamawiającego warunków dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia, czego konsekwencją jest brak wykluczenia ww. wykonawców z postępowania;
3. art. 51 ust 3 ustawy, poprzez podjęcie decyzji o zaproszeniu Konsorcjum Atos Polska S.A. i Asseco Poland S.A. do składania ofert w sytuacji gdy ww. wykonawcy powinni zostać wykluczeni z udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania i o nakazanie zamawiającemu:

1. dokonania unieważnienia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu;

2. dokonania ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i w jej wyniku:
- dokonanie czynności wezwania Konsorcjum Atos Polska S.A. do uzupełnienia aktualnych dokumentów konsorcjanta Bull SAS potwierdzających, iż Bull SAS nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, a w przypadku nieuzupełnienia ww. dokumentów lub złożenia dokumentów zawierających wady, dokonania czynności wykluczenia Konsorcjum Atos Polska S.A. z postępowania;
  - dokonanie czynności udostępnienia odwołującemu części wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonych przez Konsorcjum Atos Polska S.A. i Asseco Poland S.A., zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, w celu umożliwienia odwołującemu weryfikacji spełniania przez tych wykonawców warunków udziału w postępowaniu, a w przypadku nie spełniania postawionych, warunków, wykluczenie Konsorcjum Atos Polska S.A. i Asseco Poland S.A. z udziału w postępowaniu;
  - unieważnienie decyzji o zaproszeniu Konsorcjum Atos Polska S.A. i Asseco Poland S.A. do składania ofert.

W uzasadnieniu przedstawiono następującą argumentację formalną i prawną.

Zamawiający na stronie 5 Ogłoszenia o zamówieniu umieścił zapis zgodnie z którym:

„Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w:

a) lit. B pkt. 2-4i 6- składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że:

— nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków,

— nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków,

— nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków"

Na str. 5 ogłoszenia znajduje się również zapis zgodnie z którym „[...] dokumenty, o których mowa w sekcji III. 2.1)B pkt 2-8 należy złożyć odrębnie dla każdego wykonawcy."

Powyższe zapisy korespondują z regulacją zawartą w art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a tiret drugie i ust. 2 zd. drugie Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

Dokonując oceny treści wniosku złożonego przez Konsorcjum Atos Polska S.A. pod kątem zgodności z zapisami ogłoszenia oraz przepisami powołanych wyżej aktów normatywnych, odwołujący wskazuje, iż na str. 47, 48, 51 i 53 wniosku znajdują się dokumenty dotyczące konsorcjanta Bull SAS z siedzibą we Francji, potwierdzające, iż podmiot ten nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, które są dokumentami wadliwymi z uwagi na ich nieaktualność.

Zgodnie ze wskazanymi zapisami ogłoszenia oraz przepisami Rozporządzenia w sprawie dokumentów, do wniosku Konsorcjum Atos Poland S.A. powinny zostać załączone dokumenty Bull SAS w zakresie podatków, opłat i ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego, które z uwagi na fakt, iż spółka ta ma siedzibę we Francji, powinny zostać wystawione w tym kraju, lecz nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków, który upływał dnia 25.08.2015 r., czyli nie wcześniej niż 25.05.2015 r. Tymczasem do wniosku załączono:

- Zaświadczenia o nie zaleganiu z podatkami pochodzące z francuskiej Dyrekcji Generalnej Finansów Publicznych (str. 47 i 48 wniosku) potwierdzające stan w zakresie zobowiązań fiskalnych na dzień 31.12.2014 r.
- Zaświadczenia o płatności składek na ubezpieczenie społeczne i dodatki rodzinne pochodzące z URSSAF (str. 51 i 53 wniosku) potwierdzające stan płatności składek odpowiednio na dzień 31.12.2014 r. oraz dzień 30.04.2015 r.

Wskazać więc należy, iż wszystkie powyższe dokumenty potwierdzają stan w zakresie płatności na dzień przypadający wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków, tak więc są dokumentami nieaktualnymi. Należy również dodać, iż za dokument „wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków” należy uznać dokument potwierdzający stan na dzień przypadający nie wcześniej niż 3 miesiące przed tym terminem, a nie dokument potwierdzający stan na dzień wcześniejszy lecz tylko wygenerowany w wymaganym okresie 3 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków.

Odwołujący pragnie również wyraźnie podkreślić, iż w przedmiotowym przypadku nie znajdzie zastosowania przepis § 4 ust. 3 Rozporządzenia w sprawie dokumentów, dopuszczający zastąpienie dokumentów oświadczeniem w sytuacji, gdy w kraju siedziby wykonawcy nie wydaje się wymaganych dokumentów. W szczególności należy wskazać, iż brak aktualnych dokumentów nie może być zastąpiony przez oświadczenie Prezesa Zarządu

Bull SAS znajdujące się na str. 42 wniosku. Odwołujący wywodzi powyższe z faktu, iż zgodnie z przepisami prawa francuskiego w trakcie roku kalendarzowego wykonawca może pobierać aktualne zaświadczenia dotyczące podatków, opłat i składek na ubezpieczenia społeczne, potwierdzające stan nie zalegania za rozliczone już okresy miesięczne. Tak więc w rozważanym przypadku istniała możliwość pobrania stosownego zaświadczenia potwierdzającego stan płatności np. za miesiąc 06.2015, lecz Bull SAS tego nie uczynił. Dokumenty dotyczące Bull SAS, potwierdzające stan płatności na koniec roku kalendarzowego, które załączone zostały do wniosku Konsorcjum AMG, są dokumentami wystarczającymi do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego na terenie Francji, lecz nie spełniają wymagań prawa polskiego. Mając na uwadze fakt, iż istniała możliwość uzyskania od organów francuskich aktualnych dokumentów, potwierdzających stan uiszczenia płatności, względnie zalegania z uiszczeniem w/w opłat i składek - na dzień przypadający nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminów składania wniosków, zamawiający zobowiązany był do wystosowania żądania złożenia aktualnych dokumentów potwierdzających, iż Bull SAS nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, a gdyby tego nie uczyniono, do wykluczenia Konsorcjum Atos Polska S.A. z postępowania.

2. W dniu 12.11.2015 r. odwołującemu odmówiono dostępu do wniosków złożonych w postępowaniu, w następującym zakresie:

-w przypadku Konsorcjum Atos Polska S.A. nie udostępniono: Zobowiązań do udostępnienia zasobów, Aktualnych odpisów z krajowych rejestrów handlowych, Wykazu usług, dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług oraz Wykazu osób,

-w przypadku Konsorcjum Asseco nie udostępniono: Wykazu wykonanych usług wraz z referencjami oraz Wykazu osób.

Odwołujący zwraca uwagę, iż niezasadne utajnienie części wniosków w zasadzie uniemożliwia odwołującemu weryfikację czynności zamawiającego na etapie oceny konkurencyjnych wniosków, w kontekście zaistnienia ewentualnych przesłanek wykluczenia z postępowania z powodu nie spełnienia postawionych w ogłoszeniu wymagań w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Odwołujący pragnie również wskazać, iż wyrażona w art. 8 ust. 1 Pzp zasada jawności postępowania jest fundamentalną zasadą prawa zamówień publicznych, która może ulegać ograniczeniu tylko w nielicznych przypadkach, które powinny być Interpretowane w sposób ścisły. W ocenie odwołującego zastrzeżone przez Konsorcjum Atos Polska S.A. oraz Asseco Poland S.A. wykazy usług mogą zawierać usługi zrealizowane na rzecz podmiotów z sektora publicznego z Polski lub innych krajów UE,

zobowiązanych do stosowania odpowiednio ustawy lub Innych ustaw krajowych będących Implementacją dyrektyw unijnych koordynujących procedury udzielania zamówień publicznych, a co za tym idzie informacje dotyczące tych usług są Informacjami publicznymi i powinny być jawne. Powyższa argumentacja nie traci na aktualności również w przypadku, gdy konkurencyjni wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 2b powołują się na wiedzę i doświadczenie podmiotów trzecich nabyte w procesie realizacji umów w sprawie zamówienia publicznego. Również i w tym przypadku mamy do czynienia z informacją publiczną, a fakt ochrony tożsamości podmiotu udostępniającego zasoby nie może stanowić uzasadnionej przeszkody w odtajnieniu informacji dotyczących usług realizowanych na rzecz podmiotów z sektora publicznego.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wnosi o nakazanie udostępnienia części wniosków Konsorcjum Atos Polska S.A. oraz Asseco Poland S.A. niezasadnie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, w szczególności w zakresie zamówień realizowanych na rzecz podmiotów z sektora publicznego wraz z referencjami wystawionymi przez te podmioty. Udostępnienie utajnionych części wniosków umożliwi odwołującemu weryfikację informacji tam zawartych, a co za tym idzie wykazanie, że Konsorcjum Atos Polska S.A. oraz Asseco Poland S.A. nie spełniają postawionych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, co skutkować będzie wykluczeniem tych wykonawców.

3.Odwołujący wskazuje, iż konsekwencją przedstawionych powyżej naruszeń przepisów ustawy, jest naruszenie art. 51 ust. 3 ustawy, poprzez zamieszczenie na str. 4 pisma z dnia 06.11.2015 r. z Informacją o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu deklaracji zgodnie z którą Konsorcjum Atos Polska S.A. oraz Asseco Poland S.A. zostaną zaproszeni do składania ofert, w sytuacji gdy zachodzi duże prawdopodobieństwo, iż ww. wykonawcy powinni podlegać wykluczeniu z postępowania.

W tym stanie rzeczy odwołujący uznaje wniesienie odwołania za uzasadnione.

### **Przystąpienie Konsorcjum Atos Polska S.A.**

W dniu 20 listopada 2015 roku pismem z tego samego dnia do postępowania odwoławczego przystąpiło konsorcjum wykonawców w następującym składzie: 1. Atos Polska S.A.(wcześniej AMG.net S.A.) – Lider Konsorcjum ul. Łąkowa 29; 90-554 Łódź ; 2. Bull SAS Rue Jean Jaures 78340 Les Clayes – sous-Bois, Francja (Członek Konsorcjum) 3. Atos IT Services Sp. z o.o. ul. Postępu 18; 02-676 Warszawa (Członek Konsorcjum) zwane dalej „Konsorcjum Atos Polska S.A”., wnosząc o oddalenie odwołania. Przystępujący wskazał na interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystąpił to jest do



zamawiającego. Bowiern przystępujący został zakwalifikowany przez zamawiającego do dalszego etapu postępowania, uzyskując zaproszenie do złożenia oferty w toczącym się postępowaniu w trybie przetargu ograniczonego. Również wykazał przesłanie kopii przystąpienia do zamawiającego jak i odwołującego W zaistniałym stanie rzeczy jak i w związku z brakiem zgłoszenia w trybie art.185 ust.4 ustawy przez odwołującego jak i zamawiającego opozycji przeciw przystąpieniu Konsorcjum Atos Polska S.A., Izba dopuściła przystępującego uznając spełnienie przesłanek z art.185 ust.2 ustawy.

W dniu 24 listopada 2015 roku przystępujący złożył pismo procesowe stanowiące odpowiedź na odwołanie z dnia 16 listopada 2015 roku.

Odnosił się do zarzutu zaniechania wezwania przystępującego do uzupełnienia aktualnych dokumentów Bull SAS wskazując między innymi na okoliczność zbieżności postanowień w Ogłoszeniu o zamówieniu z postanowieniami § 4 ust. 1 i ust.2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, dalej zwane „Rozporządzeniem”, wskazał na dokumenty załączone do wniosku przystępującego (zaświadczenia o niezaleganiu z podatkami - str. 47-50 wniosku, oraz zaświadczenia o płatności składek - str. 51- 54 wniosku) ze wskazaniem, że potwierdzają one stan w zakresie zobowiązań publicznoprawnych na dzień odpowiednio 31.12.2014 r. i 30.04.2015 r. W uzasadnieniu swojego stanowiska odwołujący powołał się na trzy argumenty: (a) podniósł, iż za dokument „wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków” należy uznać dokument potwierdzający stan na dzień przypadający nie wcześniej niż 3 miesiące przed tym terminem; (b) stwierdził, że zgodnie z przepisami prawa francuskiego w trakcie roku kalendarzowego wykonawca może pobierać aktualne zaświadczenia dotyczące podatków, opłat i składek; (c) wywiódł, że przedstawione przez przystępującego dokumenty są wystarczające do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego na terenie Francji, ale już nie w Polsce. Przystępujący ostatecznie kwitując stanowisko odwołującego stwierdził, że nie ma on racji.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, co stanowi okoliczności istotną w sprawie, a przemilczaną przez Odwołującego, że wszystkie ww. zaświadczenia dotyczące braku zaległości Bull SAS w zapłacie danin publicznych zostały wystawione w dniu 04.06.2015 r., a więc nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków (25.08.2015 r.). Owszem, potwierdzają stan na dzień 31.12.2014 r., jednak nie eliminuje to możliwości korzystania z nich w postępowaniu o zamówienie publiczne.

Zgodnie z §4 ust. 1 pkt 1) lit. a) Rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej

Polskiej, zamiast dokumentów o których mowa w §3 ust. 1 pkt 3 i 4) Rozporządzenia składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, które zgodnie z §4 ust. 2 zd. drugie Rozporządzenia powinny być wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Podkreślić trzeba, że wspomniane dokumenty zastępują aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Jak widać od wykonawców mających siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej nie wymaga się „aktualnego zaświadczenia” lecz dokumentu wystawionego w kraju jego siedziby potwierdzającego niezaleganie z uiszczaniem danin.

Literalna interpretacja przepisów nie pozwala pozostawić znaku równości między tak opisanymi dokumentami, co oznacza że „aktualność” nie jest cechą wymaganą dla dokumentów podmiotów zagranicznych. Dostrzegając jednak mankamenty takiej egzegezy na gruncie wykładni funkcjonalnej Przystępujący dodatkowo podnosi, iż wszystkie sporne zaświadczenia Buli SAS pozostają aktualne na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Błędne jest kluczowe twierdzenie odwołującego (zresztą w żaden sposób nie uzasadnione), jakoby o dezaktualizacji ww. dokumentów świadczyła możliwość ich pobrania w sposób umożliwiający poświadczenie stanu na inny dzień niż 31.12.2014 r.

Francuska administracja podatkowa, wydaje odpowiednie zaświadczenie dotyczące opłacania zobowiązań podatkowych przez podmioty mające siedzibę na terytorium Republiki Francuskiej jedynie raz do roku. Wydanie zaświadczenia jest poprzedzone badaniem dokumentów podatkowych spółki, które to spółka jest zobowiązana dostarczyć do końca

każdego roku kalendarzowego do odpowiedniej delegatury Direction Generale des Finances Publiques (dalej „DGFP”). W wyniku przeprowadzonego badania dokumentów finansowych, organ DGFP wydaje zaświadczenie (fr. Attestation de regularite fiscale), które potwierdza sytuację podatkową przedsiębiorcy na koniec danego roku kalendarzowego (tj. 31 grudnia). Wydane zaświadczenie jest ważne przez cały kolejny rok, aż do chwili wydania kolejnego zaświadczenia zgodnie z opisaną wcześniej procedurą. Przez cały czas trwania rocznego okresu ważności zaświadczenia "Attestation de regularite fiscale", właściwe organy Republiki Francuskiej nie podejmują żadnych działań mających na celu ocenę wywiązywania się przez francuskiego przedsiębiorcę z obowiązku opłacania podatków oraz nie wydają żadnych dodatkowych zaświadczeń. Raz wydane zaświadczenie potwierdzające stan na 31 grudnia danego roku kalendarzowego jest przechowywane w systemie informatycznym DGFP. Jego kopia może być pobierana przez przedsiębiorców i w razie potrzeby przedstawiana innym podmiotom. Pobrane kopie mają tożsamą treść, zawsze potwierdzają stan na 31 grudnia danego roku kalendarzowego, a różnią się między sobą tylko i wyłącznie datą pobrania i numerem wydruku. W tym zakresie odpowiednie oświadczenie zostało zawarte na stronie internetowej DGFP (<http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/8485-PGP>) w punkcie 180 („Uattestation de regularite' fiscale peut etre obtenue tout au long de 1'annee. Quelle que soit la date á laquelle est effectuee la demande au cours d'une annee N, /'attestation portera toujours sur la situation de l'entreprise au 31 decembre N-1", tł. pol.: Zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach można uzyskać w ciągu roku. Niezależnie od dnia, w którym wniosek został złożony w roku N, certyfikacja zawsze koncentruje się na sytuacji spółki na dzień 31 grudnia N-1.) i 190 ("Uattestation de rógularitó fiscale dematerialisee est valable tout au long d'une annee civile. A ce titre, elle peut etre sauvegardée, et ainsi éditée autant de fois que necessaire au cours de 1'annee consideree" (tł. pol. Zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach wydane w formie elektronicznej jest ważne przez cały rok kalendarzowy. Można stworzyć jego kopię zapasową i edytować/kopiować tyle razy ile to będzie potrzebne w trakcie danego roku). Potwierdza to również oświadczenie Ambasady Francji w Polsce z dnia 31 lipca 2013 r. (w aktach, załącznik do wyjaśnień Przystępującego z dnia 29.09.2015 r.).

Do wniosku Przystępującego zostały załączone zaświadczenia "Attestation de regularite fiscale" wystawione przez DGFP dla Bull SAS i spółki dominującej Bull SAS potwierdzające, że Bull SAS nie zalega opłacaniem podatków. Zaświadczenia wydano zgodnie z procedurą opisaną powyżej, wystawiono je nie wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania wniosków, pozostają więc aktualne i wystarczające do potwierdzenia, że Bull SAS nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, zgodnie z §4 ust. 1 pkt 1) lit. a) Rozporządzenia

Podobnie jak w przypadku zaświadczeń podatkowych, zaświadczenia w zakresie opłacania składek na ubezpieczenie społeczne są wydawane po wcześniejszym zbadaniu dokumentów spółki przez właściwe delegatury Union de Recouvrement de la Securite Sociale et des Allocations Familiales (dalej „URSSAF”). W wyniku badania, URSSAF wydaje zaświadczenie potwierdzające stan opłacania składek na dzień 31 grudnia danego roku. Zaświadczenie jest ważne przez okres kolejnego roku i jest przedstawiane przez przedsiębiorców, którzy w tym okresie ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego. Wyjątkowo, na gruncie art. L243-15 francuskiego Kodeksu zabezpieczenia społecznego w zw. z art. D8222-5 francuskiego Kodeksu Pracy jest możliwość wydawania zaświadczeń URSSAF o niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne częściej niż jeden raz na rok, jednak jest to dokument, który URSSAF wydaje przedsiębiorcy, który realizuje umowę, i chce udowodnić swojemu kontrahentowi, że swoim pracownikom na bieżąco płaci składki na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. Nie jest to jednak dokument właściwy dla postępowań o zamówienia publiczne, bo potwierdza jedynie, że za ostatni miesiąc rozliczeniowy składki zostały zapłacone. Podczas gdy w postępowaniach o zamówienia publiczne konieczne jest wykazanie, że wykonawca nie zalega z uiszczaniem opłat, a nie że zapłacił je za ostatni miesiąc.

Odwołujący złożył zaświadczenie URSSAF „Attestation de versement de cotisations” wystawione dla Bull SAS, potwierdzające, że ta spółka nie zalega z płatnością składek na dzień 31.12.2014 r. (a dodatkowo za miesiąc kwiecień 2015 r., aczkolwiek ten dokument pozostaje bez znaczenia dla wykazania braku podstaw do wykluczenia, został złożony nadmiarowo). Dokument ten został wydany zgodnie z procedurą opisaną powyżej i zachowuje aktualność przez cały 2015 r. (por. oświadczenie Ambasady Francuskiej w Polsce z dnia 2 sierpnia 2013 r., załączone do wyjaśnień przystępującego z 29.09.2015 r. - w aktach).

Zagadnienie częstotliwości wydawania zaświadczeń przez właściwe francuskie organy podatkowe i instytucje pobierające składki na ubezpieczenie społeczne było już przedmiotem wielu sporów. Można jednak powiedzieć, że w tym zakresie od wielu lat obowiązuje niezmienny pogląd, całkowicie zbieżny z powyższym stanowiskiem. I tak w wyroku z dnia 21 marca 2007 r. (sygn. II Ca 87/07) Sąd Okręgowy w Krakowie stwierdził, że: „Nie ulega wątpliwości, że francuski partner odwołującego się Konsorcjum nie mógł przedstawić odpowiedników aktualnych zaświadczeń właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz właściwego oddziału zakładu ubezpieczeń społecznych o niezaleganiu z płatnością podatków i składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, tj. wystawionych nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, gdyż we Francji takich dokumentów się nie wydaje. Właściwe organy wydają

dokumenty o niezaleganiu z płatnością podatków oraz składek według stanu na koniec roku kalendarzowego i taki dokument odwołujący się złożył a zamawiający nie kwestionował jego treści.". Podobnie zapatrywanie wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 29 stycznia 2010 r. (sygn. KIO/UZP 1830/09): „Izba ustaliła na podstawie wiarygodnych dowodów, w tym przede wszystkim informacji z Misji Ekonomicznej Ambasady Francji w Polsce, że we Francji wykonawcy w celu ubiegania się o zamówienie mogą uzyskać roczne informacje o braku zaległości podatkowych, czy też składek na ubezpieczenia społeczne.". Kolejny wyraz aktualności tych poglądów odnajdziemy w wyroku KIO z dnia 15 maja 2012 r. w połączonych sprawach o sygn. akt: KIO 800/12; KIO 803/12; KIO 804/12; KIO 807/12), gdzie Izba stwierdziła, że „(...) Izba oceniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy w postaci oferty Mostostal S.A. to jest załączonych dokumentów w formie wyjaśnień spółki CNIM, opinii prawnej oraz odpowiedzi Ministerstwa Sprawiedliwości i Wolności Republiki Francuskiej uznała je za przekonujące i wiarygodne co do nie wystawiania częściej niż raz w roku zaświadczeń o nie zaleganiu z podatkami, opłatami oraz nie wystawiania podmiotom zbiorowym, których to dotyczy zaświadczeń o zakazie ubiegania się o zamówienie publiczne (...).” W ostatnim czasie orzeczenie identycznie traktujące omawiany problem zapadło 29 lipca 2015 r. (sygn. KIO 1528/15).

W ocenie przystępującego nie ma powodów aby zweryfikować utrwaloną praktykę i orzecznictwo dotyczące oceny francuskich zaświadczeń. W szczególności na przestrzeni ostatnich 9 lat nie nastąpiły zmiany przepisów (francuskich lub polskich) uzasadniających odejście od zaprezentowanej wykładni. Również fakt załączenia zaświadczenia z URSSAF wydanego za miesiąc kwiecień 2015 r. nie ma na to wpływu. Zwrócić należy uwagę, że wszystkie dokumenty zostały wystawione 4 czerwca 2015 r. Także obydwie zaświadczenia z URSSAF. To, że jedno z nich zostało wydane za miesiąc kwiecień 2015 r., a drugie na koniec 2014 r. wynika tylko i wyłącznie z podstawy prawnej i przeznaczenia tych dokumentów. Zaświadczenie w trybie art. 46 francuskiego Kodeksu Zamówień Publicznych (Code des marchés publics), niezależnie od daty wystawienia, zawsze będzie wydane wg stanu na koniec roku i pozostawało aktualne w okresie 12 miesięcy. Doskonale to widać zestawiając obydwie dokumenty z URSSAF załączone do wniosku Przystępującego. Choć Bull SAS nie zalegał ze składkami na ubezpieczenia za kolejne miesiące 2015 r. to zaświadczenie w trybie art. 46 francuskiego Kodeksu Zamówień Publicznych opiewało nadal na koniec 2014 r. Innymi słowy, ze względu na regulacje obowiązujące we Francji zaświadczenie z URSSA (podobnie jak zaświadczenie DGFP) jest aktualne przez cały rok następujący po roku, za który zostało wydane. Na taką kwalifikację nie mają wpływu przepisy obowiązujące w Polsce. W §4 ust. 1 Rozporządzenia jest mowa o dokumentach wystawionych w kraju siedziby wykonawcy. Okoliczność czy wykonawca zagraniczny nie

zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne musi być oceniana przez pryzmat przepisów obcego państwa. Zatem także aktualność dokumentów stwierdzających brak takich zaległości zależy od tego prawa. Rozstrzygnięcia wymaga bowiem nie kwestia daty wystawienia zaświadczeń (wszystkie są nie starsze niż 3 miesiące przez terminem składania wniosków) lecz to czy pozostają aktualne (stwierdzają brak zaległości w analogicznym okresie). Skoro Odwołujący przyznaje, że wspomniane dokumenty są wystarczające do ubiegania się o zamówienie publiczne we Francji, to znaczy że nie kwestionuje ich aktualności według norm tego kraju. Inne natomiast nie mają do niego zastosowania. W szczególności ustawy Prawo zamówień publicznych i Rozporządzenia.

2. Zarzut zaniechania udostępnienia Odwołującemu części wniosku Przystępującego zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący kwestionuje odmowę wydania mu pełnej treści wniosku Przystępującego uznając, że informacje w nim zawarte nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. W ramach opisu zarzutu nie sprecyzował jednak, jakich konkretnie dokumentów, spośród utajnionych przez Przystępującego, nie można było skutecznie zastrzec. W uzasadnieniu natomiast ogranicza swoją argumentację do wykazu usług zrealizowanych na rzecz podmiotów z sektora publicznego, także jeśli obejmują zlecenia wykonane przez podmioty trzecie, na których wiedzy i doświadczeniu polega Przystępujący. Przy czym Odwołujący zdaje się nie podważać możliwości ograniczenia dostępu do danych tychże podmiotów trzecich, domagając się jedynie udostępnienia informacji w zakresie wykonanych zamówień publicznych wraz z wystawionymi referencjami. Uzasadnionym jest zatem przyjęcie, że zarzut naruszenia art. 8 i 96 PZP dotyczy wyłącznie wykazu wykonanych usług w części obejmującej zamówienia zrealizowane na rzecz podmiotów sektora publicznego. Odnosząc się do zarzutu przystępujący argumentuje następująco.

Na wstępie podkreślić należy, że odwołujący zamiast choćby uprawdopodobnienia możliwości objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa jawnych informacji, oczekuje że to Krajowa Izba Odwoławcza, niejako za niego, dokona weryfikacji dokumentacji postępowania. Jak wiadomo, odwołanie powinno zawierać wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania, a nie ogólnikową tezę o nielegalności poczynąń zamawiającego. Odwołujący lakonicznie kwestionując możliwość zastrzeżenia tajemnicy w stosunku do zamówień zrealizowanych na rzecz podmiotów z sektora publicznego w krajach UE nie powołał żadnych relewantnych regulacji, ani nie podał w jaki sposób (w jakim trybie) można się zapoznać np. ze szczegółowymi danymi o zrealizowanych zadaniach publicznych, a tym samym nie wykazał, że na zwykłej, dozwolonej prawem drodze można wejść w posiadanie tego rodzaju informacji.

Wszelkie dane zawarte w utajnionym wykazie głównych usług (str. 126 i nast.) nie są powszechnie dostępne i nie mogą być uzyskane w drodze rutynowego dostępu do informacji publicznej. Dotyczy to również zamówień wykonanych na rzecz sektora publicznego innych państw. Na okoliczność, że w każdym takim przypadku mamy do czynienia z tajemnicą przedsiębiorstwa Przystępujący wskazuje treść listów referencyjnych znajdujących się na stronach 131 i nast. wniosku. Każdorazowo organ wystawiający, niezależnie czy działa w imieniu podmiotu prywatnego czy publicznego, zastrzegł, że dane o projekcie i firmie która go wykonała są poufne i przeznaczone wyłącznie dla zamawiającego inicjującego przetarg. Umowy zawarte z jednostkami sektora publicznego w krajach UE nie są bowiem bezwzględnie jawne. Wskazuje na to również treść art. 1 ust. 2 lit. c) Dyrektywy 2003/98/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 17 listopada 2003 r. w sprawie ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego (wyłączenie zastosowania w przypadku tajemnicy handlowej). Jeśli zatem jawność została wyłączona (a dowodem że tak jest są referencje) to strony pozostają tym zastrzeżeniem związane, aż do czasu ustania okoliczności uzasadniających objęcie określonych informacji klauzulą poufności. Skoro umowne relacje łączące strony oraz uwarunkowania prawne w państwie kontraktu pozwalają i zobowiązują utrzymywać tajemnicę w odniesieniu do newralgicznych danych to Przystępujący musi je honorować, podejmując adekwatne starania aby nie ujrzały światła dziennego.

Na marginesie Przystępujący dodaje, że Krajowa Izba Odwoławcza dwukrotnie w ostatnim czasie weryfikowała skuteczność utajnienia części dokumentów w ofertach (wnioskach) AMG.net składanych w ramach zamówień publicznych w Polsce, za każdym razem przyznając rację spółce AMG.net (por. wyroki KIO 1290/14, KIO 1143/13).Mając na uwadze powyższe przystępujący wnosi o oddalenie odwołania.

### **Pismo zamawiającego**

Zamawiający pismem z dnia 23 listopada 2015 roku udzielił w trybie art.186 ust.1 ustawy na odwołanie wnosząc o:1)oddalenie odwołania;2) zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą, zgodnie z przedłożonym rachunkiem.

Zdaniem zamawiającego odwołanie wykonawcy winno zostać oddalone w całości jako bezzasadne.

Co do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 i art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a tiret drugi i ust. 2 zd. 2 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy

Przywołał przepis § 4 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Konsorcjum AMG.net S.A. (lider konsorcjum), Bull SAS (członek konsorcjum) i Atos IT Services sp. z o. o. (członek konsorcjum) złożyło wygenerowane w trzymiesięcznym okresie przed upływem terminu składania wniosków zaświadczenia o niezaleganiu w płatności składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne (dotyczące Bull SAS), które potwierdzają stan niezalegania w płatności składek wcześniej niż trzy miesiące przed upływem terminu składania wniosków ale jest to zgodne z sposobem wystawiania takich zaświadczeń przez Republikę Francuską. Dodatkowo Konsorcjum na stronie 42-45 przedstawiło oświadczenie prezesa Bull SAS złożone w dniu 22 lipca 2015 roku (a więc złożone w terminie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków) przed notariuszem kraju, które stanowi dodatkowe potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum o złożenie stosownych wyjaśnień. W odpowiedzi Konsorcjum złożyło wyjaśnienia, iż francuska administracja podatkowa wydaje odpowiednie zaświadczenia dotyczące opłacania zobowiązań podatkowych przez podmioty mające siedzibę na terytorium Republiki Francuskiej jedynie raz w roku. Podobne wyjaśnienia złożono w przypadku zaświadczeń w zakresie opłacania składek na ubezpieczenie społeczne, w tym zdrowotne. Zgodnie z treścią wyjaśnień takie zaświadczenia wydaje się również raz w roku. Wydawane przez organy francuskie zaświadczenia potwierdzają stan opłacania składek na dzień 31 grudnia i są ważne przez kolejny rok. Złożone przez konsorcjum wyjaśnienia zostały poparte oświadczeniami złożonymi przez Regionalny Wydział Ekonomiczny Ambasady Francji w Polsce. Treść oświadczeń odpowiada treści złożonych przez Konsorcjum wyjaśnień tj. Regionalny Wydział Ekonomiczny Ambasady Francji w Polsce oświadcza, iż zaświadczenie dotyczące opłacania składek na ubezpieczenie społeczne wymagane od przedsiębiorstw biorących udział w przetargu publicznym jest wydawane przez francuski odpowiednik zakładu ubezpieczeń społecznych raz w roku, na dzień 31 grudnia roku poprzedniego oraz zaświadczenie dotyczące zobowiązań podatkowych wymagane przez przedsiębiorstwa biorące udział w przetargu publicznym jest wydawane przez francuskie organy podatkowe z datą 31 grudnia poprzedniego roku (dowód: kopia wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum i kopie oświadczeń złożonych przez Regionalny Wydział Ekonomiczny Ambasady Francji w Polsce).

Niezależnie od wezwania wykonawcy do złożenia powyżej opisanych wyjaśnień zamawiający wziął pod uwagę orzecznictwo Zespołu Arbitrów (syg. UZP/ZO/0-2940/06) oraz



Sądu Okręgowego w Krakowie (sgn. Akt II Ca 87/07). W analogicznym stanie faktycznym Zespół Arbitrów uwzględnił odwołanie złożone przez wykonawcę, który został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nakazał powtórne badanie i ocenę wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu.

Następnie Sąd Okręgowy w Krakowie oddalił skargę od wyroku arbitrów UZP/Z/0-2940/06 wniesioną przez zamawiającego.

„Nie ulega wątpliwości, że francuski partner odwołującego się Konsorcjum nie mógł przedstawić odpowiedników aktualnych zaświadczeń właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz właściwego oddziału zakładu ubezpieczeń społecznych o niezaleganiu z płatnością podatków i składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, tj. wystawionych nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, gdyż we Francji takich dokumentów się nie wydaje" (...).

Analizując całokształt okoliczności Zamawiający stoi na stanowisku, że złożone przez Konsorcjum dokumenty, wykazują spełnianie przez Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu, a co za tym idzie w toku badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie zaistniały przesłanki do uzupełnienia dokumentów podmiotowych w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, a tym bardziej nie istniały przesłanki do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu.

II. Co do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 - 3 i art. 96 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu części wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonych przez Konsorcjum i wykonawcy Asseco Poland SA, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, w sytuacji gdy informacje tam zawarte nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zdaniem Zamawiającego jest bezzasadny. Zarówno Konsorcjum, jak i wykonawca Asseco Poland S.A. składając wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wyczerpali dyspozycje zawarte w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp zastrzegając określoną część wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz załączyli uzasadnienia wykazujące, iż zastrzeżone części wniosków stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający po analizie złożonych przez wykonawców uzasadnień stwierdził, iż nie zachodzą podstawy do kwestionowania skuteczności i zasadności złożonych przez wykonawców zastrzeżeń. Zarówno w przypadku wykazów osób, które będą wykonywać zamówienie i są w dyspozycji wykonawców jak również wykazów wykonywanych usług w ocenie zamawiającego w dokumentach tych zawarte są informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. W przypadku wykazu osób, które będą uczestniczyć w realizacji

zamówienia wartość gospodarcza informacji, co do personelu lub współpracujących z wykonawcą specjalistów nie budzi żadnych wątpliwości, a ujawnienie tych informacji mogłoby narazić wykonawcę na poważne szkody w postaci prób przejęcia specjalistycznej kadry wykonawcy przez konkurencyjne podmioty działające na rynku. Natomiast w wykazie usług wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie usług wymienionych w wykazie oraz w przypadku Konsorcjum oświadczeniami podmiotów trzecich o udostępnieniu wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia swoich zasobów znajdują się, informacje dotyczące współpracy z podmiotami trzecimi, które zgodziły się udostępnić wykonawcy swoje zasoby, a przede wszystkim wykaz usług stanowi zbiór informacji, na podstawie którego można ocenić zasoby będące w dyspozycji wykonawcy i możliwości techniczno-organizacyjne realizacji, konkretnej liczby zamówień w danym okresie czasu, co bez wątpienia stanowi istotną informację posiadającą wartość gospodarczą. Jest to o tyle znaczące, że nawet w przypadku wykazania usług realizowanych dla podmiotów zobowiązanych do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych, które co do zasady są jawne, konkurenci rynkowi wykonawcy nie mają możliwości uzyskania informacji o pełnym spektrum działalności wykonawcy, a jedynie jego wycinku ograniczającym się do konkretnej umowy. Jeżeli dodatkowo weźmiemy pod uwagę fakt, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego, gdzie wykazanie liczby usług równej postawionym w warunkach udziału wymogom może być niewystarczające do dopuszczenia do udziału w przetargu oczywiste jest, że racjonalnie działający wykonawca dążył będzie do wykazania możliwie dużej liczby usług spełniających wymogi określone w warunku, co w razie ujawnienia dokumentu konkurującym z wykonawcą podmiotom da im szeroką wiedzę na temat aktywności rynkowej wykonawcy w danym segmencie, zasadność nałożenia klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa na wykaz wykonanych usług nie budzi wątpliwości. Wobec powyższego zamawiający wnosi jak w sentencji.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje**

#### **Izba ustaliła**

**Na podstawie dowodów z dokumentów zawnioskowanych na rozprawie przez strony i uczestnika z dokumentacji prowadzonej przez zamawiającego jak i z dokumentów przedłożonych przez odwołującego oraz wyjaśnień złożonych na rozprawie Izba ustaliła jak poniżej.**

#### **Na posiedzeniu Izby**

Do postępowania odwoławczego w wyniku wniesionego odwołania przystąpiło dwóch uczestników po stronie zamawiającego, którzy zostali w trybie art. 51 ust.1 ustawy (przetarg

ograniczony) zaproszeni do składania ofert w wyniku weryfikacji ich wniosków pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, których treść opublikowano w Ogłoszeniu o zamówieniu.

Na wyznaczonym w sprawie posiedzeniu Izby z udziałem stron oraz uczestników stwierdzono na podstawie dokumentacji o udzielenie zamówienia publicznego przekazanej do akt sprawy przez zamawiającego następujące przystąpienia: Asseco Poland S.A. z dnia 19.11.2015r. oraz Konsorcjum Atos Polska S.A. z dnia 20.11.2015 r. Izba na podstawie informacji złożonej przez zamawiającego na wezwanie Prezesa Izby ustaliła, że zamawiający przekazał wezwania do udziału w postępowaniu odwoławczym w dniu 17 listopada 2015 roku drogą elektroniczną. Wniesione do Izby w wyżej wskazanym terminie w formie pisemnej przystąpienia obu wykonawców, których kopie przesłane zostały do zamawiającego i odwołującego spełniają wymagania w zakresie art.185 ust.2 ustawy co do wymagań formalnych. Spełniają również wymagania merytoryczne to jest co do posiadania interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpili obaj wykonawcy to jest do zamawiającego a którzy są zainteresowani złożeniem oferty w toczącym się postępowaniu. W związku również z brakiem zgłoszenia opozycji na pytanie Izby w trybie art.185 ust. 4 ustawy, przeciw zgłoszonym przystąpieniom zarówno przez odwołującego jak i zamawiającego do czasu otwarcia rozprawy, Izba dopuściła obydwu przystępujących do udziału w sprawie.

Izba przed zamknięciem posiedzenia z udziałem stron i uczestnika wyczerpała z urzędu procedurę z art.189 ust.2 ustawy badania przesłanek do odrzucenia odwołania z przyczyn formalnych nie stwierdzając takowych jak i wobec braku ich zgłoszenia przez zamawiającego jak i przystępującego Konsorcjum Atos Polska S.A.

Również na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników Izba poinformowała stawiających, że odwołujący w dniu poprzedzającym posiedzenie w piśmie z 23.11.2015 r. w formie faksu cofnął zarzuty odwołania wobec Asseco Poland S.A.

Na posiedzenie Asseco Poland S.A. nie stawił się prawidłowo zawiadomiony o terminie.

#### Na rozprawie

Odwołujący podtrzymując argumentację formalną i prawną zawartą w odwołaniu na rozprawie w szczególności zwrócił uwagę na następujące aspekty w sprawie.

Potwierdził cofnięcie zarzutów w stosunku do przystępującego Asseco w całości o czym powiadomił Izbę pismem z 23.11.2015 r. Jednocześnie na rozprawie cofnął do protokołu zarzut odnoszący się do przedstawienia przez konsorcjum Atos Polska S.A.

nieprawidłowego dokumentu na potwierdzenie niezalegania z podatkami. Natomiast w pełnym zakresie podtrzymał zarzut przedłożenia niewłaściwego dokumentu w ofercie przystępującego konsorcjum Atos Polska S.A. mającego potwierdzić niezaleganie z opłatami na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne.

W związku z powyższym Izba jest związana cofnięciem zarzutów co do spełnienia warunków udziału przez Asseco Poland S.A. w całości oraz w zakresie dokumentów podatkowych co do złożonego wniosku Konsorcjum Atos Polska S.A.

W tym stanie Izba wyjaśnienia oraz ustalenia w sprawie dokonała w stosunku do Konsorcjum Atos Polska S.A. w związku z utrzymaniem zarzutu odnoszącego się do dokumentów potwierdzających opłacenie świadczeń z tytułu ubezpieczenia społecznego i zdrowotnego.

Odwołujący na rozprawie przyznał, że faktycznie jeżeli chodzi o problematykę wystawiania zaświadczeń na terenie Francji w kwestii opłat na ubezpieczenia społeczne w tym zdrowotne to Izba wydała szereg wyroków. Niemniej pełnomocnik stwierdził, że istotnym jest, iż w związku z wydanymi wyrokami kwestią mającą znaczenie jest zagadnienie dowodów przedkładanych w poszczególnych sprawach. Orzeczenia z reguły wydano w oparciu o oświadczenia przed notariuszami. Dlatego wnosi o rozstrzygnięcie o stan faktyczny i prawny ustalony w przedmiotowej sprawie. Instytucją zajmującą się, tak jak ZUS w Polsce opłatami na ubezpieczenie społeczne oraz zdrowotne, we Francji jest URSSAF. Prawo francuskie przewiduje wystawienie zaświadczeń zawsze wg stanu na dzień 31.12. danego roku, poprzedzającego postępowanie przetargowe. Niemniej istnieje możliwość w tym systemie uzyskiwania zaświadczeń co miesiąc, ponieważ URSSAF wydaje 2 rodzaje zaświadczeń. Pierwsze zaświadczenie do zamówień publicznych tj. na dzień 31.12. roku poprzedzającego przetarg i takie zaświadczenie znajduje się we wniosku członka konsorcjum Bull SAS. Drugi rodzaj zaświadczeń to tzw. zaświadczenie należytej staranności „attestation de vigilance”, które wydawane jest przez ten sam organ czyli URSSAF. W obydwu wypadkach wnioski i zaświadczenia wystawiane są w systemie elektronicznym. We Francji składki opłaca się do 15 bm. za poprzedni miesiąc. W związku z tym wniosek po 15 uwzględnia składki na bieżąco tj. do końca m-ca poprzedzającego miesiąc wystawienia zaświadczenia. Brzmienie § 4 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, wskazuje na to, że zaświadczenie ma potwierdzać fakt niezalegania. Z treści § 4 rozporządzenia nie wynika, że cel wydania zaświadczenia jest obojętny. Natomiast ma potwierdzać niezaleganie. Z kolei we Francji istnieje możliwość uzyskania zaświadczenia o niezaleganiu ze składkami na bieżąco a nie jak uczyniła to spółka Bull SAS na 31.12 danego roku. Przy czym przyznaje, że w ofercie złożone jest też zaświadczenie do przetargu czyli na 31.12 roku poprzedniego i zaświadczenie należytej staranności wystawione na 30.04.2015 r. Według wycień

odwołującego zaświadczenie powinno potwierdzać stan na okres nie wcześniej niż 25.05. Przy czym we wniosku znajduje się oświadczenie o szerokim zakresie m.in. stwierdza się, że nie zalega spółka z opłatami na ubezpieczenie społeczne. Niemniej zwraca uwagę, że na gruncie prawa polskiego ust. 3 § 4 rozporządzenia przewiduje się oświadczenie notariusza gdy nie wydaje się w danym kraju zaświadczenia. Takie oświadczenie nie wywołuje skutków prawnych - stanowisko KIO w odniesieniu do dokumentu KRK w wyroku z 09.01.2012 r. KIO 2781/11. Zwraca uwagę, że w kontekście rozporządzenia w § 4 jeżeli chodzi o potwierdzenie braku zalegania nie podaje się celu, np. do przetargu publicznego. Stwierdza, że zaświadczenie wymagane jest co miesiąc we Francji od zwarcia kontraktu, w dniu zawarcia kontraktu a później co 6 m-cy. Przedłożono dowody dotyczące zaświadczeń należytej staranności i oświadcza odwołujący, że zaświadczenie obejmuje swoją treścią stan objęty hipoteką zawartą w § 4 ust 3 rozporządzenia. Według oceny odwołującego dokument potwierdza nie zaleganie z opłatami na ubezpieczenie społeczne w tym zdrowotne z potwierdzeniem stanu za okresy miesięczne a nie tylko na koniec roku kalendarzowego. Również na okoliczność, iż treść tego zaświadczenia należytej staranności jest identyczna z treścią zaświadczenia o niezaleganiu z opłatami tzn., że treść zaświadczenia o należytej staranności jest identyczna jak treść zaświadczenia do przetargu w systemie francuskim, obydwie zaświadczenia mają tę samą treść tylko potwierdzają różne okresy. Złożone dowody potwierdzają, że zaświadczenie o należytej staranności wykorzystywane jest na etapie zawarcia umowy, na etapie realizacji zamówienia ale aktualizacja na etapie zawartej umowy i na okoliczność sposobu uzyskiwania zaświadczenia należytej staranności i jak zakresu potwierdzenia w tym zaświadczeniu. Na podstawie złożonych dowodów odwołujący stwierdza, że zaświadczenie to odpowiada treści § 4 ust 1 pkt 1 lit a tiret 2 rozporządzenia.

Izba na rozprawie przeprowadziła dowód z dokumentacji postępowania: dowód z wniosku Konsorcjum Atos Polska S.A. str. 42 znajduje się deklaracja w języku francuskim, tłumaczenie znajduje się na str. 43-44 oświadczenie przed notariuszem. Z pkt 2 oświadczenia wynika, że spółka nie zalega z zapłatą podatków, opłat i składek na ubezpieczenie społeczne oraz ubezpieczenie zdrowotne. Z kolei na stronie 51 znajduje się zaświadczenie URSSAF język francuski a tłumaczenie str. 52 wygenerowane 04.06.2015 r i potwierdza stan na 31.12.2014 r., str. 53 oferty URSSAF język francuski str. 54 wygenerowane 04.06.2015 r. potwierdza stan na 30.04.2015 r.

Odnosząc się do wyjaśnień uczestnika na wezwanie zamawiającego w związku z załączonymi zaświadczeniami Ambasady Francuskiej dot. opłat na ubezpieczenie społeczne przystępujący zataja fakt istnienia w systemie francuskim drugiego rodzaju zaświadczeń tj. należytej staranności. Dopiero w piśmie złożonym dzisiaj potwierdza, że istnieje takie zaświadczenia ale w jego ocenie nie mają zastosowania. Oświadczenie ambasady jest

prawdziwe i potwierdza co mają przedstawiać wykonawcy we Francji w momencie ubiegania się o zamówienie a nie po zawarciu umowy. Potwierdza, że wykonawca ubiegając się o zamówienie przedstawia zaświadczenie do przetargu. Wyjaśnienia są połowiczne. Nie zgadza się z postawioną na wstępie pisma uczestnika tezą, że dokumenty wykonawców zagranicznych nie muszą mieć cechy aktualności w rozumieniu rozporządzenia. Uważa, że problem ważności nie jest istotny bo nie kwestionując stwierdzenia na koniec roku należy podnieść kwestię aktualności potwierdzenia aktualnego stanu w zaświadczeniu.

Według odwołującego wykonawca przystępujący zataja fakt istnienia w systemie francuskim drugiego rodzaju zaświadczeń tj. należytej staranności. Co do oświadczenie ambasady jest prawdziwe i potwierdza co mają przedstawiać wykonawcy we Francji w momencie ubiegania się o zamówienie a nie po zawarciu umowy. Nie zgadza się z postawioną tezą przez uczestnika, że dokumenty wykonawców zagranicznych nie muszą mieć cechy aktualności w rozumieniu rozporządzenia. Należy podnieść kwestię aktualności potwierdzenia aktualnego stanu w zaświadczeniu. Wymagania w stosunku do wykonawców zagranicznych powinny być egzekwowane wg prawa polskiego a nie wg prawa ich kraju. Skoro wg prawa francuskiego jest możliwość otrzymywania zaświadczeń o bieżącym stanie płatności za składki to wykonawca francuski § 4 ust 1 pkt 1 lit a tiret 2 nie powinien posługiwać się zaświadczeniem francuskim do przetargu potwierdzającym stan na koniec roku poprzedniego skoro może przedstawić stan aktualny płatności składek na ubezpieczenie społeczne. Tym bardziej, że możliwość uzyskania zaświadczeń odpowiadających treści § 4 ust 1 pkt 1 lit a tiret 2 to zaświadczenie należytej staranności i ma atut aktualności. W ocenie pełnomocnika odwołującego należy zwrócić uwagę, że § 4 ust 2 mówi, że dokumenty powinny być wystawione nie wcześniej niż 3 m-ce przez co oznacza, że potwierdzają stan na dzień wystawienia zaświadczenia bo tak to wynika z dokumentu wystawionego w Polsce. Osobną kwestią jest data dokumentu a osobna treść dokumentu.

Pełnomocnik odwołującego podsumowując swoje stanowisko skwitował je następująco. Według odwołującego we Francji istnieją obiektywne możliwości pobrania zaświadczenia potwierdzającego stan niezalegania zgodnego z polskim rozporządzeniem tj. nie wcześniejszym niż 3 m-ce przed terminem składania wniosków (są bardziej aktualne zaświadczenia). Ważność i aktualność zaświadczenia powinna być badana na gruncie polskich przepisów a nie francuskich. Wiążący jest przepis rozporządzenia w sprawie dokumentów § 4 ust 2 w związku z § 4 ust 1 pkt 1 lit a 2 tiret. Skoro zaświadczenie na dzień 31.12 jest aktualne to po co przystępujący składa zaświadczenie wygenerowane 04.06 i dodatkowo oświadczenie notariusza. Przepisy nie mówią o ważności zaświadczenia tylko znaczenie ma aktualność zaświadczenia. Ratio legis tego przepisu o niezaleganiu z płatnościami sprowadza się do tego, że nie można wywodzić, że termin uzyskania

zaświadczenia nie jest ograniczony. Wykazanie niezalegania ma polegać na wykazaniu niezalegania w okresie nie wcześniej niż 3 m-ce przed terminem składania wniosku.

Pełnomocnik odwołującego konkretyzuje na rozprawie żądanie odtajnienia dokumentów do dokumentu wykazu usług oraz referencji jeżeli były świadczone na rzecz podmiotów publicznych oraz w zakresie wykazu osób, które uzyskały doświadczenie w trakcie realizacji na rzecz podmiotów publicznych. Uważa, co do zasady, że usługi świadczone na rzecz podmiotu publicznego nie mogą być objęte tajemnicą z uwagi na ogólną jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast uważa, że jest racja aby chronić informacje dotyczące świadczenia usług na rzecz podmiotów niepublicznych zarówno w zakresie wykazów usług, referencji oraz osób, które świadczyły na rzecz podmiotów prywatnych. Uważa, że podyktowane to rozróżnienie jest tym, że istnieje system dostępu do informacji publicznej. Odwołujący nie przyjmuje stanowiska przystępującego przekazane w piśmie w którym stwierdza, że nie jest możliwe ujawnienie podmiotów na rzecz których wykonywał usługi w przypadku podmiotów publicznych bowiem w wystawionych przez nie dokumentach zastrzeżono jako niemożliwy dostęp do treści tych dokumentów. Państwa europejskie zrzeszone w UE gdzie zasady udostępnienia dokumentów powinny być zbieżne z zasadami polskimi jeżeli są to podmioty publiczne chyba, że są to podmioty spoza obszaru UE. Wnosi aby Izba zweryfikowała to wątpliwości w kontekście złożonego wniosku. Uważa, że ma prawo do zapoznania się z tymi dokumentami bo przysługuje nam prawo weryfikacji złożonych wniosków.

Zamawiający na rozprawie podtrzymał swoje stanowisko zawarte w odpowiedzi na odwołanie. W szczególności przywołał treść § 4 ust 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów z którego wynika, że jeżeli wykonawca mający siedzibę poza terytorium RP składa dokument wystawiony w kraju w którym ma siedzibę. Zamawiający dodatkowo wezwał do wyjaśnień na potwierdzenie, iż nie są wystawiane dokumenty. Uważa, że wymóg został spełniony bo zaświadczenie zostało wygenerowane 04.06.2015 w kontekście przyjęcia daty granicznej. Został spełniony wymóg § 4 ust 2, że dokument został wystawiony nie wcześniej niż 3 m-ce przed wszczęciem postępowania. Zwraca uwagę, że taki dokument spełnia wymóg wystawienia zaświadczenia krócej niż 3 m-ce przed terminem składania wniosków, a wzmacnia je dodatkowo oświadczenie przed notariuszem, że nie zalegał z opłatami składek z 22.07.2015 r. Przywołując dowód nr 3 odwołującego stwierdza, że z tłumaczenia wynika, że zaświadczenie należytej staranności może uzyskać tylko strona umowy o zamówienie publiczne.

Co do tajemnicy przedsiębiorstwa zwraca uwagę, że podnoszona kwestia jawności umów zawartych w systemie zamówień publicznych dot. treści umów a nie dokumentów

składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału jakimi są wykazy czy referencje, jako unikalne i przygotowane na poczet konkretnego postępowania, które są informacjami biznesowymi. Zastrzeżenie tajemnicy tak jak odwołujący złożył przystępujący i Asseco wobec którego odwołujący cofnął zarzut utajnienia oferty. Zamawiający uzasadnienie do zastrzeżenia tajemnicy uznał za wiarygodne i rzetelne w oparciu o załączone dokumenty. Dziwi się, ponieważ odwołujący weryfikuje swoje stanowisko co do dostępu do informacji publicznej bowiem w innych postępowaniach prezentował stanowisko, że w kontekście ustawy o zwalczaniu uczciwej konkurencji objęte są informacje nawet gdy ich przedmiotem były postępowania publiczne pod warunkiem ich skutecznego zastrzeżenia. Tą okoliczność przywołuje w kontekście postępowania KIO 667/10. Chciałbym zwrócić uwagę, że z niezrozumiałych względów pełnomocnik wycofał się z zarzutów co do Asseco. Uważa, że bezprzedmiotowe jest żądanie odwołującego odtajnienia części wykazu i referencji czy też osób w przypadku gdy wykaz usług i referencje i wykaz osób obejmuje znacznie więcej doświadczenia niż wymaga to SIWZ. Wówczas nieskuteczna byłaby krytyka niespełnienia warunków w przypadku gdy np. pozostałe nadal utajnione doświadczenia z racji jak przyznaje odwołujący na rzecz sektora prywatnego wystarczyłyby do spełnienia doświadczenia. Przywołując argumentację KIO 667/10 posługując się tą argumentacją podnosi kwestię, że istniejący dostęp do informacji publicznej nie jest równoznaczny z pełnym wykazem usług nawet gdyby dot. podmiotów publicznych, ta sprawa była sprawą Comarchu. Powołuje się na odpowiedzialność cywilną odszkodowawczą i podkreśla jakie ma znaczenie czynność odtajnienia w przypadku rzetelnego zbadania zastrzeżonych informacji zamawiający jest przekonany o skuteczności ich ochrony.

Zamawiający kwitując wypowiedź stwierdza, że § 3 rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentu odnosi się do polskich dokumentów, natomiast § 4 abstrahuje od aktualności i ma być wystawiony w określonym czasie, przywołuje § 4 ust 2 w związku z ust. 1. Uważa, że zamawiający występując o wyjaśnienie czy są wystawiane inne dokumenty uzyskał wyczerpującą i potwierdzającą odpowiedź. Dokument złożony przez wykonawcę w postępowaniu jest prawidłowy. Natomiast odwołujący składając odwołanie nie przedstawił żadnego dowodu, stwierdził gołosłownie, że we Francji możliwe jest uzyskanie aktualnego zaświadczenia.

Przystępujący wypowiadając się zwrócił uwagę. Dowodami są przede wszystkim wydruki ze strony URSSAF oraz zaświadczenia URSSAF, które nigdy nie były zatajane przez przystępującego. Podkreśla, że w orzeczeniu KIO 800/12 i dalszych wydanych w składzie trójkowym z udziałem składu orzekającego w dniu dzisiejszym przesądziło kwestie bo tam



były przedstawione dodatkowe dowody w postaci opinii kancelarii francuskiej i pisma Ministerstwa Sprawiedliwości, będące dokumentem na potwierdzenie braku zalegania i ustalono dokument wystawiony na koniec roku. Odwołujący wywołuje dokument należytej staranności ale nie wskazał przepisu w obowiązującym polskim prawie z jakiego powodu dokument zaświadczenie przetargowe w systemie francuskim nie może otrzymać cechy ważności i aktualności. Uważa, że istotnym jest podkreślanie, iż w odwołaniu wskazano na okoliczność wykazania zalegania z płatnościami. Zwraca uwagę na różne przeznaczenie przywołanych dzisiaj przez odwołującego zaświadczeń w systemie francuskim. Pierwsze zaświadczenie do przetargu tak jak w prawie polskim ma być dowodem na to, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek. Natomiast przywoływane drugie zaświadczenie należytej staranności ma wykazać, że wykonawca realizujący umowę a nie ubiegający się o zamówienie na bieżąco realizuje obowiązek opłacania składek, że pierwsze z zaświadczeń do przetargu wynika z art. 46 francuskiego kodeksu zamówień publicznych, a zaświadczenie staranności czyli o bieżącym regulowaniu wynika z kodeksu zabezpieczenia społecznego. Uważa, że okoliczność, iż prawo francuskie przewiduje zaświadczenia o bieżącym regulowaniu opłat na ubezpieczenie społeczne nie umniejsza znaczeniu francuskiemu zaświadczeniu o niezaleganiu z opłatami do przetargów jak również polskiemu zaświadczeniu o niezaleganiu z opłatami w kontekście jego aktualności. Zwraca uwagę na zaświadczenie należytej staranności na str. 54 wniosku, które to wystawione jest 04.06.2015 r. wobec terminu składania wniosków 25.08.2015 r. i okoliczności, iż opłaty na ubezpieczenie we Francji uiszcza się z dołu do 15 następnego m-ca bowiem w zaświadczeniu tym stwierdza się, że na 30.04.2015 r. regulowane są opłaty z powyższego wynika, że na dzień 04.06 czyli daty wystawienia zaświadczenia spółka nie może mieć zaległości także za maj skoro termin płatności upłyne dopiero 15.06. Chciałby zwrócić uwagę, że w urzędzie polskim prosząc o wystawienie 04.06 to otrzymuje potwierdzenie też na 30.04 bo do 10 lub 15.06 jest obowiązek zapłaty za maj. Reasumując urząd francuski wystawiając dokument 04.06 nie mógł potwierdzić niezalegania z opłatami na 30.05 poważ termin ten upłyne dopiero 15.06. Powyższe wykazuje również dowód nr 1 i 2 w związku z terminami wystawienia dokumentu. W związku z powyższym idąc tokiem rozumowania odwołującego w związku z ofertą naszą uważam, że również drugi dokument wystawiony 04.06 jest aktualny i ważny. Stwierdza brak zaległości na dzień 04.06. czyli nie wcześniej niż 3 m-ce przed terminem złożenia wniosku. Kwitując stanowisko pełnomocnik przystępującego stwierdził. Zdaniem przystępującego dokument przedstawiony w jego ofercie jest ważny bo wystawiony w terminie nie wcześniejszym, niż 3 m-ce i aktualny na prawo francuskie tj. art. 46 kodeksu przetargów publicznych a z żadnego przepisu prawa polskiego nie wynika fakt brak aktualności tego zaświadczenia mimo stwierdzenia stanu na 31.12. roku poprzedzającego złożenie wyniku.

Odnosnie żądania odtajnienia zastrzeżonych dokumentów nie ma sformułowanego w odwołaniu zarzutu niewłaściwej oceny uzasadnienia do ochrony zastrzeżonych przez nas danych. Uważa, że w kontekście treści uzasadnienia odwołania i postawionych zarzutów w odwołaniu nie ma podstaw do stwierdzenia, że zamawiający niesłusznie zaniechał udostępnienia w związku z niewłaściwym uzasadnieniem do ochrony danych bowiem uzasadnienie zawarte we wniosku w trybie art. 8 ust 3 nie zostało poddane krytyce przez odwołującego w związku z tym nie można twierdzić, że zamawiający bezpodstawnie zaniechał udostępnienia zastrzeżonych danych. Zwraca uwagę, że wśród zastrzeżonych w wykazie podmiotów nie ma podmiotów które udzieliły zamówień publicznych jak również w uzasadnieniu naszym na okoliczność zastrzeżenia tajemnicy przywołaliśmy dwustronne zastrzeżenia takich tajemnic wynikających z zawartych umów i znajdują one potwierdzenie w treści listów referencyjnych potwierdzających należyte wykonanie i znajdujące się w części tajnej wniosku.

#### Dowody z dokumentów

Izba uwzględniając złożone wnioski dowodowe stron i uczestnika przeprowadziła postępowanie dowodne z następujących dokumentów:

#### Z wniosku przystępującego Konsorcjum Atos S.A.:

Ze stron od 42 do 54 obejmującej następujące dokumenty: oświadczenie zarządu spółki Bull SAS z dnia 22 lipca 2015 roku na okoliczność, że spółka nie zalega z zapłatą podatków, opłat i składek na ubezpieczenia społeczne oraz ubezpieczenie zdrowotne przed notariuszem – tłumaczenie na język polski (str. 44 i 45 oferty);

Zaświadczenie o płatności składek i opłat na ubezpieczenie społeczne oraz złożenia deklaracji przez kandydatów, którym udzielono zamówienia publicznego do dnia 31.12.2014 roku wystawione w dniu 04/06/2015 roku przez dyrektora URSSAF –Związek na rzecz poboru składek na ubezpieczenie społeczne i dodatki rodzinne na podstawie art.46 Kodeksu Zamówień Publicznych dla SAS BULL „przedsiębiorstwo nie zalega z płatnością składek na ubezpieczenie społeczne i dodatków rodzinnych, składek na ubezpieczenie na wypadek utraty pracy oraz składek na AGS (Stowarzyszenie Zarządzania Systemem Ubezpieczeń Wierzytelności Pracowniczych na dzień 31.12.2014r.” (strona 52 oferty);

Zaświadczenie o złożeniu deklaracji na ubezpieczenie społeczne oraz płatności składek i opłat społecznych przez kandydatów do zamówienia na kwotę co najmniej 5000 euro netto wystawione w dniu 04/06/2015 roku przez dyrektora URSSAF –Związek na rzecz poboru składek na ubezpieczenie społeczne i dodatki rodzinne na podstawie art.L.243-15 Kodeksu Ubezpieczeń Społecznych dla SAS BULL „przedsiębiorstwo jest na bieżąco w zakresie

składek na ubezpieczenie społeczne i dodatków rodzinnych, składek na ubezpieczenie na wypadek utraty pracy oraz składek na AGS (Stowarzyszenie Zarządzania Systemem Ubezpieczeń Wierzytelności Pracowniczych na dzień 31.04.2015r.” (strona 54 oferty).

Dowody przedłożone przez pełnomocnika odwołującego na rozprawie:

Dowód 1) Zaświadczenie o złożeniu deklaracji na ubezpieczenie społeczne oraz płatności składek i opłat społecznych przez kandydatów do zamówienia na kwotę co najmniej 5000 euro netto wystawione w dniu 13/11/2015 roku przez dyrektora URSSAF –Związek na rzecz poboru składek na ubezpieczenie społeczne i dodatki rodzinne na podstawie art.L.243-15 Kodeksu Ubezpieczeń Społecznych dla SAS COMARCH „przedsiębiorstwo jest na bieżąco w zakresie realizacji zobowiązań dotyczących zapłaty składek na ubezpieczenie społeczne i dodatków rodzinnych, składek na ubezpieczenie na wypadek utraty pracy oraz składek na AGS na dzień 30.09.2015r.” Dowód 2) Zaświadczenie o złożeniu deklaracji na ubezpieczenie społeczne oraz płatności składek i opłat społecznych przez kandydatów do zamówienia na kwotę co najmniej 5000 euro netto wystawione w dniu 24/11/2015 roku przez dyrektora URSSAF –na podstawie art.L.243-15 Kodeksu Ubezpieczeń Społecznych dla SAS COMARCH „przedsiębiorstwo jest na bieżąco w zakresie realizacji zobowiązań dotyczących zapłaty składek na ubezpieczenie społeczne i dodatków rodzinnych, składek na ubezpieczenie na wypadek utraty pracy oraz składek na AGS na dzień 31.10.2015r.” Dowód 3) Uzyskania zaświadczenia; wydruk ze strony URSSAF W przypadku umowy na co najmniej 5 000 euro dający zamówienie zobowiązany jest sprawdzać co sześć miesięcy czy jego kontrahent wykonuje swoje zobowiązania w zakresie składania deklaracji i czy dokonuje płatności z tytułu składek i opłat społecznych. W tym celu kontrahent musi przedstawić zaświadczenie należytej staranności (attestation de vigilance) przy zawieraniu umowy a następnie co 6 miesięcy. W ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego kandydat musi złożyć zaświadczenie (attestation de marche public), że na dzień 31 grudnia poprzedniego roku przedsiębiorca nie ma zaległości w zakresie zobowiązań z tytułu składania deklaracji oraz uiszczania składek i opłat społecznych wobec Urssaf. W przypadku zamówienia publicznego o wartości co najmniej 5 000 euro zaświadczenie należytej staranności (attestation de vigilance) także musi być dostarczone. Dowód 4) Zaświadczenie do Zamówień Publicznych (attestation de marche public). W celu udziału w postępowaniach z zamówień publicznych, przedsiębiorca powinien przedstawić zaświadczenie potwierdzające, że na dzień 31 grudnia poprzedniego roku nie ma zaległości w zakresie swoich zobowiązań pracodawcy (deklaracje i płatności) wobec URSSAF, swoich zobowiązań podatkowych wobec Skarbu Państwa. W przypadku gdy wartość zamówienia publicznego wynosi co najmniej 5 000 euro netto przedsiębiorca musi także dostarczyć zaświadczenie należytej staranności (attestation de vigilance) przy zawieraniu umowy (data

podpisania), a następnie co sześć miesięcy do końca wykonywania umowy. W przypadku przedłużenia, wniosek powinien być składany przed upływem 6-go miesiąca po zakończeniu okresu, za który zaświadczenie zostało wydane. Dowód 5) Kolejny wydruk ze strony URSSAF na temat zaświadczenia należytej staranności (attestation de vigilance) z którego wynika, że między innymi. Zaświadczenie jest wydawane w następujących przypadkach osoba płaci należne składki i opłaty w terminie ich wymagalności, lub podpisała harmonogram spłaty zaległych składek i opłat, którego przestrzega, opłaca składki i opłaty, ale nie płaci w terminie opłat z tytułu zaległości i kar lub nie płaci składek i opłat należnych, ale zakwestionowanych co do wysokości w środku zaskarżenia.

Dowody z akt zamawiającego: Załączone tłumaczenie oświadczeń Regionalnego Wydziału Ekonomicznego Ambasady Francji w Polsce do pisma wyjaśnienia konsorcjum Atos S.A. z dnia 29.09.2015 roku: z dnia 2 sierpnia 2013 roku: oświadczenie, że zaświadczenie dotyczące opłacenia składek na ubezpieczenie społeczne wymagane od przedsiębiorstw biorących udział w przetargu publicznym jest wydawane przez francuski odpowiednik zakładu ubezpieczeń społecznych URSSAF raz do roku na dzień 31 grudnia roku poprzedniego.

### **Izba zważyła**

### **Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba nie stwierdza naruszeń przepisów prawa wskazanych w odwołaniu w związku z ustalonym na rozprawie stanem faktycznym i prawnym sprawy a przedstawionym powyżej w ustaleniach Izby .

W sytuacji cofnięcia przez odwołującego całości zarzutów skierowanych do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy Asseco Poland S.A. oraz cofnięcia części zarzutów do wniosku konsorcjum Atos S.A. to jest w zakresie zaświadczeń potwierdzających nie zaleganie z podatkami, pozostały do rozpoznania poniżej przedstawione zarzuty naruszenia przepisów prawa.

Przedmiotem rozpoznania Izby są następujące zarzuty w stosunku do wniosku konsorcjum Atos S.A.

Po pierwsze zarzut co do nie przedłożenia aktualnego zaświadczenia o nie zaleganiu z opłatami i składkami na rzecz ubezpieczenia społecznego oraz zdrowotnego jednego z członków Konsorcjum Atos S.A. a mianowicie francuskiej spółki Bull SAS.

Tym zarzutem odwołujący zamierzał wykazać naruszenie przez zamawiającego przepisów art.25 ust.1 pkt 1 i art.26 ust.3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (j. t. Dz. U. 2013 rok poz.907 z późniejszymi zmianami) zwana dalej „ustawa Pzp” w związku z § 4 ust.1 pkt 1 lit. a tiret drugi i ust.2 zdanie drugie Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013 rok poz. 231) zwanego dalej „rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów”.

Pełnomocnik odwołującego zwrócił uwagę na okoliczność utrwalonego orzecznictwa Izby ale z uwagi na dowody którymi dysponuje podniósł zarzut wobec spółki Bull SAS. Posiadane przez niego dowody mają zasadnicze znaczenie dla oceny zaświadczeń przedstawianych przez podmioty z Francji a dotyczące odpowiednika opłat i składek na ubezpieczenie społeczne oraz zdrowotne.

Tymi dowodami są opisane powyżej w ustaleniach Izby zaświadczenia URSSAF wystawione w dniach 30 września 2015 roku i 31 października 2015 roku dla spółki Comarch SAS tzw. zaświadczenia należytej staranności (attestation de vigilance) na podstawie art.L.243-15 Kodeksu Ubezpieczeń Społecznych. Przy czym wbrew twierdzeniom pełnomocnika przystępującego z ich treści wynika potwierdzenie bieżącego regulowania składek a nie opłacenie składek za dany miesiąc („przedsiębiorstwo jest na bieżąco w zakresie realizacji zobowiązań dotyczących zapłaty składek na ubezpieczenie społeczne i dodatków rodzinnych, składek na ubezpieczenie na wypadek utraty pracy oraz składek na AGS na dzień 31.10.2015r.”).

W ocenie Izby przedstawione przez pełnomocnika odwołującego zaświadczenia należytej staranności (attestation de vigilance wystawiane przez URSSAF) dla spółki Comarch SAS spełniają wymagania o których mowa w § 4 ust.1 pkt 1 lit. a tiret 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Przepisy te przewidują dla podmiotów, które mają siedzibę poza Polską dokumenty w zamian dokumentów z § 3 ust.1 tegoż rozporządzenia, dokumenty wystawione w kraju siedziby wykonawcy przy czym powinny być wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed terminem.

Dotychczasowa praktyka podmiotów mających siedzibę na terenie Francji opierała się na dokumentach wystawianych na dzień 31 grudnia ubiegłego roku w stosunku do roku, w

którym podmiot składał dokumenty do przetargu. Powyżej w ustaleniach Izby przywołano ten dokument to jest zaświadczenie do Zamówień Publicznych (attestation de marche public) wystawiane na podstawie art.46 francuskiego Kodeksu Zamówień Publicznych. Wynika z niego, że w celu udziału w postępowaniach z zamówień publicznych, przedsiębiorca powinien przedstawić zaświadczenie potwierdzające, że na dzień 31 grudnia poprzedniego roku nie ma zaległości w zakresie swoich zobowiązań pracodawcy (deklaracje i płatności) wobec URSSAF, swoich zobowiązań podatkowych wobec Skarbu Państwa. Tego rodzaju dokument obowiązuje w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych na terenie Francji.

Pełnomocnik odwołującego na rozprawie wykazał, że dla spełnienia wymogów § 4 ust.1 pkt 1 lit.a tiret drugi oraz ust.2 tegoż paragrafu rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentu podmioty mające siedzibę na terenie Francji powinny przedstawiać zaświadczenia należytej staranności (attestation de vigilance) na podstawie art.L.243-15 Kodeksu Ubezpieczeń Społecznych.

Natomiast w ocenie Izby nie można zgodzić się z stanowiskiem pełnomocnika odwołującego, że formuła dokument wystawiony „nie wcześniej niż 3 miesiące” oznacza, że zaświadczenie ma potwierdzać opłacenie składek i opłat na okres nie wcześniej niż 3 miesiące. Bowiem w Polsce składki opłaca się do 10 dnia następnego miesiąca za dany miesiąc a we Francji do 15 dnia następnego miesiąca. Tak więc prawidłowe jest stwierdzenie w dokumencie z 04.06.2015 roku przedstawionym przez Bull SAS, że składki są opłacone na dzień 30.04.2015 roku, ponieważ termin płatności za maj upływa 15 czerwca a za czerwiec 15 lipca itd. Co jest również charakterystyczne dla polskiego systemu opłacania składek i opłat to jest do 10 dnia miesiąca następnego do miesiąca, za który należą się składki i opłaty. Bowiem przepis rozporządzenia w sprawie rodzajowa dokumentów mówi nie o dacie opłacania składek a o dacie wystawienia dokumentu nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków czy też ofert.

W związku z powyższym zaświadczenie Bull SAS wystawione jako dokument należytej staranności i znajdujące się w ofercie Konsorcjum Atos S.A. noszące datę 4 czerwca 2015 roku jest wystawione w odpowiednim czasie. Bowiem w myśl ust.2 § 4 ww. rozporządzenia dokument powinien być wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosku, który wyznaczony był na 25 sierpnia 2015 roku. W ocenie Izby taki dokument ma cechy również aktualności o której mowa w §3 ust.1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

Przy czym Izba ma na względzie, jak wyżej opisano w ustaleniach Izby, że w ofercie Konsorcjum Atos S.A. dla spółki Bull SAS przedstawiono zarówno: 1) zaświadczenie do

zamówień publicznych wskazujące na opłacenie składek i opłat na dzień 31.12.2014 roku wystawione w dniu 04.06.2015 roku przez francuski URSSAF(attestation de marche public), jak i 2) oświadczenie złożone przez zarząd spółki Bull SAS z dnia 22 lipca 2015 roku przed notariuszem na okoliczność, że spółka nie zalega z zapłatą między innymi opłat i składek na ubezpieczenia społeczne oraz ubezpieczenie zdrowotne, jak i 3) zaświadczenie należytej staranności (attestation de vigilance) na podstawie art.L.243-15 Kodeksu Ubezpieczeń Społecznych wystawione 04.06.2015 roku potwierdzające płatność składek i opłat na dzień 30.04.2015 roku.

W związku z powyższym przystępujący Konsorcjum Atos S.A. przedłożył we wniosku dla spółki Bull SAS aktualne zaświadczenie o opłacaniu składek i opłat na ubezpieczenie społeczne oraz zdrowotne w systemie dokumentu należytej staranności(attestation de vigilance). Natomiast aktualności nie można przyznać przedłożonemu do wniosku dokumentowi (attestation de marche public) wystawionemu nawet w terminie 3 miesięcy przed upływem składania wniosku czy też oferty. Z kolei oświadczenie zarządu spółki na okoliczność opłacania składek i opłat na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne jest bezprzedmiotowe wobec wystawiania we Francji dokumentu potwierdzającego nie zaleganie z uiszczaniem opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne.

Natomiast dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu nie mają znaczenia wyjaśnienia Ambasady Francuskiej w Polsce, przedstawione powyżej w ustaleniach Izby, ponieważ nie odnoszą się do polskiej ustawy Prawo zamówień publicznych.

W tym stanie rzeczy odwołujący nie wykazał naruszenia przez zamawiającego art.25 ust.1 pkt 1 i art.26 ust.3 ustawy Pzp w związku z § 4 ust.1 pkt 1 lit. a tiret drugi i ust.2 zdanie drugie rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

Co do zarzutu naruszenia art.8 ust.1-3 oraz art.96 ust.3 ustawy Pzp.

Odwołujący nie udowodnił podniesionego zarzutu w sprawie.

W ocenie Izby odwołujący nie wykazał na czym polega naruszenie jawności dokumentów we wniosku Konsorcjum Atos S.A. poprzez ich utajnienie. Powyższy zarzut dotyczył dokumentów stanowiących podstawę oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu takich jak referencje, wykazy usług czy też wykazy osób przy pomocy, których przystępujący Konsorcjum Atos S.A. zamierza wykonywać zamówienie. Zarówno w odwołaniu jak i na rozprawie pełnomocnik odwołującego poza przywołaniem podstawy prawnej i argumentacji sprowadzającej się do negacji co do zasady prawa do utajniania dokumentów w

postępowaniach publicznych, nie udowodnił naruszenia prawa poprzez przyzwolenie zamawiającego na ich utajnienie. Argumentacja pełnomocnika odwołującego sprowadzała się do twierdzenia, że dokumenty składane w postępowaniach publicznych nie powinny być utajniane w przeciwieństwie do dokumentów pochodzących od osób prywatnych.

Izba w związku z tym, że odwołujący w żaden sposób nie przedstawił ani nie udowodnił na czym polega bezprawność utajnienia dokumentów we wniosku przystępującego uznaje zarzut za nieudowodniony.

Pełnomocnik przystępującego na rozprawie nie przyznał racji twierdzeniom odwołującego co do braku zasadności utajnienia, wskazanych powyżej dokumentów. W tym stanie rzeczy zarzut odwołującego Izba traktuje jako gołosłowne twierdzenie nie poparte ani argumentacją w sprawie, ani jakimikolwiek dowodami na podniesiony zarzut naruszenia art. 8 ust.1-3 i art. 96 ust.3 ustawy Pzp.

Izba nie przeprowadziła na rozprawie dowodu co do okoliczności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wybranych dokumentów we wniosku, ponieważ odwołujący takich czy takiego dowodu nie przywołał w sprawie. Okoliczność, że dokumentacja przekazana przez zamawiającego stanowi akta sprawy nie przesądza, że stanowi przedmiot postępowania dowodowego a jedynie umożliwia stronom i uczestnikom udostępnienie jej na ich wnioski (§ 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań - Dz. U. j. t. z 2014 roku poz. 964). Zgodnie z art. 190 ust.1 ustawy Pzp. strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowodami są w szczególności dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz przesłuchanie stron (art.190 ust.3 ustawy Pzp.). Odwołujący na okoliczność powyższego zarzutu naruszenia przepisów prawa nie przywołał żadnych dowodów.

W związku z powyższym, że zarzuty naruszenia przepisów podniesionych w odwołaniu nie zostały stwierdzone przez Izbę, w toku przeprowadzonego postępowania odwoławczego, odwołanie w myśl art.192 ust.2 ustawy Pzp. nie zasługuje na uwzględnienie.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 3 pkt 1) i 2) oraz § 5 ust.3 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania



Sygn. akt KIO 2521/15

odwoławczego oraz zasądząc od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3.600 zł 00 gr tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

**Przewodniczący:** .....