Sygn. akt: KIO 568/15
Sygn. akt: KIO 570/15

WYROK
z dnia 7 kwietnia 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach
Klaudia Szczytowska-Maziarz
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 kwietnia 2015 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 marca 2015 roku przez:

A. wykonawcę **IBM Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, ul. Krakowiaków 32, 02-255 Warszawa** - sygn. akt: KIO 568/15,

B. wykonawcę **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** - sygn. akt: KIO 570/15

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Bank Gospodarstwa Krajowego, Al. Jerozolimskie 7, 00-955 Warszawa,**

przy udziale:

A. wykonawcy **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 568/15 po stronie Odwołującego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) Indra Sistemas Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa** oraz **2) Indra Sistemas S.A. z siedzibą w Alcobendas (Madryt), Avenida de Bruselas 35, Alcobendas (Madryt), Hiszpania** zgłaszających swoje , przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 568/15 i KIO 570/15 po stronie Zamawiającego,

C. wykonawcy **Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie180, 02-486 Warszawa,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 570/15 po stronie Zamawiającego,

D. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) CUBE.ITG S.A. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Długosza 60, 51-162 Wrocław** oraz **2) COMP S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 570/15 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia oba odwołania i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, powtórzenie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w ramach, której nakazuje Zamawiającemu wykluczenie wykonawcy Tata Consultancy Services Limited z siedzibą w Mumbaju (Indie) z udziału w postępowaniu oraz nakazuje odtajnienie dokumentów załączonych do wniosku:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

1) Indra Sistemas Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oraz 2) Indra Sistemas S.A. z siedzibą w Alcobendas (Madryt), za wyjątkiem dokumentu: Wykaz - „Potencjał kadrowy";
- wykonawcy Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie, za wyjątkiem dokumentu: Wykaz - „Potencjał kadrowy";
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) CUBE.ITG S.A. z siedzibą we Wrocławiu oraz 2) COMP S.A. z siedzibą w Warszawie;
- wykonawcy Tata Consultancy Services Limited z siedzibą w Mumbaju (Indie);
- wykonawcy IBM Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie,

a ponadto nakazuje odtajnienie wyjaśnień i dokumentów uzupełnionych przez ww. wykonawców, a także całości korespondencji pomiędzy Zamawiającym a ww. wykonawcami, za wyjątkiem dokumentu pn. „Wyjaśnienia treści wniosku" z dnia 24.02.2015 r., złożonego przez wykonawcę Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie w zakresie odnoszącym się do potencjału kadrowego tego wykonawcy.

2. W ramach pozostałych zarzutów odwołań nie stwierdza naruszenia przepisów ustawy Pzp.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego, i:
   3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: Odwołującego w sprawie **o sygn. akt KIO 568/15** - wykonawcę IBM Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oraz Odwołującego w sprawie **o sygn. akt KIO 570/15** – wykonawcę Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, tytułem wpisów od odwołań,
   3.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego w sprawie **o sygn. akt KIO 568/15** - wykonawcy IBM Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, kwotę **18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy),** tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
   3.3 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego w sprawie **o sygn. akt KIO 570/15** – wykonawcy Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy),** tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. 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 568/15
Sygn. akt: KIO 570/15

Uzasadnienie

Bank Gospodarstwa Krajowego z siedzibą w Warszawie [zwany dalej: *„Zamawiającym"]* prowadzi - w trybie przetargu ograniczonego - postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania pn. *Centralny System Bankowy,* 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 Pzp".*

Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 listopada 2014 roku pod numerem 2014/S 216-382384.

W dniu 13 marca 2015 roku Zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział

w postępowaniu *Informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz o liczbie punktów przyznanej zgodnie z zapisami w sekcji IV.1.2 Ogłoszenia o zamówieniu.* Z informacji tej wynikało, że w wyniku dokonania czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, Zamawiający ustalił, iż wszyscy wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu, określone w Ogłoszeniu o zamówieniu. Zamawiający poinformował, że do kolejnego etapu zostanie zaproszonych 5 wykonawców, w tym Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, który uzyskał największą ilość punktów. Do dalszego etapu nie został zaproszony jedynie wykonawca IBM Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, który został sklasyfikowany na 6 pozycji.

A. Sygn. akt KIO 568/15

W dniu 23 marca 2015 roku wykonawca - IBM Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie [zwany dalej: „Odwołującym *IBM"]* - wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na badaniu i ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności polegających na badaniu i ocenie wniosków złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się

o zamówienie wykonawców Indra Sistemas S.A. z siedzibą w Alcobendas (Hiszpania) oraz Indra Sistemas Polska Spółka z o. o. z siedzibą w Warszawie [zwanych dalej łącznie: *„Konsorcjum Indra"],* a także wniosku złożonego przez wykonawcę Tata Consultancy Services Limited z siedzibą w Mumbaju (Indie) [dalej zwanego: *„wykonawcą Tata"]* oraz przez Odwołującego IBM.

Odwołujący IBM zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów: art. 7 ust. 1, art. 9 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 8, 9 i 11, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 1, art. 27 ust. 1 oraz art. 51 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, a także § 1 ust. 1 pkt 3, § 1 ust. 2 pkt 1 i 3, § 1 ust. 5 i § 4 ust. 1 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane, poprzez:
- zaproszenie do kolejnego etapu postępowania Konsorcjum Indra, pomimo faktycznego niezłożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wobec niepodpisania tego dokumentu, względnie zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Indra, wobec niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w związku z niezłożeniem poprawnego oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia;
- zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Tata, pomimo niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w związku z niezłożeniem prawidłowych zaświadczeń ani oświadczeń wymaganych w związku z postanowieniami art. 24 ust. 1 pkt 8, 9 i 11 ustawy Pzp oraz posłużeniem się do wykazania warunku wiedzy i doświadczenia dokumentami niezgodnymi z postanowieniami § 1 ust. 2 pkt 1 i 3 ww. Rozporządzenia i ogłoszenia;
- zaproszenie do kolejnego etapu postępowania wykonawcy Tata;
- niezaproszenie Odwołującego IBM do kolejnego etapu postępowania.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wnosił o:
1) przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, w szczególności ogłoszenia o zamówieniu, treści wniosków złożonych przez wykonawców o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i załączników do nich, protokołu postępowania, informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i liczbie punktów przyznanej zgodnie z zapisami w sekcji IV.1.2 ogłoszenia o zamówieniu, a także korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami Tata i Konsorcjum Indra na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania;
2) uwzględnienie odwołania;
3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia przeprowadzonej przez Zamawiającego oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;

4) nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej oceny wniosków z pominięciem wniosku Konsorcjum Indra, względnie nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum Indra oraz nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy Tata;
5) nakazanie Zamawiającemu zaproszenia Odwołującego IBM do dalszego etapu

postępowania, w tym do złożenia oferty;
6) zwrot kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący IBM podnosił, że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożony przez Konsorcjum Indra nie powinien podlegać ocenie w trybie art. 51 ust. 1 ustawy Pzp, a sam wykonawca na podstawie stosowanego *per analogiam* art. 51 ust. 2 zdanie 2 ustawy Pzp powinien być traktowany jako wykluczony z udziału w postępowaniu, jako niesklasyfikowany. Ponadto, wskazał na wymóg zachowania formy pisemnej w związku z treścią wzoru wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, stanowiącego element ogłoszenia. Odwołujący IBM zauważył, że na drugiej stronie formularza wniosku Konsorcjum Indra o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (strona 6 wniosku) pod pełnym oświadczeniem w przedmiocie dopuszczenia do udziału w postępowaniu brakuje podpisu. Jego zdaniem, nie budzi wątpliwości, że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu stanowi oświadczenie woli wymagające złożenia go przez osobę umocowaną najpóźniej w dacie złożenia wniosku, zaś brak podpisu na wniosku oznacza, że oświadczenie nie zostało złożone. Brak ten nie może zostać uzupełniony w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Następnie, Odwołujący IBM podniósł, że Konsorcjum Indra złożyło wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niepodpisane oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Podpisane oświadczenia, datowane na dzień 12 stycznia 2015 roku, zostały złożone dopiero w dniu 16 lutego 2015 roku w wyniku wezwania Zamawiającego do uzupełnienia braków. Odwołujący IBM wskazał, że zgodnie z art. 61 § 1 Kodeksu cywilnego w związku z art 14 ustawy Pzp, oświadczenie woli (i analogicznie wiedzy), które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Ponadto, stwierdził, że z zasad doświadczenia życiowego wynika, że skoro oświadczenia Konsorcjum Indra o braku podstaw do wykluczenia wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia załączono do wniosku składanego u Zamawiającego w dniu 12 stycznia 2015 roku bez podpisów i bez oznaczenia datą, to do upływu terminu na składanie wniosków nie zostały one z pewnością złożone. Zdaniem Odwołującego IBM, data na przedmiotowych oświadczeniach została uzupełniona wstecznie na dzień 12 stycznia 2015 roku, o czym świadczy też to, że na innych formularzach osoba reprezentująca Konsorcjum Indra podpisała się z datą 9 stycznia 2015 roku.

W ocenie Odwołującego IBM należy przyjąć, że oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia złożono dopiero 16 lutego 2015 roku, ponieważ taką datę nosi pismo przewodnie Konsorcjum Indra, złożone w wykonaniu wezwania do uzupełnienia braków.

Stwierdził, że art. 26 ust. 3 zd. 2 ustawy Pzp dopuszcza wprawdzie złożenie oświadczeń i dokumentów z datą późniejszą niż termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ale powinny one potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Odwołujący IBM podniósł, że oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia złożone przez Konsorcjum Indra w dniu 16 lutego 2015 roku były w sposób nieuprawiony antydatowane i nie poświadczały, że w dniu 12 stycznia 2015 roku żaden z członków Konsorcjum Indra nie podlegał wykluczeniu, wobec czego Konsorcjum Indra powinno zostać wykluczone na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, który nakazuje wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W dalszej kolejności, uzasadniając swoje zarzuty dotyczące wniosku złożonego przez wykonawcę Tata, Odwołujący IBM wskazywał, że wykonawca ten złożył wraz z wnioskiem zbiorcze oświadczenie z dnia 12 grudnia 2014 roku, obejmujące swoim zakresem oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia i zastępujące zaświadczenia z odpowiedników Naczelnika Urzędu Skarbowego, Zakładu Ubezpieczeń Społecznych i Krajowego Rejestru Karnego w kraju rejestracji wykonawcy, względnie w kraju zamieszkania członka jego zarządu. Odwołujący IBM wskazał też, że Zamawiający pismem z dnia 5 lutego 2015 roku wezwał wykonawcę Tata do złożenia dokumentów i wyjaśnienia treści wniosku, a w odpowiedzi wykonawca ten złożył w zakresie niepodlegania wykluczeniu na postawie art. 24 ust. 1 pkt 8, 9 i 11 ustawy Pzp oświadczenie Pana R. M. (pełnomocnika wykonawcy), które zostało złożone przed notariuszem w Indiach. Zdaniem Odwołującego IBM osoba ta nie jest uprawniona zgodnie z

przepisami ustawy Pzp do składania tego typu oświadczeń za Spółkę, ponieważ oświadczenie takie musi pochodzić bezpośrednio od wykonawcy w odniesieniu do wykonawcy i od członków zarządu w odniesieniu do tych członków zarządu. Zauważył, że ze złożonej przez wykonawcę Tata listy członków zarządu wynika, że funkcję tę pełni 11 osób, przy czym w wykonaniu wezwania do złożenia dokumentów w zakresie niepodlegania wykluczeniu na postawie art. 24 ust. 1 pkt 8, 9 i 11 ustawy Pzp złożono jedno oświadczenie podpisane przez Pana R. M., który nie jest nawet członkiem zarządu Spółki. W ocenie Odwołującego IBM praktyka taka jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp, które nie przewidują składania oświadczeń za osobę drugą. Zdaniem Odwołującego IBM oświadczenie zostało złożone przez osobę nieuprawnioną.

Odwołujący IBM zwrócił również uwagę na rozbieżność między nazwiskiem osoby podpisującej angielską wersję oświadczenia przed notariuszem (tj. Pan R. M.), a nazwiskiem osoby, która oświadczenie złożyła według tłumaczenia (tj. Pan S. M.). Stwierdził również, że według listy członków zarządu, złożonej przez wykonawcę Tata, jedynie Pan S. M. jest członkiem zarządu, który jednak przedmiotowego oświadczenia nie złożył, wbrew treści jego tłumaczenia na język polski.

Ponadto Odwołujący IBM, powołał się także na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, że zawsze, gdy istnieje możliwość uzyskania zaświadczenia o niekaralności w kraju zamieszkania członka zarządu, wykonawca zobowiązany jest w pierwszej kolejności do złożenia takiego dokumentu, nie zaś do złożenia oświadczenia. Następnie stwierdził, że w niemal wszystkich krajach, w których zamieszkują członkowie zarządu wykonawcy Tata, tj.: w Indiach, w Wielkiej Brytanii, w USA i w Niemczech są wydawane urzędowe zaświadczenia o niekaralności, przy czym w Indiach wydawane są tzw. *Police Clearance Certificates* i *Police Verification Certificates,* co wynika z informacji zawartych na rządowej stronie internetowej: *www.bcp.gov.in.* Powołał się również na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej wskazujące na to, że w Wielkiej Brytanii, USA i w Niemczech są wydawane urzędowe zaświadczenia o niekaralności osób.

Zdaniem Odwołującego IBM wykonawca Tata powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, ponieważ nie złożył żadnych zaświadczeń o niekaralności członków zarządu w zakresie wymaganym przez przepisy ustawy Pzp, a oświadczenia złożonego przed notariuszem nie można uznać za skuteczne. Zauważył również, że przedmiotowe dokumenty nie mogą zostać uzupełnione przez wykonawcę, ponieważ był on już wzywany do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie.

Ponadto, podniósł, że jako dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówień wykonawca Tata przedstawił w głównej mierze wydruki z własnej strony internetowej, której adres (tj. www.tsc.com) znajdował się na angielskich wersjach tych dokumentów o zrealizowanych projektach (strony 35-46 oraz 49-58). Odwołujący IBM stwierdził również, że wydruków tych nie można nawet utożsamiać z oświadczeniami samego wykonawcy, ponieważ widnieją na nich jedynie poświadczenia za zgodność z oryginałem. Zauważył, że jedyna referencja przedstawiona przez wykonawcę Tata została wystawiona przez Centralny Bank Bangladeszu. W jego ocenie referencja ta, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1 ww. Rozporządzenia, nie powinna być brana pod uwagę, ponieważ jest ona datowana na 19 lutego 2013 r. Odwołujący IBM stwierdził, że wykonawca Tata prawdopodobnie nie przedstawił żadnych listów referencyjnych poza wskazanym powyżej, zastępując je oświadczeniami własnymi lub wydrukami ze strony internetowej. Powołał się na przepis

§ 1 ust. 2 pkt 1 i 3 ww. Rozporządzenia, iż dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie usług jest co do zasady – w przypadku zamówień na dostawy lub usługi - poświadczenie, a jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia - oświadczenie wykonawcy. Odwołujący IBM wskazał, że podstawową formą wykazania należytego wykonania usług referencyjnych jest przedstawienie poświadczeń, a praktyka zastępowania listów referencyjnych oświadczeniami własnymi powinna mieć charakter wyjątkowy. Podniósł, że jeśli w Wykazie, zawartym w Załączniku nr 3 do wniosku, uwzględniono usługi, których wykonanie miały potwierdzać wydruki ze strony internetowej i poświadczenie z Centralnego Banku Bangladeszu, co w jego opinii

najprawdopodobniej miało miejsce, to nie doszło w ogóle do potwierdzenia należytego wykonania usług, a tym samym do wykazania przez wykonawcę Tata warunku udziału w postępowaniu określonego w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i w punkcie III.2.3) ust. 2 ogłoszenia o zamówieniu, a w konsekwencji również z tego powodu, wykonawca Tata powinien być wykluczony z postępowania.

Reasumując, Odwołujący IBM stwierdził, że naturalną konsekwencją naruszenia wskazanych przez niego przepisów jest wadliwe zastosowanie art. 51 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ jeśli Zamawiający należycie oceniłby złożone przez Konsorcjum Indra i wykonawcę Tata dokumenty, to wówczas zaprosiłby Odwołującego IBM do złożenia oferty, gdyż ww. wykonawcy nie powinni brać udziału w dalszym postępowaniu.

B. Sygn. akt KIO 570/15

W dniu 23 marca 2015 roku wykonawca - Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, zwany dalej „Odwołującym Asseco" - wniósł odwołanie od następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:
- zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Konsorcjum Indra, wykonawcę Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie [zwanego dalej: *„wykonawcą Sygnity"],* wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: CUBE.ITG S.A. z siedzibą we Wrocławiu oraz COMP S.A. z siedzibą w Warszawie [zwanych dalej: „Konsorcjum *CUBE"],* wykonawcę Tata i wykonawcę IBM, jako niejawnych części wniosków ww. wykonawców (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa), wskazanych w odwołaniu oraz wszystkich wyjaśnień i uzupełnień wniosków w/w wykonawców, a także całości korespondencji pomiędzy

Zamawiającym a ww. wykonawcami pomimo, że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- dokonania oceny spełniania warunków przez Konsorcjum Indra i przyznania punktów Konsorcjum Indra;
- zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany, tj. zaniechania zwrócenia wniosku Konsorcjum Indra;
- zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany, tj. zaniechania wykluczenia Konsorcjum Indra z postępowania.

Odwołujący Asseco zarzucił Zamawiającemu:
1. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu Asseco zastrzeżonych przez ww. wykonawców jako niejawnych części wniosków (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa) wskazanych w odwołaniu oraz wszystkich wyjaśnień i uzupełnień wniosków ww. wykonawców, a także całości korespondencji pomiędzy Zamawiającym a ww. wykonawcami, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
2. naruszenie przepisu art. 9 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 78 § 1 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy oraz w związku z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, poprzez dokonanie oceny wniosku Konsorcjum Indra, pomimo niedochowania przez Konsorcjum Indra formy pisemnej wymaganej dla wniosku,
3. naruszenie przepisu art. 27 ust. 1 ustawy Ppz poprzez uznanie za skutecznie złożonego wniosku przez Konsorcjum Indra, pomimo niedochowania przez Konsorcjum Indra formy pisemnej wymaganej dla wniosku,
4. naruszenie przepisu art. 51 ust. 1a ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum Indra i przyznania punktów Konsorcjum Indra pomimo, iż Konsorcjum Indra w ogóle nie złożyło wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
5. naruszenie przepisu art. 50 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia wniosku Konsorcjum Indra, podczas, gdy należy uznać, że wniosek ten nie został złożony skutecznie,

a zatem został złożony po terminie,

6. naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Indra pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący Asseco wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
2. powtórzenia oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz oceny punktowej wniosków;
3. odtajnienia (ujawnienia) zastrzeżonych przez następujących wykonawców: Konsorcjum Indra, wykonawcę Sygnity, Konsorcjum CUBE, wykonawcę Tata oraz wykonawcę IBM, jako niejawnych części wniosków tych wykonawców (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa) wskazanych w odwołaniu oraz wszystkich wyjaśnień i uzupełnień wniosków ww. wykonawców, a także całości korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami;
4. dokonania oceny wniosków z pominięciem wniosku złożonego przez Konsorcjum Indra,
5. zwrócenie wniosku złożonego przez Konsorcjum Indra,
6. wykluczenie Konsorcjum Indra z postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący Asseco podnosił, że dokonane przez Konsorcjum Indra, wykonawcę Sygnity, Konsorcjum CUBE, wykonawcę Tata oraz wykonawcę IBM zastrzeżenie części wniosków oraz związanych z nimi uzupełnień i wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa było i jest bezpodstawne. W ocenie Odwołującego Asseco zawarte w tych dokumentach informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż nie spełniają łącznie wszystkich niezbędnych przesłanek, określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który zawiera legalną definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. Według Odwołującego Asseco, Zamawiający powinien udostępnić bezprawnie zastrzeżone dokumenty, gdyż zastrzeżenie informacji było nieskuteczne, a przez zaniechanie tego naruszył przepisy ustawy Pzp, w szczególności zasadę jawności postępowania, jak i wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadę równości wykonawców i uczciwej konkurencji.

Odwołujący Asseco zauważył, że zgodnie z obecnie obowiązującym brzmieniem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp warunkiem skutecznego zastrzeżenia jawności informacji zawartych we wnioskach jest zastrzeżenie takiej informacji wraz z jednoczesnym wykazaniem zasadności tego zastrzeżenia. Następnie wskazał, że ze spisu treści wniosków (za wyjątkiem wniosku Sygnity) nie wynika, aby wykonawcy zawarli we wnioskach wymagane wykazanie,

że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a zatem wykonawcy: Konsorcjum Indra, Konsorcjum CUBE, wykonawca IBM i Tata nie wypełnili wymogów przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp i nie wykazali we wniosku zasadności zastrzeżenia części wniosków jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W jego ocenie całość wniosków ww. wykonawców powinna być jawna, ponieważ nie było skutecznego zastrzeżenia, a Zamawiający nie powinien wzywać wykonawców do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Stwierdził również, że Konsorcjum Indra nie wskazało w formularzu wniosku, aby jakakolwiek część wniosku była objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, co oznacza, że wykonawca ten również nie zastrzegł skutecznie części wniosku jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Jego zdaniem, skoro Zamawiający wymagał, aby wskazać w odpowiednim miejscu wniosku (który był wiążącym wszystkich wykonawców wzorem), które części wniosku są objęte tajemnicą, to każdy wykonawca miał obowiązek w tym właśnie miejscu dokonać zastrzeżenia pod rygorem jawności całego wniosku.

Ponadto, Odwołujący Asseco stwierdził, że wykonawca Sygnity spełnił formalnie wymagania art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, bowiem zamieścił stosowne uzasadnienie objęcia części wniosku tajemnicą przedsiębiorstwa. Podniósł też, że także ta część wniosku nie została mu udostępniona, wobec czego wniósł o udostępnienie wykazania zasadności objęcia części wniosku tajemnicą przedsiębiorstwa. Podkreślił, że jego wniosek dotyczy również pozostałych

wykonawców, gdyby okazało się, że jednak w ich wnioskach znajdują się jakieś treści w tym zakresie. Stwierdził, że trudno wyobrazić sobie, aby uzasadnienie zastrzeżenia części wniosku jako tajemnicy przedsiębiorstwa mogło samo w sobie zawierać jakieś informacje, które spełniają przesłanki definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący Asseco podnosił, że ani Sygnity, ani inni wykonawcy (jeśli zamieścili w swoich wnioskach odpowiednie uzasadnienia) nie wykazali skuteczności i zasadności objęcia części wniosków tajemnicą przedsiębiorstwa. Jego zdaniem wyjaśnienia w tym zakresie zawarte we wnioskach są ogólnikowe, ograniczają się do obszernego cytowania judykatury czy doktryny, ale nie wykazują spełniania przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, np. nie odnoszą się w ogóle do wartości gospodarczej informacji zastrzeganych. Zauważył, że za informacje posiadające wartość gospodarczą dla danego wykonawcy można uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby danego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem. Odwołujący Asseco wskazał, że wobec utajnienia wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa Sygnity oraz wobec braku wiedzy, czy pozostali wykonawcy w ogóle takiego wykazania dokonali, uważa, że żaden z wykonawców nie wskazał rzeczywistych podstaw objęcia tajemnicą

dokumentów, ani też nie wskazał żadnych dowodów, które mogłyby uzasadnić odstępstwo od zasady jawności postępowania. W jego opinii faktycznym powodem zastrzeżenia przez tych wykonawców przeważającej części wniosków oraz całości korespondencji z Zamawiającym jest wyłącznie zamiar uniemożliwienia zapoznania się z wnioskami przez i chęć poprzez pozostałych uczestników postępowania utrudnienia konkurencji uniemożliwienie konkurentom, w tym Odwołującemu, weryfikacji wniosków pod kątem zgodności z ogłoszeniem i ustawą.

Odwołujący Asseco podkreślił, że ciężar dowodu w zakresie zasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ciąży na tym wykonawcy, który taką tajemnicę przedsiębiorstwa w swoim wniosku zastrzegł. Następnie dodał, że on nie może przedstawić dowodów, że jakaś część wniosku czy wyjaśnienia zostały bezzasadnie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż nie znając ich treści, nie może wskazać żadnych argumentów czy też dowodów, a może powoływać się wyłącznie na ogólne zasady, tak jak to uczynił w odwołaniu.

Odnosząc się do zastrzeżenia - jako tajemnicy przedsiębiorstwa - wykazu osób, Odwołujący Asseco zwracał uwagę na fakt, że informacje zawarte w tym wykazie są informacjami, które nie dotyczą żadnego z wykonawców, ale są informacjami dotyczącymi poszczególnych, wskazanych w tabeli, osób fizycznych. Nie mogą stanowić zatem tajemnicy przedsiębiorstwa, bo nie dotyczą w ogóle przedsiębiorstwa, a tym samym nie mogą zostać zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Z kolei odnosząc się do zastrzeżenia - jako tajemnicy przedsiębiorstwa - wykazu usług wraz dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie wskazał, że zawarte w takich wykazach informacje nie mają wartości uzasadniającej ich utajnienie, gdyż nie są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne, a w szczególności nie posiadają wartości gospodarczej. Zawierają wyłącznie dane o wartości, dacie wykonania czy też podmiocie zamawiającym. Stwierdził, że informacje zawarte w wykazie usług mają potwierdzać spełnianie warunków określonych w SIWZ, a przez to taki wykaz zawiera powtórzenie treści SIWZ. W ocenie Odwołującego charakter wymaganych w SIWZ danych, jakie należy podać w wykazie i w dokumentach potwierdzających ich należyte wykonanie, ma walor na tyle ogólny, iż nie sposób przyjąć, by ich udostępnienie mogło naruszyć tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Podkreślił też, że zastrzeżone informacje często są dostępne na stronach internetowych wykonawców, którzy zamieszczają informacje o zrealizowanych projektach. Stwierdził, że Zamawiający lub Krajowa Izba Odwoławcza, jako, że mają pełną wiedzę o zakresie utajnionych informacji, powinni, zdaniem Odwołującego, zweryfikować czy informacje te nie zostały opublikowane na stronach internetowych wykonawców.

Ponadto, zdaniem Odwołującego Asseco, wykonawcy w wyjaśnieniach dotyczących

tajemnicy przedsiębiorstwa, składanych na żądanie Zamawiającego, nie wykazali, iż podjęli w stosunku do tych informacji niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności, co oznacza, że informacje te nie stanowią skutecznie zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa.

Z kolei odnosząc się do wykazu w celu dokonania oceny punktowej, Odwołujący Asseco zauważył, że tylko Konsorcjum CUBE nie objęło przedmiotowego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa, natomiast pozostali wykonawcy przedmiotowy wykaz uznali za tajemnicę przedsiębiorstwa, co jest, w jego ocenie, zupełnie niezrozumiałe. Zaznaczył, że dane dotyczące wielkości obrotu w ciągu 3 ostatnich lat z tytułu świadczenia usług informatycznych oraz dostaw oprogramowania i licencji są powszechnie dostępne, jako, że są to dane zawarte w sprawozdaniach finansowych wykonawców, dlatego też w tym przypadku nie jest spełniona przesłanka nieujawnienia do wiadomości publicznej.

Jego zdaniem także informacja o wysokości wynagrodzenia osiągniętego w projekcie referencyjnym nie spełnia przesłanek ustawowych w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa zgodnie z przepisem art. 11 ust. 4 UZNK, jako, że jest to pojedyncza kwota w tabeli, nie odnosząca się ani do konkretnego projektu, ani też zamawiającego.

Dalej wskazał, że Zamawiający bezpodstawnie nie udostępnił wyjaśnień i uzupełnień, składanych w toku postępowania w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, jak i korespondencji prowadzonej z wykonawcami oraz innych załączników do protokołu postępowania. Ponadto, zauważył, że tajemnicą przedsiębiorstwa mogą zostać objęte poszczególne informacje, a nie zaś całe dokumenty, w których zapewne znajdują się też treści nie stanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący Asseco podniósł także, że dopiero z protokołu postępowania, który otrzymał w dniu 19 marca 2015 roku, wynikało, że Zamawiający prowadził korespondencję z wykonawcami (lista załączników). Wcześniej udostępniony protokół nie zawierał takich informacji.

Odwołujący Asseco stwierdził, że skoro wyjaśnienia czy uzupełnienia miały dotyczyć tych części wnioski, które zgodnie z jego argumentacją nie mogły zostać skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, to i zapytania o te części wniosków, jak i odpowiedzi nie mogły zostać skutecznie objęte tajemnicą. Ponadto wskazał, że niezrozumiałe jest dlaczego Zamawiający nie udostępnił w ogóle swoich pism kierowanych do wykonawców, skoro co najwyżej tylko niektóre informacje zawarte w wezwaniach można byłoby uznać za tajemnicę.

Podkreślił, że zasadą jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zaś zastrzeganie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest wyjątkiem od tej zasady.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum Indra, stwierdził, że Zamawiający we wzorze formularza wniosku, stanowiącego załącznik do ogłoszenia o zamówieniu, wymagał, aby został on podpisany w wyznaczonym miejscu przez osoby (osobę) uprawnione (uprawnioną) do występowania w obrocie prawnym lub posiadające (posiadającej) pełnomocnictwo. Zdaniem Odwołującego Asseco, wniosek Konsorcjum Indra nie został podpisany przez pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Odwołujący Asseco wskazał, że w miejscu, w którym powinien znajdować się podpis, znajduje się jedynie wskazanie na pełnomocnika, tj. podanie imienia i nazwiska, brakuje natomiast podpisu samego pełnomocnika. Tym samym, przedmiotowy wniosek nie został złożony w formie pisemnej, dla której wymaga się złożenia własnoręcznego podpisu. Stwierdził, że brak podpisu w przypadku wniosku, dla którego zastrzeżono formę pisemną, na mocy art. 73 § 1 k.c. w związku z art. 9 ust. 1 ustawy Pzp, skutkuje bezwzględną nieważnością wniosku. Wobec braku podpisu na wniosku należało uznać, że Konsorcjum Indra w ogóle nie złożyło wniosku, a skoro nie złożyło wniosku, to nie mogło zostać zakwalifikowane do drugiego etapu postępowania. Stwierdził, że Zamawiający w ogóle nie powinien dokonywać oceny tego wniosku, a przez to, że dokonał takiej oceny to jednocześnie naruszył przepis art. 51 ust. 1a ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego Asseco wniosek Konsorcjum Indra w ogóle nie został złożony skutecznie, a zatem podlega zwrotowi. Dodał również, że złożenie takiego niepodpisanego wniosku należy potraktować jako złożenie wniosku po terminie, jeśli podpis we wniosku Konsorcjum Indra został następczo uzupełniony.

Z ostrożności wskazał, że Konsorcjum Indra podlega wykluczeniu z postępowania,

gdyż nie wykazało spełniania warunków udziału. Skoro bowiem Konsorcjum nie złożyło skutecznego wniosku, to nie mogło też wykazać spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W zakresie obu odwołań o sygnaturach akt **KIO 568/15 i KIO 570/15:**

W dniu 26 marca 2015 roku wykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie doręczył Prezesowi Izby – w formie pisemnej - zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 568/15 po stronie Odwołującego.

W dniu 26 marca 2015 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Indra Sistemas Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oraz Indra Sistemas S.A. z siedzibą

w Alcobendas (Madryt) doręczyli Prezesowi Izby – w formie pisemnej - zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt: KIO 568/15 i KIO 570/15 po stronie Zamawiającego.

W dniu 25 marca 2015 roku wykonawca Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie doręczył Prezesowi Izby – w formie pisemnej - zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 570/15 po stronie Zamawiającego.

W dniu 26 marca 2015 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: CUBE.ITG S.A. z siedzibą we Wrocławiu oraz COMP S.A. z siedzibą w Warszawie doręczyli Prezesowi Izby – w formie pisemnej - zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 570/15 po stronie Zamawiającego.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp *wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.*

Izba ustaliła, że ww. wykonawcy, zgłosili Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, w formie pisemnej, w terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, przystąpienie do postępowania odwoławczego, przy czym zgłaszający przystąpienie wskazali Stronę, do której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej Strony. Strony, w toku posiedzenia potwierdziły otrzymanie kopii zgłoszenia przystąpień, o których mowa powyżej.

Wobec powyższego Izba uznała, że zostały spełnione przesłanki wynikające z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, a tym samym, że ww. wykonawcy skutecznie zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego.

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

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestników postępowania, uwzględniając zgromadzony w sprawie KIO 568/15 i w sprawie KIO 570/15 materiał dowodowy, tj. dokumenty wchodzące w skład dokumentacji postępowania, przekazanej Izbie w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestników postępowania zawarte w odwołaniach, odpowiedzi na odwołanie oraz w pismach procesowych, a także wyrażone ustnie do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że obu Odwołującym, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiącego, że Środki *ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy,* przysługiwało prawo do wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba jest zobowiązana do badania z urzędu przesłanek uprawniających do wniesienia odwołania, a wynikających z dyspozycji przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

O ile kwestia ziszczenia się przesłanek, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, nie była sporna w przypadku Odwołującego IBM, który został sklasyfikowany na 6 pozycji

w rankingu wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co w konsekwencji oznaczało, że nie zostanie on zaproszony do kolejnego etapu postępowania i nie będzie mógł złożyć oferty, o tyle spór powstał co do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego Asseco, którego wniosek uzyskał największą liczbę punktów i, który został zakwalifikowany do dalszego udziału w postępowaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazywał, że Odwołujący Asseco nie wykazał ani interesu, ani możliwości zaistnienia szkody, w stopniu chociażby uprawdopodobniającym możliwość jej poniesienia w wyniku naruszenia przepisów ustawy, ani też istnienia związku przyczynowo skutkowego pomiędzy rzekomymi naruszeniami ustawy a szkodą. Podnosił, że Odwołujący Asseco hipotetycznie i lakonicznie stwierdził, że w przypadku następczego unieważnienia postępowania w związku z naruszeniami ustawy Pzp wskazanymi w odwołaniu, nie będzie możliwe dokonanie wyboru oferty Odwołującego Asseco jako najkorzystniejszej. Argumentacja ta, zdaniem Zamawiającego, nie jest jasna, gdyż interes Odwołującego Asseco nie wyraża się w żaden sposób w unieważnieniu postępowania, ani też Odwołujący Asseco nie zgłaszał takiego żądania.
Stwierdził też, że Odwołujący Asseco nie wykazał istnienia szkody, która na gruncie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy sytuacji, gdy wskutek naruszenia przepisów ustawy Pzp wykonawca utraciłby możliwość wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.
Tymczasem, Odwołujący Asseco, składając wniosek, który uzyskał największą liczbę punktów w prekwalifikacji, zapewnił sobie udział w postępowaniu i zagwarantował możliwość złożenia oferty. W opinii Zamawiającego, Odwołujący Asseco nie wykazał, że istnieje uzasadnione ryzyko pozbawienia go udziału w przedmiotowym postępowaniu, a jedynie wskazał na hipotetyczne, przyszłe zdarzenia, które mogą się nie ziścić. Podniósł, że nawet jeśli żądania odwołania zostałyby zrealizowane, to i tak sytuacja Odwołującego Asseco nie zmieniłaby się. W opinii Zamawiającego, odwołanie zmierza jedynie do wyeliminowania innych uczestników

z postępowania i tym samym godzi w naczelną zasadę Pzp jaką jest zasada konkurencyjności, a nie służy ochronie interesu Odwołującego.

Uczestnicy przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 570/15 również powoływali się na brak legitymacji Odwołującego do wniesienia odwołania z uwagi na nie ziszczenie się przesłanek, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego, jak i uczestników zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w tej kwestii i ustaliła, że Odwołujący Asseco spełnia przesłanki o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ złożył skutecznie wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. Izba uznała, że została spełniona także przesłanka możliwości poniesienia przez Odwołującego Asseco szkody w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Należy zważyć, że przetarg ograniczony charakteryzuje się dwuetapowością postępowania. Tylko i wyłącznie na etapie badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawca może kwestionować prawidłowość oceny dokonanej przez Zamawiającego w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu zarówno w stosunku do siebie, jak i w stosunku do pozostałych wykonawców. Na późniejszym etapie postępowania tego typu zarzuty należałoby uznać za spóźnione w świetle art. 182 ust. 1 ustawy Pzp.

Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w ocenie Izby, przejawia się również w tym, że wykonawca ma prawo oczekiwać, że do dalszego etapu postępowania zostaną zakwalifikowani tylko ci wykonawcy, którzy skutecznie złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia i spełniają warunki udziału w postępowaniu. Tym samym, nawet jeśli dany wykonawca uzyskał największą ilość punktów w prekwalifikacji, to może kwestionować zasadność dopuszczenia innych wykonawców do dalszego udziału w postępowaniu. W przeciwnym razie mogłoby się okazać, że taki wykonawca będzie zmuszony konkurować również z wykonawcami, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, a którzy w przypadku złożenia oferty korzystniejszej mogą pozbawić takiego wykonawcę możliwości uzyskania zamówienia. Oczywiście Izba stoi na stanowisku, że korzystanie przez wykonawców ze środków ochrony prawnej wyłącznie w celu ograniczenia konkurencji nie jest dopuszczalne na mocy przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednak, czym innym jest dążenie do ograniczenia konkurencji, a czym innym jest chęć uczestniczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia w warunkach uczciwej konkurencji,

19

---

gdzie wykonawcy nie spełniający warunków udziału w postępowaniu zostają wyeliminowani z postępowania.

Podkreślić należy, że ranking wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, sporządzony według przyznanej punktacji w ramach oceny wniosków, nie przesądza jeszcze o tym, na której pozycji uplasują się oferty, złożone przez poszczególnych wykonawców. Inna sytuacja ma miejsce w ramach badania i oceny ofert, gdzie w przypadku wykonawcy, którego oferta została oceniona jako oferta najkorzystniejsza, należałoby stwierdzić, że nie ma on legitymacji do wniesienia odwołania, właśnie z uwagi na dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp i brak wykazania w takim przypadku możliwości poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego.

Podkreślić również należy, że przesłanki, o których była mowa powyżej, warunkujące możliwość wnoszenia środków ochrony prawnej, zostają spełnione również w przypadku zarzutów dotyczących bezzasadnego zaniechania odtajnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa. Ewentualne bowiem bezprawne uchybienie przez Zamawiającego zasadzie jawności postępowania uniemożliwiałoby Odwołującemu dokonanie weryfikacji dokumentów złożonych przez innych wykonawców, a przez to stałoby na przeszkodzie dokonaniu przez Odwołującego oceny działań Zamawiającego, polegających na zaproszeniu do składania ofert pozostałych wykonawców, którzy mogliby nie spełniać warunków udziału w postępowaniu. Powodowałoby to możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego, wyrażającej się w tym, że wykonawca, który zostałby zaproszony do dalszego etapu postępowania mógłby złożyć ofertę korzystniejszą od Odwołującego, a sam Odwołujący mógłby utracić możliwość uzyskania zamówienia. Jak już powyżej zostało wskazane, prowadziłoby to też do sytuacji, że byłby on zmuszony konkurować z wykonawcami, którzy wadliwie złożyli wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, co w istocie przeczyłoby zasadzie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zarówno Odwołujący IBM, który nie został zakwalifikowany do dalszego etapu postępowania, z uwagi na zbyt małą liczbę punktów, jak i Odwołujący Asseco, który został sklasyfikowany na pierwszej pozycji na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, spełniają przesłanki, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

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

20

Sygn. akt: KIO 568/15

Zarzuty podnoszone przez Odwołującego IBM w odwołaniu z dnia 23 marca 2015 roku częściowo się potwierdziły, tj. te dotyczące zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Tata. Natomiast, w ocenie Izby, nie potwierdziły się zarzuty dotyczące wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum Indra.

Izba uznała, że Konsorcjum Indra prawidłowo złożyło wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 47 ustawy Pzp *Przetarg ograniczony to tryb udzielenia zamówienia, w którym, w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu, wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu, a oferty mogą składać wykonawcy zaproszeni do składania ofert.* Należy podkreślić, że ustawa Pzp nie wprowadza żadnych szczególnych wymagań co do formy czy treści wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jak choćby w przypadku oferty. Przepis art. 27 ust. 1 ustawy Pzp stanowi jedynie, że *W postępowaniach o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną.* Zgodnie zaś z ust. 4 tego artykułu *Zamawiający może żądać w ogłoszeniu o zamówieniu, aby wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przekazywane faksem lub drogą elektroniczną były potwierdzane pisemnie lub w drodze elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym*

za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Ponadto, ustawodawca dopuścił możliwość przekazania informacji o złożeniu wniosku telefonicznie, o ile nastąpi to przed upływem terminu składania wniosków, a sam wniosek zostanie wysłany w formie pisemnej także przed upływem terminu składania wniosków, pod warunkiem, że zamawiający otrzymał go nie później niż w terminie 7 dni od dnia upływu tego terminu (art. 27 ust. 5 ustawy Pzp).

Stwierdzić również należy, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu nie zawarł obligatoryjnego wymagania, aby wniosek o odpowiedniej treści został złożony na określonym przez niego formularzu. W takim przypadku istotne jest zatem ustalenie czy wniosek zawiera wyraźne oświadczenie wykonawcy, stanowiące deklarację ubiegania się o przedmiotowe zamówienie.

Bezsporne jest, że Konsorcjum Indra złożyło dokument pn. *Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,* według wzoru określonego przez Zamawiającego, przy czym pełnomocnik Konsorcjum złożył podpis na 5 stronie, a nie złożył go na 6, gdzie widniała rubryka z miejscem na podpis oraz datę i wskazanie miejscowości złożenia podpisu.

W ocenie Izby, podpis widniejący na stronie 5 wniosku (w prawym dolnym rogu tej strony) obejmuje treść oświadczenia woli wystarczającą do uznania, że wykonawca w sposób skuteczny złożył oświadczenie woli w przedmiocie uczestniczenia w danym postępowaniu, bowiem treść ta obejmowała: oznaczenie konkretnego Zamawiającego, oznaczenie konkretnego zamówienia, oznaczenie wykonawcy, a także wolę złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu poprzez użycie sformułowania: *„składamy wniosek o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu”.* Zostało zawarte także oznaczenie pełnomocnika. Jednocześnie Izba ustaliła, że treść zawarta na stronie 6 wniosku nie zawiera jakichkolwiek elementów istotnych, przesądzających o istocie samego wniosku i o woli wykonawcy w przedmiocie jego złożenia (zawierała bowiem jedynie dane teleadresowe, miejsce na wskazanie stron zawierających informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, przy czym podkreślić należy, że takie zastrzeżenie jest związane z uprawnieniem wykonawcy, a nie z jego obowiązkiem, a także strona ta zawierała wykaz załączników i rubrykę z miejscem na podpis). Kwestii istotności elementów zawartych na stronie 6 wniosku nie podnosił przy tym ani Zamawiający, ani Przystępujący.

W tym miejscu zauważyć należy, że informacja dotycząca zastrzeżenia części wniosku Konsorcjum Indra jako tajemnicy przedsiębiorstwa znajduje się na dalszych stronach wniosku (str. 195 i n.), na co Izba wskazuje, odnosząc się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego Asseco w sprawie KIO 570/15.

Zatem, zarzut faktycznego niezłożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wobec niepodpisania tego dokumentu na stronie 6 Izba uznała za bezzasadny.

Na marginesie wskazać należy, że uzupełnienie podpisanej strony 6 przez wykonawcę w dniu 13 stycznia 2015 roku należało uznać za zbędne i nie mające jakiegokolwiek znaczenia dla rozstrzygnięcia kwestii ważności samego wniosku.

Należy również podnieść, że argumentacja uczestnika Asseco zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego co do tego, iż na stronie 5 widnieje jedynie parafa, a nie podpis, nie mieści się w granicach zarzutu podniesionego w ramach odwołania i kwestia ta pozostaje poza rozstrzygnięciem Izby.

W ocenie Izby, nie potwierdził się także zarzut zaniechania wykluczenia Konsorcjum Indra z postępowania wobec niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w związku z nie złożeniem prawidłowego oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia.

Faktem jest, że do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum Indra załączyło niepodpisane oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia

wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum. Jednak w wyniku wezwania Zamawiającego z dnia 5 lutego 2015 roku, Konsorcjum Indra, w dniu 16 lutego 2015 roku, uzupełniło podpisane oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia wykonawców wchodzących w jego skład. Z treści tych oświadczeń wynikało, że osoba składająca oświadczenia podpisała je z datą 12 stycznia 2015 roku. Oba oświadczenia zostały załączone do pisma przewodniego datowanego na dzień 16 lutego 2015 roku.

Odwołujący IBM powołał się na przepis art. 61 § 1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp stwierdzając, że oświadczenie woli (i analogicznie wiedzy), które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Ponadto powołał się na zasady doświadczenia życiowego i na inne dokumenty załączone do wniosku, które miały potwierdzać w jego ocenie, że uzupełnione oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia faktycznie zostały złożone w dacie wynikającej z pisma przewodniego, tj. w dniu 16 lutego 2015 roku.

W pierwszej kolejności zważyć należy, że zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez dostawy, usługi lub roboty wymagań określonych oferowane budowlane przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.*

Oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia wykonawcy podlega uzupełnieniu w trybie określonym w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że wbrew podnoszonym twierdzeniom, Odwołujący IBM nie wykazał, iż przedmiotowe oświadczenia nie zostały sporządzone do dnia, w którym upływał termin składania wniosków. Nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność, że oświadczenia te zostały złożone z datą 16 lutego 2015 roku, a nie z datą 12 stycznia 2015 roku, co wynikało z treści tych oświadczeń. Odwołujący IBM powoływał się jedynie na zasady doświadczenia życiowego, jak i na daty innych formularzy załączonych do wniosku, z których miałoby wynikać, że Konsorcjum Indra z całą pewnością nie mogło złożyć oświadczeń potwierdzających stan braku podstaw do wykluczenia na dzień 12 stycznia 2015 roku.

Jednakże, co innego wynikało z treści uzupełnionych oświadczeń, na których widnieje data 12 stycznia 2015 roku. Nie może negować tego faktu wyłącznie to, że pismo przewodnie, do którego zostały załączone oświadczenia, jest datowane na dzień 16 lutego 2015 roku. To na Odwołującym IBM spoczywał ciężar dowodu, że oświadczenia te nie zostały sporządzone w dacie jaka wynika z treści tych oświadczeń. Skoro Odwołujący IBM nie sprostał temu zadaniu, tzn. nie wykazał, że faktycznie oświadczenia zostały złożone z inną datą, aniżeli wynika to z ich treści, to Izba nie mogła uznać zasadności postawionego zarzutu.

Mając powyższe na uwadze Izba ustaliła, że zarzuty dotyczące zaproszenia do kolejnego etapu postępowania Konsorcjum Indra, pomimo faktycznego niezłożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wobec niepodpisania tego dokumentu, względnie zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania wobec niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w związku z niezłożeniem prawidłowego oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia nie zasługują na uwzględnienie

Odnosząc się do zarzutów związanych z zaniechaniem wykluczenia z postępowania wykonawcy Tata, pomimo niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, Izba stwierdziła, co następuje.

Wykonawca Tata do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu załączył oświadczenie datowane na dzień 12 grudnia 2014 roku, złożone przez pełnomocnika wykonawcy Tata przed notariuszem w Mumbaju, z którego treści wynikało m.in., że: *„nie prowadzone są postępowania prawne przeciwko Spółce ani członkom zarządu czy kierownictwu, które mogłyby mieć negatywny wpływ na udział Spółki w jakimkolwiek procesie przetargu lub wykonanie* świadczeń *wynikających z procesu przetargu”* (str. 74 – 75 wniosku). Do wniosku został załączony także wykaz, z którego wynikało, że spółka posiada jednego dyrektora zarządzającego, 9 członków zarządu oraz jednego sekretarza, przy czym większość członków zarządu, jak i dyrektor zarządzający oraz sekretarz mają miejsce zamieszkania w Indiach, a czterech w innych krajach, tj. w Singapurze, Niemczech, Wielkiej Brytanii i Stanach Zjednoczonych.

Zmawiający pismem z dnia 5 lutego 2015 roku wezwał ww. wykonawcę do złożenia

dokumentów i wyjaśnienia treści wniosku, w tym m.in. do złożenia: aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 9 10 i 11 ustawy Pzp. Zamawiający pouczył wykonawcę, że uzupełnione dokumenty muszą spełniać wymagania określone w Rozporządzeniu 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, przytaczając jednocześnie odpowiednie fragmenty powołanego aktu prawnego. Zamawiający wskazał, że zgodnie z § 4 ust. 1 ww. Rozporządzenia, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Polskiej to zamiast Rzeczypospolitej wskazanych powyżej dokumentów, składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania której albo w zakresie zamieszkania osoby, dokumenty dotyczą, określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8, 10 i 11 ustawy, a jeżeli takich dokumentów nie wydaje się w kraju miejsca zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, to wówczas zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie, w którym określa się także osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy, złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub przed notariuszem.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Tata złożył oświadczenie, z którego treści wynikało, m.in., że: *„5) TCS nie został wykluczony i nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o Zamówienie. 6) że Prezes i Dyrektor Zarządzający oraz członkowie Rady Dyrektorów TCS nigdy nie zostali skazani na przestępstwa popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwa przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwa przeciwko* środowisku, *przestępstwa gospodarcze lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści materialnej, a także za przestępstwa skarbowe lub przestępstwa udziału w zorganizowanej grupie przestępczej albo związku mających na celu popełnienie przestępstw w tym określone powyżej”* oraz, że ww. osoby *„nie były nigdy prawomocnie skazane za przestępstwo, o którym mowa w art. 9 lub 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 roku o skutkach powierzenia wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczpospolitej Polskiej”.*

Odwołujący podniósł zarzut m.in. zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Tata pomimo niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w związku z niezłożeniem prawidłowych zaświadczeń ani oświadczeń wymaganych w związku z postanowieniami art. 24 ust. 1 pkt 8, 9, 11 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się osoby prawne, których urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko* środowisku, *przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko*

obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego.

Z kolei z art. 24 ust. 1 pkt 9 i 11 ustawy Pzp wynika, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się także: *podmioty zbiorowe, wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary* oraz *wykonawców będących spółką jawną, spółką partnerską, spółką komandytową, spółką komandytowo-akcyjną lub osobą prawną, których odpowiednio wspólnika, partnera, członka zarządu, komplementariusza lub urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania*

wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej - przez okres 1 roku od dnia uprawomocnienia się wyroku.

Zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 5 i 7 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 [Dz. U. z 2013 r., poz. 231], zwanego dalej: *„Rozporządzeniem": W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający* żąda, *a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy zamawiający może* żądać, *następujących dokumentów: 5) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert; (..) 7) w przypadku zamówień innych niż zamówienia, o których mowa w art. 131a ust. 1 i art. 132 ust. 1 ustawy, aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.*

Natomiast z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. b) Rozporządzenia wynika, że *Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 1: b) pkt 5 i 7 - składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 10 i 11 ustawy.*

Jeżeli w kraju miejsca zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie, w którym określa się także osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy, złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub przed notariuszem (§ 4 ust. 3 Rozporządzenia).

Izba ustaliła, że wykonawca Tata w wyniku wezwania z dnia 5 lutego 2015 roku do uzupełnienia dokumentów złożył m.in. oświadczenie, że Prezes i Dyrektor Zarządzający oraz członkowie Rady Dyrektorów nie zostali skazani za przestępstwa, przy czym treść oświadczenia wskazywała na katalog przestępstw, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Ponadto, zostało zawarte oświadczenie, że ww. osoby nie były nigdy prawomocnie skazane za przestępstwo, o którym mowa w art. 9 lub 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Przedmiotowe oświadczenie zostało złożone w Indiach w Mumbaju - w obecności notariusza - przez pełnomocnika wykonawcy (Pana R. M.). Osoba, która złożyła oświadczenie nie była członkiem zarządu. Izba wskazuje przede wszystkim na konieczność osobistego składania takich oświadczeń przez osoby, których to oświadczenie dotyczy bezpośrednio, w tym przez urzędujących członków organów zarządzających. Oświadczenie w przedmiocie braku skazania może złożyć tylko i wyłącznie osoba, której to oświadczenie dotyczy. Jak wynika z powołanego powyżej przepisu Rozporządzenia oświadczenie to winno być złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób, lub przed notariuszem.

Nie bez znaczenia jest fakt, że wszelkie dokumenty w sporządzone w języku obcym powinny być składane wraz z tłumaczeniem na język polski. Tymczasem z porównania oświadczenia złożonego przez pełnomocnika wykonawcy Tata przed notariuszem w Mumbaju oraz tłumaczenia tego dokumentu wynika rozbieżność co do nazwiska osoby, która złożyła oświadczenie przed notariuszem, bowiem w tłumaczeniu jest wskazane nazwisko członka zarządu – sekretarza wykonawcy Tata. Zamawiający nie powinien więc bezkrytycznie, bez żądania dodatkowych wyjaśnień, przyjmować oświadczenia, gdy z pobieżnego choćby porównania dokumentu (oświadczenie przed notariuszem) z jego tłumaczeniem na język polski nasuwa się wątpliwość co do prawidłowości tłumaczenia. Niemniej jednak zasadnicze znaczenie ma kwestia braku oświadczenia złożonego osobiście przez członka zarządu, abstrahując nawet od kwestii czy to oświadczenie powinni złożyć wszyscy członkowie zarządu,

czy tylko niektórzy. Ponadto, uzupełnione oświadczenie odnosi się do Prezesa i Dyrektora Zarządzającego oraz członków Rady Dyrektorów bez ich imiennego wskazania, a zatem faktycznie nie wiadomo kogo w istocie ono dotyczy.

Z listy osób upoważnionych do reprezentowania wykonawcy Tata wynika, że pochodzą oni z różnych krajów, tj. z Indii, Singapuru, Niemiec, Wielkiej Brytanii i USA. Natomiast, wykonawca Tata nie wykazał w żaden sposób, że nie jest możliwe uzyskanie zaświadczenia właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania tych osób, dotyczącego niekaralności, a tylko w takiej sytuacji, w myśl powołanego powyżej Rozporządzenia, wykonawca jest uprawniony do zastąpienia zaświadczenia dokumentem zawierającym oświadczenie.

Skoro wykonawca Tata był wzywany do uzupełnienia wymaganych dokumentów na postawie 26 ust. 3 ustawy Pzp, to nie może zostać ponownie wezwany w tym zakresie.

Biorąc pod uwagę powyższe, należało uznać, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania z uwagi na nie złożenie prawidłowych dokumentów, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 i 11 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. b) oraz § 4 ust. 3 ww. Rozporządzenia.

Odwołujący IBM ponadto zarzucał, że wykonawca Tata nie przedstawił wymaganych ww. Rozporządzeniem dokumentów, potwierdzających spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia. Odwołujący IBM stwierdził, że wykonawca posłużył się jedyną referencją z Centralnego Banku Bangladeszu z 19 lutego 2013 roku, która z tego względu nie powinna być brana pod uwagę oraz wydrukami z własnej strony internetowej, których nie można utożsamiać z oświadczeniami wykonawcy, gdyż brak na nich podpisu samego wykonawcy, a także dwoma oświadczeniami własnymi (utajnionymi). Wskazał, że wykonawca w pierwszej kolejności powinien złożyć poświadczenie należytego wykonania usług, a gdy nie jest w stanie go uzyskać z przyczyn obiektywnych to powinien przedłożyć oświadczenie.

Zamawiający określił warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, wskazując, że: *„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunek wiedzy i doświadczenia, tj. w okresie ostatnich 3 (trzech) lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: -wykonali samodzielnie lub w ramach konsorcjum co najmniej jedną usługę wdrożeniową polegającą na budowie i wdrożeniu centralnego systemu bankowego (lub jego części) dla instytucji finansowej, uzyskując z tego tytułu wynagrodzenie Wykonawcy o wartości co najmniej 20 mln PLN netto (…) lub wykonywali lub wykonują samodzielnie lub w ramach konsorcjum co najmniej jedną usługę utrzymania i rozwoju centralnego systemu bankowego dla instytucji finansowej zaś uzyskane z tego tytułu*

wynagrodzenie Wykonawcy wyniosło co najmniej 10 mln PLN netto” (sekcja III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu).

Zatem, warunek udziału w postępowaniu spełniali wykonawcy, którzy wykazali się co najmniej jedną usługą o której mowa powyżej. Dlatego, jak słusznie wskazał Zamawiający, dla dokonania oceny, że wykonawca spełniania ten warunek było możliwe odniesienie się tylko do jednej referencji.

Referencja jest datowana na dzień 19 lutego 2013 r. Z jej treści wynika, że dotyczy zakończonego wdrożenia centralnego systemu bankowego, który został oddany w czerwcu 2012 r.

Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1 ww. Rozporządzenia *Dowodami, o których mowa w ust. 1 pkt 2 i 3* (tj. dowodami należytego wykonania usług), *są: poświadczenie, z tym że w odniesieniu do nadal wykonywanych dostaw lub usług okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert.*

Z powyższego wynika, że ograniczenie co do daty wydania poświadczenia dotyczy usług nadal wykonywanych, zaś do zakończonych usług może być to poświadczenie wydane z datą wcześniejszą niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert tyle, że musi dotyczyć usługi wykonanej w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków.

Wyjaśnienia więc wymagałaby kwestia wskazania w treści wykazu „Doświadczenie”

w odniesieniu do tej usługi daty wykonania – październik 2011, gdy z referencji wynika data wdrożenia - czerwiec 2012.

Jednocześnie Izba wskazuje, że z uwagi na treść wykazu usług, uznanie tej usługi za potwierdzającą spełnienie warunku udziału w postępowaniu może budzić wątpliwości, bowiem wartość tego zamówienia została zakreślona w szerokim przedziale 3 – 8 mln USD.

Nie wiadomo, jaką wartość Zamawiający powinien był uznać: 3 czy 8 mln USD. Ponadto, Zamawiający wymagał podania wartości w PLN.

Wynika z tego, że brak jest jednoznacznego wskazania wartości zamówienia. Powyższe powinno być przedmiotem wyjaśnienia, jeśli nawet nie uzupełnienia, tym bardziej, że niniejsza referencja była podstawą uznania spełniania ww. warunku.

Dodatkowo wydaje się konieczne, wobec niejednoznaczności przedmiotowej referencji, wskazanie niejasnego charakteru wydruków z własnej strony internetowej,

których nie można utożsamiać z oświadczeniami wykonawcy, gdyż brak na nich podpisu samego wykonawcy.

Na marginesie należy zauważyć, że wykaz w celu dokonania oceny punktowej odnosił się do usługi, co do której wykonawca złożył własne oświadczenie o jej należytym zrealizowaniu. Wartość tej usługi jest jednoznacznie określona. Natomiast wykonawca nie wykazał, że nie mógł uzyskać poświadczenia należytego wykonania tej usługi, dlatego też Zamawiający nie powinien dokonywać oceny punktowej w oparciu o tą usługę bez wyjaśnienia, dlaczego nie zostało złożone poświadczenie. Tym bardziej, że usługa była świadczona (i w dalszym ciągu jest) na rzecz instytucji mającej siedzibą w kraju UE (Niemcy), a z oświadczenia złożonego przez wykonawcę nie wynika, że nie mógł uzyskać poświadczenia z jakichś względów.

Niemniej jednak, skoro wykonawca Tata podlega wykluczeniu, z powodów, o których była mowa powyżej, to bezprzedmiotowe byłoby wezwanie tego wykonawcy do dalszych wyjaśnień i uzupełnień dokumentów.

Sygn. akt: KIO 570/15

Zarzuty odnoszące się do zaniechania odtajnienia części wniosków zastrzeżonych przez wykonawców: Konsorcjum Indra, Sygnity, Konsorcjum CUBE oraz wykonawcy Tata i IBM, jako zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, a także wszystkich wyjaśnień i uzupełnień wniosków ww. wykonawców, jak i całości korespondencji pomiędzy Zamawiającym a ww. wykonawcami, pomimo, że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Izba uznała za częściowo uzasadnione.

W art. 8 ust. 1 ustawy Pzp została wyrażona zasada jawności postepowania o udzielenie zamówienia publicznego, z którego brzmienia wynika, że *Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.* Jednak ustawodawca zapewnił też wykonawcom możliwość zastrzeżenia, że nie mogą być udostępniane informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie ze znowelizowanym art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, który ma zastosowanie do postępowania wszczętego przez Zamawiającego, *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł,* że *nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może*

zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.

W ocenie Izby, interpretacja powołanego powyżej przepisu nie pozostawia wątpliwości co do tego, że wykonawca, aby skutecznie zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa w odniesieniu do konkretnych informacji powinien, jednocześnie wraz ze złożeniem wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wykazać, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przed nowelizacją powołanego powyżej przepisu, wykonawcy składali wyjaśnienia

co do zasadności objęcia danej informacji tajemnicą przedsiębiorstwa dopiero wtedy, gdy zamawiający wezwali ich do złożenia stosownych wyjaśnień, z uwagi na powzięcie w tej kwestii wątpliwości. W dużej mierze wykonawcy składali wyjaśnienia zawierające ogólnikowe twierdzenia co do tych informacji, ale za to szerokie odesłania do orzecznictwa. Chcąc zapobiec praktyce nadużywania przez wykonawców „masowego" zastrzegania informacji zawartych w ofertach czy wnioskach wykonawców jako tajemnicy przedsiębiorstwa w przypadkach, gdy raczej chodziło o utrudnienie pozostałym wykonawcom weryfikacji dokumentów składanych w postępowaniach i tym samym weryfikacji oceny dokonywanej przez zamawiającego, np. co do spełniania warunków udziału w postępowaniu, ustawodawca zdecydował się na nowelizację przepisu art. 8 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu do Poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: *„Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.".*

Jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Należy podkreślić, że wykonawca chcąc skorzystać z uprawnienia jakie przyznaje mu ustawa w tym względzie powinien zachować należytą staranność.

Należyta staranność po stronie wykonawcy przejawiać się będzie m.in. w tym, że zgodnie z dyspozycją zawartą w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, w terminie określonym ustawą, tj. *„nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu",* wykonawca dokona zastrzeżenia, że informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie mogą być udostępniane, jak również wykaże, że faktycznie zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Natomiast Zamawiający jest zobowiązany do badania i oceny skuteczności dokonanego przez danego wykonawcę zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, w tym do oceny czy wykonawca w istocie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i czy zastrzegł je prawidłowo, w tym w terminie, określonym w ustawie.

Legalną definicję tajemnicy przedsiębiorstwa określa przepis art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [j.t. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.], zwanej dalej: *„UZNK",* który stanowi, że: *Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.*

Zatem, aby daną informację (wiadomość) uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące przesłanki:

1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
2) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,

3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Takie też stanowisko zajął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 października 2000 roku, wydanym w sprawie I CKN 304/00 [LEX nr 45342].

32

Przechodząc do rozważenia skuteczności zastrzeżenia przez poszczególnych wykonawców wskazanych przez nich informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że w przedmiotowym postępowaniu trzech wykonawców, tj. Konsorcjum Cube, wykonawca Tata i wykonawca IBM w ogóle nie przedstawiło w terminie wynikającym ze znowelizowanego przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, tj. w terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, uzasadnienia dla objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa zastrzeżonych przez siebie informacji w złożonych wnioskach, a zatem nie wykazali w jakikolwiek sposób, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym nie dokonali skutecznego zastrzeżenia i nie spełnili przesłanek koniecznych z art. 8 ust. 3 zdanie 1 ustawy Pzp.
Wobec powyższego zamawiający powinien był odtajnić zastrzeżone przez nich informacje.

Inaczej mówiąc ww. wykonawcy w ogóle nie podjęli niezbędnego działania w celu zachowania informacji w poufności, czyli nie spełnili trzeciej przesłanki wynikającej z art. 11 ust. 4 UZNK.

Zamawiający wezwał ww. wykonawców pismami datowanymi na dzień 5 lutego 2015 roku do złożenia uzasadnienia wskazującego, że zastrzeżone przez tych wykonawców dokumenty, zawierają informacje, które spełniają wszystkie przesłanki określone w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, zawarte w art. 11 ust. 4 UZNK.

Jednak takie wezwanie należy uznać za działanie bezpodstawne w świetle znowelizowanego przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, właśnie z uwagi na określony ustawowo i nieprzekraczalny termin wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Następnie Izba ustaliła, że dwóch wykonawców, tj. Konsorcjum Indra i wykonawca Sygnity, złożyło - w ustawowo zakreślonym terminie - uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa zastrzeżonych informacji.

W tym miejscu należy zaznaczyć, że Izba stwierdziła, wbrew twierdzeniom Odwołującego, iż brak wskazania w formularzu wniosku Konsorcjum Indra, w wyznaczonym do tego miejscu, konkretnych stron wniosku, co do których wykonawca zastrzega tajemnicę przedsiębiorstwa, nie przesądza o bezskuteczności takiego zastrzeżenia. Jak to zostało ustalone w toku rozprawy, strony wniosku, co do których Konsorcjum Indra zastrzegło tajemnicę przedsiębiorstwa, zostały wyodrębnione i złożone w białych, zaklejonych kopertach, na których widniała adnotacja „Tajemnica *przedsiębiorstwa".* W ocenie Izby,

33

---

takie wyodrębnienie jest wystarczające, dla uznania, że wykonawca zastrzegł, iż informacje te nie mogą być udostępniane.

Ponadto, stwierdzić należy, że samo złożenie uzasadnienia co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa oznaczonych informacji, nie zawsze będzie owym „wykazaniem", o którym mowa w powołanym powyżej przepisie. Wykazać oznacza coś więcej, aniżeli jedynie wyjaśnić. Nie będą zatem spełniać przesłanki z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ogólnikowe wyjaśnienia, zawierające gołosłowne, niczym nie potwierdzone, twierdzenia (często zresztą powtarzające się w wielu postępowaniach o udzielenie zamówienia), że zastrzeżone informacje mają duże znaczenie dla wykonawcy, że nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, że posiadają znaczną wartość gospodarczą, itd.

Dla owego „wykazania" często nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia, i wówczas wykonawca będzie zobowiązany nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić, czy choćby uprawdopodobnić, ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, a określonych w cytowanym powyżej art. 11 ust. 4 UZNK. Izba zauważa, że to od charakteru i rodzaju informacji, jak i innych okoliczności dotyczących danej informacji, jak i wykonawcy, będzie zależało to czy dla „wykazania" wystarczą jedynie wyjaśnienia z powołaniem się na uwarunkowania gospodarcze, geopolityczne, na zasady działania na danym rynku, itp., czy też konieczne będzie

przedstawienie konkretnych dowodów, np. umów, koncepcji, raportów, itd. Czasem wystarczy odwołanie się do pewnych zdarzeń i związanych z nimi okoliczności, np. odwołanie się do faktu zawarcia konkretnej umowy w oznaczonej dacie z danym podmiotem i odniesienie się do niektórych postanowień takiej umowy.

Aby spełnić przesłankę „wykazania", o której mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, wykonawca winien zatem wykazać, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. że spełniają łącznie wszystkie przesłanki, określone w art. 11 ust. 4 ustawy Pzp, a które zostały przytoczone powyżej.

Izba, badając zasadność dokonanego zastrzeżenia, przez pryzmat złożonych uzasadnień przez wykonawcę Sygnity i Konsorcjum Indra, dała wiarę wyjaśnieniom ww. wykonawców w zakresie zastrzeżenia informacji zawartych w dokumencie: Wykaz - „Potencjał kadrowy" i uznała, że są one wystarczające i zgodne z doświadczeniem życiowym, a także z praktyką rynkową. Nie ulega wątpliwości, że informacje o potencjale kadrowym firm działających na rynku informatycznym, mają istotną wartość gospodarczą. Wykwalifikowani specjaliści, posiadający znaczne doświadczenie zawodowe, często przesądzają o sile i możliwości rozwoju danego przedsiębiorcy. Specjaliści ci są poszukiwani przez potencjalnych pracodawców. Stąd też informacje dotyczące osób zatrudnionych u danego wykonawcy

i mających wykonywać zamówienie, mogą podlegać ochronie przed ujawnieniem ich podmiotom trzecim. Może istnieć realna obawa, że konkurenci będą próbowali przejąć te osoby. Na istnienie takiej praktyki, polegającej na próbach pozyskiwania wysokiej klasy specjalistów przez podmioty konkurencyjne, wskazywali w swoich wyjaśnieniach obaj wykonawcy.

Zarówno Konsorcjum Indra, jak i wykonawca Sygnity, wskazali, że zawierają z pracownikami umowy o zachowaniu w poufności (str. 200 wniosku Konsorcjum Indra, str. 253 wniosku Sygnity). Izba zauważa, że pożądanym byłoby także powołanie się na konkretne postanowienia umów, zawartych z poszczególnymi osobami, czy chociażby przedłożenie standardowego wzoru takiej umowy zawieranej u danego wykonawcy. Tym niemniej, w przypadku obu wykonawców, Izba uznała za wiarygodne powołanie się na fakt zawierania z pracownikami umów o zachowaniu w poufności, ponieważ jest to częsta praktyka przedsiębiorców, w szczególności działających na rynku informatycznym. Izba dała wiarę wyjaśnieniom ww. wykonawców, że informacje w tym zakresie nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej. Ponadto, o ochronie informacji świadczy też wewnętrzna polityka ochrony informacji, na którą powołują się wykonawcy (np. odpowiednio zabezpieczony system informatyczny, czy zintegrowany system zarządzania i obiegu dokumentów w przypadku Konsorcjum Indra – str. 199-200 wniosku, czy wdrożenie i stosowanie systemu zarządzania jakością ISO 27001 w przypadku wykonawcy Sygnity).

Wobec powyższego, Izba uznała, że obaj ww. wykonawcy skutecznie zastrzegli informacje, zawarte w dokumencie: Wykaz - „Potencjał kadrowy", jako tajemnicę przedsiębiorstwa i tym samym, Izba w tym zakresie nie nakazała odtajnienia wniosków. Jednocześnie, z uwagi na skuteczność dokonanego zastrzeżenia w tym zakresie, Izba nie nakazała również odtajnienia dokumentu pn. „Wyjaśnienia treści wniosku" z dnia 24.02.2015 roku, złożonego przez wykonawcę Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie w zakresie odnoszącym się do potencjału kadrowego tego wykonawcy.

Co do pozostałych informacji, zastrzeżonych przez ww. wykonawców, jako tajemnica przedsiębiorstwa, Izba uznała, że wykonawcy nie wykazali zasadności objęcia informacji tajemnicą. Odnosząc się do, zastrzeżonych przez ww. wykonawców, Wykazu „Doświadczenie", referencji potwierdzających należyte wykonanie usług czy informacji dotyczących projektu referencyjnego zawartych w „Wykazie w celu dokonania oceny punktowej" Izba stwierdziła, co następuje. Aby skutecznie zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa w stosunku do informacji o zawartym kontrakcie z podmiotem trzecim, konieczne byłoby odniesienie się do konkretnych umów, w których zawarte zostały np. klauzule poufności (chociażby poprzez wskazanie daty zawarcia takiej umowy, powołanie się na paragraf umowy,

w którym zawarto klauzulę poufności). Jak już wcześniej podniesiono wykazać to coś więcej niż tylko wyjaśnić. Same gołosłowne twierdzenia wykonawców nie wystarczą do tego

by uznać, że dana informacja stanowiła i stanowi wciąż tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca powinien nie tylko powołać się na charakter informacji, wykazać ich wartość gospodarczą, ale i wykazać, że podjął stosowne działania, mające na celu utrzymanie w tajemnicy danej informacji. W przypadku umów zawartych z podmiotami trzecimi, nie wystarczy samo stwierdzenie, że została ona zawarta z podmiotem niepublicznym. Izba zaś nie ma podstaw by przyjąć, że powszechną praktyką rynkową podmiotów prywatnych jest zastrzeganie poufności umów zawieranych z kontrahentami. Bez stosownego zastrzeżenia w umowie, kontrahent w ogóle nie będzie zobowiązany do utrzymania w poufności informacji objętych kontraktem, a co więcej, może chcieć właśnie powoływać się na współpracę z wykonawcą, w tym także na poszczególne zadania realizowane w ramach tej współpracy.

W ocenie Izby, wykonawcy nie wykazali zatem spełnienia wszystkich przesłanek, wynikających z art. 11 ust. 4 UZNK w zakresie informacji związanych z ich doświadczeniem, w szczególności trzeciej przesłanki, określonej w tym przepisie.

Na marginesie wskazać należy, że dla wykazania zasadności zastrzeżenia nie wystarczy samo złożenie dokumentu, z którego wynikać będzie, że kontrahent zastrzegł informacje jako poufne. Oczywiście, będzie to potwierdzać wyjaśnienia wykonawcy w tym zakresie, niemniej jednak to wykonawca, jest zobowiązany do dokonania zastrzeżenia i wykazania, że zostały wszystkie spełnione przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 4 UZNK.

Ponadto Izba, nie negując możliwości zastrzeżenia tajemnicy zespołu informacji (dokumentu) wskazuje na konieczność konkretnego odniesienia się do każdej informacji co do której wykonawca zastrzega informację (np. co do konkretnego kontraktu), tak aby Zamawiający mógł jednoznacznie zdekodować, a nie „zgadywać", jakie działania podjął Wykonawca w odniesieniu do danego zespołu informacji (dokumentu).

Ponadto, podkreślić należy, że uzasadnienia obu wykonawców co do zasadności zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zawartych w ich wnioskach, także zostały objęte takim zastrzeżeniem i co następnie zostało utrzymane przez Zamawiającego, mimo, że nie zawierały one jakichkolwiek informacji, spełniających przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 4 UZNK. Uzasadnienia te zawierały na tyle ogólne informacje, że nie można byłoby uznać, że mają one charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Stwierdzić należy, że jedynie wykonawca Sygnity powołał się na skonkretyzowaną informację, dotyczącą wdrożenia i stosowania polityki ochrony informacji wynikającą z wdrożonego systemu

zarządzania jakością (ISO 27001), jednak informacja taka widnieje też na stronach internetowych tego wykonawcy.

Dodatkowo, wskazać należy, że zastrzeżone zostały jako tajemnica przedsiębiorstwa poszczególne strony wniosku, na których nie było w ogóle jakichkolwiek informacji pochodzących od wykonawcy (np. str. 26, 217, 218 wniosku Konsorcjum Indra, str. 257 i 258 wniosku Sygnity), bądź też zawierające ogólną treść, z której w sposób oczywisty wynikało, że nie zawierają informacji, mogących nosić znamiona tajemnicy przedsiębiorstwa danego wykonawcy, np. str. 194 wniosku Konsorcjum Indra, gdzie wykonawca wskazał, że zapewni tłumaczy symultanicznych oraz tłumaczenie na bieżąco wszystkich dokumentów.

Powyższe świadczy o nierzetelnym zweryfikowaniu przez Zamawiającego zasadności zastrzeżenia przez poszczególnych wykonawców informacji jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ponadto, stwierdzić należy, że jeżeli zastrzeżenie dotyczy informacji nowych, zawartych w dokumentach składanych po terminie składania wniosków/ofert to zastrzeżenie tajemnicy, a jednocześnie wykazanie przesłanek zasadności takiego zastrzeżenia, wynikających z art. 11 ust. 4 UZNK, winno nastąpić najpóźniej ze złożeniem takiego dokumentu.

Odnosząc się do wyjaśnień i uzupełnień dokonanych przez poszczególnych wykonawców już po terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, to co do zasady, nie zawierały one informacji nowych, które nie wynikałyby z treści pierwotnie złożonych wniosków, kiedy to wykonawca zobowiązany był do wykazania zasadności zastrzeżenia informacji zawartych we wniosku jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Niemniej, jednak również już po terminie składania wniosków, niektórzy z wykonawców, w związku z wezwaniem Zamawiającego, przedstawiali całkiem nowe

informacje, co do których zastrzegli tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednak i w tym przypadku Izba uznała, że wyjaśnienia w tym zakresie były zbyt ogólnikowe i nie wykazywały w istocie spełnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 UZNK w stosunku do tych konkretnych informacji. Izba zatem ustaliła, że także w tym przypadku wykonawcy nie zastrzegli w sposób skuteczny tajemnicy przedsiębiorstwa.

I tak np. wykonawca IBM wezwany do złożenia wyjaśnień m.in. w zakresie wielkości obrotu, złożył stosowne wyjaśnienia w dniu 24 lutego 2015 roku, w ramach których stwierdził, że omyłkowo podał we wniosku sumę wszystkich przychodów netto ze sprzedaży, i wskazał kwotę przychodów z tytułu świadczenia usług informatycznych oraz dostaw oprogramowania i licencji, która nie jest określana w „Informacjach dodatkowych do sprawozdania

finansowego". Niewątpliwie jest to nowa informacja, co do której wykonawca mógłby skutecznie zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa, jako, że nie jest ona ujawniana do wiadomości publicznej, m.in. poprzez powołanie jej w jawnym sprawozdaniu finansowym. Niemniej jednak wykonawca zobowiązany był do wykazania spełniania przesłanek z art. 11 ust. 4 UZNK w odniesieniu właśnie do tej informacji, a zawarł jedynie ogólnikowe i niczym nie poparte twierdzenia. Ponadto, wskazać należy, że uzasadnienie zasadności zastrzeżenia w stosunku do tej informacji wskazane przez wykonawcę IBM jest niemal identyczne, jak w stosunku do informacji zawartych w pozostałych dokumentach.

W stosunku do wyjaśnień treści wniosku złożonych przez wykonawcę Sygnity w dniu 24 lutego 2015 r. Izba stwierdziła, że dokument ten nie podlega odtajnieniu w zakresie odnoszącym się do informacji dotyczących potencjału kadrowego tego wykonawcy, które to informacje zostały skutecznie zastrzeżone, o czym była mowa powyżej.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że Zamawiający naruszył przepis art. 8 ust. 1 – 3 ustawy Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie wskazanym powyżej.

Co do zarzutów dotyczących wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum Indra Izba ustaliła, że są one bezzasadne, z przyczyn wskazanych w treści niniejszego uzasadnienia (w części dot. sprawy KIO 568/15).

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

Mając powyższe na uwadze, orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: ……..

……..

……..