Sygn. akt: KIO 54/15

WYROK
z dnia 27 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 stycznia 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2015 r. przez wykonawcę **„KONCEPT" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wodniaków 19, 03-922 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Mazowieckie, ul. Jagiellońska 26, 03-719 Warszawa w imieniu, którego prowadzi postępowanie pełnomocnik: Agencja Rozwoju Mazowsza S.A. z siedzibą w Warszawie, ul.** Świętojerska **9, 00-236 Warszawa (adres do korespondencji: ul Stawki 2, 00-193 Warszawa)**

przy udziale: 1.
wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. **Computex Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie, ul. Mroźna 27, 03-654 Warszawa (lider konsorcjum); Maxto Sp. z o.o. z Sp. K.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Reduta 5, 31-421 Kraków; Intaris Sp. z o.o. siedzibą w Warszawie, ul. Księcia Ziemowita 53, 03-654 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 54/15 po stronie odwołującego

2. wykonawcy **Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 54/15 po stronie zamawiającego

3. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. **SAD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul Puławska 107, 02-595 Warszawa (lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Handlowe LOBOS A. Ł., M.Ł. Sp. j. z siedzibą w Krakowie, Al. Pokoju 1A, 31-548 Kraków** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 54/15 po stronie zamawiającego

orzeka:

1.uwzględnia **odwołanie i nakazuje odtajnienie we wniosku wykonawcy Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Krajowa Agencja Informacyjna „INFO" Sp. z o.o. siedzibą w Olsztynie, Sybit Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie i Mikomax 2 – Meble Biurowe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie IV.1.2) ppkt 1 oraz punkcie IV.1.2) ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu, tj. wykazu wykonanych głównych dostaw oraz dowodów potwierdzających ich należyte wykonanie, dokumentujących dostawy zrealizowane w ramach jawnych postępowań o zamówienie publiczne**

2.kosztami postępowania obciąża **Województwo Mazowieckie, ul. Jagiellońska 26, 03-719 Warszawa w imieniu, którego prowadzi postępowanie pełnomocnik: Agencja Rozwoju Mazowsza S.A. z siedzibą w Warszawie, ul.** Świętojerska **9, 00-236 Warszawa (adres do korespondencji: ul Stawki 2, 00-193 Warszawa)** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **„KONCEPT" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wodniaków 19, 03-922 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od wykonawcy **Województwo Mazowieckie, ul. Jagiellońska 26, 03-719 Warszawa w imieniu, którego prowadzi postępowanie pełnomocnik: Agencja Rozwoju Mazowsza S.A. z siedzibą w Warszawie,**

ul. Świętojerska **9, 00-236 Warszawa (adres do korespondencji: ul Stawki 2, 00-193 Warszawa)** na rzecz wykonawcy **„KONCEPT" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wodniaków 19, 03-922 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset czterdzieści dziewięć złotych pięćdziesiąt trzy grosze), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

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

Przewodniczący: ……..……

Sygn. akt: KIO 54/15

Uzasadnienie

Województwo mazowieckie w imieniu, którego działa Agencja Rozwoju Mazowsza S.A. z siedzibą w Warszawie, zwane dalej „zamawiającym", działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp", prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Zakup, dostawę, montaż, instalację, konfigurację i wdrożenie urządzeń, oprogramowania i instalacji elektronicznych oraz multimedialnych wraz z wyposażeniem biurowym".

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 grudnia 2014 r., nr 2014/S 233-410233.

W dniu 30 grudnia 2014 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę Koncept Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym", o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 9 stycznia 2015 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 9 stycznia 2015 r.) od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego polegających na:

1. błędnej ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wobec 5 wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełnienia warunków i zapowiedzianym/ zamierzonym zaproszeniu ich do składania ofert, czym naruszono postanowienia art. 51 ust. 1 ustawy Pzp
2. wyłonieniu wykonawców do zaproszenia przez zamawiającego do złożenia ofert w przedmiotowym postępowaniu z naruszeniem postanowień art. 52 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez niedochowanie zasady obiektywizmu jak też w sposób dyskryminujący odwołującego
3. zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy:
    a) złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik przedmiotowego postępowania czym naruszono postanowienia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp
    b) nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu czym naruszono postanowienia art. 24 ust. 2 pkt 4, jak również postanowienia art. 26 ust. 2a ustawy Pzp
4. błędnej ocenie i nieprawidłowym uznaniu, iż zostały spełnione warunki udziału w postępowaniu przez wskazanych w odwołaniu wykonawców - po uwzględnieniu dodatkowo składanych, na wezwanie zamawiającego (art 26 ust. 3 ustawy Pzp) dokumentów i oświadczeń

---

5. błędnej ocenie i nieprawidłowym uznaniu za właściwe i prawidłowe dokonanie zastrzeżeń, przez wskazanych w odwołaniu wykonawców informacji mających stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, czym naruszono postanowienia art. 8 ustawy Pzp, przez wskazanych w odwołaniu wykonawców
6. przeprowadzenie czynności oceny złożonych wniosków w sposób nie zapewniający obiektywizmu jak też z naruszeniem zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz

równego traktowania wykonawców, czym naruszono postanowienia art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp

Jednocześnie odwołujący wniósł o ponowne dokonanie oceny wniesionych wniosków firm wskazanych w odwołaniu i ustalenie aktualnej listy pozycji wykonawców, którzy złożyli wnioski w przedmiotowym postępowaniu a w szczególności:

1. uznanie wniosku złożonego przez wykonawcę Comarch za wniosek nie spełniający warunku udziału w postępowaniu i wykluczenie wykonawcy z postępowania
2. uznanie wniosku złożonego przez wykonawcę Decsoft za wniosek nie spełniający warunku udziału w postępowaniu i wykluczenie wykonawcy z postępowania
3. uznanie, iż wykonawcy, konsorcjum z udziałem Impex Trade Sp. z o.o. przyznano 1 punkt więcej niż należało przyznać w wyniku weryfikacji dokumentów
4. odtajnienie zastrzeżonych przez wykonawcę Decsoft i wykonawcę KAI „Info" informacji.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż warunku określonego w punkcie 1.1.cz.III.2 pkt 2 (zdolność ekonomiczna i finansowa) nie wypełnili w dacie składania wniosków wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia SAD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Przedsiębiorstwo Handlowe LOBOS A.Ł., M.Ł. Spółka jawna z siedzibą w Krakowie, zwani dalej „konsorcjum LOBOS". Załączona do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu opinia bankowa HSBC z 6 listopada 2014 r. – jak słusznie podniósł zamawiający w wezwaniu skierowanym do konsorcjum LOBOS - nie potwierdza, że wykonawca posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości, co najmniej 1.000.000 zł." W realizacji tego wezwania konsorcjum złożyło oświadczenie banku dotyczące informacji o posiadanych środkach finansowych lub zdolności kredytowej. Uzupełniony dokument potwierdzający wypełnienie warunku, lecz sporządzony po dacie składania wniosków nie może potwierdzić wypełnienia warunku na dzień składania ofert. Takiego rodzaju potwierdzenie jest spóźnione a więc nie może być uwzględniane przez zamawiającego przy ocenie spełniania warunków.

Odwołujący także podniósł, iż warunku określonego w punkcie 1.2. cz.III.2 pkt 3 (kwalifikacje techniczne) nie wypełniły w dacie składania wniosków:

wykonawca Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, zwany dalej „wykonawcą − Comarch", w zakresie wymogu wykonania należytego w okresie ostatnich 3 lat dwóch

---

dostaw mebli o wartości nie mniejszej niż 500 000 zł brutto. Jakkolwiek wykonawca zawarł w wykazie wykonanych głównych dostaw informacje - tak w punkcie 1, jak i punkcie 2 wykazu, iż przedmiotem dostaw dla Ministerstwa Sprawiedliwości w ramach wskazanych umów były dostawy mebli o wartości ponad 500 000 zł brutto. Odwołujący ustalił, w sposób ogólnodostępny na stronie Ministerstwa Sprawiedliwości, iż w ramach wskazanych w wykazie umów nie były realizowane żadne dostawy mebli a tym bardziej o wartościach po minimum 0,5 mln każda. Reasumując wskazał, iż wykonawca ten nie wykazał się spełnieniem warunku zakreślonego w cz. III.2 pkt. 3 ogłoszenia, co winno spowodować wykluczenie tego podmiotu z postępowania, której to czynności zamawiający zaniechał. Na potwierdzenie powyższego odwołujący odwołał się do stron internetowych Ministerstwa Sprawiedliwości, na których informacje te są zawarte.

wykonawca Decsoft S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „wykonawcą Decsoft", − przedłożył na skutek wezwania zamawiającego informację (wykaz wykonanych głównych dostaw, w którym zawarte zostały informacje, iż dostawy posiadały wartości powyżej 1,5 min zł każda. Niedopuszczalnym jest uznanie przez zamawiającego dostarczenia przez wykonawcę jako uzupełnienie dokumentów mających potwierdzać nie sam fakt zrealizowania dostaw ale ich wartość - bo to bowiem wartość jest znacząca w umożliwieniu wykonawcy dalszego udziału w postępowaniu poprzez ograniczenie prawa udziału innym. Wykonawca ten składając w uzupełnieniu wskazywane dokumenty: wykaz dostaw wraz z referencjami posiadł już wiedzę o wielkościach i wartościach - mających wpływ na ocenę wniosków - a tym, samym mógł kształtować praktycznie w sposób dowolny rodzaj i typ dokumentów dostarczanych zamawiającemu po dacie otwarcia wniosków.

Nadto odwołujący podniósł, iż zamawiający poprzez zbytnią dowolność określił w sposób nieprawidłowy ilości punktów przyznanych poszczególnym wykonawcom, co miało wpływ na ustalenie ich pozycji a w konsekwencji niewskazanie odwołującego wśród 5

wykonawców, których zamawiający zamierza zaprosić do złożenia oferty. Zamawiający dokonując oceny poszczególnych wniosków praktycznie przyjął za wiarygodne wszystkie informacje podawane przez wykonawców a w szczególności przyjął za właściwe określenie wartości zrealizowanych dostaw w, tzw. zaokrągleniach - poprzez podawanie wartości przybliżonych lub też szacowanych. Powyższe informacje nie były poddane weryfikacji Zamawiającego poza jedynym przypadkiem, gdy zamawiający zwrócił się do wykonawcy Decsoft o podanie wartości dostaw komputerów. Ten „zabieg" zamawiającego jest o tyle istotny, iż wartość dostaw komputerów i serwerów podana przez tego wykonawcę - ponad 1,5 min każda stanowiła praktycznie o dostawie sprzętu o wartości ca 3,0 min. Przy równej ilości przyznanych punktów z odwołującym - wynoszącym 4 punktów o kolejności - zgodnie z

postanowieniami z ogłoszenia winna decydować wartość dostaw komputerów i serwerów, która to u odwołującego znacznie przewyższała określona przez wykonawcę Decsoft wielkość ca 3,0 min. zł. Wystąpienie zamawiającego do wykonawcy Decsoft z dnia 29.12.2014 r. spowodowane było „koniecznością uznania" przez zamawiającego, iż wartość dostaw wykonawcy Decsoft przewyższała wartość dostaw odwołującego. Takie działanie jest niedopuszczalne - po dacie złożenia wniosków w postępowaniu przetargowym ograniczonym, gdy dane te stanowią o kolejności pozycji poszczególnych wykonawców. Nadto podniósł, iż w odniesieniu do takich wykonawców jak Comarch, konsorcjum SAD zamawiający nie występował o „dookreślenie" wartości, które były podawane przez tych wykonawców jako szacunkowe.

Odwołujący podniósł także, iż zamawiający przyznał zbyt dużo punktów konsorcjum Impex. Z treści referencji wystawionej przez AQUA ZDRÓJ wynika bowiem, iż realizacją były objęte także dostawy wyposażenia sanitariatów Hotelu, Krytej Pływalni itd. Realizacja ta nie obejmowała dostawy mebli, Tym samym w ocenie punktowej przyznano temu wykonawcy co najmniej o 1 punkt za dużo co czyni w konsekwencji, iż maksymalną ilością punktów jaką mógłby uzyskać ten wykonawca byłaby ilość 4 tj. taka sama jak u odwołującego a zatem i kolejność byłaby zapewne inna i to odwołujący zostałby zaproszony do złożenia ofert.

Odwołujący podniósł także, iż zamawiający w sposób niewłaściwy „zezwolił" na utrzymanie utajnienia treści wniosków wniesionych przez wykonawcę Decsoft oraz konsorcjum KAI „INFO". Uzasadnienie przedstawione przez firmę Decsoft jest chybione szczególnie w zakresie informacji ogólnodostępnych, upublicznionych. Na wezwanie zamawiającego Decsoft całkowicie pominął fakt, iż już upublicznione informacje nie mogą podlegać utajnianiu. Zamawiający przyjął w sposób nieuprawniony, iż właściwym jest stanowisko konsorcjantów, złożone w ich imieniu przez lidera konsorcjum, o zasadności dokonanych zastrzeżeń informacji zawartych we wniosku. W tym zakresie umocowanie Lidera nie jest dopuszczalne, albowiem jedynie przedsiębiorca, który dokonał działań
mających na celu zabezpieczenie swej tajemnicy - tajemnicy przedsiębiorstwa a nie konsorcjum może dokonać odpowiedniego zastrzeżenia.

W dniu 12 stycznia 2015 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe wezwanie wykonawcy otrzymali w tej samej dacie).

W dniu 14 stycznia 2015 r. (pismem z dnia 13 stycznia 2015 r.) konsorcjum SAD zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 15 stycznia 2015 r. (pismem z tej samej daty) konsorcjum Computex zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie odwołującego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 15 stycznia 2015 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Comarch zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Odwołujący, pismem z dnia 21 stycznia 2015 r., cofnął zarzut dotyczący wykonawcy konsorcjum SAD oraz zarzut dotyczący wykonawcy Decsoft w zakresie niewykazania spełniania warunku co do należytego wykonania w okresie ostatnich 3 lat dostaw sprzętu

komputerowego z serwerami o wartości łącznej nie niższej niż 3 mln przy czym jedna z nich o wartości co najmniej 1,5 mln zł brutto.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawcy Comarch z postępowania z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu oraz złożenie nieprawdziwych informacji nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w punkcie III.2.3) „Kwalifikacje techniczne" ogłoszenia o zamówieniu podał m.in., iż „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunku dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali należycie:

a) co najmniej 2 dostawy sprzętu komputerowego o łącznej wartości dwóch dostaw nie mniejszej niż 3 000 000 PLN brutto, z których przynajmniej jedna obejmowała, co najmniej zestawy komputerowe i serwery o wartości nie mniejszej niż 1 500 000 PLN brutto
b) co najmniej 2 dostawy mebli o wartości nie mniejszej niż 500 000 PLN brutto każda".

Wykonawca Comarch w „Wykazie wykonanych głównych dostaw" wyspecyfikował dwie dostawy zrealizowane na rzecz Ministerstwa Sprawiedliwości, które obejmowały dostawą sprzętu komputerowego o łącznej wartości ponad 1 500 000 PLN brutto, w tym m.in. zestawy komputerowe i serwery o wartości ponad 1 500 000 PLN brutto. Przedmiotem tych dostaw – jak wskazał w wykazie - była także dostawa mebli o wartości ponad 500 000 PLN brutto. (str. 25-26 oferty) Na potwierdzenie powyższe załączył informacje o ich wykonaniu z dnia 30 maja 2014 r., udzielone w ramach dostępu do informacji publicznej, P. K. „Nowoczesne Zarządzenie" z siedzibą w Warszawie.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Ocena warunku udziału w postępowaniu dokonywana jest w oparciu o dotychczas realizowane przez wykonawcę zamówienia. Weryfikacja posiadanego doświadczenia przeprowadzana jest na podstawie wykazu zrealizowanych zamówień, do którego wykonawca zobowiązany jest dołączyć dowody, że zamówienia w nim wyspecyfikowane zostały wykonane należycie. W tym stanie faktycznym wykonawcy zobowiązani byli wykazać się w ramach doświadczenia m.in. dwiema dostawami mebli o wartości nie mniejszej niż 500 000 PLN każda. Zamawiający wymagał bowiem doświadczenia w dostawie mebli bez względu na ich rodzaj. Tym samym bezpodstawne są twierdzenia odwołującego jakoby chodziło o meble o określonych cechach użytkowych i estetycznych. Takich informacji treść ogłoszenia o zamówienie nie zawierała. W ramach wykazania doświadczenia można było więc wykazać się dostawą każdego rodzaju mebli (np. drewnianych, plastikowych, szklanych, itp.), o ile zrealizowana dostawa była dostawą o wartości wymaganej przez zamawiającego. Należy bowiem zauważyć, że mebel to już nie tylko tradycyjna drewniana szafka. Potwierdzeniem jego spełnienia była więc także dostawa obejmująca „szafkę do zestawu urządzeń", którą w ramach wyspecyfikowanych dostaw dostarczał wykonawca Comarch na rzecz Ministerstwa Sprawiedliwości. Wykonawca ten w złożonym wykazie podał dwie dostawy mebli o wartości wymaganej przez zamawiającego, przy czym obie były

wykonane na rzecz Ministerstwa Sprawiedliwości. Potwierdzeniem powyższego jest także złożony na rozprawie przez tego wykonawcę wyciąg z dwóch umów zrealizowanych na rzecz tego zamawiającego (Ministerstwa Sprawiedliwości), tj. umowy nr 51 z dnia 29.10.2012 r. oraz umowy nr 30 z dnia 16.08.2013 r.

Na potwierdzenie należytego wykonania dostaw wyspecyfikowanych w pozycji 1 i 2 wykazu wykonawca Comarch złożył dokument wystawiony przez Ministerstwo

Sprawiedliwości a więc podmiot na rzecz, którego dostawy te były realizowane. W dokumencie tym podano numery zawartych umów, ich daty, wartości, a także stwierdzono jednoznacznie, iż „dostawy i wdrożenia systemu cyfrowej rejestracji przebiegu rozpraw sądowych będące przedmiotem wymienionych umów zostały wykonane należycie". Wśród umów wymienionych w złożonym dokumencie wskazano umowę nr 51 z dnia 29.10.2012 r. oraz umowę nr 30 z dnia 16.08.2013 r., a więc podano umowy dotyczące realizacji, na które wykonawca Comarch powołał się w złożonym wykazie. Istotnie dokument ten został wystawiony w odpowiedzi na wniosek o udostępnienie informacji publicznej i nie był to wniosek wykonawcy Comarch. Niemniej jednak potwierdza on należyte wykonanie dostaw, na które powołał się ten wykonawca. Zasadą jest, iż dowodem należytego wykonania zamówienia jest poświadczenie, a więc co do zasady dokument wystawiony przez podmiot na rzecz, którego zamówienie zostało zrealizowane. Nie jest przy tym wymagane aby taki dokument poza potwierdzeniem należytego wykonania zamówienia zawierał określoną treść, w tym takie informacje jak data wykonania zamówienia, wartość, odbiorca, szczegółowy zakres dostaw, gdyż takie informacje podaje wykonawca w złożonym wykazie. Dokument złożony przez wykonawcę Comarch w sposób niebudzący żadnych wątpliwości potwierdza należyte wykonanie wskazanych w nim umów, w tym także tych, na które powołał się w tym postępowaniu wykonawca Comarch. A ponadto został on wystawiony przez podmiot na rzecz, którego dostawy zostały zrealizowane. Dlatego też stwierdzić należy, iż ów dokument ma charakter poświadczenia.

Wykonawcy Comarch nie można także postawić zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji. Wykonawca ten wykazał bowiem, że zrealizował dwie dostawy, które obejmowały dostawę mebli, jak również, iż dostawy te były zrealizowane należycie.

Tym samym Izba uznała, iż zarzuty odwołującego, kierowane pod adresem wykonawcy Comarch nie potwierdziły się.

Zarzut dotyczący przyznania nieprawidłowej ilości punktów wykonawcy Decsoft i nieuprawnionego wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w punkcie III.2.3) „Kwalifikacje techniczne" ogłoszenia o zamówieniu podał m.in., iż „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunku dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali należycie:

a) co najmniej 2 dostawy sprzętu komputerowego o łącznej wartości dwóch dostaw nie mniejszej niż 3 000 000 PLN brutto, z których przynajmniej jedna obejmowała, co

najmniej zestawy komputerowe i serwery o wartości nie mniejszej niż 1 500 000 PLN brutto"

Wykonawca Decsoft w załączeniu do oferty złożył m.in. wykaz głównych dostaw, który to dokument zastrzegł jak stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa. W złożonym wykazie wyspecyfikował 2 dostawy w dostawy sprzętu komputerowego, w tym dostawę zestawów komputerowych i serwerów o wartości nie mniejszej niż 1 500 000 PLN brutto, oraz 1 dostawę mebli o wartości nie mniejszej niż 500 000 PLN brutto.

Zamawiający, pismem z dnia 18 grudnia 2014 r., wezwał wykonawcę Decsoft do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wskazując, iż „w wykazie wykonanych głównych dostaw załączonych do wniosku zawarto tylko jedną dostawę mebli, podczas gdy zgodnie z sekcją III.2.30 pkt 1b) ogłoszenia o zamówieniu należało się wykazać co najmniej dwiema dostawami mebli o wartości nie mniejszej niż 500 000 zł brutto każda".

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca Decsoft, pismem z dnia 22 grudnia 2014 r., złożył wykaz uzupełniony o pozycję 4, w której podał dostawę mebli o wartości nie mniejszej niż 500 000 PLN brutto, zrealizowaną na rzecz podmiotu prywatnego. Załączył także list referencyjny potwierdzający jej należyte wykonanie. Dokumenty te zastrzegł jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający, pismem z dnia 29 grudnia 2014 r., działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień i podania „jaka jest wartość dostaw sprzętu komputerowego obejmujących zestawy komputerowe i serwery, wyszczególnionych w pozycjach 1 i 2 wykazu wykonanych głównych dostaw, załączonego do wniosku Wykonawcy? Wykonawca nie określił tej informacji precyzyjnie, ograniczając się do wzmianki, iż każdorazowo jest to „powyżej 1.500.000,00 zł".

W odpowiedzi na powyższe wykonawca Decsoft, pismem z dnia 30 grudnia 2014 r., podał, iż „wartość dostawy wydajnych zestawów komputerowych i serwerów zrealizowanej na rzecz Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia w ramach zamówienia wskazanego w pozycji 1 wykazu głównych dostaw złożonym wraz z wnioskiem wynosi 8.753.513,94 zł brutto. Natomiast wartość dostawy sprzętu komputerowego na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w ramach zamówienia wskazanego w pozycji 2 wykazu głównych dostaw złożonym wraz z wnioskiem wynosi 26.964.244,46 zł brutto". Informacje zawarte w złożonych wyjaśnieniach nie zostały zastrzeżone, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykonawca Decsoft otrzymał 4 punkty w ramach warunku IV.1.2) ppkt 1 ogłoszenia o zamówieniu oraz 0 punktów w ramach warunku IV.1.2) ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący otrzymał 4 punkty w ramach warunku IV.1.2) ppkt 1 ogłoszenia o zamówieniu oraz 0 punktów w ramach warunku IV.1.2) ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Dostawy wyspecyfikowane przez wykonawcę Decsoft w pozycji 1 i 2 wykazu potwierdzają doświadczenie tego wykonawcy w realizacji, co najmniej 2 dostaw sprzętu komputerowego o łącznej wartości dwóch dostaw nie mniejszej niż 3 000 000 PLN brutto, z których przynajmniej jedna obejmowała, co najmniej zestawy komputerowe i serwery o wartości nie mniejszej niż 1 500 000 PLN brutto. Za te dwie realizacje wykonawca Decsoft otrzymał - zgodnie z pkt IV.1.2) ogłoszenia o zamówieniu „Ograniczenia liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub udziału w postępowaniu" - łącznie 4 punkty. Zamawiający wskazał bowiem, iż „za każdą należycie wykonaną w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dostawę sprzętu komputerowego obejmującą co najmniej zestawy komputerowe i serwery o wartości nie mniejszej niż 1 500 000 PLN brutto – wykonawca otrzyma 2 punkty. Wykonawcy Decsoft zamawiający przyznał więc, zresztą prawidłowo, po 2 punkty za każdą ze wskazanych dostaw. A ponieważ za dostawę mebli wykonawca ten otrzymał 0 punktów to łączna ilość punktów, jaką otrzymał wyniosła 4. Taką samą łączną ilość punktów – jak wynika z akt sprawy otrzymał – odwołujący, gdyż nie otrzymał on punktów w ramach warunku IV.1.2) ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu (dostawa mebli). W takiej sytuacji, co wynika wprost z ogłoszenia o zamówieniu, o kolejności decyduje łączna wartość dostaw należycie wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dostawę sprzętu komputerowego obejmującą, co najmniej zestawy komputerowe i serwery o wartości nie mniejszej niż 1 500 000 PLN brutto. Dlatego też koniecznym było ustalenie rzeczywistej wartości dostawy zestawów komputerowych i serwerów, gdyż dopiero to dawało możliwość prawidłowego przyznania punktów. Określenie „nie mniejszej niż 1 500 000 PLN brutto" w przypadku przyznania wykonawcy punktów było zbyt ogólne, zwłaszcza, że wykonawca Decsoft wykazał się dostawami sprzętu komputerowego o wartości 118.141.500,00 zł i 39.848.193,30 zł. W udzielonych wykonawca Decsoft podał, iż wskazane w wykazie dostawy sprzętu komputerowego obejmowały dostawę komputerów i serwerów o wartości 26.964.244,46 zł brutto oraz 8.753.513,94 zł brutto i były to wartości wyższe niż wartości wskazane przez odwołującego w złożonym przez niego wykazie. Wartości te, zarówno wskazane w wykazie, jak i podane na wezwanie zamawiającego, znacząco przewyższały łączną wartość dostaw komputerów i serwerów wyspecyfikowanych przez odwołującego i spełniających warunki ogłoszenia o zamówieniu. Tym samym zamawiający prawidłowo uczynił, przyznając wyższe miejsce w rankingu wykonawców, wykonawcy Decsoft.

Zarzut dotyczący przyznania nieprawidłowej ilości punktów wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia PPZP Systemy Informacyjne Sp. z o.o. z siedzibą w Połańcu i IMPEX TRADE Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, zwanych dalej „konsorcjum IMPEX", nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu przewidział m.in., iż „za każdą należycie wykonaną w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dostawę mebli o wartości nie mniejszej niż 500 000 PLN brutto – wykonawca otrzyma 1 punkt".

Konsorcjum IMPEX na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu wyspecyfikowało w złożonym wykazie m.in. dostawą mebli zrealizowaną przez wykonawcę IMPEX TRADE Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach na rzecz „AQUA ZDRÓJ" Sp. z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu o wartości powyżej 500 000 zł brutto, załączając stosowne referencje.

Konsorcjum IMPEX otrzymało 2 punkty w ramach warunku IV.1.2) ppkt 1 ogłoszenia o zamówieniu oraz 3 punkty w ramach warunku IV.1.2) ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący otrzymał 4 punkty w ramach warunku IV.1.2) ppkt 1 ogłoszenia o zamówieniu oraz 0 punktów w ramach warunku IV.1.2) ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Ocena warunku udziału w postępowaniu dokonywana jest w oparciu o dotychczas realizowane przez wykonawcę zamówienia. Weryfikacja posiadanego doświadczenia przeprowadzana jest na podstawie wykazu zrealizowanych zamówień, do którego wykonawca zobowiązany jest dołączyć dowody, że zamówienia w nim wyspecyfikowane zostały wykonane należycie. W tym stanie faktycznym wykonawcy zobowiązani byli wykazać się w ramach doświadczenia m.in. 2 dostawami mebli o wartości nie mniejszej niż 500 000 PLN każda. Konsorcjum IMPEX wyspecyfikowało w wykazie, załączając do niego stosowne referencje, trzema dostawami, z których odwołujący zakwestionował tylko jedną, a mianowicie dostawę zrealizowaną na rzecz „AQUA ZDRÓJ" Sp. z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu. Nie przedstawił przy tym żadnych dowodów potwierdzających stawiane zarzuty, a podniesione przez niego argumenty są niczym niepoparte. Odwołujący nie wykazał też, iż postępowanie, na które powołało się w wykazie konsorcjum IMPEX jest rzeczywiście tym postępowaniem, do którego on się odwołuje we wniesionym odwołaniu. Odnosząc się natomiast do zarzutów dotyczących treści referencji stwierdzić należy, iż wynika z nich niewątpliwie, że dostawa została zrealizowana należycie, jak również, iż obejmowała ona dostawę mebli. Wszelkie dodatkowe informacje potwierdzające oświadczenie Wykonawcy w wykazie dostaw, są przez Zamawiających mile widziane, jednakże nie są one obowiązkowe, a zadaniem referencji jest wyłącznie potwierdzenie należytego wykonania umowy. (wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1500/09). To bowiem w wykazie

wykonawca ma obowiązek udowodnić z zamawiającemu, iż spełnia określone przez niego warunki udziału w postępowaniu. Referencje natomiast są jedynie dokumentem potwierdzającym ich należyte wykonanie. Zamawiający prawidłowo więc uczynił przyznając konsorcjum IMPEX 1 punkt ze tę dostawę. Dlatego też Izba stwierdziła, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia informacji we wnioskach wykonawcy Decsoft i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Krajowa Agencja Informacyjna „INFO" Sp. z o.o. siedzibą w Olsztynie, Sybit Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie i Mikomax 2 – Meble Biurowe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwanych dalej „konsorcjum KAI INFO", potwierdził się.

Izba ustaliła, iż wykonawca Descoft w swej ofercie zastrzegł, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa m.in. opinię bankową, wykaz wykonanych głównych dostaw oraz dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie. Natomiast konsorcjum KAI INFO zastrzegło w swej ofercie wykaz wykonanych głównych dostaw oraz dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie.

Zamawiający, pismem z dnia 18 grudnia 2014 r., wezwał wykonawcę Descoft oraz

konsorcjum KAI INFO do złożenia wyjaśnień w zakresie objętym w złożonych przez nich wnioskach tajemnica przedsiębiorstwa.

Wykonawca Descoft, pismem z dnia 22 grudnia 2014 r. złożył wyjaśnienia dotyczące objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa określonych dokumentów.

Zamawiający, pismem z dnia 21 stycznia 2015 r., unieważnił wyniki oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w związku z zarzutami niewłaściwej oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa we wnioskach wykonawców: wykonawcy Decsoft i konsorcjum KAI INFO. Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) to czy dana informacja jest czy też nie tajemnicą przedsiębiorstwa decyduje istotność informacji z punktu widzenia interesów przedsiębiorcy oraz czynności, jakie on podjął w celu ochrony informacji. Informacja nieujawniona do wiadomości publicznej to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Tajemnicą przedsiębiorstwa nie jest więc informacja dotycząca umów zawartych z jednostkami sektora finansów publicznych, gdyż takie informacje objęte są zasadą jawności i dostępne w trybie dostępu do informacji publicznej. W złożonym „Wykazie wykonanych głównych dostaw" wykonawcy takie dostawy wyspecyfikowali. Wskazali także, w tym w wyniku uzupełnienia, dostawy zrealizowane na rzecz podmiotów prywatnych, a ustawa o dostępie do informacji

publicznej swym zakresem tego typu umów nie obejmuje. Umowy z takimi podmiotami (podmiotami prywatnymi) nie mają przymiotu jawności i żaden przepis prawa nie obliguje stron takiego stosunku do ujawnienia informacji dotyczących realizacji takiej umowy. Częstą praktyką przy zawieraniu tego typu umów jest bowiem zastrzeganie przez strony tychże umów poufności wszelkich informacji w nich zawartych. Tego typu informacje są bowiem informacjami handlowymi posiadającymi wartość gospodarczą i jako takie mają znaczenie dla prowadzonej działalności, w tym dla pozycji wykonawcy na rynku. Brak jest więc podstaw do ich odtajnienia. A ponieważ w złożonym wykazie umieszczone są dostawy zrealizowane na rzecz podmiotów publicznych wykazy te wyłącznie w tym zakresie powinny zostać przez zamawiającego odtajnione, jak również dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie. Konieczność ponownego zbadania dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa we wnioskach złożonych przez odwołującego Decsoft i konsorcjum KAI INFO przyznał i sam zamawiający, unieważniając wyniki oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie tych dwóch wniosków. Niemniej jednak nie dokonał jeszcze czynności badania wniosków pod kątem zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym zarzut odwołującego dotyczący zaniechania odtajnienia dokumentów we wnioskach Decsoft i konsorcjum KAI INFO potwierdził się.

Odnośnie argumentów dotyczących nieuprawnionego działania w imieniu konsorcjum lidera podnieść należy, iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – zgodnie z treścią art. 23 ust. 2 ustawy Pzp - ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu do zawarcia umowy o zamówienie publiczne. Wykonawca, działając w imieniu konsorcjum, był do tego umocowany, co wynika z treści umowy konsorcjum z dnia 4 grudnia 2014 r.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone na rozprawie, uznając je za stanowiska je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego i ograniczając je do wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy.

Przewodniczący: ……..……