

Sygn. akt: KIO 73/11, KIO 74/11, KIO 75/11, KIO 76/11, KIO 77/11, KIO 78/11, KIO 83/11, KIO 84/11

WYROK
z dnia 2 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 26 stycznia i 28 stycznia 2011 r. w Warszawie:

A) odwołania z dnia 14 stycznia 2011 r. wniesionego przez **Asseco Poland S.A. w Rzeszowie** (sygn. akt KIO 73/11)

przy udziale wykonawcy **Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. w Warszawie** oraz wykonawcy **Wasko S.A. w Gliwicach** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

B) odwołania z dnia 14 stycznia 2011 r. wniesionego przez **AGN Polska sp. z o.o. w Warszawie** (sygn. akt KIO 74/11)

przy udziale wykonawcy **Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. w Warszawie** oraz wykonawcy **Wasko S.A. w Gliwicach** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

C) odwołania z dnia 14 stycznia 2011 r. wniesionego przez **Betacom S.A. w Warszawie**, (sygn. akt KIO 75/11),

przy udziale wykonawcy **Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. w Warszawie** oraz wykonawcy **Wasko S.A. w Gliwicach** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

D) odwołania z dnia 14 stycznia 2011 r. wniesionego przez **Qumak-Sekom S.A. w Warszawie** (sygn. akt KIO 76/11),

przy udziale wykonawcy **Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. w Warszawie** oraz wykonawcy **Wasko S.A. w Gliwicach** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **Comparex Poland S.A. w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

E) odwołania z dnia 14 stycznia 2011 r. wniesionego przez **IT.expert sp. z o.o. w Warszawie** (sygn. akt KIO 77/11),

przy udziale wykonawcy **Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. w Warszawie** oraz wykonawcy **Wasko S.A. w Gliwicach** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

F) odwołania z dnia 14 stycznia 2011 r. wniesionego przez **Hewlett-Packard Polska sp. z o.o. w Warszawie** (sygn. akt KIO 78/11),

przy udziale wykonawcy **Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. w Warszawie** oraz wykonawcy **Wasko S.A. w Gliwicach** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **Asseco Poland S.A. w Rzeszowie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

G) odwołania z dnia 14 stycznia 2011 r. wniesionego przez **Consortia sp. z o.o. w Warszawie** (sygn. akt KIO 83/11),

przy udziale wykonawcy **Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o. w Warszawie** oraz wykonawcy **Wasko S.A. w Gliwicach** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

H) odwołania z dnia 14 stycznia 2011 r. wniesionego przez **Comparex Poland S.A. w Warszawie** (sygn. akt KIO 84/11),

przy udziale wykonawcy **Fujitsu Technology Solutions sp. z o.o., w Warszawie**, wykonawcy **Wasko S.A. w Gliwicach**, wykonawcy **Betacom S.A. w Warszawie**, wykonawcy **Hewlett-Packard Polska sp. z o.o., w Warszawie**, wykonawcy **AGN Polska sp. z o.o. w Warszawie**, oraz wykonawcy **Consortia sp. z o.o. w Warszawie** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie**

orzeka:

A.

1. Uwzględnić odwołanie **Asseco Poland S.A. w Rzeszowie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności zaproszenia wykonawców do dialogu konkurencyjnego, unieważnienie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu oraz powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,

2. kosztami postępowania obciążyć **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Asseco Poland S.A. w Rzeszowie**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 18 598 zł 98 gr (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt osiem złotych dziewięćdziesiąt osiem groszy) przez **Agencję**

3

Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie na rzecz **Asseco Poland S.A. w Rzeszowie** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,

B.

1. Uwzględnić odwołanie **AGN Polska sp. z o.o. w Warszawie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności zaproszenia wykonawców do dialogu konkurencyjnego, unieważnienie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu oraz powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,

2. kosztami postępowania obciążyć **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **AGN Polska sp. z o.o. w Warszawie**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie** na rzecz **AGN Polska sp. z o.o. w Warszawie** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,

C.

1. Uwzględnić odwołanie **Betacom S.A. w Warszawie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności zaproszenia wykonawców do dialogu konkurencyjnego, unieważnienie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,

unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu oraz
powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z
uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,
2. kosztami postępowania obciąża **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w
Warszawie** i nakazuje:

4

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr
(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez
Betacom S.A. w Warszawie,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero
groszy) przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie**
na rzecz **Betacom S.A. w Warszawie** stanowiącej uzasadnione koszty strony
poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

D.

1. Uwzględnić odwołanie **Qumak-Sekom S.A. w Warszawie** i nakazuje zamawiającemu
unieważnienie czynności zaproszenia wykonawców do dialogu konkurencyjnego,
unieważnienie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu oraz
powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z
uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,
2. kosztami postępowania obciąża **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w
Warszawie** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr
(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez
Qumak-Sekom S.A. w Warszawie,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero
groszy) przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie**
na rzecz **Qumak-Sekom S.A. w Warszawie** stanowiącej uzasadnione koszty strony
poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

E.

1. Uwzględnić odwołanie **IT.expert sp. z o.o. w Warszawie** i nakazuje zamawiającemu
unieważnienie czynności zaproszenia wykonawców do dialogu konkurencyjnego,
unieważnienie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu oraz
powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z
uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,

5

2. kosztami postępowania obciąża **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w
Warszawie** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr
(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez
IT.expert sp. z o.o. w Warszawie,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero
groszy) przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie**
na rzecz **IT.expert sp. z o.o. w Warszawie** stanowiącej uzasadnione koszty strony
poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

F.

1. Uwzględnić odwołanie **Hewlett-Packard Polska sp. z o.o. w Warszawie** i nakazuje
zamawiającemu unieważnienie czynności zaproszenia wykonawców do dialogu
konkurencyjnego, unieważnienie czynności oceny spełniania warunków udziału w
postępowaniu, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w
postępowaniu oraz powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w
postępowaniu z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,

2. kosztami postępowania obciąża **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Hewlett-Packard Polska sp. z o.o. w Warszawie**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie** na rzecz **Hewlett-Packard Polska sp. z o.o. w Warszawie** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

G.

1. Uwzględnia odwołanie Consortia sp. z o.o. w Warszawie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności zaproszenia wykonawców do dialogu konkurencyjnego, unieważnienie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,

6

unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu oraz powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,

2. kosztami postępowania obciąża **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Consortia sp. z o.o. w Warszawie**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie** na rzecz **Consortia sp. z o.o. w Warszawie** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

H.

1. Uwzględnia odwołanie Comparex Poland S.A. w Warszawie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności zaproszenia wykonawców do dialogu konkurencyjnego, unieważnienie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu oraz powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu, a także ujawnienie informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa zawartych we wnioskach o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym,

2. kosztami postępowania obciąża **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Comparex Poland S.A. w Warszawie**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie** na rzecz **Comparex Poland S.A. w Warszawie** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

7

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....

8

Uzasadnienie

Zamawiający - Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), którego przedmiotem jest „budowa, serwis i rozwój centralnego systemu pamięci masowej, backupu i replikacji danych dla

SI ARiMR wraz z usługami serwisu i administracji w okresie 5 lat”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 maja 2010 r. 2010/S 95-143780.

Pismami z dnia 3 stycznia 2011 r., doręczonymi w dniu 4 stycznia 2011 r. faksem, Zamawiający zawiadomił wykonawców:

- a) Asseco Poland S.A. w Rzeszowie, zwanego dalej „Asseco”,
 - b) AGN Polska sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „AGN”,
 - c) Betacom S.A. w Warszawie, zwanego dalej „Betacom”,
 - d) Qumak-Sekom S.A. w Warszawie, zwanego dalej „Qumak”,
 - e) IT.expert sp. z o.o., w Warszawie, zwanego dalej „IT.expert”,
 - f) Hewlett-Packard Polska sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „HP”,
 - g) Consortia sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „Consortia”,
 - h) Comparex Poland S.A. w Warszawie, zwanego dalej „Comparex”
- o wykluczeniu ich z udziału w postępowaniu.

Odwołanie KIO 73/11

Wobec czynności Zamawiającego polegających na:

- wykluczeniu Asseco z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,
- zaniechaniu przeprowadzenia czynności, do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp poprzez niedokonanie przez Zamawiającego czynności oceny spełniania warunków

9

udziału w postępowaniu wniosku Asseco, w tym czynności przyznawania punktacji wnioskowi Asseco, zgodnie z zasadami określonymi w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w ogłoszeniu o zamówieniu,

- zaniechaniu przez Zamawiającego przeprowadzenia czynności, do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, a to zaniechania przez Zamawiającego czynności wezwania Asseco do wyjaśnienia wniosku w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zaniechania przez Zamawiającego przeprowadzenia czynności, do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, a to zaniechania przez Zamawiającego wezwania Asseco do uzupełniania wniosku w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,
- zaniechaniu przez Zamawiającego czynności zaproszenia Asseco do dialogu konkurencyjnego w niniejszym postępowaniu do której był zdaniem Asseco zobowiązany zgodnie z przepisami ustawy Pzp

wykonawca Asseco wniósł w dniu 14 stycznia 2011r. odwołanie.

W odwołaniu tym Asseco zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3; art. 8 ust. 1 i 2; art. 24 ust. 2 pkt 3; art. 26 ust. 3; art. 26 ust. 2a; art. 26 ust. 4; art. 60a oraz art. 60d ust. 2; art. 14 ustawy Pzp.

Wykonawca Asseco wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wykluczenia Asseco z postępowania,
- unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- nakazania w zakresie przyznania punktów ocenianym wnioskowi ponownego przeprowadzania oceny oraz czynności przyznawania poszczególnym wnioskowi punktacji, w tym nakazanie Zamawiającemu ponownego dokonania oceny oraz analizy załączonego przez Asseco wykazu zamówień ze szczególnym uwzględnieniem poz. 6 i poz. 19 załączonego wykazu zamówień,
- przedstawienia dokumentów na podstawie których Zamawiający uznał, że złożone przez Asseco informacje są nieprawdziwe i ocenę ich prawdziwości w oparciu o dokumentację przedstawioną przez odwołującego, ewentualnie wezwanie Asseco do wyjaśnienia informacji złożonych we

- wniosku złożonego w toku postępowania,
- powtórzenia czynności zaproszenia wykonawców do dialogu konkurencyjnego w postępowaniu, a w szczególności poprzez zaproszenie do dialogu konkurencyjnego Asseco,
 - zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Asseco kosztów postępowania odwoławczego,
- W uzasadnieniu odwołania odnosząc się do uzasadnienia przez Zamawiającego zarzutu

10

podania nieprawdziwych informacji w zakresie pozycji 6, dotyczącej zamówienia zrealizowanego na rzecz PZU SA (PZU ście SA) przez Asseco Systems SA z siedzibą w Warszawie, podnosił że zarzut ten nie jest zgodny z istniejącym stanem faktycznym. Wywodził, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego w ramach przedmiotowego zamówienia zrealizowanego na rzecz PZU SA (PZU ście SA) przez Asseco Systems SA z siedzibą w Warszawie, wartość prac odpowiadająca zakresowi przedmiotowi niniejszego zamówienia oraz kryteriom wymaganym przez Zamawiającego nie wyniosła około 70% wskazanej przez Asseco kwoty. Podnosił, że nieprawdą jest, iż przedmiotowe zamówienie nie było zrealizowane w okresie 01.07.2007 r. - 31.12.2007 r. na kwotę 8.100.000.00 zł. Wskazywał, że w ramach umowy nr 107/PZ/150/BZU/2007 zawartej w dniu 18 lipca 2007 r. pomiędzy PZU ście S.A. a Asseco Systems S.A. na „Zakup sprzętu z oprogramowaniem usług wdrożeniowych i asysty technicznej na potrzeby systemów centralnych” zrealizowano między innymi :

- dostawę serwera Sun Fire E25K wraz z rozbudową systemu backupowego i rozbudową macierzy dyskowej SE 9980 o przestrzeń dyskową wymaganą dla tworzenia środowisk rozwojowo - testowych i środowisk pomocniczych systemów PZU,
- dostawę sprzętu do rozbudowy macierzy dyskowej SUN StorageTek 9980,
- dostawę sprzętu do rozbudowy systemu backupowego.

Odnosząc się do zarzutu podniesionego przez Zamawiającego w zakresie pozycji 19 wykonawca Asseco wskazywał, że nieprawdą jest, iż w ramach przedmiotowego zamówienia zrealizowanego na rzecz Poste Italiane S.p.A. przez podmiot używający odwołującemu zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, nie zrealizowano „projektu technicznego”, „systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprise w obszarze funkcjonalnym backupu (kopii zapasowych)” oraz „wdrożenia” tego systemu, a także, jakoby w ramach wskazanego zamówienia nie zrealizowano „żadnego rozwiązania na potrzeby Disaster Recovery Plan”.

Asseco stwierdzał, że w w/w zamówieniu wykonano tak „projekt techniczny”, „system pamięci masowej i backupu klasy enterprise w obszarze funkcjonalnym backupu (kopii zapasowych)” oraz „wdrożenie” tego systemu, a także, że zrealizowano rozwiązanie na potrzeby Disaster Recovery Plan.

Wywodził, że zarzut Zamawiającego jest nieudowodniony i nie poparty żadnymi dowodami, a zatem czynności podjęte w oparciu wyrażone w nim przekonanie Zamawiającego, są wadliwymi czynnościami Zamawiającego. Wskazywał, że zwrócił się do Zamawiającego w dniu 11 stycznia 2011 r. z wnioskiem o udostępnienie protokołów i informacji na podstawie których Zamawiający podjął taką decyzję jednak do dnia składania odwołania zgoda taka nie została mu

11

udzielona. Argumentował, że Zamawiający nie wykorzystał również przysługujących mu zgodnie z przepisami ustawy przepisów które umożliwiłaby wyjaśnienie zaistniałej sytuacji. Zamawiający nie skorzystał z możliwości jaką daje mu przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie, z którym powinien wezwać Asseco do uzupełnienia wniosku np. o dowody na poparcie prawidłowości (rzetelności) oświadczeń i wniosków dot. tzw. referencji. Zamawiający w celu usunięcia ewentualnie istniejących wątpliwości powinien wezwać Asseco zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów co do których powziął wątpliwość co do ich rzetelności lub prawdziwości. Odwołujący podnosi, że wykluczenie związane z przedkładaniem fałszywych informacji zgodnie z brzmieniem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych może mieć miejsce w przypadku kumulatywnego zbiegu dwóch przesłanek - wykonawca przedstawił nieprawdziwe informacje i informacje te muszą mieć wpływ na wynik postępowania.

Wywodził, że Zamawiający decyduje o wykluczeniu bez podania jego podstaw i dowodów tym samym stanowi to naruszenie art. 8 ustawy Pzp. Zapis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może być interpretowany w ten sposób, że Zamawiający ma prawo jednostronnego wykluczenia wykonawcy odbierając mu jakąkolwiek możliwość wykazania, że

informacja na jakich oparł się Zamawiający są nierzetelne, niekompletne lub nie prawdziwe. Jak wynika z przepisu dyrektywy 2004/18/WE który wskazuje kierunek interpretacji powyższej podstawy wykluczenia niezbędne jest wykazanie zawinienia wykonawcy a cel taki można jedynie osiągnąć poprzez zwrócenie się do wykonawcy zgodnie z art. 26 ust 4 ustawy Prawo zamówień publicznych o złożenie wyjaśnień i uzupełnienia oświadczeń i dokumentów jeżeli zawierają one niejasności lub błędy. Ustawodawca dopuszcza więc możliwość uzupełnienia dokumentów jeżeli zawierają one nieścisłości lub błędy pomimo tego, że mogły one zawierać informacje niezgodne z rzeczywistością. Tak więc w postępowaniu niniejszym Zamawiający nie wykazał że Asseco przedstawił nieprawdziwe informacje a obowiązek taki na Zamawiającym spoczywał.

Odnosząc się do drugiej z przesłanek wskazywał, że gdyby Zamawiający dokonał czynności oceny i zliczenia przyznanych punktów to wniosek Asseco nawet z pominięciem wskazanych w odwołaniu dokumentów uzyskałby ich (zgodnie z wylizaniem dokonany przez Asseco 179 pkt), a więc najwięcej z wszystkich wniosków złożonych w postępowaniu. Tak więc nie zachodzi również druga przesłanka ponieważ nie miało by to wpływu na wynik postępowania.

Wskazywał również należy, że działania Zamawiającego naruszają przepis art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający winien bowiem przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W świetle przytoczonych powyżej argumentów działania Zamawiającego w toku niniejszego postępowania za takie uznane być nie mogą stawia się on

12

bowiem w pozycji uprzywilejowanej i jednostronnie bez przedstawienia dowodów na poparcie swoich tez wyklucza wykonawców nie dając im możliwości zweryfikowania swoich twierdzeń oraz metod jakim wszedł w posiadania wiedzy na temat rodzaju i zakresu przedstawionych przez Odwołującego rzekomo fałszywych informacji. Proces udokumentowania czynności zamawiającego w tym zakresie powinien być jasny i przejrzysty a jego rezultaty oraz dokumenty potwierdzające tezy zawarte w decyzji o wykluczeniu wykonawców powinny być jasno przedstawione i sformułowane tak aby wykonawcy mogli zweryfikować ich pochodzenie oraz treść i zawarte w nich dowody a tym samym posiadali możliwość ustosunkowania się do twierdzeń Zamawiającego.

Działania Zamawiającego w niniejszym postępowaniu stanowią również naruszenie, poprzez jego niezastosowanie w sprawie oceny wniosku Asseco, art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym „do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny”, co powoduje również naruszenie art. 6 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym „ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne”.

Odwołanie KIO 74/11

Wobec czynności Zamawiającego polegającej na:

- 1) wykluczeniu AGN,
- 2) zaniechania przez Zamawiającego czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wniosku AGN, w tym w szczególności nieprzyznawania punktacji wnioskowi AGN,
- 3) zaniechania czynności wezwania AGN do uzupełniania wniosku w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,
- 4) zaniechania przez Zamawiającego czynności wezwania AGN do wyjaśnienia wniosku w trybie art. 26 ust. 4 UPZP,
- 5) zaniechania przez Zamawiającego czynności zaproszenia AGN do dialogu konkurencyjnego.

wykonawca AGN wniósł w dniu 14 stycznia 2011 r. odwołanie.

Ww. czynności i zaniechaniom Zamawiającego wykonawca AGN zarzucił naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 8 ust. 1 i 2, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 2a, art. 26 ust. 3, art. 26 ust. 4, art. 60a oraz art. 60d ust. 2 ustawy Pzp.

13

Wykonawca AGN wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- a) uchylenia dokonanej czynności wykluczenia AGN,

- b) nakazanie Zamawiającemu uchylenia dokonanej czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w szczególności czynności przyznawania punktacji poszczególnym wnioskowi, oraz czynności zaproszenia wykonawców do dialogu konkurencyjnego,
- c) ewentualne nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności wezwania AGN do uzupełniania wniosku w postępowaniu,
- d) ewentualne nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności wezwania AGN do wyjaśnienia wniosku w postępowaniu,
- e) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wraz z przyznawaniem oceny punktowej wnioskowi wykonawców,
- f) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności zaproszenia wykonawców do dialogu konkurencyjnego w postępowaniu, a w szczególności poprzez zaproszenie do dialogu konkurencyjnego AGN,
- g) zasądzenie na rzecz AGN kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa w postępowaniu przed KIO.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca AGN argumentował, że nieprawdą jest, że w ramach zamówienia zrealizowanego na rzecz Poste Italiane S.p.A. przez podmiot używający wykonawcy AGN zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, nie zrealizowano „projektu technicznego”, „systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprise w obszarze funkcjonalnym backupu (kopii zapasowych)” oraz „wdrożenia” tego systemu, a także, jakoby w ramach wskazanego zamówienia nie zrealizowano „żadnego rozwiązania na potrzeby Disaster Recovery Plan”. Podnosił, że skoro Zamawiający, mając tak zasadnicze podejrzenia wobec wniosku AGN i zamierzając podjąć niekorzystne dla AGN decyzje, powinien był zastosować w toku postępowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym należało wezwać AGN do uzupełnienia wniosku np. o dowody na poparcie prawdziwości (rzetelności) oświadczeń i wniosków kwestionowanych referencji. Podobnie Zamawiający, mając tak zasadnicze podejrzenia wobec wniosku AGN i zamierzając podjąć niekorzystne dla niego decyzje, pominął przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nakazujący wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów złożonych przez wykonawcę. Wywodził, że Zamawiający nie może ograniczyć się jedynie do arbitralnego stwierdzenia, że wykonawca złożył nieprawdziwe informacje. Zamawiający musi również wykazać, że okoliczności te albo mają wpływ na wynik prowadzonego postępowania, albo mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Zamawiający okoliczności tych nie

14

wskazał, ani nie udowodnił. Podnosił, że w odniesieniu do wniosku AGN żadna z ww. okoliczności, wymienionych w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie zachodzi. Nawet pomijając oświadczenia i dokumenty zdaniem Zamawiającego niezgodne z prawdą, to i tak wniosek AGN powinien uzyskać 149 pkt, tj. zdecydowanie najwyżej. To oznacza, że AGN w jego ocenie zawsze kwalifikowałaby się do zaproszenia go do udziału w dialogu konkurencyjnym i to z najwyższą punktacją, gdyż ocena wniosku AGN powinna mieć powyżej 119 pkt. Złożenie wymienionych w decyzji Zamawiającego trzech tzw. referencji jest nieistotne dla oceny wniosku i pozycji AGN, gdyż nie wywołało ani nie mogło wywołać wpływu na wynik prowadzonego postępowania.

Podnosił, że czynności i zaniechania opisane w treści odwołania wskazują na nierówne stosowanie prawa wobec wykonawców, naruszając tym samym naczelne zasady systemu zamówień publicznych tj. zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, tym samym naruszając art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Podnosił również, że Zamawiający, zgodnie z zasadą jawności postępowania, powinien ujawniać wykonawcom wszystkie okoliczności i dokumenty leżące u podstaw takich a nie innych decyzji Zamawiającego. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 8 ust. 2 ustawy Pzp). Tym samym Zamawiający, o ile posiada jakiegokolwiek dokumenty lub inne dowody na potwierdzenie zarzutów stawianych AGN, zobowiązany był je wskazać. Nieujawnienie tych dokumentów stanowi naruszenie zasady jawności postępowania.

Odwołanie KIO 75/11

Wobec czynności podjętych przez Zamawiającego polegających na:

- a) uznaniu, że Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
- b) wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania;

c) niepoinformowaniu Odwołującego o dokumentach bądź też innych źródłach w oparciu o które Zamawiający sformułował pod adresem Odwołującego zarzut złożenia nieprawdziwych informacji.

Odwołujący, wykonawca Betacom S.A. w Warszawie wniósł odwołanie.

Wskazanych powyżej czynności Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie :

- a) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego;
- b) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 3 poprzez zawiadomienie

15

Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania bez podania uzasadnienia faktycznego,
c) art. art. 26 ust. 2a, art. 26 ust. 3, art. 26 ust. 4, art. 60a oraz art. 60d ust. 2, art. 87 ust. 1 ustawy Pzp,

d) art. art. 6 KC art. 232 k.p.c. , zgodnie z których zasadą ciężar dowodu spoczywa na osobie wywodzącej skutki prawne.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania;
- b) uznania, że wniosek o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym złożony przez Odwołującego nie zawiera nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
- c) dokonania oceny punktowej wniosku o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym złożonego przez Odwołującego;
- d) zaproszenie Odwołującego do udziału w dialogu konkurencyjnym.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, że Zamawiający w uzasadnieniu do swojej decyzji zarzucił Odwołującemu złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Zarzut swój Zamawiający odniósł do 2-óch spośród 17-tu wskazanych przez Odwołującego zrealizowanych zamówień (Oświadczenie - Wykaz zamówień stanowiące załącznik do złożonego wniosku). Są to następujące zamówienia, które w ten sam sposób zostały scharakteryzowane we wniosku:

Lp Wykona Opis zamówienia Zamawiający Wartość Okres realizacji Podmiot (nazwa, adres) wca (tylko zamówienia (inny niż (Pożądany: nr zamówie dotyczące prac o netto Wykonaw telefonu i nia podobnym charakterze) Zakończe ca nazwisko osoby (zł) Rozpoczę składający odbierającej nie cie [DD- [DD- ofertę) prace) wskazany MM- MM-

RRRR] w RRRR) kolumnie [c] będzie
brał udział w
realizacji części
zamówien ia
(TAK/N IE)

[f] [g] [h] [a] [b] [c] [d] [e]

16

5 Agencja Betaco „Rozbudowa macierzy 8.882.217,0 13-11- 20-12- Restrukturyzac m S.A. dyskowych HP Storage

ji i Works XP1024 oraz 0 2007 2007 Modernizacji oprogramowania do
Rolnictwa 00- wykonywania kopii 175 Warszawa, zapasowych HP Open
AlJana Pawta View Storage Data II 70 Tel.: 022 Protector w wersji 5.0"

595 05 65 W ramach realizacji Pawet Marciak zamówienia

zaprojektowano, dostarczono i wdrożono 16 Poste Italiane Dostawa i wdrożenie
Hewlet 10.997.466, 01-02- 20-12- TAK

SpA Agostino t- macierzy dyskowych Ragosa Packar klasy enterprise HP 00 2007 2007
d StorageWorks XP12000, urządzeń sieci SAN -

przełączniki FC „ W ramach realizacji
zamówienia zaprojektowano,
dostarczono i wdrożono system pamięci masowej
i backupu klasy

Odwołujący oświadczył, że w ramach umowy nr 124/DESI/2007/2611 z dnia 13.11.2007
wykonany został projekt techniczny. Odwołujący twierdził, że wniosek Zamawiającego zawarty w

piśmie z dnia 04 stycznia 2010 r., stwierdzający, że nie wykonano „projektu technicznego” jest gołosłowny, błędny i niezgodny z prawdą.

Odwołujący - Betacom S.A. realizuje wszystkie projekty zgodnie z metodyką Prince 2, która jest stosowana do zarządzania projektami dowolnej wielkości i dowolnego typu. Jest to standardowa metodyka stosowana w jednostkach administracji publicznej, a także powszechnie używana w sektorze prywatnym. Prince 2 rekomenduje określony system dokumentacji oraz określa zasady gromadzenia i przechowywania takiej dokumentacji. W przypadku, gdy umowa z Zamawiającym nie precyzuje bądź też nie reguluje kwestii wykonania całej lub części dokumentacji, dokumenty przekazane Zamawiającemu stanowią tylko część dokumentacji projektowej wykonawcy.

Zgodnie z przyjętą metodyką Prince 2, w każdym z realizowanych przez Betacom S.A. projekcie jest przygotowywana odpowiednia dokumentacja projektowa. W zależności od stopnia skomplikowania projektu w ramach dokumentacji projektowej przygotowywane są wszystkie lub tylko część wymaganych dokumentów. Standardowo przygotowywana przez Biuro Projektu firmy Betacom S.A. dokumentacja projektowa zawiera ogólne i szczegółowe informacje dotyczące projektu. W skład dokumentacji wchodzi teczka merytoryczna, która zawiera dokumentację związaną z technicznymi aspektami projektu oraz teczka jakości opisująca dokumentację oceny jakości i problemy podczas projektu.

Wywodził, że w ramach teczki merytorycznej projektu przygotowywane są następujące dokumenty szczegółowe:

- Umowy z Zamawiającym,

17

-
- Plany (projektu, jakości, komunikacji, zarządzania ryzykiem),
 - Rejestr ryzyka,
 - Dokumentacja techniczna produktów i rozwiązania (projekt techniczny oferowanego rozwiązania, elementy konfiguracji, lokalizacja elementów, specyfikacja usług).

Dlatego też działania realizowane przez Odwołującego oraz jego podwykonawców doprowadziły do powstania dokumentu o nazwie „Projekt Techniczny”. Powstały dokument stanowił element określający docelowy model dostaw i prac wdrożeniowych w ramach realizowanej umowy. Realizacja tak złożonego zlecenia bez wykonania stosownej dokumentacji projektowej skutkować mogłaby nienależytym wykonaniem umowy gdyż przy jego złożoności mogłaby doprowadzić do błędów podczas wdrożenia oraz przekroczenia terminów realizacji umowy itd.

Dodatkowo Odwołujący zwracał uwagę, że Zamawiający mimo, że ma taka możliwość wynikającą z art. 87 ust. 1, nie zwrócił się do Wykonawcy z żądaniem złożenia wyjaśnień odnośnie umowy realizowanej na rzecz Zamawiającego.

Odnosnie pozycji 16 Oświadczenia - Wykazu zamówień stanowiącego załącznik do wniosku Odwołującego, na podstawie załączonego oświadczenia Hewlett-Packard Polska Sp. z o. o. potwierdzał, że informacje dotyczące zamówienia zrealizowanego na rzecz Poste Italiane SpA są prawdziwe.

Odnosząc się do zarzutu niewykonania „projektu technicznego” (w przypadku obydwu umów), wskazywał, że nawet jeśli prace wykonane w ramach realizacji wskazanych zamówień - zakwalifikowane przez Odwołującego zgodnie ze stanem faktycznym jako prace projektowe - nie do końca zdaniem Zamawiającego odpowiadają jego definicji takich prac, to i tak decyzja o wykluczeniu Odwołującego z postępowania była połączona i chybiona. Stwierdzał, że informacja o tym, że wykonano projekt nie jest informacją nieprawdziwą. Co najwyżej - choć Odwołujący podtrzymywał swe stanowisko, że wszystkie podane przez niego informacje odpowiadają rzeczywistości - stwierdzić w takim przypadku można było, iż wskazane zamówienia nie mogą zostać zakwalifikowane jako potwierdzające doświadczenie adekwatne do wymaganego ogłoszeniem o zamówieniu. Nieprawdziwe informacje to takie, które są niezgodne z rzeczywistością, a nie takie które z jakiegoś powodu zostały błędnie czy inaczej zinterpretowane albo zakwalifikowane. W ocenie Odwołującego w rozumieniu przepisu powoływanego przez Zamawiającego jako podstawę prawną wykluczenia Odwołującego, informacje nieprawdziwe to takie, które przedstawiają odmienny stan rzeczy od stanu prawdziwego i które zostały złożone ze świadomością ich nieprawdziwości. Z faktu zaś, że Odbiorcom wskazanych zamówień nie przekazano projektów, będących naturalną i niezbędną częścią realizacji podobnych wdrożeń

18

zdaniem Odwołującego Zamawiający nie miał prawa wywnioskować, że Odwołujący świadomie w sposób bezsporny i ewidentny podał nieprawdziwe informacje, a także, że jego (Odwołującego) zamiarem było posłużenie się informacją nieprawdziwą w celu wywarcia wpływu na wynik postępowania.

Wywodził również, że Zamawiający nie wykazał w żadnym stopniu, iż oświadczenie Odwołującego jest nieprawdziwe. Zauważyć bowiem należy, że to na Zamawiającym zgodnie z art. 6 k.c. spoczywa ciężar dowodzenia przy wykazywaniu przesłanki wykluczenia.

Ponadto Odwołujący wskazywał, że Zamawiający jest związany treścią ogłoszenia, a wydaje się, że na etapie oceny Zamawiający ją zmodyfikował poprzez dodanie wymogu realizacji „projektu technicznego”, a nie jak wskazał w ogłoszeniu „projektu”. W ogłoszeniu o zamówieniu w części „warunki udziału” Zamawiający sformułował wymóg:

„III.2.3) Zdolność techniczna

Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów

1) Posiadają wiedzę i doświadczenie, tj. zrealizowali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również realizują, dostawy w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w

tym okresie:

— co najmniej 1 (jedno) zamówienie na projekt, dostawę i wdrożenie systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprise oraz,

— co najmniej 1 (jedno) zamówienie na projekt, dostawę i wdrożenie rozwiązania zrealizowanego na potrzeby Disaster Recovery Plan, obejmującego replikację danych pomiędzy systemami pamięci masowych, umiejscowionych w

oddalonych geograficznie centrach przetwarzania danych.”

Podnosił, że w późniejszej korespondencji jaką Zamawiający kierował do Odwołującego pojawia się sformułowanie „projekt techniczny”. Zdaniem Odwołującego między pojęciem „projekt” i „projekt techniczny” istnieje, czy też może istnieć różnica. Pod pojęciem „projekt” można rozumieć „1. «plan działania» 2. «wstępna wersja czegoś» 3. «dokument zawierający obliczenia, rysunki itp. dotyczące wykonania jakiegoś obiektu lub urządzenia»”¹. W oparciu o powyższe wnioskował, że użycie nietożsamyh określeń w ogłoszeniu o zamówieniu i w późniejszej korespondencji mogło spowodować pewien rodzaj niezrozumienia, czy też rozbieżności w interpretacji użytych sformułowań, nie mniej jeżeli Zamawiający w tym zakresie nie zmodyfikował ogłoszenia, którym jest związany nie może na etapie oceny wniosku opierać swojego rozstrzygnięcia na tej modyfikacji. Podnosił, że nie istnieje definicja projektu technicznego (istnieje definicja projektu), a Zamawiający tej definicji nie określił, na etapie wyjaśnień, tak więc aktualne

pozostaje określenie wymagania realizacji projektu.

Odwołanie KIO 76/11

Wobec czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Spółki Qumak- Sekom S.A. z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust 2 pkt. 3 ustawy PZP, Odwołujący Qumak Sekom S.A. wniósł odwołanie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- a) błędne ustalenie stanu faktycznego,
- b) naruszenie art. 7 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust 1 ustawy Pzp polegające na tym, że Zamawiający przedwcześnie wykluczył Odwołującego bez zastosowania trybu przewidzianego w ww. art. ustawy Pzp;
- c) naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt.3 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione uznanie, że Odwołujący złożył w swoim wniosku nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania,
- d) naruszenie przepisu art. 60 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezaproszenie Odwołującego do złożenia oferty w analizowanym postępowaniu przetargowym.

Odwołujący wniósł o:

- a) unieważnienie decyzji Zamawiającego w sprawie zaproszenia uczestników przetargu do składania ofert oraz wykluczenia Odwołującego z postępowania,

- b) powtórne dokonanie oceny wniosków złożonych w przedmiotowym postępowaniu,
- c) zaproszenie Odwołującego do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu,
- d) dopuszczenie jako dowodów dokumentów załączonych do odwołania,
- e) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

W uzasadnieniu Odwołujący podnosił, że Zamawiający dokonał błędnego ustalenia stanu faktycznego w niniejszej sprawie i z naruszeniem przepisów prawa wykluczył Odwołującego z przetargu. Zamawiający w swojej decyzji z dnia 03 stycznia 2011 r. wskazał, że cyt. „w „oświadczeniu” - wykaz zamówień w poz. 3 wyszczególniono zamówienie zrealizowane przez spółkę IBM Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Komendy Głównej Straży Granicznej”. Przedmiotowe zamówienie zrealizowane na kwotę 73.158.000,00 zł zostało opisane jako „umowa obejmująca projekt, dostawę i wdrożenie systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprises”. Zamawiający w piśmie tym wskazał, iż w toku badania i oceny wniosków o

20

dopuszczenie do udziału w dialogu ustalił, iż wartość prac odpowiadających swoim zakresem przedmiotowi niniejszego zamówienia oraz kryteriom wymaganym przez niego wynosiła jedynie 2.393.706,05 zł.

Wskazywał, że zamówienie opisane w de facto poz. 6 tabelki- „Wykaz zamówień” ze strony 37 wniosku Odwołującego, dotyczy umowy zrealizowanej przez IBM Polska Sp. z o.o. dla Komendy Głównej Straży Granicznej na łączną kwotę 73.158.000,00 zł. Niewiadomym jest, skąd Zamawiający posiada inne dane na temat omawianego zamawiania a z uzasadnienia decyzji o wykluczeniu Odwołującego w żaden sposób nie wynika jakie to ustalenia doprowadziły Zamawiającego do takich wniosków. Podnosił, że przedmiot umowy realizowany dla Straży Granicznej obejmował całościowo projekt, dostawę i wdrożenie systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprises. Wskazywał, że sama dostawa macierzy dla Komendy Głównej Straży Granicznej osiągnęła wartość właśnie 2.393.706,05 zł.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający nie wezwał go do złożenia w trybie art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp wyjaśnień, co do wartości przedmiotu Umowy zrealizowanego przez IBM Polska Sp. z o.o. na rzecz Komendy Głównej Straży Granicznej. Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wywodził, że zasadnym jest wezwanie uczestnika przetargu do wyjaśnień przed postawieniem mu zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji i wykluczeniem z przetargu. Zastosowanie art. 87 ust 1 Pzp jest w tym wypadku niezbędne bowiem tylko w ten sposób Zamawiający może wykluczyć wątpliwości, czy treść znajdująca się w oświadczeniach wykonawcy nie wynika z jego błędnej interpretacji SIWZ. Wywodził, że Zamawiający powołując się na podstawę prawną wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, powinien - dokonując oceny dokumentów i oświadczeń - w złożonej ofercie, w pierwszej kolejności stwierdzić, iż przedłożone dokumenty i oświadczenia nie są skutkiem błędnej interpretacji SIWZ przez wykonawcę, albowiem tylko takie ustalenie pozwoliłoby postawić tezę, że przedłożone informacje są nieprawdziwe, a ich przedłożenie miało w konsekwencji na celu niezgodne z ustawą uzyskanie zamówienia przez Wykonawcę, a zatem miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Ponadto, w ocenie Odwołującego uzasadnione wątpliwości budzi fakt, że w dniu 04 listopada 2010 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień w sprawie wartości zamówienia zrealizowanego na rzecz Ministerstwa Finansów oraz na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. W związku z tym niezrozumiałym jest, dlaczego w przypadku wątpliwości, co do wartości zamówienia realizowanego przez IBM Sp. z o.o. na rzecz Komendy Głównej Straży Granicznej, Zamawiający nie zwrócił się z zapytaniem do Odwołującego o stosowne wyjaśnienia w tej kwestii.

21

Takie postępowanie Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia i stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Wskazywał, iż w przypadku zastosowania art. 24 ust 2 pkt. 3 ustawy Pzp i wykluczenia wykonawcy z przetargu, ciężar udowodnienia, że dane informacje są nieprawdziwe, spoczywa na Zamawiającym. W niniejszej sprawie Zamawiający nie udowodnił, że wartość zamówienia zrealizowanego przez IBM Polska Sp. z o.o. na rzecz Komendy Głównej Straży Granicznej jest niezgodna ze stanem faktycznym. Zamówienie na projekt, dostawę i wdrożenie systemu pamięci

masowej i backupu klasy enterprises zrealizowane przez IBM Polska Sp. z o.o. na rzecz Komendy Głównej Straży Granicznej osiągnęło wartość 73.158.000,00 zł, a wartość 2.393.706,05 zł to kwota częściowa, za którą zostały dostarczone same macierze.

Odwołanie KIO 77/11

Wobec czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego IT.expert sp. z o.o. w Warszawie z postępowania, a także zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp przez zaniechanie czynności wezwania Odwołującego do uzupełniania wniosku w trybie art. 26 ust. 3 ustawy; zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy przez zaniechanie czynności wezwania Odwołującego do wyjaśnienia wniosku w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp a także zaniechania czynności zaproszenia Odwołującego do dialogu konkurencyjnego w postępowaniu Odwołujący IT.expert sp. z o.o. w Warszawie wniósł odwołanie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z Postępowania pomimo, że złożone przez Odwołującego informacje, które kwestionuje Zamawiający nie miały i nie mogą mieć wpływu na wynik prowadzonego Postępowania;
- b) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z Postępowania pomimo, że jego zachowanie nie nosiło znamion winy;
- c) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania;
- b) unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a także czynności przyznawania punktacji poszczególnym wnioskom, jak również czynności

22

-
- zaproszenia wykonawców do dialogu konkurencyjnego;
 - c) ewentualne nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności wezwania Odwołującego do uzupełniania wniosku w postępowaniu;
 - d) ewentualne nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności wezwania Odwołującego do wyjaśnienia wniosku w postępowaniu;
 - e) powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, razem z przyznawaniem oceny punktowej wnioskowi wykonawców;
 - f) powtórzenia czynności zaproszenia wykonawców do dialogu konkurencyjnego w postępowaniu, a w szczególności poprzez zaproszenie do dialogu konkurencyjnego Odwołującego.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, że w dniu 4 stycznia 2011 r. Zamawiający wykluczył go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, argumentując, iż jedno z zamówień wskazane przez Odwołującego w wykazie zamówień (pozycja nr 17) na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, realizowane na rzecz Hewlett Packard Italiana S.r.l., nie obejmuje wykonania „projektu technicznego” „systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprise w obszarze funkcjonalnym backupu (kopi zapasowych) oraz wdrożenia tego systemu”, a także realizacji „rozwiązania na potrzeby Disaster Recovery Plan”.

Odwołujący podkreślał, iż wskazane zamówienie nie było jedynym zamówieniem przedstawionym na potwierdzenie posiadanej wiedzy i doświadczenia. Zgodnie z punktem III.2.3. ogłoszenia o postępowaniu, warunkiem udziału w postępowaniu jest wykazanie realizacji „co najmniej jednego zamówienia na projekt, dostawę i wdrożenie systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprise oraz, co najmniej jednego zamówienia na projekt, dostawę i wdrożenie rozwiązania zrealizowanego na potrzeby Disaster Recovery Plan, obejmującego replikację danych pomiędzy systemami pamięci masowych, umiejscowionych w oddalonych geograficznie centrach przetwarzania danych.”

Podnosił, iż we wniosku wykazał 31 zamówień potwierdzających w jego ocenie spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Treść ww. wykazu przytaczał w treści odwołania. Podnosił, iż warunkiem wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest wykazanie

przez Zamawiającego łącznego spełnienia dwóch przesłanek: (i) złożenia nieprawdziwych informacji, (ii) które to informacje mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. W konsekwencji, nie wystarczy sam fakt złożenia informacji nieprawdziwych, ale należy udowodnić również ich rzeczywisty lub potencjalny wpływ na wynik postępowania. Mając na uwadze, iż pozostałe zamówienia wskazane w wykazie zamówień przez Odwołującego są wystarczające dla oceny zdolności technicznej (wymogiem Zamawiającego było przedstawienie jednego zamówienia,

23

tymczasem Odwołujący wskazał ich kilkadziesiąt), obowiązkiem Zamawiającego jest ich uwzględnienie, z pominięciem zamówienia realizowanego na rzecz Hewlett Packard Italiana SpA. W tym kontekście, nie można uznać, iż nieprawdziwe informacje mają jakikolwiek wpływ na wynik postępowania. Ocena oferty Odwołującego, z pominięciem jednego zamówienia kwestionowanego przez Zamawiającego, musi prowadzić do uznania przez Zamawiającego, że Odwołujący spełnił wszystkie wymagane warunki udziału w postępowaniu. Odnosząc się natomiast do przesłanki złożenia „nieprawdziwych informacji” podkreślał, że dla jej spełnienia nie wystarczy obiektywna nieprawdziwość informacji ale również wina wykonawcy (tu: Odwołującego) polegająca na zamiarze celowego wprowadzenia w błąd Zamawiającego. Wprawdzie przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 nie artykułuje tego wymogu wprost, to jednak reguły pro-wspólnotowej interpretacji prawa krajowego nakazują urzeczywistnić sens przepisu Dyrektywy, na którym dany przepis prawa krajowego znajduje oparcie. Znowelizowany przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy jest implementacją dyrektywy 2004/18/WE, która w art. 45 ust. 2 lit. g stanowi wprost o winie wykonawcy, który „jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy”. Tymczasem, intencją Odwołującego nie było celowe wprowadzenie w błąd Zamawiającego. Odwołujący przedstawił w ofercie inne referencje, które są w świetle wymagań zawartych w Ogłoszeniu, całkowicie wystarczające dla uznania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. Celem Odwołującego było opisanie dodatkowych zamówień realizowanych na rzecz innych podmiotów, które w ocenie Odwołującego mogły mieć znaczenie dla Zamawiającego. Wskazywał, że Zamawiający pominął również przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie, z którym powinien wezwać Odwołującego do uzupełnienia wniosku w zakresie dowodów na poparcie prawidłowości złożonych oświadczeń dot. wykazanych dostaw oraz przedłożonych referencji. Co więcej, Zamawiający, który powziął w stosunku do Odwołującego (mającego znaczną renomę na rynku usług IT) wątpliwości w zakresie prawdziwości złożonych oświadczeń, powinien uwzględnić przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zgodnie, z którym powinien wezwać Odwołującego do wyjaśnienia wniosku np. do wyjaśnienia wątpliwości czy też podejrzeń Zamawiającego, zaprzeczających prawidłowości złożonych oświadczeń dotyczących z wykazanych dostaw oraz przedłożonych referencji. W ocenie Odwołującego wykluczenie wykonawcy jest czynnością ostateczną i powinno odbyć się dopiero po wykorzystaniu wszelkich innych instrumentów prawnych.

Odwołanie KIO 78/11

Wobec:

a) czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego Hewlett-Packard

24

Polska Sp. z o.o. w Warszawie,

b) zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania przez Zamawiającego czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu wniosku Odwołującego, w szczególności czynności przyznawania punktacji wnioskowi Odwołującego, zgodnie z zasadami określonymi w przepisach ustawy Pzp oraz w ogłoszeniu o zamówieniu,

c) zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania przez Zamawiającego czynności wezwania Odwołującego do wyjaśnienia wniosku w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp,

d) zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania przez Zamawiającego czynności wezwania Odwołującego do uzupełniania wniosku w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,

e) zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania przez Zamawiającego czynności zaproszenia Odwołującego do dialogu

konkurencyjnego w postępowaniu

Odwołujący, wykonawca Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. w Warszawie, wniósł odwołanie.

Ww. czynnościom oraz zaniechaniom czynności przez Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 8 ust. 1 i 2, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 2a, art. 26 ust. 3, art. 26 ust. 4, art. 60a oraz art. 60d ust. 2 ustawy Pzp.

Ponadto, w ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył, poprzez jego niezastosowanie w sprawie oceny wniosku Odwołującej, art. 14 ustawy Pzp, zgodnie z którym „do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny”, wraz z naruszeniem art. 6 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym „ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne”.

Odwołujący wniósł o:

- a) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego,
- b) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w szczególności czynności przyznawania punktacji poszczególnym wnioskowi, oraz czynności zaproszenia wykonawców do dialogu konkurencyjnego,
- c) ewentualne nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności wezwania Odwołującego do uzupełniania wniosku w postępowaniu,
- d) ewentualne nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności wezwania Odwołującego do

25

wyjaśnienia wniosku w postępowaniu,

- e) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wraz z przyznawaniem oceny punktowej wnioskowi wykonawców,
- f) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności zaproszenia wykonawców do dialogu konkurencyjnego w postępowaniu, a w szczególności poprzez zaproszenie do dialogu konkurencyjnego Odwołującego,
- g) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

W uzasadnieniu Odwołujący podnosił, że nie można mu postawić zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, tj. zarzutu wynikającego z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu Zamawiającego dotyczącego poz. 12 wykazu zamówień z wniosku Odwołującego podnosił, że nie jest prawdą, że w ramach przedmiotowego zamówienia zrealizowanego na rzecz Poste Italiane S.p.A. przez podmiot udzielający Odwołującemu zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, nie zrealizowano „projektu technicznego”, „systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprise w obszarze funkcjonalnym backupu (kopii zapasowych)” oraz „wdrożenia” tego systemu, a także, że w ramach wskazanego zamówienia nie zrealizowano „żadnego rozwiązania na potrzeby Disaster Recovery Plan”.

Odwołujący wskazywał, że ww. zamówieniu wykonano tak „projekt techniczny”, „system pamięci masowej i backupu klasy enterprise w obszarze funkcjonalnym backupu (kopii zapasowych)” oraz „wdrożenie” tego systemu, a także, że zrealizowano rozwiązanie na potrzeby Disaster Recovery Plan. Wywodził, że zarzut Zamawiającego jest nieudowodniony, a czynności podjęte w oparciu wyrażone w nim przekonanie Zamawiającego, są wadliwymi czynnościami Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzut dot. poz. 36 wykaz zamówień z wniosku Odwołującego podnosił, że nie jest prawdą, że w ramach przedmiotowego zamówienia zrealizowanego przez Betacom SA z siedzibą w Warszawie jako podmiot udzielający Odwołującemu zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, nie zrealizowano „projektu technicznego”. Odwołujący stwierdzał, że w ww. zamówieniu wykonano także „projekt techniczny”. Wywodził, że zarzut Zamawiającego jest nieudowodniony, a zatem czynności podjęte w oparciu wyrażone w nim przekonanie Zamawiającego są wadliwymi czynnościami Zamawiającego.

Wskazywał, że standardowo przygotowywana przez Biuro Projektu firmy Betacom SA dokumentacja projektowa zawiera ogólne i szczegółowe informacje dotyczące projektu. W skład dokumentacji wchodzi teczka merytoryczna, która zawiera dokumentację związaną z technicznymi

26

aspektami projektu oraz teczką jakości opisującą dokumentację oceny jakości i problemy podczas projektu. W ramach teczki merytorycznej projektu przygotowywane są następujące dokumenty szczegółowe:

- a) umowy z Zamawiającym,
- b) plany (projektu, jakości, komunikacji, zarządzania ryzykiem),
- c) rejestr ryzyka,
- d) dokumentacja techniczna produktów i rozwiązania (projekt techniczny oferowanego rozwiązania, elementy konfiguracji, lokalizacja elementów, specyfikacja usług).

Zatem działania realizowane przez wykonawcę oraz jego podwykonawców doprowadziły do powstania projektu - dokumentu o nazwie „Projekt Techniczny”. Powstały dokument stanowił element określający docelowy model dostaw i prac wdrożeniowych w ramach realizowanej umowy.

Dodatkowo, odwołujący oświadczał, iż wykonawca - Betacom SA, wszystkie projekty realizuje zgodnie z metodyką Prince 2, która jest stosowana do zarządzania projektami dowolnej wielkości i dowolnego typu. Jest to standardowa metodyka stosowana w jednostkach administracji publicznej, a także powszechnie używana w sektorze prywatnym. Prince 2 rekomenduje określony system dokumentacji oraz określa zasady gromadzenia i przechowywania takiej dokumentacji. W przypadku, gdy umowa z Zamawiającym nie precyzuje bądź też nie reguluje kwestii wykonania całej lub części dokumentacji, dokumenty przekazane Zamawiającemu stanowią tylko część dokumentacji projektowej wykonawcy, jednak są realizowane.

Zgodnie z przyjętą metodyką Prince 2, w każdym z realizowanych przez Betacom SA projekcie jest przygotowywana odpowiednia dokumentacja projektowa. W zależności od stopnia skomplikowania projektu w ramach dokumentacji projektowej przygotowywane są wszystkie lub tylko część wymaganych dokumentów. W związku z powyższym potwierdzały, że złożone oświadczenie o wykonaniu w ramach realizacji umowy nr 124/DES/2007/2611 z dnia 13.11.2007 prac polegających na wykonaniu „projektu technicznego” jest prawdziwe, nie stanowiąc tym samym przesłanki do wykluczenia wykonawcy, w trybie art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu dot. poz. 43 wykazu zamówień z wniosku Odwołującego podnosił, że nie jest prawdą, że w ramach przedmiotowego zamówienia zrealizowanego na rzecz PZU SA (PZU ście SA) przez Asseco Systems SA z siedzibą w Warszawie, wartość prac odpowiadająca zakresowi przedmiotowi niniejszego zamówienia oraz kryteriom wymaganym przez Zamawiającego wyniosła około 70% wskazanej przez Odwołującego kwoty. Tym samym nieprawdą jest, że przedmiotowe zamówienie nie było zrealizowane w okresie 01.07.2007 r. - 31.12.2007 r. na kwotę 8.100.000.00 zł. Gdyby Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia wniosku lub dokonania wyjaśnień tego

wniosku, Odwołujący przekonałaby Zamawiającego o prawdziwości jej oświadczeń, gdyż dysponuje dokumentami potwierdzającymi zawarcie umowy we wspomnianym zakresie oraz protokołem odbioru określonych prac potwierdzających dane wskazane w jej wniosku.

Odwołujący zapewniał, że wartość wykonanego zamówienia przenosi poziom na jaki powołuje się w treści pisma z dnia 4 stycznia 2011 r. Zamawiający. Wskazywał, że zarzut Zamawiającego jest nieudowodniony, a zatem czynności podjęte w oparciu wyrażone w nim przekonanie Zamawiającego, są czynnościami wadliwymi.

Odwołujący podnosił również, że Zamawiający pominął przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie, z którym powinien wezwać Odwołującego do uzupełnienia wniosku np. o dowody na poparcie prawidłowości (rzetelności) oświadczeń i wniosków dot. tzw. referencji. Wywodził również, iż Zamawiający bezpodstawnie w toku oceny wniosku Odwołującego pominął przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie, z którym powinien wezwać Odwołującego do wyjaśnienia wniosku np. do wyjaśnienia wątpliwości czy też podejrzeń Zamawiającego, zaprzeczających prawidłowości (rzetelności) oświadczeń i wniosków dot. tzw. referencji.

Argumentował, że ocena wniosku Odwołującego, zaniechana przez Zamawiającego w zakresie przyznania punktów i sklasyfikowania pośród innych wykonawców, zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, musi mieć kwalifikowaną postać, tj. nie wystarczy złożenie nieprawdziwych informacji przez wykonawcę, ale działanie wykonawcy musi mieć skutek w postaci wywołania wpływu na wynik prowadzonego postępowania, albo przynajmniej mieć skutek w postaci możliwości wywołania wpływu na wynik prowadzonego postępowania.

Podnosił, że gdyby Zamawiający dokonał czynności przyznania punktacji wnioskowi Odwołującego, stwierdziłby, iż także bez uwzględnienia spornych zdolności, wniosek

Odwołującego winien uzyskać 149 punktów, tj. zdecydowanie najwyżej, a zatem Odwołujący zawsze kwalifikowałby się do zaproszenia do dialogu konkurencyjnego (najwyższy wniosek z pozostałych uzyskał 119 punktów). Należy uznać, iż złożenie wymienionych w decyzji Zamawiającego trzech tzw. referencji jest nieistotne dla oceny wniosku i pozycji Odwołującego, gdyż nie wywołało ani nie mogło wywołać wpływu na wynik prowadzonego postępowania, w konkretnych okolicznościach.

Argumentował, że powyższe zarzuty oznaczają w konsekwencji nierówność stosowania prawa wobec wykonawców, naruszając zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w tym art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył także inną podstawę systemu zamówień publicznych, tj. ukształtowaną w art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, zasadę jawności postępowania o

28

udzielenie zamówienia, która może doznać uszczerbku jedynie w przypadkach określonych w ustawie. Zakwestionowane czynności i zaniechania Zamawiającego i sposób ich podjęcia, nie bronią się w świetle nakazu jawności działania Zamawiającego. Działanie to należy oceniać także w kontekście naruszenia ww. zasad art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Odwołanie KIO 83/11

Wobec czynności dokonanej przez zamawiającego, polegającej na wykluczeniu Odwołującego Consortia sp. z o.o. w Warszawie z postępowania, oraz wobec zaniechania czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wniosku Odwołującego, a także zaniechania czynności przyznawania punktacji wnioskowi Odwołującego, Odwołujący Consortia sp. z o.o. w Warszawie wniósł odwołanie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisy art. 7 ust. 1 i 3, art. 8 ust. 1 i 2, art. 14, wraz z art. 6 Kodeksu cywilnego, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 2a, art. 60a, art. 60d ust. 2, a także art. 7 ust. 1 i 3 i art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego,
- b) unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- c) unieważnienia czynności przyznawania punktacji poszczególnym wnioskowi,
- d) unieważnienia czynności zaproszenia wykonawców do dialogu konkurencyjnego,
- e) wykonania czynności wezwania Odwołującego do uzupełniania wniosku w postępowaniu,
- f) wykonania czynności wezwania Odwołującego do wyjaśnienia wniosku w postępowaniu,
- g) powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wraz z przyznawaniem oceny punktowej wnioskowi wykonawców,
- h) powtórzenia czynności zaproszenia wykonawców do dialogu konkurencyjnego w postępowaniu,
- i) wykonania czynności przyznawania oceny punktowej wnioskowi Odwołującego,
- j) wykonania czynności zaproszenia Odwołującego do dialogu konkurencyjnego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał na naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP, gdyż okoliczności wskazane przez zamawiającego, to tzw. kwalifikowane złożenie nieprawdziwych informacji, w którym czyn wykonawcy wywołuje wpływ na wynik prowadzonego postępowania lub przynajmniej może mieć skutek wywołania wpływu na wynik prowadzonego postępowania. Podnosił, że odwołujący winien i bez zakwestionowanego doświadczenia

29

wynikającego z zamówienia zrealizowanego przez partnera odwołującego (Hewlett Packard) na rzecz Poste Italiane spa, zostać zaproszony do dialogu konkurencyjnego na pierwszej pozycji spośród wykonawców zaproszonych. Wobec powyższego wywodził, że nie zachodzi wymagana ustawą kwalifikowana forma złożenia nieprawdziwych informacji.

Podnosił, że decyzja zamawiającego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu nie została poparta dowodami, a zatem narusza wymóg wykazania przesłanki wykluczenia wykonawcy z art. 26 ust. 2a PZP. Zamawiający w ww. decyzji wskazał jedynie, że wobec wiedzy i doświadczenia odwołującego -zamówienia na rzecz Poste Italiane SPa, zamawiający ustalił, że zakres prac faktycznie zrealizowanych w ramach wskazanego zamówienia nie odpowiada zakresowi prac określonego przez odwołującą w wykazie zamówień. Zamawiający wskazał, że wg informacji

uzyskanych przez niego, w ramach wykazywanego zamówienia nie zrealizowano:

- a) projektu technicznego,
- b) systemu pamięci masowej backupu klasy enterprise w obszarze funkcjonalnym backupu (kopii zapasowych),
- c) wdrożenia systemu,
- d) rozwiązania na potrzeby Disaster Recovery Plan.

Podnosił, że ustalenia zamawiającego są niezgodne z prawdą materialną, przez co decyzja zamawiającego oparta na art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest bezpodstawną.

Odwołanie KIO 84/11

Wobec:

- a) czynności wykluczenia Odwołującego Comparex Poland sp. z o.o. w Warszawie z postępowania,
- b) zaniechania wezwania Odwołującego do wyjaśnień złożonych przez niego dokumentów;
- c) zaniechania zaproszenia Odwołującego do dialogu konkurencyjnego;
- d) zaniechania wykluczenia wykonawcy Consortia sp. z o.o. na innej podstawie prawnej i faktycznej niż wskazana w informacji o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu;
- e) zaniechania udostępnienia Odwołującemu kompletnych treści wniosków wszystkich wykonawców, a tym samym bezpodstawne uznanie za skutecznie dokonane zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, które za tajemnicę nie mogą być uznane Odwołujący Comparex Poland sp. z o.o. w Warszawie wniósł odwołanie.

30

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i 3, art. 8 ust. 2 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 oraz ust. 4, art. 26 ust. 4, art. 60d ust. 1 i 2, art. 96 ust. 3 ustawy Pzp oraz innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności zaproszenia do dialogu konkurencyjnego wykonawców wskazanych przez Zamawiającego oraz czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- b) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
- c) dokonania ponownej czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
- d) udostępnienia Odwołującemu kompletnych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonych przez wszystkich wykonawców,
- e) wykluczenia wykonawcy Consortia sp. z o.o. w Warszawie z powodu okoliczności wskazanych w uzasadnieniu odwołania;
- f) wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zakresie dokumentów złożonych w toku postępowania;
- g) zaproszenia Odwołującego do dialogu konkurencyjnego.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego wykluczenia go z udziału w postępowaniu Odwołujący podniósł, iż Zamawiający jako uzasadnienie wykluczenia go z postępowania podał, iż wartość umowy wskazanej w poz. 4 wykazu jest inna niż ta wskazana przez Odwołującego. Stwierdził, iż „w toku badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w dialogu Zamawiający ustalił, że wartość prac odpowiadająca zakresem przedmiotowi niniejszego zamówienia oraz kryterium wymaganym przez Zamawiającego wyniosła 2.393.706,05 zł. Wywodził, że Zamawiający nie podał w jaki sposób obliczył powyższą wartość i w oparciu o jakie dokumenty. Podnosił, iż wnioskował do Zamawiającego o wgląd do załączników do protokołu w postaci korespondencji dotyczącej niniejszego postępowania, jednakże Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu żadnych dokumentów poza częścią jawną wniosków. W związku z powyższym Odwołujący nie może przedstawić argumentacji dotyczącej dowodów na które się powołuje Zamawiający.

Wskazywał, iż zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający wzywa w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Wywodził, iż ustawa nakłada na zamawiających obowiązki niezależne od oceny stanu faktycznego, który był lub mógłby być dokonany przez samego zamawiającego. Powołując się na orzecznictwo KIO wywodził, iż przed wykluczeniem z postępowania za podanie nieprawdziwych informacji Zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę w trybie art. 26 ust.

31

4 do złożenia wyjaśnień. Zamawiający zatem jeżeli miał wątpliwości co do prawdziwości twierdzeń zawartych we wniosku powinien wystąpić do Odwołującego o wyjaśnienia -czego zaniechał.

Uzasadniając zarzut niezasadnego zastrzeżenia dokumentów jako tajemnica przedsiębiorstwa wskazywał, że zgodnie z treścią art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Podnosił, że przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie oznacza dla wykonawcy, iż może zastrzec każdą informację. Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy [obecnie art. 8 ust. 3] z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177 z późn. zm.), - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 [obecnie art. 8 ust. 3] tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Z powyższego wynika, iż Zamawiający zobowiązany był co najmniej do zbadania skuteczności zastrzeżeń dokonanych przez wykonawców, którzy złożyli wnioski, a w przypadku stwierdzenia bezskuteczności dokonanego zastrzeżenia - do odtajnienia części wniosku. Przywołana uchwała SN wskazuje, iż badanie poprawności zastrzeżenia przez wykonawcę informacji jest obowiązkiem, a nie uprawnieniem Zamawiającego. W ramach badania zasadności zastrzeżenia Zamawiający ma obowiązek sprawdzić wszystkie elementy konieczne dla zgodnego z prawem utajnienia. Prawo do zastrzeżenia w treści wniosku informacji stanowiących, w opinii wykonawcy, tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest nigdy prawem bezwzględnym, chociażby dlatego, że wykonawca nie może zastrzec elementów, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy oraz naczelną zasadą wyrażoną w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp zasadę jawności. Wskazywał, że przedsiębiorca utajniający określone informacje musi w sposób nie budzący najmniejszych wątpliwości wykazać, iż - zgodnie z dyspozycją normy wynikającej z przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - informacje zastrzeżone przez wykonawcę mają wartość gospodarczą (stanowią informacje techniczne, technologiczne, handlowe lub organizacyjne przedsiębiorstwa), jako zbiór informacji nie były nigdzie wcześniej prezentowane i nie są one dostępne dla osób postronnych. W wyroku z dnia 3 października 2000r. (syng. Akt I CKN 304/00, OSNC 2001/4/59) Sąd Najwyższy orzekł, iż w kontekście tajemnicy przedsiębiorstwa o handlowym charakterze informacji decyduje to, czy dotyczy ona całokształtu doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa,

32

nie związanych jednak ściśle z cyklem produkcyjnym. Zamawiający dokonując czynności badania zasadności zastrzeżenia musi wziąć pod uwagę wszystkie ww. przesłanki i okoliczności, czego jednak w okolicznościach niniejszej sprawy zaniechał.

W dokumentacji postępowania, a w szczególności w protokole postępowania brak jest jakichkolwiek informacji na temat badania przez Zamawiającego zasadności zastrzeżenia, w tym czy zostały spełnione wszystkie przesłanki konieczne do stwierdzenia skuteczności utajnienia oferty, tj. sprawdzenia czy:

- a. informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- b. zastrzeżone informacje nie były nigdzie wcześniej prezentowane i osoby postronne nie mogą się z nimi zapoznać w normalnym toku działań,
- c. Wykonawca zastrzegł w ustawowym terminie, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, iż nie mogą one być udostępniane,
- d. zastrzeżone informacje nie należą do katalogu określonego w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp.

Podnosił, iż okoliczności zaistniałe w postępowaniu wskazują, iż wykaz zamówień złożony przez Consortia sp. z o.o. może w znacznej części się pokrywać z wykazami innych wykonawców bazujących na doświadczeniu Hewlett-Packard lub IT.expert sp. z o.o. Skoro wykaz Consortia sp. z o.o. nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i jako taki został ujawniony do publicznej wiadomości to także wykazy pozostałych wykonawców bazujących na analogicznym doświadczeniu nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Także informacje potwierdzające, że dane zamówienia zostały wykonane należycie oraz zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia wiedzy i doświadczenia nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Niedopuszczalne jest zastrzeganie informacji jako niejawnych wyłącznie w celu uniknięcia możliwości weryfikacji ich przez innych

wykonawców.

W trakcie rozprawy w dniu 28 stycznia 2010 r. Odwołujący Comparex Poland sp. z o.o. w Warszawie cofnął zarzut niewykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Consortia sp. z o.o. w Warszawie z innych powodów niż wskazane w informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

STAN FAKTYCZNY KIO 73/11

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu,

33

wniosek o dopuszczenie do udziału w dialogu, odwołanie, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, dokumenty, oświadczenia i stanowiska Stron i uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, skład orzekający Izby ustalił co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ustalono również, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Decyzja zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu pozbawia go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, a tracąc tę możliwość, może ponieść szkodę. Wyczerpuje to materialnoprawną przesłankę do wniesienia odwołania, opisaną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W postanowieniu pkt III.2.3 w ppkt 1 ogłoszenia o zamówieniu „Zdolność techniczna”, „Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów” Zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia przesadzając, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

„Posiadają wiedzę i doświadczenie, tj. zrealizowali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również realizują, dostawy w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

— co najmniej 1 (jedno) zamówienie na projekt, dostawę i wdrożenie systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprise oraz,

— co najmniej 1 (jedno) zamówienie na projekt, dostawę i wdrożenie rozwiązania zrealizowanego na potrzeby Disaster Recovery Plan, obejmującego replikację danych pomiędzy systemami pamięci masowych, umiejscowionych w oddalonych geograficznie centrach przetwarzania danych.”

34

W celu wykazania spełnienia tak opisanego warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z pkt III.2.1 lit. h) wykonawcy wraz z wnioskiem zobowiązani byli złożyć *wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy zostały wykonane należycie.*

Ponadto, w myśl pkt III.2.1. lit. i) ogłoszenia, *jeżeli w wykazie, w którym mowa w lit. h, wykonawca*

wyказаł doświadczenie innego podmiotu winien złożyć w szczególności pisemne zobowiązanie tego podmiotu do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia

oraz pisemne zobowiązanie tego podmiotu do uczestnictwa w realizacji części zamówienia.

Zamawiający, w pkt IV. 1.2. ogłoszenia ograniczył liczbę wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do udziału w dialogu konkurencyjnym do 5 (pięciu) oraz opisał kryteria wyboru ograniczonej liczby kandydatów. Zgodnie z tymi kryteriami „Zamawiający dokona oceny punktowej wniosków, które zostały złożone przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu z udziału w postępowaniu, według następujących zasad:

„za całkowitą wartość zrealizowanych zamówień spełniających kryteria dopuszczenia do udziału w postępowaniu (warunek udziału w postępowaniu opisany w sekcji III.2.3 pkt 1 ogłoszenia) przyznana zostanie punktacja w następujący sposób:

- 1) zamówienie o wartości poniżej 5 000 000 PLN netto: Zamawiający przyzna 1 punkt za każdy pełny 1 000 000 PLN netto wartości zamówienia,
- 2) zamówienie o wartości od 5 000 000 PLN netto do 10 000 000 PLN netto: Zamawiający przyzna 5 punktów oraz dodatkowo 1,5 pkt za każdy pełen 1 000 000 PLN netto ponad 5 000 000 PLN wartości zamówienia,
- 3) zamówienie o wartości powyżej 10 000 000 PLN netto: Zamawiający przyzna 12,5 pkt oraz dodatkowo 2 punkty za każdy pełen 1 000 000 PLN netto ponad 10 000 000 PLN wartości zamówienia.

Punktacja będzie obliczona w zaokrągleniu do 0,5 punktu. Zamawiający zaprosi do dialogu 5 wykonawców, którzy uzyskali najwyższą końcową ocenę punktową wniosku.”

Zamawiający sformułował wzór wykazu dostaw (załącznik nr 3 do wniosku), w którym należało wskazać dane dotyczące: zamawiającego (nazwa, adres, pożądany nr telefonu i nazwisko osoby odbierającej prace), wykonawcę zamówienia, opis zamówienia (tylko zamówienia dotyczące prac o podobnym charakterze), wartość netto, okres realizacji (rozpoczęcie, zakończenie), oraz oświadczenie czy inny niż wykonawca podmiot będzie brał udział w realizacji części zamówienia.

35

Odwołujący Asseco złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym, do którego załączył wykaz dostaw. W wykazie tym, w pozycji 6, wykazał wykonanie zamówienia. Wskazał m.in. opis ww. zamówienia, jego wartość i czasookres jego realizacji. Do wykazu załączył referencje zleceniodawcy wymienionego w wykazie usług, w której zleceniodawca opisowo wskazał wartość umowy. Informacje te Asseco zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 4 listopada 2010 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienia dotyczące wartości tej pozycji poprzez wskazanie, jaka kwota w zadeklarowanej w wykazie wartości zamówienia przypadała na zamówienie na projekt, dostawę i wdrożenie systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprise” a jaka na zamówienie na projekt, dostawę i wdrożenie rozwiązania zrealizowanego na potrzeby Disaster Recovery Plan, obejmującego replikację danych pomiędzy systemami pamięci masowych, umiejscowionych w oddalonych geograficznie centrach przetwarzania danych, a jaka na ewentualnie inne nie kwalifikujące się do ww. usługi i dostawy.

Pismem z dnia 12 listopada 2010 r. Odwołujący, w zakresie pozycji 6 wykazu usług wyjaśnił, iż cała wskazana tam wartość obejmowała zamówienie na projekt, dostawę i wdrożenie systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprises. Wskazał również jaka wartość umowy przypadała na inne nie kwalifikujące się zgodnie opisem warunku usługi i dostawy.

Pismem z dnia 8 listopada 2010 r. zamawiający zwrócił się do zleceniodawcy usługi wykazanego w pozycji 6 wykazu usług o wyjaśnienie wartości usługi odpowiadającej treści warunku udziału w postępowaniu wykonanej w okresie deklarowanym przez odwołującego, w formie załączonej do ww. pisma ankiety. We wzorze ankiety wskazał dane: odwołującego, nazwę zamówienia w brzmieniu wskazanym w wykazie usług, okres realizacji w brzmieniu zgodnie z wykazem usług.

Poprosił o zaznaczenie w formie wypełnienia pustej kratki następujących danych:

I. zakres zamówienia:

1. system pamięci masowej i backupu klasy enterprises

- pamięć masowa •
backup

2. rozwiązanie zrealizowane na potrzeby Disaster Recovery Plan obejmującego replikację danych

- replikacja danych •

centra przetwarzania danych oddalone geograficznie

II. zadanie wchodzące w skład zamówienia:

1. system pamięci masowej i backupu klasy enterprises

- projekt techniczny •
- dostawa urządzeń

36

- wdrożenie systemu

2. rozwiązanie zrealizowane na potrzeby Disaster Recovery Plan

- projekt techniczny •
- dostawa urządzeń
- wdrożenie rozwiązania

III. wartość zamówienia wskazanego w części I w stosunku do całkowitej wartości zamówienia z podziałem na system pamięci masowej i backupu klasy enterprises i rozwiązanie zrealizowane na potrzeby Disaster Recovery Plan obejmującego replikację danych.

W odpowiedzi na pismo Zamawiającego Zamawiający otrzymał od zleceniodawcy usługi wypełnioną ankietę z dnia 6 grudnia 2010 r., zgodnie z którą wartość prac w zakresie systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprises różniła się od kwoty deklarowanej przez odwołującego i wynosiła ok. 70% tej kwoty, zaś prace w zakresie rozwiązania zrealizowanego na potrzeby Disaster Recovery Plan wynoszące 30 % kwoty, wykonane były w roku 2005.

W dniu 13 stycznia 2010 r. zleceniodawca usługi przesłał do odwołującego pismo, podpisane przez osobę figurującą również na ankiecie z 6 grudnia 2010 r. W piśmie tym osoba ta wskazała nazwę umowy i jej datę zawarcia. Opisała zakres umowy, używając sformułowania „m.in.”. Wyjaśniła, że wartość umowy przekracza wartość wskazaną przez odwołującego w wykazie usług, wskazała faktyczną wartość tej umowy. Podniosła, że w informacji przekazanej zamawiającemu w dniu 6 grudnia 2010 r. wystąpiła nieścisłość wynikająca z połączenia różnych umów realizowanych w tym okresie przez różne spółki grupy kapitałowej do której należy odwołujący.

W dniu 19 stycznia 2010 r. zleceniodawca usługi przesłał do zamawiającego pismo, podpisane przez osobę figurującą również na ankiecie z 6 grudnia 2010 r. W piśmie tym osoba ta wyjaśniła, że w informacji przekazanej zamawiającemu w dniu 6 grudnia 2010 r. wystąpiła nieścisłość wynikająca z połączenia różnych umów realizowanych w tym okresie przez różne spółki grupy kapitałowej do której należy odwołujący. Wyjaśniła, że wartość usługi wskazana w wykazie usług przez odwołującego dotyczyła w całości prac realizowanych w 2007r., zaś prace w zakresie rozwiązania zrealizowanego na potrzeby Disaster Recovery Plan realizowane w 2005r. nie dotyczyły zleceniodawcy.

Zamawiający, w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu wskazał, że w zakresie pozycji 6 wykazu usług ustalił, że wartość prac odpowiadająca zakresem przedmiotowi niniejszego zamówienia oraz kryteriom wymaganym przez zamawiającego wyniosła ok. 70% wskazanej przez odwołującego kwoty, zaś pozostałą kwota przypadła na prace realizowane w 2005 roku.

37

W pozycji 19 wykazu dostaw załączonego do wniosku, Odwołujący Asseco wyszczególnił zamówienie zrealizowane przez spółkę Hewlett Packard na rzecz Poste Italiane S.p.A. Wskazał, iż przedmiotowe zamówienie zostało zrealizowane na kwotę 10.997.466,00 zł i opisał je jako cyt: „Dostawa i wdrożenie macierzy dyskowych klasy enterprise HP StorageWorks XP 12000, urządzeń sieci SAN-przełączniki FC”. Jako osobę odbierającą prace wskazał „Agostino Ragosa”.

Do wykazu załączył „poświadczenie prawidłowego wykonania zamówienia” z 23 września 2009 r. wystawione przez Poste Italiane na rzecz Hewlett Packard Italiana s.r.l. podpisane przez „Ing. Agostino Ragosa” wraz z tłumaczeniem na język polski. W dokumencie tym wystawca zaświadczył, że spółka Hewlett Packard Italiana s.r.l. w ciągu roku 2007, na podstawie umowy nr DCIA 30-10-06010270 p. o łącznej wartości 2 688 275,44 euro bez VAT zrealizowała dostawy objęte projektem „Accordo quadro per la fornitura dell’infrastruttura di Storage di Poste Italiane – Lotto 1”. W dokumencie tym wskazano następujące elementy dostawy: Storage XP12000, Switch SAN Brocade, usługi instalacji i konfiguracji.

Pismem z dnia 9 września 2010 r. Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienia czy w ramach omawianego zamówienia wykonano

projekt techniczny, system pamięci masowej i backupu klasy enterprises w obszarze funkcjonalnym backupu, jeśli tak, to należy złożyć dokument potwierdzający należyte wykonanie projektu technicznego oraz systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprises w obszarze funkcjonalnym backupu. Wezwał do złożenia dokumentu, w szczególności pisemnego zobowiązania Hewlett Packard Italiana do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia oraz pisemne zobowiązanie tego podmiotu do uczestnictwa w realizacji części zamówienia.

W odpowiedzi wykonawca złożył pismo z 17 września 2010 r. do którego załączył ponownie referencje z 23 września 2010 r. a także nowy wykaz dostaw. W wykazie tym, w zakresie pozycji 19 oświadczył, iż dostawa zawierała wdrożenie systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprise w obszarze funkcjonalnym backupu (kopii zapasowych) wdrożenie rozwiązania zrealizowanego na potrzeby rozwiązania zrealizowanego na potrzeby Disaster Recovery Plan obejmującego replikację danych pomiędzy oddalonymi geograficznie ośrodkami przetwarzania danych, w tym zrealizowano projekt techniczny. Załączył do ww. pisma pisemne zobowiązanie Hewlett Packard Polska sp. z o.o. do udostępnienia zasobu wiedzy i doświadczenia w zakresie referencji od firmy Poste Italiane z 10.06.2010 r. i oświadczenie Hewlett Packard Italiana s.r.l z 8

38

czerwca 2010 r. o udostępnieniu zasobów wiedzy doświadczenia na rzecz Hewlett Packard Polska sp. z o.o. wraz ze zgodą na udzielenie tego zasobu na rzecz Odwołującego.

Pismem z dnia 8 listopada 2010 r., przesłanym za pośrednictwem faksu i poczty elektronicznej zamawiający zwrócił się Poste Italiane S.p.A o udzielenie informacji co do zakresu prac wykonanych przez Hewlett Packard Italiana dotyczących umowy nr DCIA 30-10-06010270 p, w formie załączonej do ww. pisma ankiety. We wzorze ankiety wskazał dane: zamawiający: Poste Italiane s.p. A, wykonawca Hewlett Packard Italiana s.r.l nazwa zamówienia: umowa nr DCIA 30-10-06010270 projekt o nazwie „Accordo quadro per la fornitura dell'infrastruttura di Storage di Poste Italiane – Lotto 1”, okres realizacji 01.02.2007 – 20.12.2007 r.. Poprosił o zaznaczenie w formie wypełnienia pustej kratki następujących danych:

I. zakres zamówienia:

1. system pamięci masowej i backupu klasy enterprises
 - pamięć masowa •
backup
2. rozwiązanie zrealizowane na potrzeby Disaster Recovery Plan obejmującego replikację danych
 - replikacja danych •
centra przetwarzania danych oddalone geograficznie

II. zadanie wchodzące w skład zamówienia:

1. system pamięci masowej i backupu klasy enterprises
 - projekt techniczny •
dostawa urządzeń
 - wdrożenie systemu
2. rozwiązanie zrealizowane na potrzeby Disaster Recovery Plan
 - projekt techniczny •
dostawa urządzeń
 - wdrożenie rozwiązanie

III. wartość zamówienia wskazanego w części I w stosunku do całkowitej wartości zamówienia z podziałem na system pamięci masowej i backupu klasy enterprises i rozwiązanie zrealizowane na potrzeby Disaster Recovery Plan obejmującego replikację danych.

W odpowiedzi na ww. pismo, w dniu 10 grudnia 2010 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej od Antinucci Ione, w imieniu Ragosa Agostino, z sekretariatu Pani R, Zamawiający otrzymał w formie załącznika do korespondencji mailowej skan pisma z dnia 23 listopada 2010 r. obejmującego uzupełniony wzór ankiety. Pismo to zostało podpisane nieczytelnie. W piśmie tym

39

jego wystawca zaznaczył: w pkt I „zakres zamówienia”: pamięć masowa*, w pkt II „zadania wchodzące w skład zamówienia”: „dostawa urządzeń”**.

Pod ankietą i pod podpisem znalazło się omówienie: *zakres zamówienia obejmuje wyłącznie pamięć masową, a dokładnie pamięć masową w sieci pamięci masowej (...) typu

enterprise, ** zadania wchodzące w skład zamówienia obejmowały dostarczenie sprzętu komputerowego (hardware) wraz z jego instalacją, *** nie zostało zrealizowane rozwiązanie na potrzeby Disaster Recovery Plan.

W zakresie pozycji 19 Zamawiający wskazał, że według jego informacji w ramach wykazanego w tej pozycji wykazu usług zamówienia nie zrealizowano „projektu technicznego”, „systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprises w obszarze funkcjonalnym backupu (kopii zapasowych) oraz wdrożenia tego systemu, a także nie zrealizowano żadnego rozwiązania na potrzeby Disaster Recovery Plan.

STAN FAKTYCZNY KIO 74/11

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, wniosek o dopuszczenie do udziału w dialogu, odwołanie, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, dokumenty, oświadczenia i stanowiska Stron i uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, skład orzekający Izby ustalił co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ustalono również, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Decyzja zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu pozbawia go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, a tracąc tę możliwość, może ponieść szkodę. Wyczerpuje to materialnoprawną przesłankę do wniesienia odwołania, opisaną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych

40

przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W postanowieniu pkt III.2.3 w ppkt 1 ogłoszenia o zamówieniu „Zdolność techniczna”, „Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów” Zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia przesadzając, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

„Posiadają wiedzę i doświadczenie, tj. zrealizowali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również realizują, dostawy w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

— co najmniej 1 (jedno) zamówienie na projekt, dostawę i wdrożenie systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprise oraz,

— co najmniej 1 (jedno) zamówienie na projekt, dostawę i wdrożenie rozwiązania zrealizowanego na potrzeby Disaster Recovery Plan, obejmującego replikację danych pomiędzy systemami pamięci masowych, umiejscowionych w oddalonych geograficznie centrach przetwarzania danych.”

W celu wykazania spełnienia tak opisanego warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z pkt III.2.1 lit. h) wykonawcy wraz z wnioskiem zobowiązani byli *złożyć wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania*

wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy zostały wykonane należycie.

Ponadto, w myśl pkt III.2.1. lit. i) ogłoszenia, *jeżeli w wykazie, w którym mowa w lit. h, wykonawca wykazał doświadczenie innego podmiotu winien złożyć w szczególności pisemne zobowiązanie tego podmiotu do*

oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia

oraz pisemne zobowiązanie tego podmiotu do uczestnictwa w realizacji części zamówienia.

Zamawiający, w pkt IV. 1.2. ogłoszenia ograniczył liczbę wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do udziału w dialogu konkurencyjnym do 5 (pięciu) oraz opisał kryteria wyboru ograniczonej liczby kandydatów. Zgodnie z tymi kryteriami „Zamawiający dokona oceny punktowej wniosków, które zostały złożone przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu z udziału w postępowaniu, według następujących zasad:

41

„za całkowitą wartość zrealizowanych zamówień spełniających kryteria dopuszczenia do udziału w postępowaniu (warunek udziału w postępowaniu opisany w sekcji III.2.3 pkt 1 ogłoszenia) przyznana zostanie punktacja w następujący sposób:

- 1) zamówienie o wartości poniżej 5 000 000 PLN netto: Zamawiający przyzna 1 punkt za każdy pełny 1 000 000 PLN netto wartości zamówienia,*
 - 2) zamówienie o wartości od 5 000 000 PLN netto do 10 000 000 PLN netto: Zamawiający przyzna 5 punktów oraz dodatkowo 1,5 pkt za każdy pełen 1 000 000 PLN netto ponad 5 000 000 PLN wartości zamówienia,*
 - 3) zamówienie o wartości powyżej 10 000 000 PLN netto: Zamawiający przyzna 12,5 pkt oraz dodatkowo 2 punkty za każdy pełen 1 000 000 PLN netto ponad 10 000 000 PLN wartości zamówienia.*
- Punktacja będzie obliczona w zaokrągleniu do 0,5 punktu. Zamawiający zaprosi do dialogu 5 wykonawców, którzy uzyskali najwyższą końcową ocenę punktową wniosku.”*

Zamawiający sformułował wzór wykazu dostaw (załącznik nr 3 do wniosku), w którym należało wskazać dane dotyczące: zamawiającego (nazwa, adres, pożądany nr telefonu i nazwisko osoby odbierającej prace), wykonawcę zamówienia, opis zamówienia (tylko zamówienia dotyczące prac o podobnym charakterze), wartość netto, okres realizacji (rozpoczęcie, zakończenie), oraz oświadczenie czy inny niż wykonawca podmiot będzie brał udział w realizacji części zamówienia.

Odwołujący AGN złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym, do którego załączył wykaz dostaw. W pozycji 17 wykazu dostaw Odwołujący AGN Polska sp. z o.o. wyszczególnił zamówienie zrealizowane przez spółkę Hewlett Packard na rzecz Poste Italiane S.p.A. Wskazał, iż przedmiotowe zamówienie zostało zrealizowane na kwotę 10.997.466,00 zł i opisał je jako cyt: „Dostawa i wdrożenie macierzy dyskowych klasy enterprise HP StorageWorks XP 12000, urządzeń sieci SAN- przełączniki FC”. Jako osobę odbierającą prace wskazał „Agostino Ragosa”.

Do wykazu załączył „poświadczenie prawidłowego wykonania zamówienia” z 23 września 2009 r. wystawione przez Poste Italiane na rzecz Hewlett Packard Italiana s.r.l. podpisane przez „Ing. Agostino Ragosa” wraz z tłumaczeniem na język polski. W dokumencie tym wystawca zaświadczył, że spółka Hewlett Packard Italiana s.r.l. w ciągu roku 2007, na podstawie umowy nr DCIA 30-10-06010270 p. o łącznej wartości 2 688 275,44 euro bez VAT zrealizowała dostawy objęte projektem „Accordo quadro per la fornitura dell’infrastruttura di Storage di Poste Italiane – Lotto 1”. W dokumencie tym wskazano następujące elementy dostawy: Storage XP12000, Switch SAN Brocade, usługi instalacji i konfiguracji.

Pismem z dnia 9 września 2010 r. Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienia czy w ramach omawianego zamówienia wykonano

42

projekt techniczny, system pamięci masowej i backupu klasy enterprises w obszarze funkcjonalnym backupu, jeśli tak, to należy złożyć dokument potwierdzający należyte wykonanie projektu technicznego oraz systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprises w obszarze funkcjonalnym backupu. Wezwał do złożenia dokumentu, w szczególności pisemnego zobowiązania Hewlett Packard Italiana do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia oraz pisemne zobowiązanie tego podmiotu do uczestnictwa w realizacji części zamówienia.

W odpowiedzi wykonawca złożył pismo z 17 września 2010 r. do którego załączył nowy wykaz dostaw. W wykazie tym, w zakresie pozycji 17 oświadczył, iż zamówienie obejmowało projekt techniczny, dostawę, wdrożenie systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprises. Załączył do ww. pisma pisemne zobowiązanie Hewlett Packard Polska sp. z o.o. do udostępnienia

zasobu wiedzy i doświadczenia w zakresie referencji od firmy Poste Italiane z 10.06.2010 r. i oświadczenie Hewlett Packard Italiana s.r.l z 8 czerwca 2010 r. o udostępnieniu zasobów wiedzy doświadczenia na rzecz Hewlett Packard Polska sp. z o.o. wraz ze zgodą na udzielenie tego zasobu na rzecz Odwołującego.

Pismem z dnia 8 listopada 2010 r., przesłanym za pośrednictwem faksu i poczty elektronicznej zamawiający zwrócił się do Poste Italiane S.p.A o udzielenie informacji co do zakresu prac wykonanych przez Hewlett Packard Italiana dotyczących umowy nr DCIA 30-10-06010270 p, w formie załączonej do ww. pisma ankiety. We wzorze ankiety wskazał dane: zamawiający: Poste Italiane s.p. A, wykonawca Hewlett Packard Italiana s.r.l nazwa zamówienia: umowa nr DCIA 30-10-06010270 projekt o nazwie „Accordo quadro per la fornitura dell'infrastruttura di Storage di Poste Italiane – Lotto 1”, okres realizacji 01.02.2007 – 20.12.2007 r.. Poprosił o zaznaczenie w formie wypełnienia pustej kratki następujących danych:

I. zakres zamówienia:

1. system pamięci masowej i backupu klasy enterprises

- pamięć masowa •
backup

2. rozwiązanie zrealizowane na potrzeby Disaster Recovery Plan obejmującego replikację danych

- replikacja danych •
centra przetwarzania danych oddalone geograficznie

II. zadanie wchodzące w skład zamówienia:

1. system pamięci masowej i backupu klasy enterprises

- projekt techniczny •
dostawa urządzeń

43

-
- wdrożenie systemu

2. rozwiązanie zrealizowane na potrzeby Disaster Recovery Plan

- projekt techniczny •
dostawa urządzeń
• wdrożenie rozwiązanie

III. wartość zamówienia wskazanego w części I w stosunku do całkowitej wartości zamówienia z podziałem na system pamięci masowej i backupu klasy enterprises i rozwiązanie zrealizowane na potrzeby Disaster Recovery Plan obejmującego replikację danych.

W odpowiedzi na ww. pismo, w dniu 10 grudnia 2010 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej od Antinucci Ione, w imieniu Ragosa Agostino, z sekretariatu Pani R, Zamawiający otrzymał w formie załącznika do korespondencji mailowej skan pisma z dnia 23 listopada 2010 r. obejmującego uzupełniony wzór ankiety. Pismo to zostało podpisane nieczytelnie. W piśmie tym jego wystawca zaznaczył: w pkt I „zakres zamówienia”: pamięć masowa*, w pkt II „zadania wchodzące w skład zamówienia”: „dostawa urządzeń”**.

Pod ankietą i pod podpisem znalazło się omówienie: *zakres zamówienia obejmuje wyłącznie pamięć masową, a dokładnie pamięć masową w sieci pamięci masowej (...) typu enterprise, ** zadania wchodzące w skład zamówienia obejmowały dostarczenie sprzętu komputerowego (hardware) wraz z jego instalacją, *** nie zostało zrealizowane rozwiązanie na potrzeby Disaster Recovery Plan.

W zakresie pozycji 17 Zamawiający, w zawiadomieniu o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu wskazał, że według jego informacji w ramach wykazanego w tej pozycji wykazu dostaw zamówienia nie zrealizowano „projektu technicznego”, „systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprises w obszarze funkcjonalnym backupu (kopii zapasowych) oraz wdrożenia tego systemu.

STAN FAKTYCZNY KIO 75/11

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, wniosek o dopuszczenie do udziału w dialogu, odwołanie, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, dokumenty, oświadczenia i stanowiska Stron i uczestników

44

postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, skład orzekający Izby ustalił co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ustalono również, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Decyzja zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu pozbawia go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, a tracąc tę możliwość, może ponieść szkodę. Wyczerpuje to materialnoprawną przesłankę do wniesienia odwołania, opisaną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W postanowieniu pkt III.2.3 w ppkt 1 ogłoszenia o zamówieniu „Zdolność techniczna”, „Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów” Zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia przesadzając, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:
„Posiadają wiedzę i doświadczenie, tj. zrealizowali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również realizują, dostawy w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

— co najmniej 1 (jedno) zamówienie na projekt, dostawę i wdrożenie systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprise oraz,

— co najmniej 1 (jedno) zamówienie na projekt, dostawę i wdrożenie rozwiązania zrealizowanego na potrzeby Disaster Recovery Plan, obejmującego replikację danych pomiędzy systemami pamięci masowych, umiejscowionych w oddalonych geograficznie centrach przetwarzania danych.”

W celu wykazania spełnienia tak opisanego warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z pkt III.2.1 lit. h) wykonawcy wraz z wnioskiem zobowiązani byli złożyć *wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości,*

45

przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy zostały wykonane należycie.

Ponadto, w myśl pkt III.2.1. lit. i) ogłoszenia, *jeżeli w wykazie, w którym mowa w lit. h, wykonawca wykazał doświadczenie innego podmiotu winien złożyć w szczególności pisemne zobowiązanie tego podmiotu do*

oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia

oraz pisemne zobowiązanie tego podmiotu do uczestnictwa w realizacji części zamówienia.

Zamawiający, w pkt IV. 1.2. ogłoszenia ograniczył liczbę wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do udziału w dialogu konkurencyjnym do 5 (pięciu) oraz opisał kryteria wyboru ograniczonej liczby kandydatów. Zgodnie z tymi kryteriami „Zamawiający dokona oceny punktowej wniosków, które zostały złożone przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu z udziału w postępowaniu, według następujących zasad:

„za całkowitą wartość zrealizowanych zamówień spełniających kryteria dopuszczenia do udziału w postępowaniu (warunek udziału w postępowaniu opisany w sekcji III.2.3 pkt 1 ogłoszenia) przyznana zostanie punktacja w następujący sposób:

1) zamówienie o wartości poniżej 5 000 000 PLN netto: Zamawiający przyzna 1 punkt za każdy pełny 1 000 000 PLN netto wartości zamówienia,

2) zamówienie o wartości od 5 000 000 PLN netto do 10 000 000 PLN netto: Zamawiający przyzna 5 punktów oraz dodatkowo 1,5 pkt za każdy pełen 1 000 000 PLN netto ponad 5 000 000 PLN wartości

zamówienia,

3) zamówienie o wartości powyżej 10 000 000 PLN netto: Zamawiający przyzna 12,5 pkt oraz dodatkowo 2 punkty za każdy pełen 1 000 000 PLN netto ponad 10 000 000 PLN wartości zamówienia.

Punktacja będzie obliczona w zaokrągleniu do 0,5 punktu. Zamawiający zaprosi do dialogu 5 wykonawców, którzy uzyskali najwyższą końcową ocenę punktową wniosku.”

Zamawiający sformułował wzór wykazu dostaw (załącznik nr 3 do wniosku), w którym należało wskazać dane dotyczące: zamawiającego (nazwa, adres, pożądany nr telefonu i nazwisko osoby odbierającej prace), wykonawcę zamówienia, opis zamówienia (tylko zamówienia dotyczące prac o podobnym charakterze), wartość netto, okres realizacji (rozpoczęcie, zakończenie), oraz oświadczenie czy inny niż wykonawca podmiot będzie brał udział w realizacji części zamówienia.

Odwołujący Betacom złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym, do którego załączył wykaz dostaw. W wykazie tym, w pozycji 5 wyszczególnił zamówienie zrealizowane przez siebie rzecz Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie. Opisał to zamówienie jako „*rozbudowa macierzy dyskowych HP Storage Works XP 1024 oraz oprogramowania do wykonywania kopii zapasowych HP Open View Storage Data protector w wersji 5.0. W*

46

ramach realizacji zamówienia zaprojektowano, dostarczono i wdrożono system pamięci masowej i backupu klasy enterprise.”

Do wykazu załączył protokół odbioru z dnia 20 grudnia 2007 r. odwołujący się do umowy nr 124/DES/2007/2611 z 13.11.2007 r.

Zamawiający w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu wskazał, że w zakresie pozycji 5 wykazu usług ustalił, iż w ramach zamówienia realizowanego na podstawie umowy nr 124/DES/2007/2611 z 13.11.2007 r. nie wykonano „projektu technicznego”.

W trakcie rozprawy Zamawiający złożył poświadczoną za zgodność z oryginałem kserokopię umowy nr 124/DES/2007/2611 z 13 listopada 2007 r. Zgodnie z §2 tej umowy jej przedmiotem jest sprzedaż i dostawa oraz instalacja sprzętu i oprogramowania wyspecyfikowanego w załączniku nr 1 do tej umowy. Zgodnie z §5 umowy w ramach odbioru sprzedawca m.in. zainstaluje dostarczony sprzęt i oprogramowanie, skonfiguruje dostarczony sprzęt. Cena obejmowała sprzedaż, dostarczenie, instalację i uruchomienie sprzętu i oprogramowania.

W trakcie rozprawy odwołujący złożył poświadczoną za zgodność z oryginałem kserokopię niepodpisanego pisma zatytułowanego „projekt techniczny” z 17.11.2007, zmodyfikowanego 05.12.2007 r.. W stopce pisma figuruje nazwa i siedziba Odwołującego. Na stronie tytułowej widnieje nazwa projektu *rozbudowa macierzy dyskowych HP Storage Works XP 1024 oraz oprogramowania do wykonywania kopii zapasowych HP Open View Storage Data protektor*, nazwa zamawiającego i nr umowy 124/DES/2007/2611.

W pozycji 16 wykazu dostaw Odwołujący Betacom S.A. wyszczególnił zamówienie zrealizowane przez spółkę Hewlett Packard na rzecz Poste Italiane S.p.A. Wskazał, iż przedmiotowe zamówienie zostało zrealizowane na kwotę 10.997.466,00 zł i opisał je jako cyt: „*Dostawa i wdrożenie macierzy dyskowych klasy enterprise HP StorageWorks XP 12000, urządzeń sieci SAN-przełączniki FC. W ramach realizacji zamówienia zaprojektowano, dostarczono i wdrożono system pamięci masowej i backupu klasy enterprise*”. Jako osobę odbierającą prace wskazał „Agostino Ragosa”.

Do wykazu załączył „poświadczenie prawidłowego wykonania zamówienia” z 23 września 2009 r. wystawione przez Poste Italiane na rzecz Hewlett Packard Italiana s.r.l. podpisane przez „Ing. Agostino Ragosa” wraz z tłumaczeniem na język polski. W dokumencie tym wystawca zaświadczył, że spółka Hewlett Packard Italiana s.r.l. w ciągu roku 2007, na podstawie umowy nr DCIA 30-10-06010270 p. o łącznej wartości 2 688 275,44 euro bez VAT zrealizowała dostawy objęte projektem „*Accordo quadro per la fornitura dell'infrastruttura di Storage di Poste Italiane* –

47

Lotto 1”. W dokumencie tym wskazano następujące elementy dostawy: Storage XP12000, Switch SAN Brocade, usługi instalacji i konfiguracji.

Pismem z dnia 9 września 2010 r. Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp zwrócił się do odwołującego o złożenie dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie projektu

technicznego oraz systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprise w obszarze funkcjonalnym backupu. Wezwał do złożenia dokumentu, w szczególności pisemnego zobowiązania Hewlett Packard Italiana do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia oraz pisemne zobowiązanie tego podmiotu do uczestnictwa w realizacji części zamówienia.

W odpowiedzi wykonawca złożył pismo z 17 września 2010 r. w którym oświadczył, że w ramach zamówienia zrealizowanego na rzecz Poste Italiane S.p.A zrealizowano między innymi „projekt techniczny” „system pamięci masowej i backupu klasy enterprises w obszarze funkcjonalnym backupu (kopii zapasowych). Załączył do ww. pisma pisemne zobowiązanie Hewlett Packard Polska sp. z o.o. do udostępnienia zasobu wiedzy i doświadczenia w zakresie referencji od firmy Poste Italiane z 10.06.2010 r. i oświadczenie Hewlett Packard Italiana s.r.l z 8 czerwca 2010 r. o udostępnieniu zasobów wiedzy doświadczenia na rzecz Hewlett Packard Polska sp. z o.o. wraz ze zgodą na udzielenie tego zasobu na rzecz Odwołującego.

Pismem z dnia 8 listopada 2010 r., przesłanym za pośrednictwem faksu i poczty elektronicznej zamawiający zwrócił się Poste Italiane S.p.A o udzielenie informacji co do zakresu prac wykonanych przez Hewlett Packard Italiana dotyczących umowy nr DCIA 30-10-06010270 p, w formie załączonej do ww. pisma ankiety. We wzorze ankiety wskazał dane: zamawiający: Poste Italiane s.p. A, wykonawca Hewlett Packard Italiana s.r.l nazwa zamówienia: umowa nr DCIA 30-10-06010270 projekt o nazwie „Accordo quadro per la fornitura dell'infrastruttura di Storage di Poste Italiane – Lotto 1”, okres realizacji 01.02.2007 – 20.12.2007 r.. Poprosił o zaznaczenie w formie wypełnienia pustej kratki następujących danych:

I. zakres zamówienia:

1. system pamięci masowej i backupu klasy enterprises
 - pamięć masowa •
backup
2. rozwiązanie zrealizowane na potrzeby Disaster Recovery Plan obejmującego replikację danych
 - replikacja danych •
centra przetwarzania danych oddalone geograficznie

II. zadanie wchodzące w skład zamówienia:

1. system pamięci masowej i backupu klasy enterprises

48

-
- projekt techniczny •
dostawa urządzeń
 - wdrożenie systemu
 2. rozwiązanie zrealizowane na potrzeby Disaster Recovery Plan
 - projekt techniczny
 - dostawa urządzeń •
wdrożenie rozwiązanie

III. wartość zamówienia wskazanego w części I w stosunku do całkowitej wartości zamówienia z podziałem na system pamięci masowej i backupu klasy enterprises i rozwiązanie zrealizowane na potrzeby Disaster Recovery Plan obejmującego replikację danych.

W odpowiedzi na ww. pismo, w dniu 10 grudnia 2010 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej od Antinucci Ione, w imieniu Ragosa Agostino, z sekretariatu Pani R, Zamawiający otrzymał w formie załącznika do korespondencji mailowej skan pisma z dnia 23 listopada 2010 r. obejmującego uzupełniony wzór ankiety. Pismo to zostało podpisane nieczytelnie. W piśmie tym jego wystawca zaznaczył: w pkt I „zakres zamówienia”: pamięć masowa*, w pkt II „zadania wchodzące w skład zamówienia”: „dostawa urządzeń”***.

Pod ankietą i pod podpisem znalazło się omówienie: *zakres zamówienia obejmuje wyłącznie pamięć masową, a dokładnie pamięć masową w sieci pamięci masowej (...) typu enterprise, ** zadania wchodzące w skład zamówienia obejmowały dostarczenie sprzętu komputerowego (hardware) wraz z jego instalacją, *** nie zostało zrealizowane rozwiązanie na potrzeby Disaster Recovery Plan.

W zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu, w zakresie pozycji 16 Zamawiający wskazał, że według jego informacji w ramach wykazanego w tej pozycji wykazu dostaw zamówienia nie zrealizowano „projektu technicznego”, „systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprises w obszarze funkcjonalnym backupu (kopii zapasowych) oraz wdrożenia

tego systemu.

STAN FAKTYCZNY KIO 76/11

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, wniosek o dopuszczenie do udziału w dialogu, odwołanie, zgłoszenia przystąpienia do

49

postępowania odwoławczego, dokumenty, oświadczenia i stanowiska Stron i uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, skład orzekający Izby ustalił co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ustalono również, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Decyzja zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu pozbawia go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, a tracąc tę możliwość, może ponieść szkodę. Wyczerpuje to materialnoprawną przesłankę do wniesienia odwołania, opisaną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W postanowieniu pkt III.2.3 w ppkt 1 ogłoszenia o zamówieniu „Zdolność techniczna”, „Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów” Zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia przesadzając, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: „Posiadają *wiedzę i doświadczenie, tj. zrealizowali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również realizują, dostawy w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:*

— *co najmniej 1 (jedno) zamówienie na projekt, dostawę i wdrożenie systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprise oraz,*

— *co najmniej 1 (jedno) zamówienie na projekt, dostawę i wdrożenie rozwiązania zrealizowanego na potrzeby Disaster Recovery Plan, obejmującego replikację danych pomiędzy systemami pamięci masowych, umiejscowionych w oddalonych geograficznie centrach przetwarzania danych.”*

W celu wykazania spełnienia tak opisanego warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z pkt III.2.1 lit. h) wykonawcy wraz z wnioskiem zobowiązani byli *złożyć wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw w zakresie niezbędnym do*

50

wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania

wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy zostały wykonane należycie.

Ponadto, w myśl pkt III.2.1. lit. i) ogłoszenia, *jeżeli w wykazie, w którym mowa w lit. h, wykonawca wykazał doświadczenie innego podmiotu winien złożyć w szczególności pisemne zobowiązanie tego podmiotu do*

oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia

oraz pisemne zobowiązanie tego podmiotu do uczestnictwa w realizacji części zamówienia.

Zamawiający, w pkt IV. 1.2. ogłoszenia ograniczył liczbę wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do udziału w dialogu konkurencyjnym do 5 (pięciu) oraz opisał kryteria wyboru

ograniczonej liczby kandydatów. Zgodnie z tymi kryteriami „Zamawiający dokona oceny punktowej wniosków, które zostały złożone przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu z udziału w postępowaniu, według następujących zasad:

„za całkowitą wartość zrealizowanych zamówień spełniających kryteria dopuszczenia do udziału w postępowaniu (warunek udziału w postępowaniu opisany w sekcji III.2.3 pkt 1 ogłoszenia) przyznana zostanie punktacja w następujący sposób:

- 1) zamówienie o wartości poniżej 5 000 000 PLN netto: Zamawiający przyzna 1 punkt za każdy pełny 1 000 000 PLN netto wartości zamówienia,*
- 2) zamówienie o wartości od 5 000 000 PLN netto do 10 000 000 PLN netto: Zamawiający przyzna 5 punktów oraz dodatkowo 1,5 pkt za każdy pełen 1 000 000 PLN netto ponad 5 000 000 PLN wartości zamówienia,*
- 3) zamówienie o wartości powyżej 10 000 000 PLN netto: Zamawiający przyzna 12,5 pkt oraz dodatkowo 2 punkty za każdy pełen 1 000 000 PLN netto ponad 10 000 000 PLN wartości zamówienia.*

Punktacja będzie obliczona w zaokrągleniu do 0,5 punktu. Zamawiający zaprosi do dialogu 5 wykonawców, którzy uzyskali najwyższą końcową ocenę punktową wniosku.”

Zamawiający sformułował wzór wykazu dostaw (załącznik nr 3 do wniosku), w którym należało wskazać dane dotyczące: zamawiającego (nazwa, adres, pożądany nr telefonu i nazwisko osoby odbierającej prace), wykonawcę zamówienia, opis zamówienia (tylko zamówienia dotyczące prac o podobnym charakterze), wartość netto, okres realizacji (rozpoczęcie, zakończenie), oraz oświadczenie czy inny niż wykonawca podmiot będzie brał udział w realizacji części zamówienia.

Odwołujący Qumak-Sekom S.A. złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym, do którego załączył wykaz dostaw. W wykazie tym, w pozycji 6 wyszczególnił zamówienie zrealizowane przez IBM Polska S.A. na rzecz Komendy Głównej Straży Granicznej w

51

Warszawie. Opisał usługę jako obejmującą projekt, dostawę i wdrożenie systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprise. Wskazał również wartość usługi jako 73.158.000 zł, oraz czasokres realizacji tj. od 09.08.2007 do 23.12.2008 r.

Do wykazu odwołujący załączył:

- a) protokół odbioru końcowego etap I z 21.12.2007 r. Protokół ten odwoływał się do umowy nr 57/ZP/Błil/2007 (PWH063N) zawartej w dniu 09.08.2007 r. pomiędzy Komendantem Głównym Straży Granicznej a firmą IBM Polska sp. z o.o.,
- b) protokół odbioru końcowego etap I A z 21.12.2007 r. Protokół ten odwoływał się do umowy nr 57/ZP/Błil/2007 (PWH063N) zawartej w dniu 09.08.2007 r. pomiędzy Komendantem Głównym Straży Granicznej a firmą IBM Polska sp. z o.o.,
- c) protokół odbioru końcowego etap II z 23.12.2008 r. Protokół ten odwoływał się do umowy nr 57/ZP/Błil/2007 (PWH063N) zawartej w dniu 09.08.2007 r. pomiędzy Komendantem Głównym Straży Granicznej a firmą IBM Polska sp. z o.o.,
- d) zobowiązanie IBM Polska sp. z o.o. z 10 czerwca 2010 r. do udostępnienia Qumak-Sekom S.A. zasobów na okres wykonywania zamówienia oraz zobowiązanie do uczestnictwa w realizacji części zamówienia.

Zamawiający zwrócił się do odwołującego pismem z dnia 9 września 2010 r. wskazując, że z dołączonych do wniosku dokumentów nie wynika, że zamówienie opisane w wykazie zostało wykonane należycie, bowiem informacje zawarte w dokumentach – odsyłające do kolejnych załączników- nie pozwalają na stwierdzenie, że odnosi się on do tego zamówienia. Wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia zrealizowanego na rzecz Komendy Głównej Straży Granicznej.

Pismem z dnia 17 września 2010 r. Odwołujący wskazał, że w wykazie dostaw w wystarczający sposób uszczegółowił zakres poszczególnych zamówień, jak również powołując się na orzecznictwo Izby, że protokoły mają potwierdzać jedynie fakt należytego wykonania dostawy. Załączył do ww. pisma pismo IBM Polska sp. z o.o. z 16 września 2010 r., w którym IBM Polska sp. z o.o. oświadczył, w zakresie pozycji 6 wykazu dostaw, iż załączone przez odwołującego do wniosku końcowe protokoły odbioru etapów stanowią potwierdzenie należytego wykonania zamówienia. Ponadto oświadczył, że wszystkie złożone przez IBM Polska sp. z o.o. informacje w wykazie i oświadczenia są prawdziwe a załączone podpisane referencje i protokoły stanowią dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówienia.

Zamawiający, pismem z dnia 8 listopada 2011 r., za pośrednictwem faksu, zwrócił się do Komendy Głównej Straży Granicznej w Warszawie o udzielenie informacji co do zakresu prac wykonanych przez IBM Polska S.A. dotyczących umowy opisanej jako „projekt, dostawa, i wdrożenie systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprise”, w formie załączonej do ww. pisma ankiety. We wzorze ankiety wskazał dane: zamawiający: Komenda Główna Straży Granicznej, wykonawca: IBM Polska S.A. w Warszawie, nazwa zamówienia: projekt, dostawa, i wdrożenie systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprise, okres realizacji 09.08.2007 – 23.12.2008 r.. Poprosił o zaznaczenie w formie wypełnienia pustej kratki następujących danych:

I. zakres zamówienia:

1. system pamięci masowej i backupu klasy enterprises

- pamięć masowa •
- backup

2. rozwiązanie zrealizowane na potrzeby Disaster Recovery Plan obejmującego replikację danych

- replikacja danych •
- centra przetwarzania danych oddalone geograficznie

II. zadanie wchodzące w skład zamówienia:

1. system pamięci masowej i backupu klasy enterprises

- projekt techniczny •
- dostawa urządzeń
- wdrożenie systemu

2. rozwiązanie zrealizowane na potrzeby Disaster Recovery Plan

- projekt techniczny •
- dostawa urządzeń
- wdrożenie rozwiązanie

III. wartość zamówienia wskazanego w części I w stosunku do całkowitej wartości zamówienia z podziałem na system pamięci masowej i backupu klasy enterprises i rozwiązanie zrealizowane na potrzeby Disaster Recovery Plan obejmującego replikację danych.

W odpowiedzi na ww. pismo, w dniu 16 listopada 2010 r. otrzymał w formie faksu pismo przewodnie z Komendy Głównej Straży Granicznej z 16.11.2010r. podpisane przez Dyrektora Biura Łączności i Informatyki Komendy Głównej Straży Granicznej oraz uzupełniony wzór ankiety, opatrzony datą 15.11.2011 r. i podpisany nieczytelnie. W ankiecie jej wystawca zaznaczył: w pkt III, iż na realizację systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprise przypada kwota 2.393.706,05 zł.

Zamawiający w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu wskazał, że w zakresie pozycji 6 wykazu dostaw ustalił, że wartość prac odpowiadająca zakresowi przedmiotowi zamówienia oraz kryteriom wymaganym przez zamawiającego wyniosła 2.393.706,05 zł.

Odwołujący złożył pismo procesowe z dnia 20 stycznia 2011 r. Do pisma tego załączył oświadczenie IBM Polska sp. z o.o. z 17 stycznia 2011 r., w którym IBM Polska sp. z o.o. oświadczył, że podpisał z Komendą Główną Straży Granicznej umowę nr 57/ZP/BŁI/2007 (PWH063N) na kwotę 88.524.000 zł netto. Zrealizowana na dzień składania wniosków wartość tej umowy to 73.158.000,00 zł. W piśmie tym wskazano również, że ustalenie przez Zamawiającego wartości prac odpowiadających zakresowi postępowania przez Zamawiającego na kwotę 2.393.706,05 zł nie odzwierciedla stanu faktycznego.

Odwołujący w trakcie rozprawy złożył kserokopię umowy z 9.8.2007 r. nr 57/ZP/BŁI/2007. W §8 tej umowy wskazano iż wartość netto umowy wynosi 88.524.000,00 zł, w której mieszczą się wszystkie koszty realizacji przedmiotu zamówienia, w tym koszty dostawy i instalacji platformy teleinformatycznej, dostawy sprzętu teleinformatycznego, przekazania licencji, koszty serwisu i utrzymania systemu, koszty konsultacji/prac administracyjnych świadczonych przez cały okres gwarancji.

STAN FAKTYCZNY KIO 77/11

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu,

wniosek o dopuszczenie do udziału w dialogu, odwołanie, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, dokumenty, oświadczenia i stanowiska Stron i uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, skład orzekający lubby ustalił co następuje.

Skład orzekający lubby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ustalono również, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Decyzja zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu pozbawia go możliwości

54

uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, a tracąc tę możliwość, może ponieść szkodę. Wyczerpuje to materialnoprawną przesłankę do wniesienia odwołania, opisaną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W postanowieniu pkt III.2.3 w ppkt 1 ogłoszenia o zamówieniu „Zdolność techniczna”, „Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów” Zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia przesadzając, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

„Posiadają wiedzę i doświadczenie, tj. zrealizowali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również realizują, dostawy w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

— co najmniej 1 (jedno) zamówienie na projekt, dostawę i wdrożenie systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprise oraz,

— co najmniej 1 (jedno) zamówienie na projekt, dostawę i wdrożenie rozwiązania zrealizowanego na potrzeby Disaster Recovery Plan, obejmującego replikację danych pomiędzy systemami pamięci masowych, umiejscowionych w oddalonych geograficznie centrach przetwarzania danych.”

W celu wykazania spełnienia tak opisanego warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z pkt III.2.1 lit. h) wykonawcy wraz z wnioskiem zobowiązani byli złożyć *wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania*

wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy zostały wykonane należycie.

Ponadto, w myśl pkt III.2.1. lit. i) ogłoszenia, *jeżeli w wykazie, w którym mowa w lit. h, wykonawca wykazał doświadczenie innego podmiotu winien złożyć w szczególności pisemne zobowiązanie tego podmiotu do*

oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia

oraz pisemne zobowiązanie tego podmiotu do uczestnictwa w realizacji części zamówienia.

Zamawiający, w pkt IV. 1.2. ogłoszenia ograniczył liczbę wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do udziału w dialogu konkurencyjnym do 5 (pięciu) oraz opisał kryteria wyboru ograniczonej liczby kandydatów. Zgodnie z tymi kryteriami „Zamawiający dokona oceny

55

punktowej wniosków, które zostały złożone przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu z udziału w postępowaniu, według następujących zasad:

„za całkowitą wartość zrealizowanych zamówień spełniających kryteria dopuszczenia do udziału w postępowaniu (warunek udziału w postępowaniu opisany w sekcji III.2.3 pkt 1 ogłoszenia) przyznana zostanie punktacja w

następujący sposób:

- 1) zamówienie o wartości poniżej 5 000 000 PLN netto: Zamawiający przyzna 1 punkt za każdy pełny 1 000 000 PLN netto wartości zamówienia,
 - 2) zamówienie o wartości od 5 000 000 PLN netto do 10 000 000 PLN netto: Zamawiający przyzna 5 punktów oraz dodatkowo 1,5 pkt za każdy pełen 1 000 000 PLN netto ponad 5 000 000 PLN wartości zamówienia,
 - 3) zamówienie o wartości powyżej 10 000 000 PLN netto: Zamawiający przyzna 12,5 pkt oraz dodatkowo 2 punkty za każdy pełen 1 000 000 PLN netto ponad 10 000 000 PLN wartości zamówienia.
- Punktacja będzie obliczona w zaokrągleniu do 0,5 punktu. Zamawiający zaprosi do dialogu 5 wykonawców, którzy uzyskali najwyższą końcową ocenę punktową wniosku."

Zamawiający sformułował wzór wykazu dostaw (załącznik nr 3 do wniosku), w którym należało wskazać dane dotyczące: zamawiającego (nazwa, adres, pożądany nr telefonu i nazwisko osoby odbierającej prace), wykonawcę zamówienia, opis zamówienia (tylko zamówienia dotyczące prac o podobnym charakterze), wartość netto, okres realizacji (rozpoczęcie, zakończenie), oraz oświadczenie czy inny niż wykonawca podmiot będzie brał udział w realizacji części zamówienia.

W pozycji 17 wykazu dostaw Odwołujący IT.expert sp. z o.o. wyszczególnił zamówienie zrealizowane przez spółkę Hewlett Packard na rzecz Poste Italiane S.p.A. Wskazał, iż przedmiotowe zamówienie zostało zrealizowane na kwotę 10.997.466,00 zł i opisał je jako cyt: „Dostawa i wdrożenie macierzy dyskowych klasy enterprise HP StorageWorks XP 12000, urządzeń sieci SAN-przełączniki FC”. Jako osobę odbierającą prace wskazał „Agostino Ragosa”.

Pismem z dnia 9 września 2010 r. Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienia czy w ramach omawianego zamówienia wykonano projekt techniczny, system pamięci masowej i backupu klasy enterprises w obszarze funkcjonalnym backupu. Wezwał do złożenia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie przedmiotowego zamówienia. Wezwał do złożenia dokumentu, w szczególności pisemnego zobowiązania innego podmiotu (podmiotów) do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia oraz pisemne zobowiązanie tego podmiotu do uczestnictwa w realizacji części zamówienia.

56

W odpowiedzi wykonawca złożył pismo z 17 września 2010 r. do którego załączył nowy wykaz dostaw. W wykazie tym, w zakresie pozycji 17 oświadczył, iż dostawa zawierała wdrożenie systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprise w obszarze funkcjonalnym backupu (kopii zapasowych) wdrożenie rozwiązania zrealizowanego na potrzeby rozwiązania zrealizowanego na potrzeby Disaster Recovery Plan obejmującego replikację danych pomiędzy oddalonymi geograficznie ośrodkami przetwarzania danych, w tym zrealizowano projekt techniczny. Załączył do ww. pisma pisemne zobowiązanie Hewlett Packard Polska sp. z o.o. do udostępnienia zasobu wiedzy i doświadczenia w zakresie referencji od firmy Poste Italiane z 10.06.2010 r. i oświadczenie Hewlett Packard Italiana s.r.l z 8 czerwca 2010 r. o udostępnieniu zasobów wiedzy doświadczenia na rzecz Hewlett Packard Polska sp. z o.o. wraz ze zgodą na udzielenie tego zasobu na rzecz Odwołującego.

Pismem z dnia 8 listopada 2010 r., przesłanym za pośrednictwem faksu i poczty elektronicznej zamawiający zwrócił się Poste Italiane S.p.A o udzielenie informacji co do zakresu prac wykonanych przez Hewlett Packard Italiana dotyczących umowy nr DCIA 30-10-06010270 p, w formie załączonej do ww. pisma ankiety. We wzorze ankiety wskazał dane: zamawiający: Poste Italiane s.p. A, wykonawca Hewlett Packard Italiana s.r.l nazwa zamówienia: umowa nr DCIA 30-10-06010270 projekt o nazwie „Accordo quadro per la fornitura dell'infrastruttura di Storage di Poste Italiane – Lotto 1”, okres realizacji 01.02.2007 – 20.12.2007 r.. Poprosił o zaznaczenie w formie wypełnienia pustej kratki następujących danych:

I. zakres zamówienia:

1. system pamięci masowej i backupu klasy enterprises
 - pamięć masowa •
 - backup
2. rozwiązanie zrealizowane na potrzeby Disaster Recovery Plan obejmującego replikację danych
 - replikacja danych •
 - centra przetwarzania danych oddalone geograficznie

II. zadanie wchodzące w skład zamówienia:

1. system pamięci masowej i backupu klasy enterprises
 - projekt techniczny •
 - dostawa urządzeń
 - wdrożenie systemu
2. rozwiązanie zrealizowane na potrzeby Disaster Recovery Plan
 - projekt techniczny

57

- dostawa urządzeń •
- wdrożenie rozwiązanie

III. wartość zamówienia wskazanego w części I w stosunku do całkowitej wartości zamówienia z podziałem na system pamięci masowej i backupu klasy enterprises i rozwiązanie zrealizowane na potrzeby Disaster Recovery Plan obejmującego replikację danych.

W odpowiedzi na ww. pismo, w dniu 10 grudnia 2010 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej od Antinucci Ione, w imieniu Ragosa Agostino, z sekretariatu Pani R, Zamawiający otrzymał w formie załącznika do korespondencji mailowej skan pisma z dnia 23 listopada 2010 r. obejmującego uzupełniony wzór ankiety. Pismo to zostało podpisane nieczytelnie. W piśmie tym jego wystawca zaznaczył: w pkt I „zakres zamówienia”: pamięć masowa*, w pkt II „zadania wchodzące w skład zamówienia”: „dostawa urządzeń”***.

Pod ankietą i pod podpisem znalazło się omówienie: *zakres zamówienia obejmuje wyłącznie pamięć masową, a dokładnie pamięć masową w sieci pamięci masowej (...) typu enterprise, ** zadania wchodzące w skład zamówienia obejmowały dostarczenie sprzętu komputerowego (hardware) wraz z jego instalacją, *** nie zostało zrealizowane rozwiązanie na potrzeby Disaster Recovery Plan.

W zawiadomieniu o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu, w zakresie pozycji 17 Zamawiający wskazał, że według jego informacji w ramach wykazanego w tej pozycji wykazu usług zamówienia nie zrealizowano „projektu technicznego”, „systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprise w obszarze funkcjonalnym backupu (kopii zapasowych) oraz wdrożenia tego systemu, a także nie zrealizowano żadnego rozwiązania na potrzeby Disaster Recovery Plan.

STAN FAKTYCZNY KIO 78/11

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, wniosek o dopuszczenie do udziału w dialogu, odwołanie, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, dokumenty, oświadczenia i stanowiska Stron i uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, skład orzekający Izby ustalił co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

58

Ustalono również, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Decyzja zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu pozbawia go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, a tracąc tę możliwość, może ponieść szkodę. Wyczerpuje to materialnoprawną przesłankę do wniesienia odwołania, opisaną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W postanowieniu pkt III.2.3 w ppkt 1 ogłoszenia o zamówieniu „Zdolność techniczna”, „Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów” Zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia

przesadzając, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

„Posiadają wiedzę i doświadczenie, tj. zrealizowali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również realizują, dostawy w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

— co najmniej 1 (jedno) zamówienie na projekt, dostawę i wdrożenie systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprise oraz,

— co najmniej 1 (jedno) zamówienie na projekt, dostawę i wdrożenie rozwiązania zrealizowanego na potrzeby Disaster Recovery Plan, obejmującego replikację danych pomiędzy systemami pamięci masowych, umiejscowionych w oddalonych geograficznie centrach przetwarzania danych.”

W celu wykazania spełnienia tak opisanego warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z pkt III.2.1 lit. h) wykonawcy wraz z wnioskiem zobowiązani byli złożyć wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania

wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy zostały wykonane należycie.

Ponadto, w myśl pkt III.2.1. lit. i) ogłoszenia, jeżeli w wykazie, w którym mowa w lit. h, wykonawca wykazał doświadczenie innego podmiotu winien złożyć w szczególności pisemne zobowiązanie tego podmiotu do

59

oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia

oraz pisemne zobowiązanie tego podmiotu do uczestnictwa w realizacji części zamówienia.

Zamawiający, w pkt IV. 1.2. ogłoszenia ograniczył liczbę wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do udziału w dialogu konkurencyjnym do 5 (pięciu) oraz opisał kryteria wyboru ograniczonej liczby kandydatów. Zgodnie z tymi kryteriami „Zamawiający dokona oceny punktowej wniosków, które zostały złożone przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu z udziału w postępowaniu, według następujących zasad:

„za całkowitą wartość zrealizowanych zamówień spełniających kryteria dopuszczenia do udziału w postępowaniu (warunek udziału w postępowaniu opisany w sekcji III.2.3 pkt 1 ogłoszenia) przyznana zostanie punktacja w następujący sposób:

1) zamówienie o wartości poniżej 5 000 000 PLN netto: Zamawiający przyzna 1 punkt za każdy pełny 1 000 000 PLN netto wartości zamówienia,

2) zamówienie o wartości od 5 000 000 PLN netto do 10 000 000 PLN netto: Zamawiający przyzna 5 punktów oraz dodatkowo 1,5 pkt za każdy pełen 1 000 000 PLN netto ponad 5 000 000 PLN wartości zamówienia,

3) zamówienie o wartości powyżej 10 000 000 PLN netto: Zamawiający przyzna 12,5 pkt oraz dodatkowo 2 punkty za każdy pełen 1 000 000 PLN netto ponad 10 000 000 PLN wartości zamówienia.

Punktacja będzie obliczona zaokrągleniu do 0,5 punktu. Zamawiający zaprosi do dialogu 5 wykonawców, którzy uzyskali najwyższą końcową ocenę punktową wniosku.”

Zamawiający sformułował wzór wykazu dostaw (załącznik nr 3 do wniosku), w którym należało wskazać dane dotyczące: zamawiającego (nazwa, adres, pożądany nr telefonu i nazwisko osoby odbierającej prace), wykonawcę zamówienia, opis zamówienia (tylko zamówienia dotyczące prac o podobnym charakterze), wartość netto, okres realizacji (rozpoczęcie, zakończenie), oraz oświadczenie czy inny niż wykonawca podmiot będzie brał udział w realizacji części zamówienia.

Odwołujący Hewlett Packard Polska sp. z o.o. złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym. Do wniosku tego załączył wykaz dostaw. W pozycji 12 wykazu dostaw Odwołujący Hewlett-Packard Polska sp. z o.o. wyszczególnił zamówienie zrealizowane przez spółkę Hewlett Packard na rzecz Poste Italiane S.p.A. Wskazał, iż przedmiotowe zamówienie zostało zrealizowane na kwotę 10.997.466,00 zł i opisał je jako cyt. „Dostawa i wdrożenie macierzy dyskowych klasy enterprise HP StorageWorks XP 12000, urządzeń sieci SAN- przełączniki FC”. Jako osobę odbierającą prace wskazał „Agostino Ragosa”.

Do wykazu Odwołujący załączył „poświadczenie prawidłowego wykonania zamówienia” z 23 września 2009 r. wystawione przez Poste Italiane na rzecz Hewlett Packard Italiana s.r.l. podpisane przez „Ing. Agostino Ragosa” wraz z tłumaczeniem na język polski. W dokumencie tym wystawca zaświadczył, że spółka Hewlett Packard Italiana s.r.l. w ciągu roku 2007, na podstawie umowy nr DCIA 30-10-06010270 p. o łącznej wartości 2 688 275,44 euro bez VAT zrealizowała dostawy objęte projektem „Accordo quadro per la fornitura dell’infrastruttura di Storage di Poste Italiane – Lotto 1”. W dokumencie tym wskazano następujące elementy dostawy: Storage XP12000, Switch SAN Brocade, usługi instalacji i konfiguracji.

Pismem z dnia 9 września 2010 r. Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienia czy w ramach omawianego zamówienia wykonano projekt techniczny, system pamięci masowej i backupu klasy enterprises w obszarze funkcjonalnym backupu. Wezwał do złożenia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie projektu technicznego, oraz systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprises w obszarze funkcjonalnym backupu. Wezwał do złożenia dokumentu, w szczególności pisemnego zobowiązania innego podmiotu (podmiotów) w tym spółki Hewlett Packard Italiana s.r.l. do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia oraz pisemne zobowiązanie tego podmiotu do uczestnictwa w realizacji części zamówienia.

W odpowiedzi Odwołujący złożył pismo (bez daty) do którego załączył nowy wykaz dostaw. W wykazie tym, w zakresie pozycji 12 oświadczył, iż dostawa zawierała wdrożenie systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprise w obszarze funkcjonalnym backupu (kopii zapasowych) wdrożenie rozwiązania zrealizowanego na potrzeby rozwiązania zrealizowanego na potrzeby Disaster Recovery Plan obejmującego replikację danych pomiędzy oddalonymi geograficznie ośrodkami przetwarzania danych, w tym zrealizowano projekt techniczny.

Załączył do ww. pisma pisemne zobowiązanie Hewlett Packard Italiana s.r.l z 8 czerwca 2010 r. o udostępnieniu zasobów wiedzy doświadczenia w zakresie referencji od firmy Poste Italiane na rzecz Hewlett Packard Polska sp. z o.o..

Pismem z dnia 8 listopada 2010 r., przesłanym za pośrednictwem faksu i poczty elektronicznej zamawiający zwrócił się Poste Italiane S.p.A o udzielenie informacji co do zakresu prac wykonanych przez Hewlett Packard Italiana dotyczących umowy nr DCIA 30-10-06010270 p, w formie załączonej do ww. pisma ankiety. We wzorze ankiety wskazał dane: zamawiający: Poste Italiane s.p. A, wykonawca Hewlett Packard Italiana s.r.l nazwa zamówienia: umowa nr DCIA 30-10-06010270 projekt o nazwie „Accordo quadro per la fornitura dell’infrastruttura di Storage di

Poste Italiane – Lotto 1’, okres realizacji 01.02.2007 – 20.12.2007 r.. Poprosił o zaznaczenie w formie wypełnienia pustej kratki następujących danych:

I. zakres zamówienia:

1. system pamięci masowej i backupu klasy enterprises
 - pamięć masowa •
 - backup
2. rozwiązanie zrealizowane na potrzeby Disaster Recovery Plan obejmującego replikację danych
 - replikacja danych •
 - centra przetwarzania danych oddalone geograficznie

II. zadanie wchodzące w skład zamówienia:

1. system pamięci masowej i backupu klasy enterprises
 - projekt techniczny •
 - dostawa urządzeń
 - wdrożenie systemu
2. rozwiązanie zrealizowane na potrzeby Disaster Recovery Plan
 - projekt techniczny •
 - dostawa urządzeń
 - wdrożenie rozwiązanie

III. wartość zamówienia wskazanego w części I w stosunku do całkowitej wartości zamówienia z podziałem na system pamięci masowej i backupu klasy enterprises i rozwiązanie zrealizowane na potrzeby Disaster Recovery Plan obejmującego replikację danych.

W odpowiedzi na ww. pismo, w dniu 10 grudnia 2010 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej od Antinucci Ione, w imieniu Ragosa Agostino, z sekretariatu Pani R, Zamawiający otrzymał w formie załącznika do korespondencji mailowej skan pisma z dnia 23 listopada 2010 r. obejmującego uzupełniony wzór ankiety. Pismo to zostało podpisane nieczytelnie. W piśmie tym jego wystawca zaznaczył: w pkt I „zakres zamówienia”: pamięć masowa*, w pkt II „zadania wchodzące w skład zamówienia”: „dostawa urządzeń”**.

Pod ankietą i pod podpisem znalazło się omówienie: *zakres zamówienia obejmuje wyłącznie pamięć masową, a dokładnie pamięć masową w sieci pamięci masowej (...) typu enterprise, ** zadania wchodzące w skład zamówienia obejmowały dostarczenie sprzętu komputerowego (hardware) wraz z jego instalacją, *** nie zostało zrealizowane rozwiązanie na potrzeby Disaster Recovery Plan.

62

W zawiadomieniu o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu, w zakresie pozycji 12 Zamawiający wskazał, że według jego informacji w ramach wykazanego w tej pozycji wykazu usług zamówienia nie zrealizowano „projektu technicznego”, „systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprise w obszarze funkcjonalnym backupu (kopii zapasowych) oraz wdrożenia tego systemu, a także nie zrealizowano żadnego rozwiązania na potrzeby Disaster Recovery Plan.

W wykazie dostaw, w pozycji 36 Odwołujący Hewlett-Packard wyszczególnił zamówienie zrealizowane przez Betacom S.A. rzecz Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie. Opisał to zamówienie jako „*rozbudowa macierzy dyskowych HP Storage Works XP 1024 oraz oprogramowania do wykonywania kopii zapasowych HP Open View Storage Data protector w wersji 5.0. W ramach realizacji zamówienia zaprojektowano, dostarczono i wdrożono system pamięci masowej i backupu klasy enterprise.*” Do wykazu załączył protokół odbioru z dnia 20 grudnia 2007 r. odwołujący się do umowy nr 124/DESI/2007/2611 z 13.11.2007 r.

Zamawiający w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu wskazał, że w zakresie pozycji 36 wykazu dostaw ustalił, iż w ramach zamówienia realizowanego na podstawie umowy nr 124/DESI/2007/2611 z 13.11.2007 r. nie wykonano „projektu technicznego”.

W trakcie rozprawy Zamawiający złożył poświadczoną za zgodność z oryginałem kserokopię umowy nr 124/DESI/2007/2611 z 13 listopada 2007 r. Zgodnie z §2 tej umowy jej przedmiotem jest sprzedaż i dostawa oraz instalacja sprzętu i oprogramowania wyspecyfikowanego w załączniku nr 1 do tej umowy. Zgodnie z §5 umowy w ramach odbioru sprzedawca m.in. zainstaluje dostarczony sprzęt i oprogramowanie, skonfiguruje dostarczony sprzęt. Cena obejmowała sprzedaż, dostarczenie, instalację i uruchomienie sprzętu i oprogramowania.

W trakcie rozprawy wykonawca Betacom S.A. złożył poświadczoną za zgodność z oryginałem kserokopię niepodisanego pisma zatytułowanego „projekt techniczny” z 17.11.2007, zmodyfikowanego 05.12.2007 r.. W stopce pisma figuruje nazwa i siedziba wykonawcy Betacom S.A.. Na stronie tytułowej widnieje nazwa projektu *rozbudowa macierzy dyskowych HP Storage Works XP 1024 oraz oprogramowania do wykonywania kopii zapasowych HP Open View Storage Data protector*, nazwa zamawiającego i nr umowy 124/DESI/2007/2611. Odwołujący Hewlett-Packard wnioskował o dopuszczenie ww. dokumentu jako dowodu również w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 78/11.

W wykazie dostaw, w pozycji 43, odwołujący Hewlett – Packard wykazał wykonanie zamówienia. Wskazał m.in. opis ww. zamówienia, jego wartość i czasookres jego realizacji. Do wykazu załączył referencje zleceniodawcy wymienionego w wykazie usług, w której zleceniodawca

63

opisowo wskazał wartość umowy. Informacje te Hewlett Packard zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 4 listopada 2010 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienia dotyczące wartości tej pozycji poprzez wskazanie, jaka kwota w zadeklarowanej w wykazie wartości zamówienia przypadła na zamówienie na projekt, dostawę i wdrożenie systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprise” a jaka na zamówienie na projekt, dostawę i wdrożenie rozwiązania zrealizowanego na potrzeby Disaster Recovery Plan, obejmującego replikację danych pomiędzy systemami pamięci masowych, umiejscowionych w oddalonych geograficznie centrach

przetwarzania danych, a jaka na ewentualnie inne nie kwalifikujące się do ww. usługi i dostawy.

Pismem z dnia 12 listopada 2010 r. Odwołujący, w zakresie pozycji 43 wykazu dostaw wyjaśnił, iż cała wskazana tam wartość obejmowała zamówienie na projekt, dostawę i wdrożenie systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprises. Wskazał również jaka wartość umowy przypadała na inne nie kwalifikujące się zgodnie opisem warunku usługi i dostawy.

Pismem z dnia 8 listopada 2010 r. zamawiający zwrócił się do zleceniodawcy usługi wykazanego w pozycji 43 wykazu usług o wyjaśnienie wartości usługi odpowiadającej treści warunku udziału w postępowaniu wykonanej w okresie deklarowanym przez odwołującego, w formie załączonej do ww. pisma ankiety. We wzorze ankiety wskazał dane: odwołującego, nazwę zamówienia w brzmieniu wskazanym w wykazie usług, okres realizacji w brzmieniu zgodnie z wykazem usług.

Poprosił o zaznaczenie w formie wypełnienia pustej kratki następujących danych:

I. zakres zamówienia:

1. system pamięci masowej i backupu klasy enterprises
 - pamięć masowa •
 - backup
2. rozwiązanie zrealizowane na potrzeby Disaster Recovery Plan obejmującego replikację danych
 - replikacja danych •
 - centra przetwarzania danych oddalone geograficznie

II. zadanie wchodzące w skład zamówienia:

1. system pamięci masowej i backupu klasy enterprises
 - projekt techniczny •
 - dostawa urządzeń
 - wdrożenie systemu

64

2. rozwiązanie zrealizowane na potrzeby Disaster Recovery Plan

- projekt techniczny •
- dostawa urządzeń
- wdrożenie rozwiązanie

III. wartość zamówienia wskazanego w części I w stosunku do całkowitej wartości zamówienia z podziałem na system pamięci masowej i backupu klasy enterprises i rozwiązanie zrealizowane na potrzeby Disaster Recovery Plan obejmującego replikację danych.

W odpowiedzi na pismo Zamawiającego Zamawiający otrzymał od zleceniodawcy usługi wypełnioną ankietę z dnia 6 grudnia 2010 r., zgodnie z którym wartość prac w zakresie systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprises różniła się od kwoty deklarowanej przez odwołującego i wynosiła ok. 70% tej kwoty, zaś prace w zakresie rozwiązania zrealizowanego na potrzeby Disaster Recovery Plan wynoszące 30 % kwoty, wykonane były w roku 2005.

Zamawiający, w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu wskazał, że w zakresie pozycji 43 wykazu usług ustalił, że wartość prac odpowiadająca zakresem przedmiotowi niniejszego zamówienia oraz kryteriom wymaganym przez zamawiającego wyniosła ok. 70% wskazanej przez odwołującego kwoty, zaś pozostała kwota przypadła na prace realizowane w 2005 roku.

W dniu 13 stycznia 2010 r. zleceniodawca usługi przesłał do wykonawcy Asseco pismo, podpisane przez osobę figurującą również na ankiecie z 6 grudnia 2010 r. W piśmie tym osoba ta wskazała nazwę umowy i jej datę zawarcia. Opisała zakres umowy, używając sformułowania „m.in.”. Wyjaśniła, że wartość umowy przekracza wartość wskazaną przez odwołującego w wykazie usług., wskazała faktyczną wartość tej umowy. Podniosła, że w informacji przekazanej zamawiającemu w dniu 6 grudnia 2010 r. wystąpiła nieścisłość wynikająca z połączenia różnych umów realizowanych w tym okresie przez różne spółki grupy kapitałowej do której należy wykonawca Asseco.

W dniu 19 stycznia 2010 r. zleceniodawca usługi przesłał do zamawiającego pismo, podpisane przez osobę figurującą również na ankiecie z 6 grudnia 2010 r. W piśmie tym wyjaśniła, że w informacji przekazanej zamawiającemu w dniu 6 grudnia 2010 r. wystąpiła nieścisłość wynikająca z połączenia różnych umów realizowanych w tym okresie przez różne spółki grupy kapitałowej do której należy wykonawca Asseco. Wyjaśniła, że wartość usługi wskazana w wykazie

usług przez odwołującego dotyczyła w całości prac realizowanych w 2007r., zaś prace w zakresie rozwiązania zrealizowanego na potrzeby Disaster Recovery Plan realizowane w 2005r. nie dotyczyły zleceńodawcy.

65

STAN FAKTYCZNY KIO 83/11

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, wnioski o dopuszczenie do udziału w dialogu, odwołanie, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, dokumenty, oświadczenia i stanowiska Stron i uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, skład orzekający Izby ustalił co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ustalono również, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Decyzja zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu pozbawia go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, a tracąc tę możliwość, może ponieść szkodę. Wyczerpuje to materialnoprawną przesłankę do wniesienia odwołania, opisaną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W postanowieniu pkt III.2.3 w ppkt 1 ogłoszenia o zamówieniu „Zdolność techniczna”, „Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów” Zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia przesadzając, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

„Posiadają wiedzę i doświadczenie, tj. zrealizowali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również realizują, dostawy w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

— co najmniej 1 (jedno) zamówienie na projekt, dostawę i wdrożenie systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprise oraz,

66

— co najmniej 1 (jedno) zamówienie na projekt, dostawę i wdrożenie rozwiązania zrealizowanego na potrzeby Disaster Recovery Plan, obejmującego replikację danych pomiędzy systemami pamięci masowych, umiejscowionych w oddalonych geograficznie centrach przetwarzania danych.”

W celu wykazania spełnienia tak opisanego warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z pkt III.2.1 lit. h) wykonawcy wraz z wnioskiem zobowiązani byli złożyć *wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania*

wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy zostały wykonane należycie.

Ponadto, w myśl pkt III.2.1. lit. i) ogłoszenia, *jeżeli w wykazie, w którym mowa w lit. h, wykonawca wykazał doświadczenie innego podmiotu winien złożyć w szczególności pisemne zobowiązanie tego podmiotu do*

oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia

oraz pisemne zobowiązanie tego podmiotu do uczestnictwa w realizacji części zamówienia.

Zamawiający, w pkt IV. 1.2. ogłoszenia ograniczył liczbę wykonawców, którzy zostaną

zaproszeni do udziału w dialogu konkurencyjnym do 5 (pięciu) oraz opisał kryteria wyboru ograniczonej liczby kandydatów. Zgodnie z tymi kryteriami „Zamawiający dokona oceny punktowej wniosków, które zostały złożone przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu z udziału w postępowaniu, według następujących zasad:

„za całkowitą wartość zrealizowanych zamówień spełniających kryteria dopuszczenia do udziału w postępowaniu (warunek udziału w postępowaniu opisany w sekcji III.2.3 pkt 1 ogłoszenia) przyznana zostanie punktacja w następujący sposób:

- 1) zamówienie o wartości poniżej 5 000 000 PLN netto: Zamawiający przyzna 1 punkt za każdy pełny 1 000 000 PLN netto wartości zamówienia,*
- 2) zamówienie o wartości od 5 000 000 PLN netto do 10 000 000 PLN netto: Zamawiający przyzna 5 punktów oraz dodatkowo 1,5 pkt za każdy pełen 1 000 000 PLN netto ponad 5 000 000 PLN wartości zamówienia,*
- 3) zamówienie o wartości powyżej 10 000 000 PLN netto: Zamawiający przyzna 12,5 pkt oraz dodatkowo 2 punkty za każdy pełen 1 000 000 PLN netto ponad 10 000 000 PLN wartości zamówienia.*

Punktacja będzie obliczona w zaokrągleniu do 0,5 punktu. Zamawiający zaprosi do dialogu 5 wykonawców, którzy uzyskali najwyższą końcową ocenę punktową wniosku.”

Zamawiający sformułował wzór wykazu dostaw (załącznik nr 3 do wniosku), w którym należało wskazać dane dotyczące: zamawiającego (nazwa, adres, pożądany nr telefonu i nazwisko osoby odbierającej prace), wykonawcę zamówienia, opis zamówienia (tylko zamówienia dotyczące

67

prac o podobnym charakterze), wartość netto, okres realizacji (rozpoczęcie, zakończenie), oraz oświadczenie czy inny niż wykonawca podmiot będzie brał udział w realizacji części zamówienia.

Odwołujący Consortia złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym. Do wniosku załączył wykaz dostaw. W pozycji 12 wykazu dostaw Odwołujący Consortia sp. z o.o. wyszczególnił zamówienie zrealizowane przez spółkę Hewlett Packard na rzecz Poste Italiane S.p.A. Wskazał, iż przedmiotowe zamówienie zostało zrealizowane na kwotę 10.997.466,00 zł i opisał je jako cyt: „Dostawa i wdrożenie macierzy dyskowych klasy enterprise HP StorageWorks XP 12000, urządzeń sieci SAN- przełączniki FC”. Jako osobę odbierającą prace wskazał „Agostino Ragosa”.

Do wykazu załączył „poświadczenie prawidłowego wykonania zamówienia” z 23 września 2009 r. wystawione przez Poste Italiane na rzecz Hewlett Packard Italiana s.r.l. podpisane przez „Ing. Agostino Ragosa” wraz z tłumaczeniem na język polski. W dokumencie tym wystawca zaświadczył, że spółka Hewlett Packard Italiana s.r.l. w ciągu roku 2007, na podstawie umowy nr DCIA 30-10-06010270 p. o łącznej wartości 2 688 275,44 euro bez VAT zrealizowała dostawy objęte projektem „Accordo quadro per la fornitura dell’infrastruttura di Storage di Poste Italiane – Lotto 1”. W dokumencie tym wskazano następujące elementy dostawy: Storage XP12000, Switch SAN Brocade, usługi instalacji i konfiguracji.

Pismem z dnia 9 września 2010 r. Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienia czy w ramach omawianego zamówienia wykonano projekt techniczny, system pamięci masowej i backupu klasy enterprise w obszarze funkcjonalnym backupu. Wezwał do złożenia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie projektu technicznego, systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprises w obszarze funkcjonalnym backupu. Wezwał również do złożenia dokumentu, w szczególności pisemnego zobowiązania innego podmiotu (podmiotów) w tym spółki Hewlett Packard Italiana s.r.l. do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia oraz pisemne zobowiązanie tego podmiotu do uczestnictwa w realizacji części zamówienia.

W odpowiedzi wykonawca złożył pismo (bez daty) do którego załączył nowy wykaz dostaw. W wykazie tym, w zakresie pozycji 12 oświadczył, iż dostawa zawierała wdrożenie systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprise w obszarze funkcjonalnym backupu (kopii zapasowych) wdrożenie rozwiązania zrealizowanego na potrzeby rozwiązania zrealizowanego na potrzeby Disaster Recovery Plan obejmującego replikację danych pomiędzy oddalonymi geograficznie ośrodkami przetwarzania danych, w tym zrealizowano projekt techniczny.

68

udostępnieniu zasobów wiedzy doświadczenia na rzecz Hewlett Packard Polska sp. z o.o. wraz ze zgodą na udzielenie tego zasobu na rzecz Odwołującego.

Pismem z dnia 8 listopada 2010 r., przesłanym za pośrednictwem faksu i poczty elektronicznej zamawiający zwrócił się Poste Italiane S.p.A o udzielenie informacji co do zakresu prac wykonanych przez Hewlett Packard Italiana dotyczących umowy nr DCIA 30-10-06010270 p, w formie załączonej do ww. pisma ankiety. We wzorze ankiety wskazał dane: zamawiający: Poste Italiane s.p. A, wykonawca Hewlett Packard Italiana s.r.l nazwa zamówienia: umowa nr DCIA 30-10-06010270 projekt o nazwie „Accordo quadro per la fornitura dell'infrastruttura di Storage di Poste Italiane – Lotto 1”, okres realizacji 01.02.2007 – 20.12.2007 r.. Poprosił o zaznaczenie w formie wypełnienia pustej kratki następujących danych:

I. zakres zamówienia:

1. system pamięci masowej i backupu klasy enterprises
 - pamięć masowa •
 - backup
2. rozwiązanie zrealizowane na potrzeby Disaster Recovery Plan obejmującego replikację danych
 - replikacja danych •
 - centra przetwarzania danych oddalone geograficznie

II. zadanie wchodzące w skład zamówienia:

1. system pamięci masowej i backupu klasy enterprises
 - projekt techniczny •
 - dostawa urządzeń
 - wdrożenie systemu
2. rozwiązanie zrealizowane na potrzeby Disaster Recovery Plan
 - projekt techniczny •
 - dostawa urządzeń
 - wdrożenie rozwiązanie

III. wartość zamówienia wskazanego w części I w stosunku do całkowitej wartości zamówienia z podziałem na system pamięci masowej i backupu klasy enterprises i rozwiązanie zrealizowane na potrzeby Disaster Recovery Plan obejmującego replikację danych.

W odpowiedzi na ww. pismo, w dniu 10 grudnia 2010 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej od Antinucci Ione, w imieniu Ragosa Agostino, z sekretariatu Pani Ragosa,

69

Zamawiający otrzymał w formie załącznika do korespondencji mailowej skan pisma z dnia 23 listopada 2010 r. obejmującego uzupełniony wzór ankiety. Pismo to zostało podpisane nieczytelnie. W piśmie tym jego wystawca zaznaczył: w pkt I „zakres zamówienia”: pamięć masowa*, w pkt II „zadania wchodzące w skład zamówienia”: „dostawa urządzeń”***.

Pod ankietą i pod podpisem znalazło się omówienie: *zakres zamówienia obejmuje wyłącznie pamięć masową, a dokładnie pamięć masową w sieci pamięci masowej (...) typu enterprise, ** zadania wchodzące w skład zamówienia obejmowały dostarczenie sprzętu komputerowego (hardware) wraz z jego instalacją, *** nie zostało zrealizowane rozwiązanie na potrzeby Disaster Recovery Plan.

W zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu, w zakresie pozycji 12 Zamawiający wskazał, że według jego informacji w ramach wykazanego w tej pozycji wykazu usług zamówienia nie zrealizowano „projektu technicznego”, „systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprises w obszarze funkcjonalnym backupu (kopii zapasowych) oraz wdrożenia tego systemu, a także nie zrealizowano żadnego rozwiązania na potrzeby Disaster Recovery Plan.

STAN FAKTYCZNY KIO 84/11

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, wniosek o dopuszczenie do udziału w dialogu, odwołanie, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, dokumenty, oświadczenia i stanowiska Stron i uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, skład orzekający Izby ustalił co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z

przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ustalono również, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Decyzja zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu pozbawia go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, a tracąc tę możliwość, może ponieść szkodę. Wyczerpuje to materialnoprawną przesłankę do wniesienia odwołania, opisaną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

70

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W postanowieniu pkt III.2.3 w ppkt 1 ogłoszenia o zamówieniu „Zdolność techniczna”, „Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów” Zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia przesadzając, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:
„Posiadają wiedzę i doświadczenie, tj. zrealizowali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również realizują, dostawy w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

— co najmniej 1 (jedno) zamówienie na projekt, dostawę i wdrożenie systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprise oraz,

— co najmniej 1 (jedno) zamówienie na projekt, dostawę i wdrożenie rozwiązania zrealizowanego na potrzeby Disaster Recovery Plan, obejmującego replikację danych pomiędzy systemami pamięci masowych, umiejscowionych w oddalonych geograficznie centrach przetwarzania danych.”

W celu wykazania spełnienia tak opisanego warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z pkt III.2.1 lit. h) wykonawcy wraz z wnioskiem zobowiązani byli złożyć *wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania*

wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy zostały wykonane należycie.

Ponadto, w myśl pkt III.2.1. lit. i) ogłoszenia, *jeżeli w wykazie, w którym mowa w lit. h, wykonawca wykazał doświadczenie innego podmiotu winien złożyć w szczególności pisemne zobowiązanie tego podmiotu do*

oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia

oraz pisemne zobowiązanie tego podmiotu do uczestnictwa w realizacji części zamówienia.

Zamawiający, w pkt IV. 1.2. ogłoszenia ograniczył liczbę wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do udziału w dialogu konkurencyjnym do 5 (pięciu) oraz opisał kryteria wyboru ograniczonej liczby kandydatów. Zgodnie z tymi kryteriami „Zamawiający dokona oceny punktowej wniosków, które zostały złożone przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu z udziału w postępowaniu, według następujących zasad:

71

„za całkowitą wartość zrealizowanych zamówień spełniających kryteria dopuszczenia do udziału w postępowaniu (warunek udziału w postępowaniu opisany w sekcji III.2.3 pkt 1 ogłoszenia) przyznana zostanie punktacja w następujący sposób:

1) zamówienie o wartości poniżej 5 000 000 PLN netto: Zamawiający przyzna 1 punkt za każdy pełny 1 000 000 PLN netto wartości zamówienia,

2) zamówienie o wartości od 5 000 000 PLN netto do 10 000 000 PLN netto: Zamawiający przyzna 5 punktów oraz dodatkowo 1,5 pkt za każdy pełen 1 000 000 PLN netto ponad 5 000 000 PLN wartości

zamówienia,

3) zamówienie o wartości powyżej 10 000 000 PLN netto: Zamawiający przyzna 12,5 pkt oraz dodatkowo 2 punkty za każdy pełen 1 000 000 PLN netto ponad 10 000 000 PLN wartości zamówienia.

Punktacja będzie obliczona w zaokrągleniu do 0,5 punktu. Zamawiający zaprosi do dialogu 5 wykonawców, którzy uzyskali najwyższą końcową ocenę punktową wniosku.”

Zamawiający sformułował wzór wykazu dostaw (załącznik nr 3 do wniosku), w którym należało wskazać dane dotyczące: zamawiającego (nazwa, adres, pożądany nr telefonu i nazwisko osoby odbierającej prace), wykonawcę zamówienia, opis zamówienia (tylko zamówienia dotyczące prac o podobnym charakterze), wartość netto, okres realizacji (rozpoczęcie, zakończenie), oraz oświadczenie czy inny niż wykonawca podmiot będzie brał udział w realizacji części zamówienia.

Odwolujący Comparex Poland sp. z o.o. złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym, do którego załączył wykaz dostaw. W wykazie tym, w pozycji 4 wyszczególnił zamówienie zrealizowane przez IBM Polska S.A. na rzecz Komendy Głównej Straży Granicznej w Warszawie. Opisał usługę jako obejmującą projekt, dostawę i wdrożenie systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprise. Wskazał również wartość usługi jako 73.158.000 zł, oraz czasokres realizacji tj. od 09.08.2007 do 23.12.2008 r.

Do wykazu odwołujący załączył:

- a) protokół odbioru końcowego etap I z 21.12.2007 r. Protokół ten odwoływał się do umowy nr 57/ZP/BŁiI/2007 (PWH063N) zawartej w dniu 09.08.2007 r. pomiędzy Komendantem Głównym Straży Granicznej a firmą IBM Polska sp. z o.o.,
- b) protokół odbioru końcowego etap I A z 21.12.2007 r. Protokół ten odwoływał się do umowy nr 57/ZP/BŁiI/2007 (PWH063N) zawartej w dniu 09.08.2007 r. pomiędzy Komendantem Głównym Straży Granicznej a firmą IBM Polska sp. z o.o.,
- c) protokół odbioru końcowego etap II z 23.12.2008 r. Protokół ten odwoływał się do umowy nr 57/ZP/BŁiI/2007 (PWH063N) zawartej w dniu 09.08.2007 r. pomiędzy Komendantem Głównym Straży Granicznej a firmą IBM Polska sp. z o.o.,

72

-
- d) zobowiązanie IBM Polska sp. z o.o. z 10 czerwca 2010 r. do udostępnienia Comparex Poland sp. z o.o. S.A. zasobów na okres wykonywania zamówienia oraz zobowiązanie do uczestnictwa w realizacji części zamówienia.

Zamawiający zwrócił się do odwołującego pismem z dnia 9 września 2010 r. wskazując, że z dołączonych do wniosku dokumentów nie wynika, że zamówienie opisane w wykazie zostało wykonane należycie, bowiem informacje zawarte w dokumentach – odsyłające do kolejnych załączników- nie pozwalają na stwierdzenie, że odnosi się on do tego zamówienia. Wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia zrealizowanego na rzecz Komendy Głównej Straży Granicznej.

Pismem z dnia 16 września 2010 r. Odwołujący wskazał, że zamówienie wskazane w pozycji 4 wykazu dostaw dotyczy umowy nr 57/ZP/BŁiI/2007 z dnia 9.08.2007 roku. Załączył do ww. pisma pismo IBM Polska sp. z o.o. z 16 września 2010 r., w którym IBM Polska sp. z o.o. oświadczył, w zakresie pozycji 4 wykazu dostaw, iż załączone przez odwołującego do wniosku końcowe protokoły odbioru etapów stanowią potwierdzenie należytego wykonania zamówienia. Ponadto oświadczył, że wszystkie złożone przez IBM Polska sp. z o.o. informacje w wykazie i oświadczenia są prawdziwe a załączone podpisane referencje i protokoły stanowią dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówienia.

Zamawiający, pismem z dnia 8 listopada 2011 r. , za pośrednictwem faksu, zwrócił się do Komendy Głównej Straży Granicznej w Warszawie o udzielenie informacji co do zakresu prac wykonanych przez IBM Polska S.A. dotyczących umowy opisanej jako „projekt, dostawa, i wdrożenie systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprise”, w formie załączonej do ww. pisma ankiety. We wzorze ankiety wskazał dane: zamawiający: Komenda Główna Straży Granicznej, wykonawca: IBM Polska S.A. w Warszawie, nazwa zamówienia: projekt, dostawa, i wdrożenie systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprise, okres realizacji 09.08.2007 – 23.12.2008 r.. Poprosił o zaznaczenie w formie wypełnienia pustej kratki następujących danych: I. zakres zamówienia:

1. system pamięci masowej i backupu klasy enterprises

- pamięć masowa •

backup

2. rozwiązanie zrealizowane na potrzeby Disaster Recovery Plan obejmującego replikację danych

- replikacja danych •
centra przetwarzania danych oddalone geograficznie

73

II. zadanie wchodzące w skład zamówienia:

1. system pamięci masowej i backupu klasy enterprises

- projekt techniczny •
dostawa urządzeń
- wdrożenie systemu

2. rozwiązanie zrealizowane na potrzeby Disaster Recovery Plan

- projekt techniczny •
dostawa urządzeń
- wdrożenie rozwiązanie

III. wartość zamówienia wskazanego w części I w stosunku do całkowitej wartości zamówienia z podziałem na system pamięci masowej i backupu klasy enterprises i rozwiązanie zrealizowane na potrzeby Disaster Recovery Plan obejmującego replikację danych.

W odpowiedzi na ww. pismo, w dniu 16 listopada 2010 r. otrzymał w formie faksu pismo przewodnie z Komendy Głównej Straży Granicznej z 16.11.2010r. podpisane przez Dyrektora Biura Łączności i Informatyki Komendy Głównej Straży Granicznej oraz uzupełniony wzór ankiety, opatrzony datą 15.11.2011 r. i podpisany nieczytelnie. W ankiecie jej wystawca zaznaczył: w pkt III, iż na realizację systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprise przypada kwota 2.393.706,05 zł.

Zamawiający w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu wskazał, że w zakresie pozycji 4 wykazu dostaw ustalił, że wartość prac odpowiadająca zakresem przedmiotowi zamówienia oraz kryteriom wymaganym przez zamawiającego wyniosła 2.393.706,05 zł.

Wykonawca Qumak-Sekom złożył pismo procesowe z dnia 20 stycznia 2011 r. Do pisma tego załączył oświadczenie IBM Polska sp. z o.o. z 17 stycznia 2011 r., w którym IBM Polska sp. z o.o. oświadczył, że podpisał z Komendą Główną Straży Granicznej umowę nr 57/ZP/BŁII/2007 (PWH063N) na kwotę 88.524.000 zł netto. Zrealizowana na dzień składania wniosków wartość tej umowy to 73.158.000,00 zł. W piśmie tym wskazano również, że ustalenie przez Zamawiającego wartości prac odpowiadających zakresem postępowania przez Zamawiającego na kwotę 2.393.706,05 zł nie odzwierciedla stanu faktycznego. Odwołujący wniósł do dopuszczenia dowodu z ww. dokumentu w postępowaniu o sygn. akt KIO 84/11.

Wykonawca Qumak-Sekom w trakcie rozprawy złożył kserokopię umowy z 9.8.2007 r. nr 57/ZP/BŁII/2007. W §8 tej umowy wskazano iż wartość netto umowy wynosi 88.524.000,00 zł, w której mieszczą się wszystkie koszty realizacji przedmiotu zamówienia, w tym koszty dostawy i

74

instalacji platformy teleinformatycznej, dostawy sprzętu teleinformatycznego, przekazania licencji, koszty serwisu i utrzymania systemu, koszty konsultacji/prac administracyjnych świadczonych przez cały okres gwarancji. Odwołujący wniósł do dopuszczenia dowodu z ww. dokumentu w postępowaniu o sygn. akt KIO 84/11.

Zarzut niezasadnego zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa

Wykonawcy: Alternative Technology Sp. z o.o., ComArch S.A., Asseco Poland S.A., Comparex Poland Sp. z o.o., WASKO S.A., Betacom S.A., Qumak-Sekom S.A., Hewlett-Packard Polska sp. z o.o., IT. expert sp. z o.o., HENWAR Anna Zagrodzka-Maliszewska, Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., Consortia Sp. z o.o., Systemics Poland sp. z o.o., Andra sp. z o.o., Matic sp. Z o.o., Sygnity S.A., Netline Group sp. z o.o., oraz AGN Polska Sp. z o.o. zakwalifikowali część informacji zawartych we wnioskach o dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa i zastrzegli, że nie mogą być one udostępniane.

Zamawiający, w dniu 4 listopada 2010 r. zwrócił się do wszystkich wykonawców, którzy w swoich wnioskach zastrzegli niektóre informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa o złożenie

wyjaśnień oraz dowodów na potwierdzenie, iż zastrzeżona informacja stanowiła tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykonawcy ci, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego złożyli wyjaśnienia. Dotyczyło to AGN Polska sp. z o.o., Asseco Poland S.A., Systemics Poland sp. z o.o., Matic sp. z o.o., Sygnity S.A., HENWAR Anna Zagrodzka-Maliszewska, Alternative Technology Sp. z o.o. IT. expert sp. z o.o., Betacom S.A., Hewlett-Packard Polska sp. z o.o., Qumak-Sekom S.A., Comarch S.A., Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., Wasko S.A., Comparex Poland sp. z o.o.,

Zamawiający dokonując oceny złożonych wyjaśnień uznał, iż nie będzie odbierał tym informacjom waloru tajemnicy. Zamawiający nie odtajnił w postępowaniu żadnych informacji. W trakcie rozprawy Zamawiający oświadczył, iż żaden z wykonawców nie wskazał rozstrzygających dowodów wskazujących na zasadność zastrzeżenia przez nich niektórych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający wskazał, że nie wszyscy wykonawcy, składając wyjaśnienia (uzupełnienia) w trybie art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp odnoszące się do utajnionej treści wniosku, utajniły również treść tych wyjaśnień i zastrzeżeń. Ponadto niektórzy wykonawcy, którzy nie utajniły treści swoich wniosków wykazywali się doświadczeniem w wykonaniu tożsamyh zamówień, co do których inni wykonawcy zdecydowali się na zastrzeżenie tych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

75

ROZSTRZYGNIECIE ZARZUTU DOTYCZĄCEGO POZYCJI 19 WYKAZU DOSTAW (KIO 73/11), POZYCJI 17 WYKAZU DOSTAW (KIO 74/11), POZYCJI 16 WYKAZU DOSTAW (KIO 75/11), POZYCJI 17 WYKAZU DOSTAW (KIO 77/11), POZYCJI 12 WYKAZU DOSTAW (KIO 78/11), POZYCJI 12 WYKAZU DOSTAW (KIO 83/11)

Odwołania zasługują na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu bezzasadne wykluczenie ich z udziału w postępowaniu, wskazując na naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Norma prawna wyrażona w powołanym wyżej przepisie jest normą iuris cogentis. Oznacza to, że zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, w stosunku do którego potwierdzi się zarzut podania nieprawdziwych informacji. Przy czym za nieprawdziwą informację należy uznać taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości. Zdaniem Izby, przyczyny przedstawienia nieprawdziwej informacji pozostają bez znaczenia dla wywołania skutku wykluczenia wykonawcy z postępowania, określonego w ww. przepisie. Stanowisko takie Krajowa Izba Odwoławcza zajęła m.in. w wyroku z dnia 10 czerwca 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 666/09, 667/09, 668/09, 669/09, w którym wskazała, że „dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma tylko okoliczność, że informacja mająca rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania jest niezgodna z rzeczywistością w sposób nie budzący żadnych wątpliwości. Gdyby w tej mierze istniały

jakiegokolwiek wątpliwości, informacje byłyby niepełne, nie potwierdzałyby warunku udziału w postępowaniu, bądź zawierały nieścisłości zamawiający mógłby je wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp”.

Zważyć należy, że art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie określa powodów złożenia nieprawdziwej informacji. Nie wskazuje, że podanie nieprawdziwych informacji musi być zawinione przez wykonawcę, ani nawet, że musi wynikać „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”. Dyrektywa 2004/18/WE, w przepisie, którego transpozycję do porządku krajowego stanowi art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nakazuje wykluczenie wykonawcy, jeżeli „jest winny poważnego wprowadzenia w błąd”. Skład orzekający Izby w niniejszej sprawie podziela stanowisko wyrażone w wyroku Izby z dnia 19 sierpnia 2009 r. o sygn. akt 1004/09, że ww. przepis dyrektywy „nie stoi w sprzeczności z polskim Prawem zamówień publicznych (zresztą w tym zakresie nie zakwestionowanym przez audyt Komisji Europejskiej). Jak już wyżej stwierdzono, informacje co do warunków udziału w postępowaniu wykonawca podaje w

sposób celowy – aby wykazać spełnienie tychże warunków, a więc podanie nieprawdziwych informacji (niezgodnych z rzeczywistością) odnośnie warunków zawsze jest działaniem zawinionym i to niezależnie od tego, czy dotyczy to oświadczenia woli samego wykonawcy, czy też przedłożenia przez niego w ofercie dokumentów, czy informacji

76

uzyskanych od osób trzecich. Składając ofertę w postępowaniu bierze bowiem za nią pełną odpowiedzialność. Nie może również budzić wątpliwości, że nieprawdziwe informacje co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu to poważne wprowadzenie Zamawiającego w błąd.”

Złożenie dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje nie podlega uzupełnieniu przez umożliwienie wykonawcy przedstawienia w jego miejsce innego dokumentu, który potwierdziłby spełnienie wymagań udziału w postępowaniu, określonych w ogłoszeniu o zamówieniu. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp podlega uzupełnieniu podlega dokument niezłożony lub dokument wadliwy. Stanowisko takie potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2009 r. KIO/UZP 1223/09, w którym Izba orzekła, że, złożenie „nieprawdziwych informacji mających wpływna wynik postępowania stanowi wyjątek od generalnego obowiązku wzywania do uzupełnienia wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż nie można zastąpić nieprawdziwej informacji prawdziwą. W odniesieniu do dokumentu zawierającego informację nieprawdziwą nie można uznać, iż ma się do czynienia z błędem, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który można sanować”. Podobny pogląd Izba reprezentowała m.in. w wyroku z dnia 5 lutego 2009r. sprawie o sygn. akt KIO/UZP 99/09.

Złożone nieprawdziwe informacje będą skutkowały wykluczeniem tylko wtedy, kiedy mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Nie jest więc niezbędne wykazywanie, że przedstawienie informacji miało wpływ na wynik postępowania, a wystarczające jest wykazanie potencjalnego wpływu. Wynik postępowania to nie tylko wybór oferty najkorzystniejszej, ale również kwalifikacja podmiotowa wykonawców, punktacja przyznana poszczególnym wnioskom. Każda z wymienionych czynności składa się bowiem na poprawność postępowania i może nieść określone konsekwencje dla sytuacji prawnej danego wykonawcy. Dokonywana klasyfikacja wykonawców ma bezpośredni wpływ na ich dalsze uczestnictwo w postępowaniu, tj. na to, czy powstanie po stronie zamawiającego obowiązek zaproszenia danego wykonawcy do dalszego udziału w postępowaniu, co jest niezbędne dla możliwości złożenia oferty.

W zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołujących z udziału w postępowaniu, Zamawiający wskazał, że według jego informacji w ramach wykazanego w tej pozycji wykazu usług zamówienia nie zrealizowano „projektu technicznego”, „systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprises w obszarze funkcjonalnym backupu (kopii zapasowych) oraz wdrożenia tego systemu, a także nie zrealizowano żadnego rozwiązania na potrzeby Disaster Recovery Plan. Wywodził, że w tym zakresie Odwołujący złożyli informacje nieprawdziwe. Skoro Zamawiający wywodził, że Odwołujący złożyli w ww. zakresie informacje nieprawdziwe, zaś Odwołujący utrzymywali iż złożyli oświadczenia zgodne z rzeczywistością, to obowiązkiem Zamawiającego było ustalenie

77

rzeczywistego stanu faktycznego i wykazanie tego wiarygodnymi dowodami. Izba stwierdziła bowiem, że ciężar dowodu co do podania przez Odwołujących informacji nieprawdziwych spoczywał w niniejszej sprawie na Zamawiającym, albowiem to on z faktu tego wywodził skutek prawny tj. obowiązek wykluczenia Odwołujących z udziału w postępowaniu. Zgodnie bowiem z art. 188 ust. 1 ustawy Pzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony mogą przedstawiać, aż do zamknięcia rozprawy. Ponadto, zgodnie z art. 6 KC w związku z art. 14 ustawy Pzp ciężar udowodnienia faktu spoczywa na stronie, która z faktu wywodzi skutki prawne.

Zamawiający powoływał się na pismo z dnia 10 grudnia 2010 r. przesłane za pośrednictwem poczty elektronicznej od Antinucci Ione, w imieniu Ragosa Agostino, z sekretariatu Pani Ragosa, a dokładnie na otrzymany w formie załącznika do ww. korespondencji mailowej skan pisma z dnia 23 listopada 2010 r. obejmującego uzupełniony wzór ankiety.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż powoływane przez Zamawiającego pisma nie są wystarczające do zaprzeczenia oświadczeniu Odwołujących. Izba zważyła, iż w myśl art. 190 ust. 7 ustawy Pzp Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Biorąc pod uwagę, iż nie wszystkie kwestie co do postępowania dowodowego da się wyjaśnić przez odesłanie do przepisów kodeksu postępowania cywilnego o sądzie polubownym. Z tego powodu, w kwestiach budzących wątpliwości, celowym zabiegiem interpretacyjnym jest sięgnięcie *per analogiam* do utrwalonych w

tradycji prawniczej instytucji procedury cywilnej. W myśl art. 245 Kodeksu postępowania cywilnego *dokument prywatny stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie.*

Z dokumentem prywatnym (definiowanym w nauce jako każdy dokument pisemny, niespełniający kryteriów dokumentu urzędowego) art. 245 wiąże obalalne domniemanie jego prawdziwości i autentyczności pochodzenia zawartego w nim oświadczenia od wystawcy, który go własnoręcznie podpisał (zob. uzasadnienie wyroku SN z dnia 3 października 2000 r., I CKN 804/98, Lex, nr 50890; uzasadnienie wyroku SN z dnia 6 listopada 2002 r., I CKN 1280/00, Lex, nr 78358). Zaś podpis to napisany lub uwierzytelniony znak ręczny (odcisk palca) - zob. postanowienie SN z dnia 17 kwietnia 1976 r., II PZ 22/67, NP 1967, nr 12, s. 1720. Ponadto, dokumenty niepodpisane nie stanowią dokumentu w rozumieniu art. 245 (por. wyrok SN z dnia 9 grudnia 1980 r., II URN 171/80, OSP 1981, z. 7, poz. 126). Biorąc powyższe pod uwagę, Izba odmówiła wiarygodności wydrukowi korespondencji mailowej z dnia 10 grudnia 2010 r. oraz stanowiącemu załącznik do ww. korespondencji mailowej skanowi pisma z dnia 23 listopada 2010 r. obejmującego uzupełniony

78

wzór ankiety. Izba uznała, że ww. wydruk i skan pisma nie zostały opatrzone własnoręcznym podpisem wystawcy, a zatem nie stanowią dokumentu prywatnego w rozumieniu art. 245 KPC.

W tym miejscu należy wskazać, że zgodnie z utrwalonym orzecnictwem Izby okoliczności podania informacji nieprawdziwych powinny być wykazane w sposób nie budzący wątpliwości, z uwagi na skutek jaki niesie zastosowanie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. obowiązek wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, bez możliwości wezwania do uzupełnienia dokumentu niezłożonego lub obciążonego błędami w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Izba wzięła również pod uwagę, iż Zamawiający otrzymał od Poste Italiane korespondencję mailową wraz ze skanem ankiety w dniu 10 grudnia 2010 r. Biorąc pod uwagę, iż rozprawa w niniejszej sprawie odbyła się w dni 26 i 28 stycznia 2011 r., należało stwierdzić, że Zamawiający dysponował wystarczającą ilością czasu, aby wystąpić do zleceniodawcy usługi o przesłanie oryginału pisma. Wątpliwości Izby wzbudziła również okoliczność, iż podpis Agostino Ragosa złożony na referencji załączonej do wniosku różni się od znaku graficznego znajdującego się na ankiecie.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, iż zwracając się do zleceniodawcy dostawy o zajęcie stanowiska co do zakresu (wartości) zamówienia wykonanego przez wykonawcę, Zamawiający powinien dołożyć należytej staranności przy formułowaniu pytania. Należyta staranność w tym zakresie powinna przejawiać się w przesłaniu zleceniodawcy danych jednoznacznie identyfikujących umowę (np. data zawarcia umowy, strony umowy, jej nazwa i numer). Powyższe wynika z okoliczności, iż ankietowany zleceniodawca nie posiada informacji o treści wniosku złożonego przez wykonawcę, zaś pytanie dotyczy zamówień sprzed kilku lat. Tymczasem we wzorze wykazu dostaw Zamawiający wymagał od wykonawców podania informacji co do opisu zamówienia, jego wartości netto, okres realizacji (rozpoczęcie, zakończenie), zleceniodawcy. Zamawiający nie dysponował więc, na podstawie wykazu dostaw, jednoznacznymi informacjami co do daty zawarcia umowy, jej numeru czy nazwy albowiem nie żądał od wykonawców przedstawienia takich danych. Wystąpienie do zleceniodawcy z prośbą o wypełnienie wzoru ankiety, która nie zawierała pełnych danych umożliwiających identyfikację zamówienia oznaczało, iż otrzymana odpowiedź może nie być wiarygodna.

Na powyższe zaniechania nałożyła się również okoliczność, iż w procesie ustalenia stanu faktycznego Zamawiający pominął Odwołujących. Zamawiający po otrzymaniu od Poste Italiane ankiety nie zwrócił się do Odwołujących z wezwaniem o udzielenie wyjaśnień dotyczących wykazu dostaw i referencji, pomimo, iż zleceniodawca usługi przesłał wypełniony wzór ankiety już w miesiącu grudniu 2010 r. Odwołujący nie mieli więc żadnej możliwości ustosunkowania się do ankiety bowiem informację o jej treści powzięli dopiero w trakcie rozprawy.

79

Zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający wzywa wykonawcę, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, do których zalicza się wykaz dostaw i referencje. Zgodnie z powoływanym przepisem, wątpliwości, w tym dotyczące prawdziwości złożonych przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów, Zamawiający powinien w pierwszej kolejności wyjaśniać z wykonawcą. Przepis ten nie zabrania Zamawiającemu zwrócenia się do zleceniodawcy dostawy o jego stanowisko dotyczące składanych przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów. Jednakże Zamawiający w tej sytuacji nie

powinien w procedurze wyjaśniania swych wątpliwości pominąć wykonawcy, gdy przedstawione przez zleceniodawcę dostawy stanowisko wywołuje wątpliwości co do prawdziwości oświadczenia lub dokumentu składanego przez wykonawcę ubiegającego się o zamówienie. Postawienie wykonawcy zarzutu podania informacji nieprawdziwych wymaga bowiem ustalenia rzeczywistego stanu rzeczy. Ustalenie prawdy materialnej nie powinno, oprócz przypadków jednoznacznych, odbywać się bez uzyskania stanowiska wykonawcy.

Zamawiający o treści ankiety nie poinformował Odwołujących również w swej decyzji o wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 24 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne, z zastrzeżeniem art. 92 ust. 1 pkt 3. Zgodnie z tym przepisem o wykluczeniu Zamawiający informuje wykonawcę, niezwłocznie po podjęciu tej czynności, podając uzasadnienie prawne (wskazując odpowiedni przepis ustawy) oraz faktyczne okoliczności, które wypełniają przesłankę wykluczenia. Uzasadnienie faktyczne powinno zawierać wskazanie stanu faktycznego jaki zamawiający ustalił. Jednakże w ocenie Izby, w celu umożliwienia wykonawcom zweryfikowania poprawności ustaleń zamawiającego w zakresie stanu faktycznego Zamawiający powinien wskazać fakty, które Zamawiający uznał za udowodnione, dowody, na których się oparł, jak również dowody którym odmówił wiarygodności.

Na uwagę zasługuje również fakt, że Zamawiający, w odpowiedzi na wniosek Odwołującego Asseco i Betacom z dnia 11 stycznia 2011 r. odmówił im udostępnienia dokumentów, na podstawie których podjął decyzję o wykluczeniu Odwołujących z udziału w postępowaniu. Zamawiający w swej decyzji o odmowie udostępniania wykonawcom ww. dokumentów, powołał się na treść art. 96 ust. 3 ustawy Pzp wywodząc, że wnioskowe przez Odwołujących dokumenty są załącznikami do protokołu, które może udostępnić dopiero po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Zgodnie z powoływanym przepisem *Protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału*

80

wpostępowaniu. Brzmienie przepisu art. 96 ust. 3 ustawy Pzp zostało ustalone ustawą z 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw.

W uzasadnieniu nowelizacji wskazano, iż *Obecnie wustawie – Prawo zamówień publicznych wnioski o dopuszczenie do udziału wpostępowaniu udostępnia się od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert, ofert wstępnych lub dialogu (art. 96 ust. 3). W projekcie ustawy zaproponowano, że wnioski o dopuszczenie do udziału wpostępowaniu będzie się udostępniało od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Celem tej zmiany jest umożliwienie wykonawcom zapoznania się z ww. wnioskami na wcześniejszym niż dotychczas etapie postępowania. W rezultacie będą oni mogli składać ewentualne odwołania od dokonanej oceny spełniania warunków udziału wpostępowaniu na wcześniejszym etapie niż dotychczas, co wpłynie na przyspieszenie i usprawnienie postępowania.*

Oznacza to, iż intencją ustawodawcy było zapewnienie możliwości składania środków ochrony prawnej od dokonanej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu na wcześniejszym etapie niż dotychczas, tj. dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Składanie środków ochrony prawnej bez informacji na temat dowodów, na których oparł się Zamawiający ustalając stan faktyczny jest znacznie utrudnione. Skoro Zamawiający, powołując się na literalne brzmienie art. 96 ust. 3 ustawy Pzp odmówił Odwołującym udostępnienia załącznika do protokołu, to tym bardziej powinien dowody, na których się oparł, jak również dowody którym odmówił wiarygodności wskazać w swej decyzji o wykluczeniu Odwołujących z udziału w postępowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, iż Zamawiający nie dochował należytej staranności w celu ustalenia rzeczywistego stanu faktycznego. Przedstawione przez Zamawiającego pisma nie stanowią wystarczającej podstawy do przyjęcia, iż Odwołujący podali nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania i na tej podstawie podlega

wykluczeniu. Na tym etapie postępowania nie można przesądzić, że Odwołujący winni zostać wykluczeni z postępowania, bez wyczerpania procedury wyjaśnień, o której mowa w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp co do zakresu zrealizowanych dostaw wskazanych w wykazie. Wnioski co do zakresu wykonanej umowy stanowią jedynie supozycję Zamawiającego, nie potwierdzoną w postępowaniu.

W konsekwencji Izba stwierdziła, iż Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, przez niezasadne wykluczenie Odwołujących z postępowania. Zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do treści oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu stanowi naruszenie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Zaniechanie pełnego uzasadnienia faktycznego decyzji o wykluczeniu Odwołujących z udziału w postępowaniu w trybie art. 24 ust. 3 ustawy Pzp, oznaczało złamanie zasady jawności postępowania wyrażonej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto decyzja Zamawiającego o zaniechaniu zaproszenia

81

Odwołujących do dialogu konkurencyjnego jest przedwczesna, co oznacza naruszenie przepisu art. 60d ust. 2 ustawy Pzp. Konsekwencją naruszenia przez Zamawiającego przywoływanych przepisów było także naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców.

W ocenie Izby, w celu ustalenia rzeczywistego stanu faktycznego, koniecznym jest wezwanie Odwołujących do wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu z wyznaczeniem odpowiednio długiego terminu. Zamawiający może również rozważyć ponowne zwrócenie się do zleceniodawcy dostawy o zajęcie stanowiska, zaś po uzyskaniu takowego - co najmniej poinformowanie o tym stanowisku Odwołujących.

ROZSTRZYGNIECIE ZARZUTU DOTYCZĄCEGO POZYCJI 6 WYKAZU DOSTAW (KIO 76/11), POZYCJI 4 WYKAZU DOSTAW (KIO 84/11)

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu bezzasadne wykluczenie ich z udziału w postępowaniu, wskazując na naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Norma prawna wyrażona w powołanym wyżej przepisie jest normą iuris cogentis. Oznacza to, że zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, w stosunku do którego potwierdzi się zarzut podania nieprawdziwych informacji. Przy czym za nieprawdziwą informację należy uznać taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości. Zdaniem Izby, przyczyny przedstawienia nieprawdziwej informacji pozostają bez znaczenia dla wywołania skutku wykluczenia wykonawcy z postępowania, określonego w ww. przepisie.

Stanowisko takie Krajowa Izba Odwoławcza zajęła m.in. w wyroku z dnia 10 czerwca 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 666/09, 667/09, 668/09, 669/09, w którym wskazała, że „dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma tylko okoliczność, że informacja mająca rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania jest niezgodna z rzeczywistością w sposób nie budzący żadnych wątpliwości. Gdyby w tej mierze istniały jakiegokolwiek wątpliwości, informacje byłyby niepełne, nie potwierdzałyby warunku udziału w postępowaniu, bądź zawierały nieścisłości zamawiający mógłby je wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp”.

Zważyć należy, że art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie określa powodów złożenia nieprawdziwej informacji. Nie wskazuje, że podanie nieprawdziwych informacji musi być zawinione

82

przez wykonawcę, ani nawet, że musi wynikać „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”.

Dyrektywa 2004/18/WE, w przepisie, którego transpozycję do porządku krajowego stanowi art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nakazuje wykluczenie wykonawcy, jeżeli „jest winny poważnego wprowadzenia w błąd”. Skład orzekający Izby w niniejszej sprawie podziela stanowisko wyrażone w wyroku Izby z dnia 19 sierpnia 2009 r. o sygn. akt 1004/09, że ww. przepis dyrektywy „nie stoi w sprzeczności z polskim Prawem zamówień publicznych (zresztą w tym zakresie nie zakwestionowanym przez audyt Komisji Europejskiej). Jak już wyżej stwierdzono, informacje co do warunków udziału w postępowaniu wykonawca podaje w

sposób celowy – aby wykazać spełnienie tychże warunków, a więc podanie nieprawdziwych informacji (niezgodnych z rzeczywistością) odnośnie warunków zawsze jest działaniem zawinionym i to niezależnie od tego, czy dotyczy to oświadczenia woli samego wykonawcy, czy też przedłożenia przez niego w ofercie dokumentów, czy informacji uzyskanych od osób trzecich. Składając ofertę w postępowaniu bierze bowiem za nią pełną odpowiedzialność. Nie może również budzić wątpliwości, że nieprawdziwe informacje co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu to poważne wprowadzenie Zamawiającego w błąd.”

Złożenie dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje, nie podlega uzupełnieniu przez umożliwienie wykonawcy przedstawienia w jego miejsce innego dokumentu, który potwierdziłby spełnienie wymagań udziału w postępowaniu, określonych w ogłoszeniu o zamówieniu. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp podlega uzupełnieniu podlega dokument niezłożony lub dokument wadliwy. Stanowisko takie potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2009 r. KIO/UZP 1223/09, w którym Izba orzekła, że, złożenie „nieprawdziwych informacji mających wpływna wynik postępowania stanowi wyjątek od generalnego obowiązku wzywania do uzupełnienia wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż nie można zastąpić nieprawdziwej informacji prawdziwą. W odniesieniu do dokumentu zawierającego informację nieprawdziwą nie można uznać, iż ma się do czynienia z błędem, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który można sanować”. Podobny pogląd Izba reprezentowała m.in. w wyroku z dnia 5 lutego 2009r. sprawie o sygn. akt KIO/UZP 99/09.

Złożone nieprawdziwe informacje będą skutkowały wykluczeniem tylko wtedy, kiedy mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Nie jest więc niezbędne wykazywanie, że przedstawienie informacji miało wpływ na wynik postępowania, a wystarczające jest wykazanie potencjalnego wpływu. Wynik postępowania to nie tylko wybór oferty najkorzystniejszej, ale również kwalifikacja podmiotowa wykonawców, punktacja przyznana poszczególnym wnioskowi. Każda z wymienionych czynności składa się bowiem na poprawność postępowania i może nieść określone konsekwencje dla sytuacji prawnej danego wykonawcy. Dokonywana klasyfikacja wykonawców ma bezpośredni wpływ na ich dalsze uczestnictwo w postępowaniu, tj. na to, czy

83

powstanie po stronie zamawiającego obowiązek zaproszenia danego wykonawcy do dalszego udziału w postępowaniu, co jest niezbędne dla możliwości złożenia oferty.

W zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołujących z udziału w postępowaniu, Zamawiający wskazał, że według jego informacji wartość prac odpowiadająca zakresem przedmiotowi zamówienia oraz kryteriom wymaganym przez zamawiającego wyniosła 2.393.706,05 zł. Wywodził, że w tym zakresie Odwołujący złożyli informacje nieprawdziwe, oświadczając w wykazie dostaw, iż wartość ta stanowi kwotę 73.158.000 zł. Skoro Zamawiający wywodził, że Odwołujący złożyli w ww. zakresie informacje nieprawdziwe, zaś Odwołujący utrzymywali iż złożyli oświadczenia zgodne z rzeczywistością, to obowiązkiem Zamawiającego było ustalenie rzeczywistego stanu faktycznego i wykazanie tego wiarygodnymi dowodami. Izba stwierdziła bowiem, że ciężar dowodu co do podania przez Odwołujących informacji nieprawdziwych spoczywał w niniejszej sprawie na Zamawiającym, albowiem to on z faktu tego wywodził skutek prawny tj. obowiązek wykluczenia Odwołujących z udziału w postępowaniu. Zgodnie bowiem z art. 188 ust. 1 ustawy Pzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony mogą przedstawiać, aż do zamknięcia rozprawy. Ponadto, zgodnie z art. 6 KC w związku z art. 14 ustawy Pzp ciężar udowodnienia faktu spoczywa na stronie, która z faktu wywodzi skutki prawne.

Zamawiający powoływał się na otrzymane w formie faksu pismo przewodnie z Komendy Głównej Straży Granicznej z 16.11.2010r. podpisane przez Dyrektora Biura Łączności i Informatyki Komendy Głównej Straży Granicznej oraz uzupełniony wzór ankiety, opatrzony datą 15.11.2011 r. i podpisany nieczytelnie. W ankiecie jej wystawca zaznaczył: w pkt III, iż na realizację systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprise przypada kwota 2.393.706,05 zł.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż powoływane przez Zamawiającego pisma nie są wystarczające do zaprzeczenia oświadczeniu Odwołujących. Izba zważyła, iż w myśl art. 190 ust. 7 ustawy Pzp Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Biorąc pod uwagę, iż nie wszystkie

kwestie co do postępowania dowodowego da się wyjaśnić przez odesłanie do przepisów kodeksu postępowania cywilnego o sądzie polubownym. Z tego powodu, w kwestiach budzących wątpliwości, celowym zabiegiem interpretacyjnym jest sięgnięcie *per analogiam* do utrwalonych w tradycji prawniczej instytucji procedury cywilnej. W myśl art. 245 Kodeksu postępowania cywilnego *dokument prywatny stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie*.

Z dokumentem prywatnym (definiowanym w nauce jako każdy dokument pisemny, niespełniający

84

kryteriów dokumentu urzędowego) art. 245 wiąże obalalne domniemanie jego prawdziwości i autentyczności pochodzenia zawartego w nim oświadczenia od wystawcy, który go własnoręcznie podpisał (zob. uzasadnienie wyroku SN z dnia 3 października 2000 r., I CKN 804/98, Lex, nr 50890; uzasadnienie wyroku SN z dnia 6 listopada 2002 r., I CKN 1280/00, Lex, nr 78358). Zaś podpis to napisany lub uwierzytelniony znak ręczny (odcisk palca) - zob. postanowienie SN z dnia 17 kwietnia 1976 r., II PZ 22/67, NP 1967, nr 12, s. 1720. Ponadto, dokumenty niepodpisane nie stanowią dokumentu w rozumieniu art. 245 (por. wyrok SN z dnia 9 grudnia 1980 r., II URN 171/80, OSP 1981, z. 7, poz. 126). Biorąc powyższe pod uwagę, Izba odmówiła wiarygodności faksowi z dnia 16 listopada 2010 r. oraz stanowiącej załącznik do ww. faksu pisma z dnia 15 listopada 2010 r. obejmującego uzupełniony wzór ankiety. Izba uznała, że ww. pisma nie zostały opatrzone własnoręcznym podpisem wystawcy, a zatem nie stanowią dokumentu prywatnego w rozumieniu art. 245 KPC.

W tym miejscu należy wskazać, że zgodnie z utrwalonym orzecnictwem Izby okoliczności podania informacji nieprawdziwych powinny być wykazane w sposób nie budzący wątpliwości, z uwagi na skutek jaki niesie zastosowanie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. obowiązek wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, bez możliwości wezwania do uzupełnienia dokumentu niezłożonego lub obciążonego błędami w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Izba wzięła również pod uwagę, iż Zamawiający otrzymał faks z Komendy Głównej Straży Granicznej w dniu 16 listopada 2010 r. Biorąc pod uwagę, iż rozprawa w niniejszej sprawie odbyła się w dniu 26 i 28 stycznia 2011 r., należało stwierdzić, że Zamawiający dysponował wystarczającą ilością czasu, aby wystąpić do zleceniodawcy usługi o przesłanie oryginału pisma. Wątpliwości Izby wzbudziła również okoliczność, iż na ankiecie znajduje się znak graficzny osoby której nie można zidentyfikować. Nie jest wiadomo czy jest to ta sama osoba która podpisała się na piśmie przewodnim faksu.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, iż zwracając się do zleceniodawcy dostawy o zajęcie stanowiska co do zakresu (wartości) zamówienia wykonanego przez wykonawcę, Zamawiający powinien dołożyć należytej staranności przy formułowaniu pytania. Należyta staranność w tym zakresie powinna przejawiać się w przesłaniu zleceniodawcy danych jednoznacznie identyfikujących umowę (np. data zawarcia umowy, strony umowy, jej nazwa i numer). Powyższe wynika z okoliczności, iż ankietowany zleceniodawca nie posiada informacji o treści wniosku złożonego przez wykonawcę, zaś pytanie dotyczy zamówień sprzed kilku lat. Tymczasem we wzorze wykazu dostaw Zamawiający wymagał od wykonawców podania informacji co do opisu zamówienia, jego wartości netto, okres realizacji (rozpoczęcie, zakończenie), zleceniodawcy. Zamawiający nie dysponował więc, na podstawie wykazu dostaw, jednoznacznymi

85

informacjami co do daty zawarcia umowy, jej numeru czy nazwy albowiem nie żądał od wykonawców przedstawienia takich danych. Wystąpienie do zleceniodawcy z prośbą o wypełnienie wzoru ankiety, która nie zawierała pełnych danych co do zamówienia oznaczało, iż otrzymana odpowiedź może nie być wiarygodna.

W tym kontekście na uwagę zasługuje okoliczność, iż Zamawiający dysponował informacją na temat numeru umowy albowiem została ona wskazana w treści protokołów odbioru, załączonych do wniosku oraz w wyjaśnieniach wykonawcy Comparex Poland sp. z o.o. z 16 września 2010 r. (strona 3) ppkt 2. Natomiast w we wzorze ankiety skierowanej do zleceniodawcy Zamawiający nie posłużył się tym numerem lecz opisem usługi, albowiem nie dysponował pełną nazwą umowy.

Wątpliwości Izby wiązały się również z treścią pisma IBM Polska sp. z o.o. z 17 stycznia 2011 r. znajdującym się w aktach sprawy o sygn. KIO 76/11. W piśmie tym, IBM Polska sp. z o.o. – zleceniobiorca zamówienia, które Odwołujący wskazali w wykazie dostaw oświadczył, że

ustalenie przez Zamawiającego wartości prac odpowiadających zakresowi postępowania przez Zamawiającego na kwotę 2.393.706,05 zł nie odzwierciedla stanu faktycznego.

Na powyższe zaniechania nałożyła się również okoliczność, iż w procesie ustalenia stanu faktycznego Zamawiający pominął Odwoływających. Zamawiający po otrzymaniu od Komendy Głównej Straży Granicznej ankiety nie zwrócił się do Odwoływających z wezwaniem o udzielenie wyjaśnień dotyczących wykazu dostaw i referencji, pomimo, iż zleceniodawca dostawy przesłał wypełniony wzór ankiety już w miesiącu listopadzie 2010 r. Odwoływający nie mieli więc żadnej możliwości ustosunkowania się do ankiety bowiem informację o jej treści powziął dopiero w trakcie rozprawy.

Zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający wzywa wykonawcę, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, do których zalicza się wykaz dostaw i referencje. Zgodnie z powoływanym przepisem, wątpliwości, w tym dotyczące prawdziwości złożonych przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów, Zamawiający powinien w pierwszej kolejności wyjaśniać z wykonawcą. Przepis ten nie zabrania Zamawiającemu zwrócenia się do zleceniodawcy dostawy o jego stanowisko dotyczące składanych przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów. Jednakże Zamawiający w tej sytuacji nie powinien w procedurze wyjaśniania swych wątpliwości pomijać wykonawcy, w szczególności gdy przedstawione przez zleceniodawcę dostawy stanowisko wywołuje wątpliwości co do prawdziwości oświadczenia lub dokumentu składanego przez wykonawcę ubiegającego się o zamówienie. Postawienie wykonawcy zarzutu podania informacji nieprawdziwych wymaga bowiem ustalenia

86

rzeczywistego stanu rzeczy. Ustalenie prawdy materialnej nie powinno, oprócz przypadków jednoznacznych, odbywać się bez uzyskania stanowiska wykonawcy.

Zamawiający o treści ankiety nie poinformował Odwoływających również w swej decyzji o wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 24 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne, z zastrzeżeniem art. 92 ust. 1 pkt 3. Zgodnie z tym przepisem o wykluczeniu zamawiający informuje wykonawcę, niezwłocznie po podjęciu tej czynności, podając uzasadnienie prawne (wskazując odpowiedni przepis ustawy) oraz faktyczne okoliczności, które wypełniają przesłankę wykluczenia. Uzasadnienie faktyczne powinno zawierać wskazanie stanu faktycznego jaki zamawiający ustalił. Jednakże w ocenie Izby, w celu umożliwienia wykonawcom zweryfikowania poprawności ustaleń zamawiającego w zakresie stanu faktycznego Zamawiający powinien wskazać fakty, które Zamawiający uznał za udowodnione, dowody, na których się oparł, jak również dowody którym odmówił wiarygodności.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, iż Zamawiający nie dochował należytej staranności w celu ustalenia rzeczywistego stanu faktycznego. Przedstawione przez Zamawiającego fakty nie stanowią wystarczającej podstawy do przyjęcia, iż Odwoływający podali nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania i na tej podstawie podlegają wykluczeniu. Na tym etapie postępowania nie można przesądzić, że Odwoływający winni zostać wykluczeni z postępowania, bez wyczerpania procedury wyjaśnień, o której mowa w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp co do wartości zrealizowanych dostaw wskazanych w wykazie. Wnioski co do wartości wykonanych przez IBM umów stanowią jedynie supozycję zamawiającego, nie potwierdzoną w postępowaniu.

W konsekwencji Izba stwierdziła, iż Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, przez niezasadne wykluczenie Odwoływających z postępowania. Zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do treści oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu stanowi naruszenie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Zaniechanie pełnego uzasadnienia faktycznego decyzji o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu w trybie art. 24 ust. 3 ustawy Pzp, oznaczało złamanie zasady jawności postępowania wyrażonej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto decyzja Zamawiającego o zaniechaniu zaproszenia wykonawcy do dialogu konkurencyjnego jest przedwczesna, co oznacza naruszenie przepisu art. 60d ust. 2 ustawy Pzp. Konsekwencją naruszenia przez Zamawiającego przywoływanych przepisów było także naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców.

87

W ocenie Izby, w celu ustalenia rzeczywistego stanu faktycznego, koniecznym jest

wezwanie Odwołujących do wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu z wyznaczeniem odpowiednio długiego terminu. Zamawiający może również rozważyć ponowne zwrócenie się do zleceniodawcy dostawy o zajęcie stanowiska, zaś po uzyskaniu takowego - co najmniej poinformowanie o tym stanowisku Odwołujących.

ROZSTRZYGNIECIE ZARZUTU DOTYCZĄCEGO POZYCJI 5 WYKAZU DOSTAW (KIO 75/11) I POZYCJI 36 WYKAZU DOSTAW (KIO 78/11)

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu bezzasadne wykluczenie go z udziału w postępowaniu, wskazując na naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Norma prawna wyrażona w powołanym wyżej przepisie jest normą iuris cogentis. Oznacza to, że zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, w stosunku do którego potwierdzi się zarzut podania nieprawdziwych informacji. Przy czym za nieprawdziwą informację należy uznać taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości. Zdaniem Izby, przyczyny przedstawienia nieprawdziwej informacji pozostają bez znaczenia dla wywołania skutku wykluczenia wykonawcy z postępowania, określonego w ww. przepisie. Stanowisko takie Krajowa Izba Odwoławcza zajęła m.in. w wyroku z dnia 10 czerwca 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 666/09, 667/09, 668/09, 669/09, w którym wskazała, że „dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma tylko okoliczność, że informacja mająca rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania jest niezgodna z rzeczywistością w sposób nie budzący żadnych wątpliwości. Gdyby w tej mierze istniały

jakiegokolwiek wątpliwości, informacje byłyby niepełne, nie potwierdzałyby warunku udziału w postępowaniu, bądź zawierały nieścisłości zamawiający mógłby je wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp”.

Zważyć należy, że art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie określa powodów złożenia nieprawdziwej informacji. Nie wskazuje, że podanie nieprawdziwych informacji musi być zawinione przez wykonawcę, ani nawet, że musi wynikać „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”. Dyrektywa 2004/18/WE, w przepisie, którego transpozycję do porządku krajowego stanowi art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nakazuje wykluczenie wykonawcy, jeżeli „jest winny poważnego wprowadzenia w błąd”. Skład orzekający Izby w niniejszej sprawie podziela stanowisko wyrażone w wyroku Izby z dnia 19 sierpnia 2009 r. o sygn. akt 1004/09, że ww. przepis dyrektywy „nie stoi w sprzeczności z polskim Prawem zamówień publicznych (zresztą w tym zakresie nie zakwestionowanym przez audyt Komisji

88

Europejskiej). Jak już wyżej stwierdzono, informacje co do warunków udziału w postępowaniu wykonawca podaje w

sposób celowy – aby wykazać spełnienie tychże warunków, a więc podanie nieprawdziwych informacji (niezgodnych z

rzeczywistością) odnośnie warunków zawsze jest działaniem zawinionym i to niezależnie od tego, czy dotyczy to oświadczenia woli samego wykonawcy, czy też przedłożenia przez niego w ofercie dokumentów, czy informacji uzyskanych od osób trzecich. Składając ofertę w postępowaniu bierze bowiem za nią pełną odpowiedzialność. Nie

może również budzić wątpliwości, że nieprawdziwe informacje co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu to poważne wprowadzenie Zamawiającego w błąd.”.

Złożenie dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje, nie podlega uzupełnieniu przez umożliwienie wykonawcy przedstawienia w jego miejsce innego dokumentu, który potwierdziłby spełnienie wymagań udziału w postępowaniu, określonych w ogłoszeniu o zamówieniu. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp podlega uzupełnieniu podlega dokument niezłożony lub dokument wadliwy. Stanowisko takie potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2009 r. KIO/UZP 1223/09, w którym Izba orzekła, że, złożenie „nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania stanowi wyjątek od generalnego obowiązku wzywania do uzupełnienia wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż nie można zastąpić nieprawdziwej informacji prawdziwą. W odniesieniu do dokumentu zawierającego informację nieprawdziwą nie można uznać, iż ma się do czynienia z błędem, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który można sanować”. Podobny pogląd Izba reprezentowała m.in. w wyroku z dnia 5 lutego 2009 r. sprawie o sygn. akt KIO/UZP

Złożone nieprawdziwe informacje będą skutkowały wykluczeniem tylko wtedy, kiedy mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Nie jest więc niezbędne wykazywanie, że przedstawienie informacji miało wpływ na wynik postępowania, a wystarczające jest wykazanie potencjalnego wpływu. Wynik postępowania to nie tylko wybór oferty najkorzystniejszej, ale również kwalifikacja podmiotowa wykonawców, punktacja przyznana poszczególnym wnioskowi. Każda z wymienionych czynności składa się bowiem na poprawność postępowania i może nieść określone konsekwencje dla sytuacji prawnej danego wykonawcy. Dokonywana klasyfikacja wykonawców ma bezpośredni wpływ na ich dalsze uczestnictwo w postępowaniu, tj. na to, czy powstanie po stronie zamawiającego obowiązek zaproszenia danego wykonawcy do dalszego udziału w postępowaniu, co jest niezbędne dla możliwości złożenia oferty.

W zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołujących z udziału w postępowaniu, Zamawiający wskazał, że w ramach zamówienia realizowanego na podstawie umowy nr 124/DES/2007/2611 z 13.11.2007 r. nie wykonano „projektu technicznego”. Wywodził, że w tym zakresie Odwołujący

złożyli informacje nieprawdziwe. Skoro Zamawiający wywodził, że Odwołujący złożyli w ww. zakresie informacje nieprawdziwe, zaś Odwołujący podnosili, iż nie składali w wykazie dostaw oświadczenia o wykonaniu w ramach zamówienia „projektu technicznego”, a także utrzymywali iż złożyli oświadczenie zgodne z rzeczywistością, to obowiązkiem zamawiającego było wykazanie, iż Odwołujący złożyli kwestionowane oświadczenie, a także ustalenie rzeczywistego stanu faktycznego i wykazanie tego wiarygodnymi dowodami. Izba stwierdziła bowiem, że ciężar dowodu co do podania przez Odwołujących informacji nieprawdziwych spoczywał w niniejszej sprawie na Zamawiającym, albowiem to on z faktu tego wywodził skutek prawny tj. obowiązek wykluczenia Odwołujących z udziału w postępowaniu. Zgodnie bowiem z art. 188 ust. 1 ustawy Pzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony mogą przedstawiać, aż do zamknięcia rozprawy. Ponadto, zgodnie z art. 6 KC w związku z art. 14 ustawy Pzp ciężar udowodnienia faktu spoczywa na stronie, która z faktu wywodzi skutki prawne.

Izba stwierdziła, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego Odwołujący w wykazie dostaw, nie złożyli oświadczenia iż w ramach zamówienia wykonanego na rzecz Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa zrealizowali „projekt techniczny”. W wykazie dostaw, Odwołujący opisali to zamówienie jako „*rozbudowa macierzy dyskowych HP Storage Works XP 1024 oraz oprogramowania do wykonywania kopii zapasowych HP Open View Storage Data protector w wersji 5.0. W ramach realizacji zamówienia zaprojektowano, dostarczono i wdrożono system pamięci masowej i backupu klasy enterprise.*”. Skoro Odwołujący nie złożyli w wykazie dostaw oświadczenia iż wykonali „projekt techniczny”, to zarzut Zamawiającego iż Odwołujący złożyli w tym zakresie informacje nieprawdziwe okazał się niezasadny.

Zamawiający podnosząc, iż w ramach wykazanego przez Odwołujących zamówienia nie wykonano „projektu technicznego” powoływał się na treść łączącej go z wykonawcą Betacom S.A. umowy nr 124/DES/2007/2611 z 13 listopada 2007 r. Złożył w trakcie rozprawy poświadczoną za zgodność z oryginałem kserokopię ww. umowy. Odwołujący Betacom S.A. nie oponował włączeniu kserokopii ww. umowy w poczet materiału dowodowego, oświadczając, iż sam miał zamiar złożyć kserokopię ww. umowy do akt sprawy.

Na podstawie treści ww. umowy Izba stwierdziła, iż jej przedmiotem nie było wykonanie „projektu technicznego”. Zgodnie bowiem z §2 powoływanej umowy jej zakresem była objęta sprzedaż i dostawa oraz instalacja sprzętu i oprogramowania wyspecyfikowanego w załączniku nr 1 do tej umowy. Ponadto w myśl §5 umowy w ramach odbioru sprzedawca zobowiązany był m.in. zainstalować dostarczony sprzęt i oprogramowanie, skonfigurować dostarczony sprzęt. Wreszcie zgodnie z ww. umową cena obejmowała sprzedaż, dostarczenie, instalację i uruchomienie sprzętu i

oprogramowania. Powyższe wskazuje, że treścią umowy nie było wykonanie projektu technicznego, lecz dostawa i instalacja (wdrożenie) dostarczonych urządzeń i oprogramowania.

Jednocześnie Izba odmówiła wiarygodności złożonej przez Odwołującego Betacom w

trakcie rozprawy kserokopii poświadczonej za zgodność z oryginałem niepodpisanego pisma zatytułowanego „projekt techniczny” z 17.11.2007. Zgodnie z art. 190 ust. 7 ustawy Pzp Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Biorąc pod uwagę, iż nie wszystkie kwestie co do postępowania dowodowego da się wyjaśnić przez odesłanie do przepisów kodeksu postępowania cywilnego o sądzie polubownym. Z tego powodu, w kwestiach budzących wątpliwości, celowym zabiegiem interpretacyjnym jest sięgnięcie *per analogiam* do utrwalonych w tradycji prawniczej instytucji procedury cywilnej. W myśl art. 245 Kodeksu postępowania cywilnego *dokument prywatny stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie*.

Z dokumentem prywatnym (definiowanym w nauce jako każdy dokument pisemny, niespełniający kryteriów dokumentu urzędowego) art. 245 wiąże obalalne domniemanie jego prawdziwości i autentyczności pochodzenia zawartego w nim oświadczenia od wystawcy, który go własnoręcznie podpisał (zob. uzasadnienie wyroku SN z dnia 3 października 2000 r., I CKN 804/98, Lex, nr 50890; uzasadnienie wyroku SN z dnia 6 listopada 2002 r., I CKN 1280/00, Lex, nr 78358). Zaś podpis to napisany lub uwierzytelniony znak ręczny (odcisk palca) - zob. postanowienie SN z dnia 17 kwietnia 1976 r., II PZ 22/67, NP 1967, nr 12, s. 1720. Ponadto, dokumenty niepodpisane nie stanowią dokumentu w rozumieniu art. 245 (por. wyrok SN z dnia 9 grudnia 1980 r., II URN 171/80, OSP 1981, z. 7, poz. 126). Biorąc powyższe pod uwagę, Izba odmówiła wiarygodności ww. pismu. Izba uznała, że ww. pismo nie zostało opatrzone własnoręcznym podpisem wystawcy, a zatem nie stanowi dokumentu prywatnego w rozumieniu art. 245 KPC.

Pismo to odnosiło się do zamówienia o nazwie *rozbudowa macierzy dyskowych HP Storage Works XP 1024 oraz oprogramowania do wykonywania kopii zapasowych HP Open View Storage Data protektor i do umowy 124/DESI/2007/2611*, co wskazywać mogło na jego związek z wykazanym przez Odwołujących zamówieniem, jednakże Izba uznała, że zasadniczym dowodem, który pozwolił na ustalenie rzeczywistego zakresu zamówienia była treść łączącej strony umowy. Na uwagę zasługiwała okoliczność, iż umowa nie odsyłała w żadnym miejscu do projektu technicznego, co świadczyło iż Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa nie zamawiała i nie odbierała takiego dokumentu.

Powyższe ustalenia nie pozostawały w sprzeczności z zeznaniami świadka Pana Macieja Źółdzińskiego, prezesa zarządu i dyrektora handlowego AGN Polska Sp. z o.o., który odpowiadając na pytanie czy Zamawiający w ramach umowy zawartej z Betacom S.A. zlecał firmie

Betacom S.A. usługę wykonania projektu technicznego oświadczył, iż nie był informowany o treści tej umowy, zaś AGN Polska sp. z o.o. otrzymał jedynie zlecenie wykonania projektu technicznego z firmy Betacom S.A., która za to zlecenie zapłaciła. A więc wykonanie projektu technicznego mogło odbyć się co najwyżej w ramach umowy zawartej przez Betacom S.A. z AGN sp. z o.o. a nie w ramach umowy łączącej Odwołującego z Zamawiającym. Ponadto moc dowodowa zeznań tego świadka była ograniczona, albowiem osoba ta była obecna podczas całości rozprawy z wyłączeniem części tajnej w charakterze pełnomocnika innego odwołującego tj. AGN Polska sp. z o.o.

W konsekwencji Izba stwierdziła, iż złożone przez Odwołujących dokumenty w zakresie omawianych pozycji wykazu dostaw nie potwierdzają spełnienia przez wykazane zamówienie warunku udziału w postępowaniu, natomiast fakt złożenia przez Odwołujących informacji nieprawdziwych nie został wykazany.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 3 ustawy Pzp Izba stwierdziła, iż zgodnie z przywoływanym przepisem Zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne, z zastrzeżeniem art. 92 ust. 1 pkt 3. Uzasadnienie prawne to wskazanie odpowiedniego przepisu ustawy. Uzasadnienie faktyczne natomiast powinno zawierać wskazanie stanu faktycznego jaki zamawiający ustalił. Jednakże w ocenie Izby, w celu umożliwienia wykonawcom zweryfikowania poprawności ustaleń zamawiającego w zakresie stanu faktycznego Zamawiający powinien wskazać fakty, które Zamawiający uznał za udowodnione, dowody, na których się oparł, jak również dowody którym odmówił wiarygodności.

Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, przez niezasadne wykluczenie Odwołujących z postępowania. Zaniechanie pełnego uzasadnienia faktycznego decyzji o wykluczeniu Odwołujących z udziału w postępowaniu w trybie art. 24 ust. 3 ustawy Pzp, oznaczało

złamanie zasady jawności postępowania wyrażonej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto decyzja Zamawiającego o zaniechaniu zaproszenia wykonawcy do dialogu konkurencyjnego była niezasadna, co oznacza naruszenie przepisu art. 60d ust. 2 ustawy Pzp. Konsekwencją naruszenia przez Zamawiającego przywoływanych przepisów było także naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców.

ROZSTRZYGNIECIE ZARZUTU DOTYCZĄCEGO POZYCJI 6 WYKAZU DOSTAW (KIO 73/11), POZYCJI 43 WYKAZU DOSTAW (KIO 78/11)

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

92

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu bezzasadne wykluczenie ich z udziału w postępowaniu, wskazując na naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Norma prawna wyrażona w powołanym wyżej przepisie jest normą iuris cogentis. Oznacza to, że zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, w stosunku do którego potwierdzi się zarzut podania nieprawdziwych informacji. Przy czym za nieprawdziwą informację należy uznać taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości. Zdaniem Izby, przyczyny przedstawienia nieprawdziwej informacji pozostają bez znaczenia dla wywołania skutku wykluczenia wykonawcy z postępowania, określonego w ww. przepisie. Stanowisko takie Krajowa Izba Odwoławcza zajęła m.in. w wyroku z dnia 10 czerwca 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 666/09, 667/09, 668/09, 669/09, w którym wskazała, że „dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma tylko okoliczność, że informacja mająca rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania jest niezgodna z rzeczywistością w sposób nie budzący żadnych wątpliwości. Gdyby w tej mierze istniały

jakiegokolwiek wątpliwości, informacje byłyby niepełne, nie potwierdzałyby warunku udziału w postępowaniu, bądź zawierały nieścisłości, zamawiający mógłby je wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp”.

Zważyć należy, że art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie określa powodów złożenia nieprawdziwej informacji. Nie wskazuje, że podanie nieprawdziwych informacji musi być zawinione przez wykonawcę, ani nawet, że musi wynikać „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”. Dyrektywa 2004/18/WE, w przepisie, którego transpozycję do porządku krajowego stanowi art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nakazuje wykluczenie wykonawcy, jeżeli „jest winny poważnego wprowadzenia w błąd”. Skład orzekający Izby w niniejszej sprawie podziela stanowisko wyrażone w wyroku Izby z dnia 19 sierpnia 2009 r. o sygn. akt 1004/09, że ww. przepis dyrektywy „nie stoi w sprzeczności z polskim Prawem zamówień publicznych (zresztą w tym zakresie nie zakwestionowanym przez audyt Komisji Europejskiej). Jak już wyżej stwierdzono, informacje co do warunków udziału w postępowaniu wykonawca podaje w

sposób celowy – aby wykazać spełnienie tychże warunków, a więc podanie nieprawdziwych informacji (niezgodnych z

rzeczywistością) odnośnie warunków zawsze jest działaniem zawinionym i to niezależnie od tego, czy dotyczy to oświadczenia woli samego wykonawcy, czy też przedłożenia przez niego w ofercie dokumentów, czy informacji uzyskanych od osób trzecich. Składając ofertę w postępowaniu bierze bowiem za nią pełną odpowiedzialność. Nie

może również budzić wątpliwości, że nieprawdziwe informacje co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu to poważne wprowadzenie Zamawiającego w błąd.”.

Złożenie dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje, nie podlega uzupełnieniu przez umożliwienie wykonawcy przedstawienia w jego miejsce innego dokumentu, który

93

potwierdziłby spełnienie wymagań udziału w postępowaniu, określonych specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp podlega uzupełnieniu podlega dokument niezłożony lub dokument wadliwy. Stanowisko takie potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2009 r. KIO/UZP 1223/09, w którym Izba orzekła, że, złożenie „nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania stanowi wyjątek od generalnego obowiązku wzywania do uzupełnienia wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż nie można zastąpić nieprawdziwej

informacji prawdziwą. W odniesieniu do dokumentu zawierającego informację nieprawdziwą nie można uznać, iż ma się do czynienia z błędem, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który można sanować". Podobny pogląd Izba reprezentowała m.in. w wyroku z dnia 5 lutego 2009r. sprawie o sygn. akt KIO/UZP 99/09.

Złożone nieprawdziwe informacje będą skutkowały wykluczeniem tylko wtedy, kiedy mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Nie jest więc niezbędne wykazywanie, że przedstawienie informacji miało wpływ na wynik postępowania, a wystarczające jest wykazanie potencjalnego wpływu. Wynik postępowania to nie tylko wybór oferty najkorzystniejszej, ale również kwalifikacja podmiotowa wykonawców, punktacja przyznana poszczególnym wnioskowi. Każda z wymienionych czynności składa się bowiem na poprawność postępowania i może nieść określone konsekwencje dla sytuacji prawnej danego wykonawcy. Dokonywana klasyfikacja wykonawców ma bezpośredni wpływ na ich dalsze uczestnictwo w postępowaniu, tj. na to, czy powstanie po stronie zamawiającego obowiązek zaproszenia danego wykonawcy do dalszego udziału w postępowaniu, co jest niezbędne dla możliwości złożenia oferty.

W zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołujących z udziału w postępowaniu, Zamawiający wskazał, że według jego informacji wartość prac odpowiadająca zakresowi przedmiotowi niniejszego zamówienia oraz kryteriom wymaganym przez Zamawiającego wyniosła ok. 70% wskazanej przez Odwołujących kwoty, zaś pozostała kwota przypadła na prace realizowane w 2005 roku. Wywodził, że w tym zakresie Odwołujący złożyli informacje nieprawdziwe. Skoro Zamawiający wywodził, że Odwołujący złożyli w ww. zakresie informacje nieprawdziwe, zaś Odwołujący utrzymywali iż złożyli oświadczenia zgodne z rzeczywistością, to obowiązkiem Zamawiającego było ustalenie rzeczywistego stanu faktycznego i wykazanie tego wiarygodnymi dowodami. Izba stwierdziła bowiem, że ciężar dowodu co do podania przez Odwołujących informacji nieprawdziwych spoczywał w niniejszej sprawie na Zamawiającym, albowiem to on z faktu tego wywodził skutek prawny tj. obowiązek wykluczenia Odwołujących z udziału w postępowaniu. Zgodnie bowiem z art. 188 ust. 1 ustawy Pzp strony są obowiązane wskazywać

94

dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony mogą przedstawiać, aż do zamknięcia rozprawy. Ponadto, zgodnie z art. 6 KC w związku z art. 14 ustawy Pzp ciężar udowodnienia faktu spoczywa na stronie, która z faktu wywodzi skutki prawne.

Zamawiający powoływał się na wypełnioną przez zleceniodawcę dostawy ankietę z dnia 6 grudnia 2010 r., zgodnie z którą wartość prac w zakresie systemu pamięci masowej i backupu klasy enterprises różniła się od kwoty deklarowanej przez Odwołujących i wynosiła ok. 70% tej kwoty, zaś prace w zakresie rozwiązania zrealizowanego na potrzeby Disaster Recovery Plan wynoszące 30 % kwoty, wykonane były w roku 2005. Odwołujący nie kwestionowali formy w jakiej Zamawiający otrzymał od zleceniodawcy ankietę.

Ponadto, w dniu 19 stycznia 2010 r. zleceniodawca usługi przesłał do Zamawiającego pismo, podpisane przez osobę figurującą również na ankiecie z 6 grudnia 2010 r. W piśmie tym osoba ta wyjaśniła, że w informacji przekazanej Zamawiającemu w dniu 6 grudnia 2010 r. wystąpiła nieścisłość wynikająca z połączenia różnych umów realizowanych w tym okresie przez różne spółki grupy kapitałowej do której należy wykonawca Asseco. Wyjaśniła, że wartość dostawy wskazana w wykazie dostaw przez Odwołujących dotyczyła w całości prac realizowanych w 2007r., zaś prace w zakresie rozwiązania zrealizowanego na potrzeby Disaster Recovery Plan realizowane w 2005r. nie dotyczyły zleceniodawcy. Dnia 13 stycznia 2010 r. zleceniodawca usługi przesłał do wykonawcy Asseco pismo, podpisane przez osobę figurującą również na ankiecie z 6 grudnia 2010 r. W piśmie tym osoba ta wskazała nazwę umowy i jej datę zawarcia. Opisała zakres umowy, używając sformułowania „m.in.”. Wyjaśniła, że wartość umowy przekracza wartość wskazaną przez Odwołujących w wykazie usług, wskazała faktyczną wartość tej umowy. Podniosła, że w informacji przekazanej Zamawiającemu w dniu 6 grudnia 2010 r. wystąpiła nieścisłość wynikająca z połączenia różnych umów realizowanych w tym okresie przez różne spółki grupy kapitałowej do której należy wykonawca Asseco.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż przedstawione dowody nie są wystarczające do zaprzeczenia oświadczeniu Odwołujących. Izba zważyła, iż w myśl art. 190 ust. 7 ustawy Pzp Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. W tym miejscu należy wskazać, że zgodnie z

utrwalonym orzecznictwem Izby okoliczności podania informacji nieprawdziwych powinny być wykazane w sposób nie budzący wątpliwości, z uwagi na skutek jaki niesie zastosowanie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. obowiązek wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, bez możliwości wezwania do uzupełnienia dokumentu niezłożonego lub obciążonego błędami w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

95

Izba odmówiła wiarygodności ankiecie z dnia 6 grudnia 2010 r., albowiem wątpliwości budziła jej treść w kontekście pism z dnia 13 stycznia 2011 r. i 19 stycznia 2011 r. W piśmie z dnia 13 stycznia 2011 r. (podpisanym przez osobę figurującą również na ankiecie z 6 grudnia 2010 r.) zleceniodawca dostawy wskazał, iż w ankiecie z dnia 6 grudnia 2010 r. wypowiadał się co do kilku umów realizowanych w okresie od lipca 2007 do grudnia 2007 r. przez spółki kapitałowe do których należy wykonawca Asseco. Na pewno więc zawarte w ankiecie dane, na których oparł się zamawiający w decyzji o wykluczeniu Odwołujących z udziału w postępowaniu nie odnosiły się do zamówienia wskazanego przez Odwołujących w pozycji 6 (Asseco), pozycji 43 (HP) wykazu dostaw.

Z kolei pismo z dnia 13 stycznia 2011 r. odnosi się do umowy z 18 lipca 2007 r., znak 107/PZ/150/BZU/2007 natomiast nie wiadomo, czy jest to umowa, która została przez Odwołujących wskazana w wykazie dostaw. Ponadto w oparciu o to pismo nie można ustalić wartości części umowy, która odpowiada treści warunku udziału w postępowaniu. Również z pisma z dnia 19 stycznia 2011 r. nie wynika jednoznacznie o jakiej umowie wypowiada się zleceniodawca dostawy, z pisma tego nie wynika również wartość prac odpowiadających zakresem treści warunku udziału w postępowaniu.

W konsekwencji nie było zgodne z rzeczywistością ustalenie Zamawiającego, że prace stanowiące ok. 30 % wartości umowy były zrealizowane w 2005 r., ponadto nie wiadomo ile wynosiła wartość prac odpowiadająca zakresem przedmiotowi niniejszego zamówienia oraz kryteriom wymaganym przez Zamawiającego w ramach konkretnej umowy, której wykonanie wykonawcy wykazali w wykazie dostaw.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, iż zwracając się do zleceniodawcy dostawy o zajęcie stanowiska co do zakresu (wartości) zamówienia wykonanego przez wykonawcę, Zamawiający powinien dołożyć należytej staranności przy formułowaniu pytania. Należyta staranność w tym zakresie powinna przejawiać się w przesłaniu zleceniodawcy danych jednoznacznie identyfikujących umowę (np. data zawarcia umowy, strony umowy, jej nazwa i numer). Powyższe wynika z okoliczności, iż ankietowany zleceniodawca nie posiada informacji o treści wniosku złożonego przez wykonawcę, zaś pytanie dotyczy zamówień sprzed kilku lat. Tymczasem we wzorze wykazu dostaw Zamawiający wymagał od wykonawców podania informacji co do opisu zamówienia, jego wartości netto, okres realizacji (rozpoczęcie, zakończenie), zleceniodawcy. Zamawiający nie dysponował więc, na podstawie wykazu dostaw, jednoznacznymi informacjami co do daty zawarcia umowy, jej numeru czy nazwy albowiem nie żądał od wykonawców przedstawienia takich danych. Wystąpienie do zleceniodawcy z prośbą o wypełnienie wzoru ankiety,

96

która nie zawierała pełnych danych co do zamówienia oznaczało, iż otrzymana odpowiedź może nie być wiarygodna.

Na powyższe zaniechania nałożyła się również okoliczność, iż w procesie ustalenia stanu faktycznego Zamawiający pominął Odwołujących. Zamawiający po otrzymaniu od zleceniodawcy dostawy ankiety nie zwrócił się do Odwołujących z wezwaniem o udzielenie wyjaśnień dotyczących wykazu dostaw i referencji, pomimo, iż zleceniodawca dostawy przesłał wypełniony wzór ankiety już w miesiącu grudniu 2010 r. Odwołujący nie mieli więc żadnej możliwości ustosunkowania się do ankiety bowiem informację o jej treści powzięli dopiero w trakcie rozprawy.

Zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający wzywa wykonawcę, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, do których zalicza się wykaz dostaw i referencje. Zgodnie z powoływanym przepisem, wątpliwości, w tym dotyczące prawdziwości złożonych przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów, Zamawiający powinien w pierwszej kolejności wyjaśniać z wykonawcą. Przepis ten nie zabrania Zamawiającemu zwrócenia się do zleceniodawcy dostawy o jego stanowisko dotyczące składanych przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów. Jednakże Zamawiający w tej sytuacji nie powinien w procedurze wyjaśniania swych wątpliwości pominąć wykonawcy, gdy przedstawione

przez zleceniodawcę dostawy stanowisko wywołuje wątpliwości co do prawdziwości oświadczenia lub dokumentu składanego przez wykonawcę ubiegającego się o zamówienie. Postawienie wykonawcy zarzutu podania informacji nieprawdziwych wymaga bowiem ustalenia rzeczywistego stanu rzeczy. Ustalenie prawdy materialnej nie powinno, oprócz przypadków jednoznacznych, odbywać się bez uzyskania stanowiska wykonawcy.

Zamawiający o treści ankiety nie poinformował Odwołujących również w swej decyzji o wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 24 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne, z zastrzeżeniem art. 92 ust. 1 pkt 3. Zgodnie z tym przepisem o wykluczeniu zamawiający informuje wykonawcę, niezwłocznie po podjęciu tej czynności, podając uzasadnienie prawne (wskazując odpowiedni przepis ustawy) oraz faktyczne okoliczności, które wypełniają przesłankę wykluczenia. Uzasadnienie faktyczne powinno zawierać wskazanie stanu faktycznego jaki zamawiający ustalił. Jednakże w ocenie Izby, w celu umożliwienia wykonawcom zweryfikowania poprawności ustaleń zamawiającego w zakresie stanu faktycznego Zamawiający powinien wskazać fakty, które Zamawiający uznał za udowodnione, dowody, na których się oparł, jak również dowody którym odmówił wiarygodności.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, iż Zamawiający nie dochował należytej

97

staranności w celu ustalenia rzeczywistego stanu faktycznego. Przedstawione pisma nie stanowią podstawy do przyjęcia, iż Odwołujący podali nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania i na tej podstawie podlegają wykluczeniu. Na tym etapie postępowania nie można przesądzić, że Odwołujący winni zostać wykluczeni z postępowania, bez wyczerpania procedury wyjaśnień, o której mowa w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp co do wartości zrealizowanych dostaw wskazanych w wykazie. Wnioski co do wartości wykonanej umowy w części odpowiadającej warunkowi udziału w postępowaniu stanowią jedynie supozycję Zamawiającego, nie potwierdzoną w postępowaniu.

W konsekwencji Izba stwierdziła, iż Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, przez niezasadne wykluczenie Odwołujących z postępowania. Zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do treści oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu stanowi naruszenie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Zaniechanie pełnego uzasadnienia faktycznego decyzji o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu w trybie art. 24 ust. 3 ustawy Pzp, oznaczało złamanie zasady jawności postępowania wyrażonej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto decyzja Zamawiającego o zaniechaniu zaproszenia wykonawcy do dialogu konkurencyjnego jest przedwczesna, co oznacza naruszenie przepisu art. 60d ust. 2 ustawy Pzp. Konsekwencją naruszenia przez Zamawiającego przywoływanych przepisów było także naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców.

W ocenie Izby, w celu ustalenia rzeczywistego stanu faktycznego, koniecznym jest wezwanie Odwołujących do wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu z wyznaczeniem odpowiednio długiego terminu. Zamawiający może również rozważyć ponowne zwrócenie się do zleceniodawcy dostawy o zajęcie stanowiska, zaś po uzyskaniu takowego - co najmniej poinformowanie o tym stanowisku Odwołujących.

ZARZUT DOTYCZĄCY NIEZASADNEGO ZASTRZEŻENIA INFORMACJI JAKO TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA (KIO 84/11)

Przechodząc do podniesionego przez odwołującego Comparex Poland sp. z o.o. zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 8 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez odmowę udostępnienia Odwołującemu pełnej treści wniosków o dopuszczenie wykonawców do dialogu konkurencyjnego, Izba stwierdziła że zarzut ten zasługuje na uwzględnienie.

Zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne stanowi jedną z naczelných zasad systemu zamówień publicznych, wynikającą z przepisu art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.

98

Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika wprost z brzmienia przepisu art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. W zakresie informacji, które nie podlegają udostępnieniu art. 8

ust. 3 ustawy Pzp odwołuje się do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa funkcjonującej na gruncie przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16.04.1993 roku (Dz. U. z 2003 roku, Nr 153 poz. 1503 ze zm.). Zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Stanowisko to wyraził także Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 października 2000 roku, Sygn. akt I CKN 304/ 2000, w którym jednoznacznie wykluczono możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej dozwolonej drodze.

Obowiązkiem zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na obowiązek badania przez zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, III CZP 74/05 stwierdzając iż „w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji”. Wyrażony przez SN pogląd zachowuje, w ocenie Izby, pełną aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawa.

99

Izba stwierdziła, że Zamawiający podjął czynności badania skuteczności zastrzeżeń poczynionych przez wykonawców ubiegających się o zamówienie. W trakcie rozprawy Zamawiający, wyjaśnił iż zwrócił się do wykonawców o wyjaśnienie zasadności poczynionych zastrzeżeń oraz wskazanie dowodów na ich poparcie. Stwierdził, że żaden z wykonawców nie wskazał rozstrzygających dowodów wskazujących na zasadność zastrzeżenia przez nich niektórych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający wskazał również, że nie wszyscy wykonawcy, składając wyjaśnienia (uzupełnienia) w trybie art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp odnoszące się do utajnionej treści wniosku, utajnili również treść tych wyjaśnień i zastrzeżeń. Ponadto nie ulegało wątpliwości, iż niektórzy wykonawcy, którzy nie utajnili treści swoich wniosków wykazywali się doświadczeniem w wykonaniu tożsamyh zamówień, co do których inni wykonawcy zdecydowali się na zastrzeżenie tych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby, w sytuacji w której wykonawcy składając wyjaśnienia (uzupełnienia) w trybie art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp odnoszące się do utajnionej treści wniosku, nie utajnili treści tych wyjaśnień i zastrzeżeń, to część wniosku której dotyczą wyjaśnienia (uzupełnienia) nie może być już objęta tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu konkurencji. Wskazane informacje nie spełniają bowiem jednego z dwóch niezbędnych warunków niezbędnych do skuteczności zastrzeżenia, tj. iż nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, oraz nie podjęto w stosunku do nich niezbędnych działań celem zachowania ich poufności.

Co do okoliczności, iż zastrzeżenie tajności dotyczące wniosku nie rozciąga się na składane wyjaśnienia (uzupełnienia) wypowiedziała się Izba w postanowieniu o sygn. akt KIO/UZP 837/10. Wymóg skuteczności zastrzeżenia w postaci nieujawnienia do wiadomości publicznej nie został spełniony w sytuacji, gdy wykonawcy, którzy nie utajnili treści swoich wniosków wykazywali się doświadczeniem w wykonaniu tożsamyh zamówień, co do których inni wykonawcy zdecydowali się na zastrzeżenie tych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Ponadto koniecznym jest zbadanie, czy umowy, których tajność zastrzegli wykonawcy nie są umowami o zamówienie publiczne, które zgodnie z art. 139 ust. 3 ustawy Pzp są jawne i podlegają ujawnieniu na podstawie przepisów o dostępie do informacji publicznej, a więc czy został

spełniony wymóg nie ujawnienia do wiadomości publicznej.

Wreszcie zasadnym jest zbadanie przez Zamawiającego czy wyjaśnienia złożone przez wykonawców chociażby uprawdopodobniają iż zastrzeżone przez nich informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, przykładowo poprzez powołanie się na obowiązujące w umowach klauzule poufności, stosowane polityki bezpieczeństwa itp.

Wobec uznania za niezasadne podjęcie przez niektórych z wykonawców działań zmierzających do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji dotyczących wniosków o

100

dopuszczenie do udziału w dialogu konkurencyjnym, Izba uznała, że koniecznym jest ponowne zbadanie przez Zamawiającego wniosków, w stosunku których objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa może okazać się niezasadne. Mając na uwadze powyższe oraz biorąc pod uwagę zakres zgłoszonego żądania Izba nie znalazła podstaw do odmowy żądaniu Odwołującego co do nakazania odtajnienia złożonych przez wykonawców wniosków w części, w której zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa było bezskuteczne. Zasadnym okazał się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Izba nie rozpatrywała zarzutu zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Consortia z innych powodów, aniżeli wskazane w decyzji Zamawiającego o wykluczeniu tego wykonawcy z udziału w postępowaniu, albowiem Odwołujący Comparex cofnął w tym zakresie odwołanie w sprawie KIO 84/11.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – miało miejsce w analizowanej sprawie, albowiem opisane wyżej naruszenia skutkowały zaniechaniem zaproszenia Odwołujących do dialogu konkurencyjnego, a w konsekwencji pozbawiły ich możliwości uzyskania zamówienia publicznego.

Z powyższych względów, na podstawie art. 192 ust. 1, 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocników Odwołujących w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

101

Przewodniczący:

.....

102