Sygn. akt: KIO 2036/12

WYROK
z dnia 8 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska – Romek
Magdalena Grabarczyk
Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 października 2012r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 września 2012r. przez wykonawcę INDRA SISTEMAS S.A., Avenida de Bruselas 35, 28108 Madrid w postępowaniu prowadzonym przez Polską Agencję żeglugi Powietrznej, ul. Wieżowa 8, 02-147 Warszawa,

przy udziale:

A. wykonawcy Mawilux S.A., Łady, ul. Grudzi 23, 05-090 Raszyn zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
B. wykonawcy COMSOFT GmbH, Wachhausstr 5a, 76227 Karlsruhe Niemcy zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu oraz nakazuje unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału i nakazuje uznanie za bezskuteczne poczynionego przez wykonawcę Mawilux Sp. z o.o. zastrzeżenia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa i nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.**

2. kosztami postępowania obciąża Polską Agencję żeglugi Powietrznej, ul. Wieżowa 8, 02-147 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez INDRA SISTEMAS S.A., Avenida de Bruselas 35, 28108 Madrid tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od Polskiej Agencji żeglugi Powietrznej, ul. Wieżowa 8, 02-147 Warszawa na rzecz INDRA SISTEMAS S.A., Avenida de Bruselas 35, 28108 Madrid kwotę 1545zł 50 gr (słownie: tysiąc pięćset czterdzieści pięć złotych pięćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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.**

Przewodniczący: ……

……

……

Sygn. akt: KIO 2036/12

Uzasadnienie

Zamawiający – Polska Agencja żeglugi Powietrznej prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa systemu dozorowania Wide Area Multirateration (WAM) dla TMA Gdańsk.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 marca 2012 roku pod poz. 2012/ S 44 -071958.

W dniu 24 września 2012 roku odwołujący – Indra Sistemas S.A. wniósł odwołanie, zarzucając zamawiającemu dokonanie błędnej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału i niezgodne z prawem wykluczenie odwołującego z postępowania przez uznanie, że odwołujący nie wypełnił obowiązku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8.

Odwołujący wskazał na naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 8, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 25 ust. 1, art. 26 ust. 3 i art. 60 d ust. 2 a także § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009, nr 226, poz. 1817) poprzez wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu, mimo przedłożenia przez spółkę wszelkich wymaganych dokumentów – zaświadczeń o niekaralności urzędujących członków organu zarządzającego, a także wezwania do uzupełnienia zaświadczeń o niekaralności mimo, iż zostały one załączone do wniosku, a także przez zaproszenie do udziału w postępowaniu wykonawcy Comfost GmbH, mimo, że wykonawca nie wykazał, że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożony został przez osobę uprawnioną do reprezentacji tego wykonawcy na mocy pełnomocnictwa w dacie podpisywania i składania wniosków, co prowadzić powinni do stwierdzenia, że dokumenty załączone do wniosku nie zostały podpisane przez osobę umocowaną. Jak również przez zaproszenie do udziału w postępowaniu wykonawcy Mawilux Sp. z o.o. oraz Bracia S……, W…… S……. oraz IT-COM Sp. z o.o., mimo, że podmioty te nie wypełniają warunków postępowania jako że nie przestawiły polis ubezpieczenia obejmujących zakresem działalność, której prowadzenie wymagane jest przedmiotem zamówienia. Ponadto odwołujący podniósł, że zamawiający naruszył zasadę jawności postępowania wyrażoną w art. 8 ust. 1 Pzp, gdyż na wniosek odwołującego nie udostępnił wszystkich żądanych dokumentów złożonych przez pozostałych uczestników postępowania. Działania zamawiającego naruszały zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału,
2. unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu,

---

3. dokonanie ponownego badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału, w tym wniosku odwołującego, z uwzględnieniem złożonego uzupełnienia i wyjaśnień i uznania, że odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 Pzp jak również uznania, że wykonawca Comsoft GmbH, IT- COM Sp. z o.o., Mawilux sp. z o.o. oraz Bracia S……., W…….. S……. podlega wykluczeniu na mocy art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.
4. zaproszenia odwołującego do udziału w postępowaniu.
5. udostępnienia całości dokumentacji, w tym dokumentów, o które odwołujący wystąpił do zamawiającego.
6. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący wniósł, w przypadku istnienia wątpliwości i uznania, że zebrany materiał dowodowy nie pozwala na rozstrzygnięcie co do braku podstaw wykluczenia wykonawcy, o zwrócenie się przez KIO w trybie art. 1143 kc do Ministra Sprawiedliwości o udzielenie tekstu prawa obcego oraz wyjaśnienie obcej praktyki stosowanej w Hiszpanii dotyczącej zarządu spółki akcyjnej i członków urzędujących – delegowanych tego organu – na okoliczność ustalenia czy delegowani członkowie zarządu są członkami urzędującymi tego organu i jakie są ich kompetencje.

Pismem z dnia 27 września 2012 roku do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Mawilux S.A., wnosząc o oddalenie

odwołania.
Pismem z dnia 28 września 2012 roku do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Comsoft GmbH, wnosząc o oddalenie odwołania.
W dniu 3 października 2012 roku zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp tj. zarzutu błędnej oceny złożonych dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia – złożenia nieaktualnych zaświadczeń o niekaralności urzędujących członków zarządu Indra Sistemas S.A. Zamawiający uznał za błędne wykluczenie odwołującego z postępowania z powodu nieprzedłożenia wymaganych ogłoszeniem zaświadczeń o niekaralności urzędujących członków zarządu. Odnośnie pozostałych zarzutów odwołania zamawiający nie znalazł podstaw do ich uznania i wniósł o ich oddalenie.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz mając na uwadze stanowiska stron i uczestników postępowania zaprezentowane w toku rozprawy, Izba ustała i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkująca koniecznością odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki do wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący, który został wykluczony z udziału w postępowaniu, ma niewątpliwie interes w dążeniu do przywrócenia go do udziału w postępowaniu oraz na skutek działań i zaniechań zamawiającego może ponieść szkodę w postaci braku możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne a w konsekwencji uzyskania przedmiotowego zamówienia. Interes wykonawcy w postępowaniach prowadzonych w trybach wieloetapowych, jakim jest dialog konkurencyjny, polega nie tylko na dążeniu wykonawcy do dalszego udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne, ale także na dążeniu do wyeliminowania na tym etapie postępowania konkurujących wykonawców, co niewątpliwie zwiększa odwołującemu szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący niezasadnego wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu z uwagi na nieprzedłożenie przez odwołującego wymaganych przepisami prawa zaświadczeń o niekaralności urzędujących członków zarządu i naruszenia przez zamawiającego w tym zakresie art. 24 ust. 1 pkt 8 i art. 7 ust. 1 oraz 24 ust. 2 pkt 4, art. 25 ust. 1, art. 26 ust. 3. art. 60 d ust. 2 oraz § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009, nr 226, poz. 1817).

W pierwszej kolejności wskazać należy, że zamawiający w piśmie z dnia 3 października 2012 roku uznał zasadność zarzutu dotyczącego wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i przyznał, że w postępowaniu dokonał błędnej oceny złożonych dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia odwołującego. Jednocześnie w odpowiedzi na odwołanie zamawiający zapowiedział, że uchyli czynność oceny wniosków i

---

dokona jej powtórzenia z udziałem wniosku odwołującego, kwalifikując go do dalszego postępowania.
Stanowisko to należy ocenić jako przyznanie zamawiającego. Wskazać także należy, że ustawa Pzp nie daje możliwości odstąpienia od rozpoznania przez Izbę zarzutu podniesionego w odwołaniu, który, mimo uwzględnienia go przez zamawiającego jest nadal przez odwołującego popierany. Z uwagi na uznanie przez zamawiającego zarzutu

dotyczącego nieprawidłowego wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, Izba odstąpiła od przeprowadzenia postępowania dowodowego w tym zakresie, tym bardziej, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem faktycznym w sprawie (art. 190 ust. 5 Pzp zdanie drugie).

W tym zakresie Izba, uznając brak podstaw do wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, nakazała zamawiającemu unieważnić czynność wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu oraz nakazała dokonanie ponownego badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału, z uwzględnieniem wniosku odwołującego.

Za niezasadny Izba uznała zarzut dotyczący braku upoważnienia do samodzielnej reprezentacji spółki Comsoft GmbH przez pana M……. S……..
Odwołujący podnosił, że wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału zostało złożone jedynie oświadczenia pana M…….. S…… z dnia 23 marca 2012 roku, podpisane przez niego samego. Złożony w wyniku wezwania do uzupełnienia dokument pełnomocnictwa poświadczony notarialnie i podpisany przez M…… I…….. oraz Ma…… S…… wystawiony został z datą 12 czerwca 2012 roku. Odwołujący wywiódł, opierając się na tych dokumentach, że wykonawca Comsoft GmbH nie wykazał, że w dacie podpisania i złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu osoba podpisana na wniosku (M…… S……) była do tego upoważniona i mogła reprezentować Comsoft GmbH samodzielnie.
W tym zakresie Izba ustaliła, co następuje:
Wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału wykonawcy Comsoft GmbH, oprócz wskazanego wyżej oświadczenia M……. S……., został złożony wyciąg urzędowy z rejestru handlowego spółki sporządzony w języku niemieckim wraz z jego tłumaczeniem na język polski (strona 7-12 wniosku). W pkt 4 a tłumaczenia tego dokumentu podano: „Jeśli powołany zostanie jeden dyrektor zarządzający, wówczas reprezentuje on spółkę samodzielnie. W przypadku powołania większej liczby dyrektorów zarządzających spółka reprezentowana jest przez dwóch dyrektorów zarządzających łącznie lub przez dyrektora zarządzającego łącznie z prokurentem". Z kolei w lit. b wskazano „Jedynymi osobami upoważnionymi do zawierania transakcji prawnych w odniesieniu do samej spółki we

---

własnym imieniu lub jako przedstawiciel osoby trzeciej są: Dyrektor zarządzający: I……., M……, E……, *04.11.1946, Dyrektor zarządzający: S……, M……., O……, *25.10.1956". Do wniosku załączono także dokument sporządzony wyłącznie w języku polskim z dnia 23 marca 2012 roku o nazwie „Pełnomocnictwo", podpisany przez Ma……. S……, w którym stwierdza się, że osoba ta jest formalnie upoważniona do reprezentowania spółki we wszystkich czynnościach prawnych oraz do podpisywania wszystkich dokumentów w związku z przedmiotowym postępowaniem o zamówienie publiczne.
W wyniku wezwania do uzupełnienia brakujących dokumentów lub oświadczeń z dnia 6 czerwca 2012 roku, wykonawca Comsoft GmbH przedłożył dokument „Certificate of procuration" przetłumaczony jako „Pełnomocnictwo" z dnia 12 czerwca 2012 roku, w którym obaj członkowie zarządu wskazali, że Pan M…… S……. jest formalnie upoważniony do reprezentowania spółki we wszystkich czynnościach prawnych oraz do podpisywania wszelkich dokumentów w związku z przedmiotowym zamówieniem.
Izba dopuściła złożone przez przystępującego Comsoft GmbH w toku rozprawy dowody: umowę spółki wraz tłumaczeniem przysięgłym oraz wyciąg z rejestru handlowego spółki z dnia 9 września wraz z jego tłumaczeniem przysięgłym z dnia 5 października 2012 roku.

Oceniając zebrany w sprawie materiał dowodowy, Izba stwierdziła, że zarzut odwołującego co do braku upoważnienia pana M…… S……. do samodzielnej reprezentacji spółki jest chybiony.
Uprawnienie do samodzielnej reprezentacji spółki Comsoft GmbH wynika wprost z wyciągu z rejestru handlowego, stąd wywody odwołującego co do złożenia niewłaściwego pełnomocnictwa wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału nie zasługują na uznanie. Bez znaczenia dla oceny rozpatrywanego stanu faktycznego jest także okoliczność, że złożony w wyniku wezwania do uzupełnienia dokument podpisany przez M……. S…… oraz M…….. I…… pochodzi z dnia 12 czerwca 2012 roku. Dokument ten, podobnie jak i

złożony we wniosku o dopuszczenie do udziału dokument z dnia 23 marca 2012 roku, mimo, że został nazwany „Pełnomocnictwo”, w istocie nie stanowi pełnomocnictwa, gdyż jak wynika z jego treści jest on jedynie formalnym potwierdzeniem, okoliczności wynikającej z rejestru handlowego, że Pan M.…… S…… jest upoważniony do reprezentowania spraw spółki we wszystkich czynnościach prawnych oraz podpisywania dokumentów w związku z przedmiotowym zamówieniem.
W toku rozprawy odwołujący wskazał także na rozbieżność w tłumaczeniu na język polski wyciągu z rejestru handlowego złożonego wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału oraz wyciągu z rejestru złożonego przez przystępującego Comsoft GmbH podczas rozprawy,

wywodząc, że z tłumaczenia załączonego do wniosku o dopuszczenie do udziału nie wynika upoważnienie dla Pana M…….. S…… do samodzielnej reprezentacji.
Izba, oceniając moc dowodową i wiarygodność przedłożonych w sprawie dowodów, do czego zobowiązuje Izbę dyspozycja art. 190 ust. 7 Pzp, uznała za wiarygodne tłumaczenie wyciągu z rejestru handlowego spółki poświadczone przez tłumacza przysięgłego i złożone przez przystępującego Comsoft Gmbh w toku rozprawy. Załączone do wniosku o dopuszczenie do udziału tłumaczenie wyciągu z rejestru handlowego nie tylko nie zostało przetłumaczone przez tłumacza przysięgłego ale w ogóle nie zostało ono podpisane, co powoduje, że dokument ten nie może stanowić wiarygodnego dowodu w sprawie. Opierając się zatem na złożonym przez przystępującego Comsoft Gmbh tłumaczeniu przysięgłym wyciągu z rejestru handlowego spółki, należy stwierdzić, że z pkt 4 lit. b tego dokumentu wynika uprawnienie do samodzielnej reprezentacji spółki, wraz z uprawnieniem do zawierania w imieniu Spółki czynności prawnych z samym sobą, działając we własnym imieniu lub jako reprezentant osoby trzeciej przyznane: członkom zarządu: I……. M……. oraz S…… M……...
Izba oddaliła wnioskowany przez przystępującego dowód z opinii biegłego na okoliczność interpretacji przepisów prawa niemieckiego, wskazując, że dowód ten z uwagi wyżej poczynione wywody jest zbędny i prowadziłby jedynie do przedłużenia postępowania.

Za niezasadny Izba uznała zarzut dotyczący nieudostępnienia pełnej dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, w tym w szczególności wniosku o dopuszczenie do udziału wykonawcy Thales Polska Sp. z o.o.
Izba ustaliła, że wskazana przez odwołującego dokumentacja została mu udostępniona bez zbędnej zwłoki. Z wyjaśnień stron złożonych w toku rozprawy wynika, że odwołujący zwrócił się z wnioskiem o udostępnienie dokumentacji, przesyłając fax w dniu 20 września 2012 roku o godz. 19:55, zatem przekazanie przez zamawiającego skanów dokumentacji w dniach 21 i 22 września nastąpiło w najszybszym możliwym dla zamawiającego terminie. Izba odmówiła przeprowadzenia zgłoszonego przez zamawiającego dowodu w postaci przesłuchania w charakterze świadka Pana M…….. W…….. na okoliczność wystąpienia o udostępnienie dokumentacji oraz okoliczności i powodów odmowy. W ocenie Izby okoliczności, które miały być potwierdzone wnioskowanym dowodem, zostały stwierdzone innymi dowodami, w tym wyjaśnieniem pisemnym złożonym przez Pana M…… W……. oraz wydrukami z korespondencji elektronicznej z odwołującym.

Za zasadny należy uznać zarzut odwołującego dotyczący naruszenia zasady jawności.
W ocenie Izby poczynione przez przystępującego Mawilux Sp. z o.o. zastrzeżenie co do zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa części wniosku o dopuszczenie do udziału:

oświadczenia podmiotu trzeciego o oddaniu do dyspozycji niezbędnych zasobów w zakresie wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia, wykazu wykonanych zamówień oraz referencji podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie należy uznać za bezskuteczne. W tym zakresie, zdaniem Izby, ocena wyjaśnień przystępującego Mawilux Sp. z o.o. złożonych dnia 19 czerwca 2012 roku, dokonana przez zamawiającego była błędna.
Jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych jest wyrażona w art. 8 Pzp zasada jawności, która zapewnia pełną jawność prowadzonych postępowań oraz oznacza

powszechny dostęp do informacji dotyczących dokumentacji przebiegu postępowania, przy czym jawne są nie tylko dokumenty sporządzane w trakcie postępowania, ale także składane przez wykonawców, w tym wnioski o dopuszczenie do udziału. Odstępstwo od zasady jawności jest dopuszczalne wyłącznie w przypadkach wskazanych w ustawie i takim przypadkiem jest wyłączenie jawności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Aby można było mówić o uprawnionym bądź nieuprawnionym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa należy dokonać oceny, czy łącznie zostały spełnione wymienione niżej przesłanki, a więc ustalić czy zastrzeżona informacja:

1. ma charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny przedsiębiorstwa,
2. nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności

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. Z samego faktu powołania się na klauzulę umowną, jako przesłankę poczynionych we wniosku zastrzeżeń nie wynika wykazanie wszystkich trzech elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003, nr 153, poz. 1503 ze zm.).
Nie zasługuje na uznanie okoliczność podnoszona przez zamawiającego, że informacje zastrzeżone we wniosku zasługują na ochronę z uwagi na to, że odbiorcami zamówień, których dotyczą referencje nie były podmioty publiczne. Charakter podmiotu, będącego odbiorcą danych zamówień, nie może stanowić samoistnej podstawy dla objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.
Izba podkreśla, że pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle.

Co do zasady, w ocenie Izby, informacje dotyczące nazwy podmiotu udostępniającego zasoby wiedzy i doświadczenia jak również wykaz zrealizowanych przez ten podmiot zamówień oraz referencje dotyczące wykonanych zamówień nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
Zdaniem Izby, ciężar udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na podmiocie, który z tego działania wyciąga korzystne dla siebie skutki prawne, w tym przypadku spoczywa on na przystępującym Mawilux Sp. z o.o, który zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa część wniosku o dopuszczenie do udziału. W konsekwencji także, ciężar udowodnienia co do skuteczności poczynionego zastrzeżenia obciąża samego zamawiającego, który nie zdecydował się na udostępnienie informacji zastrzeżonych przez wykonawcę. Podobne stanowisko zajęła Izba w wyroku z dnia 7 listopada 2011 roku, Sygn. akt KIO 2255/11, KIO 2260/11, KIO 2283/11 oraz w wyroku o Sygn. akt KIO 2294/11.

Wyjaśnienia złożone przez wykonawców, uzasadniające zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa winny być precyzyjne i jasne, bowiem tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątku od zasady jawności postępowania nie można domniemywać. W rozpatrywanym stanie faktycznym złożone przez przystępującego, w wyniku wezwania zamawiającego, wyjaśnienia nie potwierdzają konieczności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa zastrzeżeń poczynionych we wniosku o dopuszczenie do udziału w zakresie oświadczenia podmiotu trzeciego o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia oraz dokumentów, potwierdzających należyte wykonanie zamówień. W złożonych dnia 19 czerwca 2012 roku wyjaśnieniach przystępujący Mawilux Sp. z o.o., poza szeroko zacytowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych, podniósł, że informacje zawarte w wykazach nie były - jako zbiór - nigdzie wcześniej podawane do wiadomości publicznej i z uwagi na tę okoliczność zasługują na ochronę. Jednocześnie w wyjaśnieniach wykonawca nie stwierdził, że informacje o zrealizowanych zamówieniach nie były nigdy wcześniej pojedynczo podane do wiadomości publicznej. Izba stoi na stanowisku, że sam fakt nagromadzenia w jednym zbiorze informacji, które wcześniej pojedynczo zostały upublicznione, nie powoduje, że zbiór

ten jako całość podlega ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie zasługuje także na uznanie wyjaśnienie przystępującego, złożone w piśmie z dnia 18 czerwca 2012 roku, że udostępnienie innym podmiotom, zbioru informacji o zrealizowanych zamówieniach, wdrożonych systemach i wartościach spowoduje obniżenie konkurencyjności.

Mając na uwadze powyższe, zasadnym jest w ocenie Izby, nakazanie zamawiającemu uznania za bezskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa poczynionego przez wykonawcę Mawilux Sp. z o.o.

10

Za niezasadny Izba uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 26 ust. 2 b Pzp z uwagi na udostępnienie przez ten sam podmiot trzeci zasobów trzem wykonawcom składającym wnioski o dopuszczenie do udziału. W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że zarzut ten jest bezprzedmiotowy w odniesieniu do wykonawcy Mawilux Sp. z o.o. z uwagi na to, podmiotem udostępniającym wiedzę i doświadczenie temu wykonawcy jest inny podmiot niż wskazany w ofertach wykonawców: Bracia S…….., W……. S…….. i IT – COM Sp. z o.o. Stwierdzić należy, że z uwagi na objęcie przez Mawilux Sp. z o.o. tajemnicą przedsiębiorstwa informacji o podmiocie udostępniającym zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia, zarzut odwołującego został podniesiony niejako z ostrożności procesowej i nie znajduje on oparcia w złożonym przez Mawilux Sp. z o.o. wniosku o dopuszczenie do udziału. Ponadto wskazać należy, że ustawa pzp nie zabrania posługiwania się przez wykonawców, składających oferty czy wnioski o dopuszczenie do udziału tym samym podmiotem udostępniającym zasoby w postaci wiedzy, doświadczenia czy potencjału technicznego.
Niezasadnym jest także zarzut dotyczący złożenia we wnioskach o dopuszczenie do udziału lakonicznych i ogólnych zobowiązań podmiotów trzecich co do udostępnienia swojej wiedzy, doświadczenia i potencjału technicznego. Izba wskazuje, że co do zasady zobowiązanie podmiotu trzeciego o udostępnieniu zasobów winno być konkretne, precyzyjne i winno jednoznacznie wskazywać sposób i zakres udostępnienia. Jednak w rozpatrywanym stanie faktycznym, mając na uwadze podnoszoną w toku rozprawy przez zamawiającego okoliczność, że na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego, w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia ma charakter szczególnie złożony a zamawiający nie jest w stanie opisać przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z przepisami ustawy i do końca nie zna jego zakresu, niemożliwym jest złożenie jednoznacznych, precyzyjnych zobowiązań podmiotów trzecich udostępniających wiedzę i doświadczenie.
Izba stwierdziła także, że zobowiązania podmiotów trzecich zostały złożone w przewidzianej przepisami formie, a zatem podnoszona przez odwołującego wątpliwość w tym zakresie była również niezasadna.

Za niezasadny Izba uznała także zarzut odwołującego dotyczący nie wykazania przez wykonawców Bracia S…….., W……. S…… oraz Mawilux Sp. z o.o i IT- COM Sp. z o.o. wystarczającej zdolności ekonomicznej i finansowej z uwagi na fakt, że przedstawione polisy nie są związane z przedmiotem zamówienia.

11

W tym zakresie Izba ustaliła, że w pkt III. 2.2 Ogłoszenia o zamówieniu zamawiający żądał, celem potwierdzenie zdolności ekonomicznej i finansowej złożenia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Zamawiający wymagał, aby wykonawcy posiadali ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, na podstawie opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawcy są ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 4 000 000 PLN.
Izba stwierdziła, że w ofercie Mawilux Sp. z o.o. załączono polisę ubezpieczeniową z dnia 20 czerwca 2012 roku, wystawioną przez PZU S.A., która potwierdza zawarcie umowy

ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w związku z prowadzoną działalnością lub posiadanym mieniem w zakresie podstawowym z rozszerzeniem o klauzule nr 5, 7, 9, 13 zgodnie z numerem KRS. Załączone we wniosku o dopuszczenie do udziału wykonawcy IT-COM sp. z o.o. polisy PZU S.A. z dnia 12.12.2011 roku, 19.10.2011 roku oraz 8.08.2011 roku potwierdzają zawarcie umów ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w związku z prowadzoną działalnością lub powierzonym mieniem w zakresie: działalność usługowa w zakresie technologii informatycznych i komputerowych, doradztwa w zakresie informatyki oraz w zakresie podstawowym.

Izba podzieliła stanowisko zaprezentowane przez zamawiającego i przystępujących co do tego, że z wykładni językowej wynika, że sformułowanie „polisa związana z przedmiotem zamówienia" dotyczy nie samej polisy ubezpieczeniowej ale działalności wykonawcy. Polisa ubezpieczeniowa ma obejmować swym zakresem działalność prowadzoną przez wykonawcę. Wskazane wyżej polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej obejmują działalność wykonawcy, która niewątpliwie jest także związana z przedmiotem zamówienia publicznego. Podnieść także należy, że zakres przedmiotowy objęty polisą nie musi być odzwierciedleniem pełnego zakresu przedmiotu działalności wykonawcy, ujawnionego w KRS.
Nieuzasadniony jest także zarzut odwołującego dotyczący niespełnienia przez wykonawcę IT - COM Sp. z o.o. warunku co do wymaganej wartości posiadanego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej. Wykonawca załączył do wniosku o dopuszczenie do udziału 3 polisy ubezpieczenia opiewające na kwoty: 2 000 000, 2 500 000 oraz 500 000 zł, a zatem w sumie wartość ubezpieczenia przekracza wymagany próg 4 000 000 zł.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……

……

……