Sygn. akt: KIO 2255/11
Sygn. akt: KIO 2260/11
Sygn. akt: KIO 2283/11

WYROK
z dnia 7 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek
Przemysław Dzierzędzki
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 listopada 2011 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 20.10.2011r. przez wykonawcę **NEWIND Grupa Apator sp. z o.o., 54 - 413 Wrocław, Ul. Klecińska 125**
B. w dniu 20.10. 2011 r. przez wykonawcę **Asseco Poland S.A., 35 - 322 Rzeszów, ul. Olchowa 14**
C. w dniu 24.10. 2011 r. przez wykonawcę **WASKO S.A., 44-100 Gliwice, ul. Berbeckiego 6**

w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Onkologii Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie, 02 -781 Warszawa, ul. W.K. Roentgena 5**

przy udziale:

A. wykonawcy **Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o.,02 – 678 Warszawa, ul. Szturmowa 2A** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2255/11 po stronie odwołującego oraz do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2260/11 i KIO 2283/11 po stronie zamawiającego
B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: KAMSOFT S.A., Unizeto Technologies S.A., Innovation Technology Group S.A., 40 – 235 Katowice, ul. 1 Maja 133** zgłaszających swoje przystąpienie do

postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2255/11, KIO 2260/11 oraz KIO 2283/11 po stronie zamawiającego
C. wykonawcy **CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., 20 – 149 Lublin, ul. Do Dysa 9** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2255/11, KIO 2260/11 oraz KIO 2283/11 po stronie zamawiającego
D. wykonawcy **WASKO S.A., 44 – 100 Gliwice, ul. Berbeckiego 6** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2255/11 po stronie zamawiającego oraz do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2260/11 po stronie odwołującego
E. wykonawcy **Asseco Poland S.A. 35 – 322 Rzeszów, ul. Olchowa 14** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2255/11 i KIO 2283/11 po stronie zamawiającego

orzeka:

1 A. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego Newind Grupa Apator Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu oraz nakazuje dokonanie powtórnego badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału, z uwzględnieniem wniosku złożonego przez odwołującego (Sygn. akt: KIO 2255/11),

1 B. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału oraz nakazuje odtajnienie dokumentów załączonych do wniosków przez General Systems & Software (Poland) Ltd. Sp. z o.o., Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. CompuGroup Medical

Polska Sp. z o.o., Devoteam S.A., Konsorcjum firm KAMSOFT S.A., Innovation Technology Group S.A., Unizeto Technologies S.A. w zakresie: wykazów dostaw i usług, dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług oraz zobowiązań podmiotów trzecich udostępniających swój potencjał oraz nakazuje dokonanie powtórnego badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału i wezwanie General Systems & Software (Poland) Ltd. Sp. z o.o., Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., Devoteam S.A., Konsorcjum firm KAMSOFT S.A., Innovation Technology Group S.A., Unizeto Technologies S.A., do uzupełnienia wniosków o dokumenty dotyczące podmiotów udostępniających potencjał, w oryginale lub potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez te podmioty. (Sygn. akt: KIO 2260/11).

---

1 C. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału oraz nakazuje odtajnienie dokumentów załączonych do wniosków przez General Systems & Software (Poland) Ltd. Sp. z o.o., Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., Devoteam S.A., Konsorcjum firm KAMSOFT S.A., Innovation Technology Group S.A., Unizeto Technologies S.A., Sygnity S.A. w zakresie: wykazów dostaw i usług, dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług oraz zobowiązań podmiotów trzecich udostępniających swój potencjał oraz nakazuje dokonanie powtórnego badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału. (Sygn. akt: KIO 2283/11).

2. kosztami postępowania obciąża **Centrum Onkologii Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie, 02 -781 Warszawa, ul. W.K. Roentgena 5** oraz **Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o.,02 – 678 Warszawa, ul. Szturmowa 2A** zgłaszającego sprzeciw w sprawach o sygn. akt: KIO 2260/11 i KIO 2283/11 oraz **CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., 20 – 149 Lublin, ul. Do Dysa 9,** zgłaszającego sprzeciw w sprawach sygn. akt: KIO 2260/11 oraz KIO 2283/11.

i

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 45 000 **zł** 00 **gr** (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych) uiszczoną przez **NEWIND Grupa Apator sp. z o.o., 54 - 413 Wrocław, Ul. Klecińska 125, Asseco Poland S.A., 35 - 322 Rzeszów, ul. Olchowa 14 oraz WASKO S.A., 44-100 Gliwice, ul. Berbeckiego 6** tytułem wpisu od odwołania.

2.2 zasądza od **Centrum Onkologii Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie, 02 -781 Warszawa, ul. W.K. Roentgena 5** kwotę 18 600 **zł** 00 **gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) na rzecz **NEWIND Grupa Apator sp. z o.o., 54 - 413 Wrocław, Ul. Klecińska 125** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika

2.3 zasądza od **Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., 02 - 678 Warszawa, ul. Szturmowa 2A** zgłaszającego sprzeciw w sprawach o sygn. akt: KIO 2260/11 i KIO 2283/11 kwotę 20 400 zł 00gr (słownie: dwadzieścia tysięcy czterysta złotych), w tym:

A. kwotę 9 300 zł 00gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych) na rzecz **Asseco Poland S.A., 35 - 322 Rzeszów, ul. Olchowa 14** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

B. kwotę 9 300 zł (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych) na rzecz **WASKO S.A., 44-100 Gliwice, ul. Berbeckiego 6** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

C. kwotę 1 800 zł 00gr (słownie: tysiąc osiemset złotych) na rzecz **Centrum Onkologii Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie, 02 -781 Warszawa, ul. W.K. Roentgena 5,** stanowiącą wynagrodzenie pełnomocnika z tytuły odwołań o sygn. akt. KIO 2260/11

i KIO 2283/11.

2.4 zasądza od **CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., 20 – 149 Lublin, ul. Do Dysa 9,** zgłaszającego sprzeciw w sprawach sygn. akt: KIO 2260/11 oraz KIO 2283/11 kwotę 20 400 zł 00gr (słownie: dwadzieścia tysięcy czterysta złotych), w tym:

A. kwotę 9 300 zł 00gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych) na rzecz **Asseco Poland S.A., 35 - 322 Rzeszów, ul. Olchowa 14** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

B. kwotę 9 300 zł (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych) na rzecz **WASKO S.A., 44-100 Gliwice, ul. Berbeckiego 6** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

C. kwotę 1 800 zł 00gr (słownie: tysiąc osiemset złotych) na rzecz **Centrum Onkologii Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie, 02 -781 Warszawa, ul. W.K. Roentgena 5,** stanowiącą wynagrodzenie pełnomocnika z tytuły odwołań o sygn. akt. KIO 2260/11 i KIO 2283/11

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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: ……..…..
……..……
……..…..

Uzasadnienie

Zamawiający - Centrum Onkologii-Instytut im. M. Skłodowskiej-Curie, ul. W.K. Roentgena 5, 02-781 Warszawa prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest Budowa Zintegrowanego Systemu Informatycznego - Centralny Rejestr Nowotworów, w ramach Projektu „Utworzenie pierwszej w Polsce informatycznej platformy naukowej do wymiany wiedzy o zagrożeniu nowotworami złośliwymi w Polsce". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Unii Europejskiej pod poz. 2011-102758.

Sygn. akt KIO 2255/11

W dniu 20 października 2011 roku, odwołujący – **NEWIND Grupa Apator sp. z o.o.** wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy pzp czynności zamawiającego z dnia 10 października polegającej na wykluczeniu odwołującego z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 4 pzp przez wykluczenie odwołującego z postępowania pomimo wykazania wszystkich warunków udziału w postępowaniu, w tym warunku dotyczącego sytuacji finansowej i ekonomicznej;
2. art. 26 ust. 2a pzp przez uznanie, że Odwołujący nie wykazał, że znajduje się w sytuacji finansowej i ekonomicznej zapewniającej wykonanie zamówienia pomimo, że Odwołujący udowodnił, że będzie polegał na zasobach innego podmiotu, tj. Apator Rector Sp. z o.o., czym wypełnił warunek opisany w pkt. III.2.2) ogłoszenia o zamówieniu i wykazał posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia;
3. naruszenie art. 26 ust. 2b pzp przez bezpodstawne uznanie, że Odwołujący

nie może polegać na zasobach podmiotu trzeciego w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej,

4. art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp przez niedopełnienie obowiązku starannego zbadania i oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Odwołującego w zakresie spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, tj. poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
5. art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielenia zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. L 134 z 30.04.2004, str. 114), przez uznanie, że Odwołujący nie może polegać na zdolności ekonomicznej innych podmiotów i tym samym nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wykazania określonej sytuacji ekonomicznej, powołując się na potencjał innego podmiotu, tj. Apator Rector Sp. z o.o. w sytuacji, gdy wskazane przepisy nie różnicują warunków ekonomicznych i finansowych i nakazują łączne ich rozpatrywanie, dopuszczając posłużenie się zasobami innych podmiotów w zakresie obydwu tych warunków.

Odwołujący wskazał, że składając kopię polisy ubezpieczeniowej (strona 11-32 wniosku) oraz opinii bankowej (strona 33 wniosku) podmiotu trzeciego - Apator Rector Sp. z o.o. wraz z pisemnym zobowiązaniem tego podmiotu do oddania wykonawcy do dyspozycji zasobów finansowych i ekonomicznych, udowodnił, że spełnia wymagania w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej określone w ogłoszeniu o zamówieniu.

Podniósł, że ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej składane na tym etapie postępowania, świadczy jedynie o potencjalnych możliwościach finansowych wykonawcy i nie oznacza, że zamawiający będzie mógł skorzystać z tej kwoty. Zatem niezrozumiałe jest dla odwołującego stanowisko zamawiającego, który wskazał, że z oświadczenie podmiotu Apator Rector Sp. zo.o. nie wynika, jak w praktyce skorzystanie z polisy mogłoby zostać zrealizowane. Na poparcie swojego stanowiska powołał orzeczenia Krajowej Izby odwoławczej KIO/ 467/11 z dnia 18 marca 2011 roku, KIO/ UZP 560/09, w których Izba wskazała, jaki jest cel żądania od wykonawców polisy ubezpieczeniowej, podnosząc, że polisa ma służyć ocenie

sytuacji ekonomicznej i finansowej, a nie potwierdzać ubezpieczenie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący powołał się także na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lutego 2011 roku KIO/269/11, z którego wynika, że mając na uwadze pro unijną interpretację przepisów prawa krajowego oraz okoliczność osiągnięcia rezultatu zakładanego przez dyrektywę 2004/18/WE, sformułowanie użyte w treści art. 26 ust. 2b ustawy pzp, iż wykonawca może polegać jedynie na „zdolnościach finansowych innych podmiotów" należy rozumieć jako zdolność dotyczącą zarówno sytuacji ekonomicznej jak i sytuacji finansowej wykonawcy.

Zdaniem odwołującego bez znaczenia jest fakt, że stan faktyczny rozpatrywany przez Izbę w wyroku z dnia 23 lutego 2011 roku KIO/ 269/11 dotyczył przedstawionego przez wykonawcę rachunku zysków i strat a nie polisy ubezpieczeniowej, bowiem badanie zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy następuje na podstawie trzech dokumentów, wymienionych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Wskazał także, że istotą art. 47 ust. 2 Dyrektywy oraz art. 26 ust. 2 b ustawy pzp jest możliwość skorzystania ze zdolności lub zasobów podmiotu trzeciego, nie

zaś możliwość posłużenia się dokumentem podmiotu trzeciego. Wniosek co do braku możliwości skorzystania z polisy OC innego podmiotu opiera się na błędnym założeniu, iż art. 26 ust. 2b i art. 47 Dyrektywy odnoszą się do możliwości „pożyczenia dokumentu". Tymczasem z przepisów tych w sposób bezpośrednio wynika, iż dotyczą one możliwości polegania na zdolnościach innych podmiotów, w celu dysponowania zasobami niezbędnymi dla realizacji zamówienia. Zdolności te to m.in. zdolność ekonomiczna i finansowa niezbędna dla realizacji zamówienia oceniana na zasadach określonych przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu. W przypadku, gdy dochodzi do udostępnienia zasobów na podstawie art. 26 ust. 2b pzp, badaniu, w zakresie w jakim dochodzi do udostępnienia, podlega zdolność ekonomiczna i finansowa podmiotu udostępniającego swoje zasoby, który zobowiązuje się te zasoby udostępnić wykonawcy w celu korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Wykonawca w takiej sytuacji bazuje zatem na potencjale ekonomicznym i finansowym, którym dysponuje podmiot trzeci.

Odwołujący podniósł, że brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych do zróżnicowania możliwości skorzystania ze zdolności ekonomicznej i finansowej podmiotu trzeciego w zależności od rodzaju dokumentów stanowiących podstawę weryfikacji tej zdolności. Jak bowiem wykazano wykonawca polega na zasobach podmiotu trzeciego (w tym przypadku na jego zdolności ekonomicznej i finansowej), weryfikowanych na podstawie odpowiednich dokumentów, nie zaś na samych dokumentach.
Wskazał także, że podmiot udostępniający swoje zasoby odwołującemu należy do tej samej grupy kapitałowej, co powoduje, że skorzystanie z jego zasobów w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej niewątpliwie ma wymiar realny - nie tylko formalny, a zatem wypełniona została przesłanka „stosownej sytuacji". Ponieważ możliwość skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego nie została w żaden sposób ograniczona w tym konkretnym postępowaniu, co zresztą byłoby niedopuszczalne w świetle art. 26 ust. 2b pzp, który ma charakter bezwzględnie obowiązujący i nie może być wyłączony decyzją zamawiającego, nie budzi wątpliwości, że w tym konkretnym postępowaniu skorzystanie z zasobów innego podmiotu, co więcej - należącego do tej samej grupy kapitałowej było dopuszczalne i mieściło się w granicach wyznaczonych klauzulą „stosownej sytuacji".

Mając na uwadze powyższe, zdaniem odwołującego, prawidłowo wykazał on, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, udostępnionymi przez - Apator Rector Sp. z o.o., a tym samym, wbrew twierdzeniom zamawiającego wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu opisanych w pkt III.2.2)1 ogłoszenia i w pkt 3.3.1 instrukcji.
Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania,
2. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny wniosków wykonawców o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i złożonych wraz z nim oświadczeń i dokumentów i dokonania ponownej klasyfikacji wykonawców zaproszonych do kolejnego etapu postępowania,
3. nakazanie zakwalifikowania odwołującego do kolejnego etapu postępowania i w konsekwencji przekazania zaproszenia do składania oferty wstępnej.

Do udziału w postępowaniu odwoławczym wywołanym wniesieniem odwołania przez Newind Grupa Apator Sp. z o.o. zgłosił swoje przystąpienie po stronie odwołującego: Hewlett – Packard Polska Sp. z o.o.
Wykonawcy: CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., Wasko S.A., Assecco Poland S.A. oraz Konsorcjum Kamsoft S.A., Innovation Technology Group S.A., Unizeto Technologies S.A.- zgłosili swój udział w postępowaniu odwoławczym, opowiadając się po stronie zamawiającego.

Sygn. akt KIO 2260/11

Odwołujący – **Asseco Poland S.A.** wniósł w dniu 20 października 2011 roku odwołanie, zarzucając zamawiającemu:

1. zaniechanie odtajnienia dokumentów załączonych do wniosków o dopuszczenie do udziału w zakresie wykazów dostaw i usług, dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie oraz zobowiązań podmiotów trzecich do udostępnienia potencjału i dokumentów dotyczących tych podmiotów, opisanych przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa, złożonych przez:
   a. General Systems & Software Poland Ltd sp. z o. o.
   b. Hewlett – Packard Polska Sp. z o.o.
   c. CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o.
   d. Devoteam S.A.
   e. Konsorcjum Kamsoft S.A., Innovation Technology Group S.A., Unizeto Technologies S.A.
2. zaniechanie udostępnienia odwołującemu pełnej treści protokołu z przeprowadzenia potępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
3. dokonanie czynności oceny wniosków złożonych przez:
   a. General Systems & Software Poland Ltd sp. z o. o.
   b. Hewlett – Packard Polska Sp. z o.o.
   c. CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o.

---

   d. Devoteam S.A.
   e. Konsorcjum Kamsoft S.A., Innovation Technology Group S.A., Unizeto Technologies S.A.

w zakresie, jakim zamawiający uznał za spełnione warunki udziału przez tych wykonawców, którzy w celu wykazania ich spełnienia posłużyli się potencjałem innych podmiotów, załączając dokumenty dotyczące tych podmiotów w kopiach potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez samych oferentów, zamiast przez podmioty, których te dokumenty dotyczyły, czym naruszył art. 22 ust. 1 pkt 2 do 4 ustawy pzp w związku z art. 26 ust. 2 b ustawy, a także § 6 ust. 2 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów (…)

Z ostrożności procesowej podniósł zaniechanie przez zamawiającego wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp wniosków o dopuszczenie do udziału przez wykonawców, którzy w celu wykazania się spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz uzyskania większej liczby punktów, posłużyli się dokumentami podmiotów trzecich.

4. czynność oceny wniosku złożonego przez Konsorcjum firm KAMSOFT S.A., Innovation Technology Group S.A., Unizeto Technologies S.A., w zakresie w jakim uznano spełnienie przez Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy załączona do wniosku polisa Innovation Technology Group S.A. nie spełnia wymagań określonych przez zamawiającego, czym naruszono przepisy art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp, alternatywnie na zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Konsorcjum firm KAMSOFT S.A., Innovation Technology Group S.A., Unizeto Technologies S.A. do uzupełnienia wniosku poprzez przedstawienie polisy ubezpieczeniowej dotyczącej Innovation Technology Group S.A. spełniającej wymagania Zamawiającego, czym naruszono art. 26 ust. 3 ustawy pzp.
5. prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy pzp, poprzez uwzględnienie w toku oceny wniosków, wiedzy i doświadczenia wykazanego przez General Systems & Software (Poland) Ltd. Sp. z o.o. Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., oraz Devoteam S.A.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie unieważnienia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
2. nakazanie odtajnienia dokumentów załączonych do wniosków przez General Systems & Software (Poland) Ltd. Sp. z o.o., Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., Devoteam S.A., Konsorcjum firm KAMSOFT S.A., Innovation Technology Group S.A., Unizeto Technologies S.A. w zakresie wykazów dostaw i usług oraz zobowiązań podmiotów trzecich udostępniających swój potencjał a także dokumentów dotyczących tych podmiotów,
3. nakazanie udostępnienia odwołującemu pełnej treści głównej części protokołu z postępowania o udzielenie zamówienia,
4. nakazanie powtórzenia czynności oceny wniosków bez uwzględnienia wiedzy i doświadczenia, wykazanego przez General Systems & Software (Poland) Ltd. Sp. z o.o. oraz Devoteam S.A., w zakresie w jakim wiedza i doświadczenie wskazane w obu wnioskach jest identyczna.
5. nakazanie powtórzenia czynności oceny wniosków z ustaleniem, że wniosek Konsorcjum firm KAMSOFT S.A., Innovation Technology Group S.A., Unizeto Technologies S.A. nie spełnia warunku znajdowania się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej,

z ostrożności procesowej wniósł o:

1. nakazanie dokonania czynności wezwania General Systems & Software (Poland) Ltd. Sp. z o.o., Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., Devoteam S.A., Konsorcjum firm KAMSOFT S.A., Innovation Technology Group S.A., Unizeto Technologies S.A., do uzupełnienia wniosków o dokumenty dotyczące podmiotów udostępniających potencjał, w oryginale lub potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez te podmioty.
2. nakazanie dokonania czynności wezwania Konsorcjum firm KAMSOFT S.A., Innovation Technology Group S.A., Unizeto Technologies S.A., do uzupełnienia wniosku o polisę ubezpieczeniową Innovation Technology

Group S.A. spełniającą warunki postawione przez Zamawiającego na dzień składania wniosków,
3. przyznanie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca Wasko S.A.
Wykonawcy: Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., Konsorcjum firm KAMSOFT S.A., Innovation Technology Group S.A., Unizeto Technologies S.A, zgłosili udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.
Wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania (pismo z dnia 28 października 2011 roku) zgłaszający przystąpienie: Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., wnieśli sprzeciw do protokołu posiedzenia, zgodnie z art. 186 ust. 5 ustawy pzp.

Sygn. akt 2283/11
W dniu 24 października 2011 roku, odwołujący – **Wasko S.A.** wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu:
1. zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) niektórych elementów wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. w przypadku wniosków złożonych przez wykonawcę General Systems & Softwere (Poland) Ltd , wykonawcę Hewlett - Packard Polska Sp. z o.o., wykonawcę CompuGroup Medical Polska Spółka z o.o. , wykonawcę Devoteam S.A., Konsorcjum firm Kamsoft S.A., Innovation Technology Group S.A., Unizeto Technologies S.A. wykonawcę Sygnity S.A.: wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania

i odbiorców, oraz dokumentów potwierdzających, że te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, oraz pisemnych zobowiązań innych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia (względnie innych dokumentów, za pomocą których ww.

Konsorcja i wykonawcy udowodnili zamawiającemu, że będą dysponować zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia) oraz dokumentów wymaganych od podmiotów, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, i jednocześnie które udostępniają wykonawcy swoją wiedzę i doświadczenie;
2. wadliwej czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wadliwej czynności przyznania ocen spełniania tych warunków, tj. zawyżenia oceny za spełnianie warunków dotyczących zdolności technicznej (doświadczenia) przyznanej wykonawcy General Systems, wykonawcy HP, wykonawcy CompuGroup, wykonawcy Devoteam, Konsorcjum Kamsoft, wykonawcy Sygnity.
Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, art. 8 ust. 3 ustawy w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odtajnienia niektórych elementów wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. w przypadku wniosków złożonych przez wykonawcę General Systems, wykonawcę HP, wykonawcę CompuGroup, wykonawcę Devoteam, Konsorcjum Kamsoft, wykonawcę Sygnity: wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz dokumentów potwierdzających, że te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, oraz pisemnych zobowiązań innych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia (względnie innych dokumentów, za pomocą których ww. Konsorcja i wykonawcy udowodnili Zamawiającemu, że będą dysponować zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia) oraz dokumentów wymaganych od podmiotów, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, i jednocześnie które udostępniają wykonawcy swoją wiedzę i doświadczenie, pomimo że informacje zawarte w ww. zastrzeżonych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

---

2. art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 57 ust. 1-3 ustawy poprzez dokonanie wadliwej czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wadliwej czynności przyznania ocen spełniania tych warunków, tj. poprzez zawyżenie oceny za spełnianie warunków dotyczących zdolności technicznej (doświadczenia) przyznanej wykonawcy General Systems, wykonawcy HP, wykonawcy CompuGroup, wykonawcy Devoteam, Konsorcjum Kamsoft, wykonawcy Sygnity.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu, aby:
1. powtórzył czynność oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz powtórzył czynność przyznania ocen spełniania tych warunków,
2. ujawnił (odtajnił) niektóre elementy wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. w przypadku wniosków złożonych przez wykonawcę General Systems, wykonawcę HP, wykonawcę CompuGroup, wykonawcę Devoteam, Konsorcjum Kamsoft, wykonawcę Sygnity: wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz dokumenty potwierdzające, że te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, oraz pisemne zobowiązania innych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji

niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia (względnie inne dokumenty, za pomocą których ww. Konsorcja i wykonawcy udowodnili Zamawiającemu, że będą dysponować zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia) oraz dokumenty wymagane od podmiotów, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, i jednocześnie które udostępniają wykonawcy swoją wiedzę i doświadczenie, pomimo że informacje zawarte w ww. zastrzeżonych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
3. obniżył oceny za spełnianie warunków dotyczących zdolności technicznej (doświadczenia) przyznane wykonawcy General Systems, wykonawcy HP, wykonawcy CompuGroup, wykonawcy Devoteam, Konsorcjum Kamsoft, wykonawcy Sygnity,

4.dokonał czynności ponownego poinformowania wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków.
Do udziału w postępowaniu odwoławczym zgłosili swoje przystąpienia po stronie zamawiającego wykonawcy: Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., Konsorcjum firm KAMSOFT S.A., Innovation Technology Group S.A., Unizeto Technologies S.A oraz Assecco Poland S.A.
Wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania (pismo z dnia 28 października 2011 roku) zgłaszający przystąpienie: Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., wnieśli sprzeciw do protokołu posiedzenia, zgodnie z art. 186 ust. 5 ustawy pzp.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz mając na uwadze stanowiska stron i uczestników postępowania, zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:
Sygn. akt. KIO 2255/11

W pkt III. 2.2 ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale 3 instrukcji dla wykonawców zamawiający opisał sposób spełniania przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia warunku w zakresie zasobów finansowych i ekonomicznych, wymagając złożenia na jej potwierdzenie 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 wykazania wysokości ubezpieczenia na kwotę nie mniejszą niż 3 000.000 zł.
Jednocześnie zamawiający podał, że wykonawca może polegać na zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie do charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie takich podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.
Odwołujący na stronach 11 - 32 wniosku o dopuszczenie do udziału przedłożył potwierdzoną za zgodność z oryginałem kopię polisy ubezpieczeniowej NR 1PO 6553 0006 wraz z zaświadczeniem o opłaceniu tej polisy potwierdzającą ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia wystawioną na rzecz podmiotu trzeciego

Apator Rector Sp. z o.o. w wysokości wymaganej przez zamawiającego. Odwołujący przedłożył także na stronie 33 potwierdzoną za zgodność z oryginałem kopię opinii bankowej Apator Rector Sp. z o.o.
W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnienie warunku odwołujący wyjaśnił, że polega w tym zakresie na zasobach podmiotu innego - Apator Rector Sp. z o.o. i przedstawił pisemne zobowiązanie tego podmiotu. Z treści zobowiązania wynika, że Apator Rector Sp. z o.o. „ zobowiązuje się do oddania wykonawcy Newind Grupa Apator Sp. z o.o., (…),

do dyspozycji zasobów finansowych oraz ekonomicznych na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (…)”

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba zważyła co następuje:
Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący, jako podmiot wykluczony z udziału w postępowaniu legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, uprawniającym go do wniesienia odwołania.
Przepis art. 26 ust. 2 b ustawy pzp, wprowadzony nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 roku, dopuszcza możliwość powoływania się na zasoby podmiotów trzecich w przypadkach enumeratywnie wymienionych w tym przepisie. Zakres zastosowania art. 26 ust. 2 b ustawy pzp ma charakter zamknięty i obejmuje: wiedzę i doświadczenie, potencjał techniczny, osoby zdolne do wykonania zamówienia lub zdolności finansowe innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Przywołany przepis ustawy pzp stanowi transpozycję do prawa krajowego postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134/114 z 30.04.2004 r., ze zm.). Celem wprowadzenia tego przepisu było wdrożenie postanowień dyrektywy oraz zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia przez umożliwienie większej liczbie wykonawców wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez poleganie przy wykazywaniu spełniania

warunków na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków.
Należy zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, że z literalnego brzmienia przepisu art. 26 ust. 2 b ustawy pzp wynika, że wykonawca nie ma możliwości powołania się na zasoby podmiotu innego w zakresie jego zdolności ekonomicznych. Tymczasem przywołana dyrektywa 2004/18/WE w art. 47 ust. 2 dopuszcza w tzw. „stosownych sytuacjach”, w przypadku konkretnego zamówienia, możliwość powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego zarówno w sferze zdolności ekonomicznych jak i finansowych. Przy interpretacji prawa krajowego należy uwzględniać reguły zawarte w dyrektywach, zatem przepis art. 26 ust. 2 b winien polegać tzw. wykładni prounijnej. Z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, jak również z dotychczasowego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, w zakresie możliwości powoływania się na zasoby podmiotów trzecich wynika, że powołanie się na korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty (realny), co oznacza, że wykonawca musi faktycznie mieć do swojej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do realizacji zamówienia.
Jak wskazano wyżej możliwość powołania się na zasoby ekonomiczne oraz finansowe innego podmiotu, została w dyrektywie uzależniona od zaistnienia tzw. „stosowanych sytuacji” i należy ją odnosić zawsze do konkretnego zamówienia. Wobec tego, w każdym przypadku powołania się przez wykonawcę na zasoby ekonomiczne podmiotu trzeciego należy rozważyć czy mamy do czynienia z tzw. „stosowną sytuacją”, o której mówi art. 47 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE.
W oparciu o analizę orzecznictwa ETS, należy przyjąć, że owa „stosowana sytuacja” zachodzi np. w przypadku istnienia powiązań kapitałowych podmiotów czy oceny zdolności spółki matki holdingu, gdy można uwzględnić również zasoby i zdolności jej spółek córek (C-5/97, Ballast Nedam Groep przeciwko Belgii).
Wykonawca, powołujący się na zasoby podmiotu trzeciego, musi wykazać, że udostępniane zasoby będą służyły nie tylko do wykazania zamawiającemu, że wykonawca spełnia stawiane przez niego warunki, ale również, że, w przypadku udzielenia zamówienia, będą one wykorzystane bezpośrednio do realizacji zamówienia.
Jednym z dowodów, którymi może się posłużyć wykonawca, jest „stosowne zobowiązanie innych podmiotów", które w swej treści winno zawierać zobowiązanie

innego podmiotu do oddania do dyspozycji określonych zasobów na czas realizacji zamówienia.

Odnosząc powyższe rozważania do rozpatrywanego stanu faktycznego, Izba zważyła, że w tym konkretnym przypadku powołania się przez wykonawcę – Newind Grupa Apator Sp. z o.o. na zasoby ekonomiczne w postaci polisy ubezpieczeniowej potwierdzającej ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia podmiotu innego – Apator Rector Sp. z o.o., zachodzi niewątpliwie „stosowna sytuacja", o której mowa w art. 47 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE a udostępnienie to ma charakter rzeczywisty. Spółka Apator Rector Sp. z o.o. – podmiot udostępniający swoje zasoby ekonomiczne, należy do tej samej grupy kapitałowej, co spółka odwołującego i jest spółką dominującą (głównym udziałowcem Newind Grupa Apator Sp. z o.o.), co wynika z odpisu Krajowego Rejestru Sądowego. Dodatkowo z treści pisemnego zobowiązania Apator Rector Sp. z o.o., złożonego w wyniku wezwania do uzupełnia dokumentów lub oświadczeń, wynika, że podmiot ten zobowiązuje się do oddania odwołującemu do dyspozycji zasobów finansowych i ekonomicznych, na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Zatem powołanie się na w tym konkretnym przypadku ma charakter realny. zasoby podmiotu trzeciego
Ponadto, Izba wskazuje, że zgodnie z treścią art. 808 ustawy kodeks cywilny, ubezpieczający może zawrzeć umowę ubezpieczenia na cudzy rachunek a ubezpieczony może nie być imiennie wskazany w umowie, chyba że jest to konieczne do określenia przedmiotu ubezpieczenia. Z takiej możliwości mogą często korzystać spółki należące do tej samej grupy kapitałowej, gdzie spółka dominująca zawiera umowę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na rachunek własny oraz innych powiązanych z nią kapitałowo podmiotów, które mogą nawet nie być wymienione w umowie ubezpieczenia czy polisie.
Zdaniem Izby w zaistniałym stanie faktycznym, biorąc pod uwagę istniejące pomiędzy podmiotami (Apator Rector Sp.z o.o. oraz Newind Grupa Apator Sp. z o.o.) powiązania, nie można wykluczyć że mamy do czynienia z sytuacją wyżej opisaną.
W kontekście powyższego, oraz mając na uwadze to, że przedstawiona polisa ma potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, obawy zamawiającego, co do braku możliwości skorzystania w praktyce z polisy są bezprzedmiotowe.

Mając na uwadze, że wykazane naruszenie przepisów ustawy pzp, mogło mieć wpływ na wynik postępowania, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy pzp uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału z uwzględnieniem wniosku złożonego przez odwołującego.

Sygn. akt KIO 2260/11
Izba ustaliła, co następuje:
W celu potwierdzenia, że wykonawca posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie zamawiający wymagał wykazania, że wykonawca należycie zrealizował lub realizuje:

1. co najmniej dwie usługi polegające na zaprojektowaniu i budowie systemu teleinformatycznego, służącego do ewidencjonowania i wymiany jednostkowych danych osobowych i z zakresu Ochrony Zdrowia, o łącznej wartości wyższej niż 3 000 000 złotych brutto, w tym co najmniej jednej o wartości wyższej niż 1 500 000 złotych brutto. System został wdrożony i jest aktualnie eksploatowany przez sieć użytkowników, obejmującą co najmniej 10 lokalizacji, które to zostały wyodrębnione pod względem organizacyjno-prawnym,
2. co najmniej jedną usługę polegającą na zaprojektowaniu i budowie systemu teleinformatycznego wykorzystującego autoryzację opartą o narzędzie bezpiecznego potwierdzania tożsamości użytkownika przy pomocy certyfikatu, o którym mowa w ustawie z dnia 18 września 2001r. o podpisie

elektronicznym (Dz. U. 2001 r. nr 130 poz. 1450 ze zm.);

3. co najmniej jedną usługę polegającą na zaprojektowaniu i budowie systemu teleinformatycznego wymieniającego dane z co najmniej jednym systemem zewnętrznym z wykorzystaniem usług sieciowych;
4. co najmniej jedną usługę obejmującej realizację systemu teleinformatycznego dla jednostki sektora finansów publicznych, obejmującego automatyczną wymianę danych z rejestrem publicznym z wykorzystaniem usług sieciowych, o wartości wyższej niż 1 000 000 złotych brutto.

Wykonawca General Systems & Software Poland Ltd. Sp. z o.o., Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. oraz Devoteam S.A., zastrzegli jako tajemnicę przedsiębiorstwa wszystkie dokumenty składane na wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, łącznie z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie tych usług a także zobowiązania podmiotów trzecich oraz dokumenty dotyczące tych podmiotów.
Konsorcjum firm KAMSOFT S.A., Innovation Technology Group S.A., Unizeto Technologies S.A., zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa wszystkie dokumenty składane na wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, łącznie z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie tych usług, pozostawiając jawnymi zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia potencjału oraz dokumenty dotyczące tych podmiotów.
Odnośnie zarzutu drugiego Izba ustaliła, że wykonawcy General Systems & Software Poland Ltd sp. z o. o., Hewlett – Packard Polska Sp. z o.o., CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., Devoteam S.A., Konsorcjum Kamsoft S.A., Innovation Technology Group S.A., Unizeto Technologies S.A. złożyli we wnioskach o dopuszczenie do udziału dokumenty dotyczące podmiotów trzecich w kopiach potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez wykonawców.
Izba zważyła, co następuje:
Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.
Odwołujący, jako podmiot ubiegający się o udzielnie zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem, legitymuje się niewątpliwie interesem uprawniającym go do wniesienia odwołania.

Na wstępie Izba wskazuje, że zasada jawności jest podstawową zasadą systemu zamówień publicznych i doznaje ona ograniczeń jedynie w sytuacji wskazanej w art. 8 ust. 3 ustawy pzp, gdy wykonawca zastrzegł w ofercie (wniosku o dopuszczenie do udziału) informacje stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa.
Zgodnie z dyspozycją art. 11 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa należy rozumieć nieujawnione do publicznej wiadomości 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 w oparciu o ugruntowane orzecznictwo (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00), że aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki:

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

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.

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 zawarte w wykazie, jakiego żądał zamawiający obejmujące dane dotyczące: przedmiotu zamówienia, wartości usługi, terminu realizacji czy numeru strony, na której zamieszczono referencje (załącznik nr 2 do instrukcji) nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie można zgodzić się także ze stanowiskiem przystępującego CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. że wykaz sam w sobie, poprzez nagromadzenie, w jednym zestawieniu informacji o kontrahentach, może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. O tajemnicy przedsiębiorstwa decyduje bowiem charakter informacji, jakie zostały zastrzeżone a nie ich ujęcie w jednym dokumencie. Tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy pzp nie są też co do zasady dokumenty potwierdzające należyte

wykonanie czy wykonywanie usług, które ze swej istoty stanowią jedynie potwierdzenie, że usługa została wykonana w sposób należyty. Podobnie, zdaniem Izby tajemnicą przedsiębiorstwa nie mogą być objęte dokumenty podmiotów trzecich, które udostępniły zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Izba stwierdza, że informacje ujęte w wykazach usług wykonawców: General Systems & Software Poland Ltd. Sp. z o.o., Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. oraz Devoteam S.A, Konsorcjum firm KAMSOFT S.A., Innovation Technology Group S.A., Unizeto Technologies S.A., które dotyczą w szczególności realizacji usług polegających na zaprojektowaniu i budowie systemu teleinformatycznego z zakresu ochrony zdrowia czy na rzecz jednostek sektora finansów publicznych, co do zasady są informacjami jawnymi, gdyż większość z nich została udzielona po przeprowadzeniu jawnych postępowań o zamówienie publiczne, a odbiorcami są jednostki zobowiązane do stosowania ustawy prawo zamówień publicznych. Zatem jawność informacji dotycząca nazw odbiorców, dat wykonania czy wartości nie może być w tym przypadku ograniczona. Izba powołuje w tym miejscu tezę wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001 r. (sygn. akt I CKN 1159/2000), gdzie wskazano, że: „zakresem tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą być objęte informacje powszechnie znane lub takie, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć". Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną, a więc np. gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub gdy z samego produktu każdy fachowiec poznać może kto daną usługę wykonał (podobnie Wyrok SN z dnia 3 października 2000 r. I CKN 304/00 OSNC 2001/4/59).

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 przystępujących Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem przystępujących, że odwołujący, który nie ma możliwości zapoznania się z treścią zastrzeżonych przez wykonawców dokumentów, winien przedstawić dowody na bezskuteczność zastrzeżeń ujętych we wnioskach o dopuszczenie do udziału. Złożone przez wykonawców, w wyniku

wezwania zamawiającego, wyjaśnienia, nie potwierdzają, w ocenie Izby, konieczności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa zastrzeżeń poczynionych we wnioskach o dopuszczenie do udziału.

Izba wskazuje, że zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05), zamawiający winien zbadać „skuteczność dokonanego przez oferenta (…) 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." 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.

Wobec powyższego, mając na względzie fundamentalną zasadę jawności postępowania o zamówienie publiczne, Izba nakazała zamawiającemu odtajnienie zastrzeżonych we wnioskach General Systems & Software (Poland) Ltd. Sp. z o.o., Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., Devoteam S.A., Konsorcjum firm KAMSOFT S.A., Innovation Technology Group S.A., Unizeto Technologies S.A. w zakresie: wykazów dostaw i usług, dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług oraz zobowiązań podmiotów trzecich udostępniających swój potencjał.

Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący niewłaściwego poświadczenia za zgodność z oryginałem dokumentów dotyczących podmiotów trzecich, udostępniających swój potencjał we wnioskach General Systems & Software (Poland) Ltd. Sp. z o.o., Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o., Devoteam S.A., Konsorcjum firm KAMSOFT S.A., Innovation Technology Group S.A., Unizeto Technologies S.A. Przepis § 6 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226, poz. 1817), stanowi, że w przypadku gdy wykonawca, wykazując spełnienie warunku udziału w postępowaniu

polega na zasobach innych podmiotów, „kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę lub te podmioty”. Zdaniem Izby z cytowanego przepisu wynika, że dokumenty dotyczące wykonawcy są poświadczane za zgodność z oryginałem przez samego wykonawcę, natomiast dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego poświadczane są za zgodność z oryginałem przez podmiot trzeci. Interpretacja ta jest zgodna z ogólną zasadą poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów przez wystawcę danego dokumentu. Jednocześnie nie wyklucza to możliwości poświadczenia za zgodność z oryginałem dokumentów podmiotu trzeciego przez działających w ich imieniu pełnomocników.

Wobec tego, że we wskazanych przez odwołującego wnioskach o dopuszczenie do udziału złożono dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego poświadczone za zgodność z oryginałem przez wykonawcę a nie przez podmiot trzeci, Izba nakazała zamawiającemu dokonać wezwania do uzupełniania dokumentów lub oświadczeń w oparciu o art. 26 ust 3 ustawy pzp przez złożenie tych dokumentów dotyczących podmiotów trzecich poświadczonych za zgodność z oryginałem przez te podmioty lub ich pełnomocników.

Z uwagi na wycofanie przez odwołującego pozostałych zarzutów, podniesionych w odwołaniu, Izba pozostawiła je bez rozpoznania.

Izba stwierdziła, że wykazane naruszenie przepisów ustawy pzp mogło mieć wpływ na wynik postępowania i nakazała uwzględnienie odwołania i dokonanie ponownego badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału.

Sygn. akt KIO 2283/11

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.
Odwołujący, jako podmiot ubiegający się o udzielnie zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem, legitymuje się niewątpliwie interesem uprawniającym go do wniesienia odwołania.
Odnośnie zarzutu dotyczącego nieuprawnionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba odsyła do rozważań poczynionych wyżej, w uzasadnieniu wyroku o sygn. KIO 2260/1, gdzie Izba uznała ten zarzut za zasadny.

Odnośnie zarzutu dotyczącego nieuzasadnionego „zawyżenia punktacji", Izba ustaliła, co następuje:
W ogłoszeniu o zamówieniu oraz instrukcji dla wykonawców, zamawiający ustalił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykonali w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie tzw. warunki minimalne:

1. co najmniej dwie usługi polegające na zaprojektowaniu i budowie systemu teleinformatycznego, służącego do ewidencjonowania i wymiany jednostkowych danych osobowych i z zakresu Ochrony Zdrowia, o łącznej wartości wyższej niż 3 000 000 złotych brutto, w tym co najmniej jednej o wartości wyższej niż 1 500 000 złotych brutto. System został wdrożony i jest aktualnie eksploatowany przez sieć użytkowników, obejmującą co najmniej 10 lokalizacji, które to zostały wyodrębnione pod względem organizacyjno-prawnym,

1. co najmniej jedną usługę polegającą na zaprojektowaniu i budowie systemu teleinformatycznego wykorzystującego autoryzację opartą o narzędzie bezpiecznego potwierdzania tożsamości użytkownika przy pomocy certyfikatu, o którym mowa w ustawie z dnia 18 września 2001r. o podpisie elektronicznym (Dz. U. 2001 r. nr 130 poz. 1450 ze zm.);
2. co najmniej jedną usługę polegającą na zaprojektowaniu i budowie systemu teleinformatycznego wymieniającego dane z co najmniej jednym systemem zewnętrznym z wykorzystaniem usług sieciowych;
3. co najmniej jedną usługę obejmującej realizację systemu teleinformatycznego dla jednostki sektora finansów publicznych, obejmującego automatyczną wymianę danych z rejestrem publicznym z wykorzystaniem usług sieciowych, o wartości wyższej niż 1 000 000 złotych brutto.

Zamawiający postanowił zaprosić do składania ofert 5 wykonawców, przy czym, jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż 5, zamawiający zamierzał zaprosić do składania ofert 5 wykonawców, którzy otrzymali najwyższą ocenę spełniania warunków.
Zamawiający ustalił, że wykonawcy mogą polegać na wiedzy i doświadczeniu potencjale

technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. W takiej sytuacji wykonawca w szczególności składa zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Przepis art. 26 ust. 2 b ustawy pzp, dopuszczając możliwość powołania się na zasoby podmiotu trzeciego, stanowi wyjątek od reguły wykazania przez samego wykonawcę potencjału i zdolności w zakresie wiedzy, doświadczenia, dysponowania potencjałem technicznym i kadrowym, niezbędnego do realizacji zamówienia. Zgodnie z literalnym brzmieniem tego przepisu podmiot trzeci udostępnia zasoby „niezbędne" do realizacji zamówienia, czyli takie bez których realizacja zamówienia nie jest możliwa. Zatem należy przyjąć, że udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego jest możliwe wyłącznie do spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, a nie do uzyskania dodatkowej punktacji,

zajęcia wyżej pozycji w rankingu wykonawców, celem otrzymania zaproszenia do składania ofert czyli do tzw. „zawyżania punktacji".
Odmienna interpretacja i dopuszczenie możliwości „użyczania" sobie wzajemnie zasobów przez wykonawców jedynie dla „zawyżenia punktacji" i wyeliminowania konkurencji, mogłaby prowadzić do zaburzenia celu, w jakim implementowano do krajowego ustawodawstwa przepis art. 26 ust. 2 b, a jest nim zwiększenie konkurencyjności podmiotów, biorących udział w postępowaniu przez umożliwienie większej liczbie wykonawców wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Izba popiera w całej rozciągłości stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 5 listopada 2010 roku Sygn. akt KIO 2287/10 i Sygn. akt KIO 2307/10, który został potwierdzony wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 lutego 2011 roku, Sygn. akt V CA 3036/10.

Wobec stwierdzenia, że wykazane naruszenie przepisów ustawy pzp miało wpływ na wynik postępowania art. 192 ust. 2 ustawy pzp, Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału.
W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.
Na podstawie art. 192 ust. 8 ustawy pzp w związku z § 13 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie

---

regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), Izba wydała orzeczenie łączne.

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: ……

……

……