

Sygn. akt: KIO 1511/16
KIO 1512/16

WYROK
z dnia 6 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio
Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 sierpnia 2016 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dnia 12 sierpnia 2016 r. przez:

- A. Asseco Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie (KIO 1511/16)
- B. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Signity Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, CROSS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, X-code Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (KIO 1512/16)

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez PGE Dystrybucja Spółka Akcyjna z siedzibą w Lublinie i PGE Obrót Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, w imieniu których działa PGE Polska Grupa Energetyczna Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie,

przy udziale:

- A. Atos Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1511/16 oraz KIO 1512/16 po stronie zamawiającego,
- B. Ericsson Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1511/16 oraz KIO 1512/16 po stronie zamawiającego,
- C. IBM Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1511/16 oraz KIO 1512/16 po stronie zamawiającego,
- D. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, Indra Sistemas S.A. z siedzibą w Madrycie (Hiszpania), Indra Sistemas Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1511/16 oraz KIO 1512/16 po stronie zamawiającego,

1

-
- E. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Proximus Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach, Fujitsu Technology Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1511/16 oraz KIO 1512/16 po stronie zamawiającego,
 - F. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: S&T Services Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, NESS Czech s.r.o. z siedzibą w Pradze (Republika Czeska) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1511/16 oraz KIO 1512/16 po stronie zamawiającego,
 - G. Asseco Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1512/16 po stronie odwołującego;

orzeka:

1. oddala odwołanie KIO 1511/16,
2. uwzględnia odwołanie KIO 1512/16 w zakresie dotyczącym wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Signity Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, CROSS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, X-code Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie z postępowania o udzielenie zamówienia na dostawę i wdrożenie systemów obsługi i rozliczeń klientów dla PGE Obrót S.A. oraz PGE Dystrybucja S.A. bez należytego wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie

warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. III.2.3) pkt 1 ppkt 1 lit b ogłoszenia o zamówieniu oraz nakazuje Zamawiającemu przywrócić ww. wykonawców do postępowania oraz wezwanie ich do uzupełnienia dokumentów potwierdzających powyższe,

3. oddala odwołanie KIO 1512/16 w pozostałym zakresie,
4. kosztami postępowania obciąża Asseco Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie oraz PGE Dystrybucja Spółka Akcyjna z siedzibą w Lublinie i PGE Obrót Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Asseco Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Signity Spółka Akcyjna z siedzibą w

2

Warszawie, CROSS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, X-code Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, tytułem wpisów od odwołań,

- 4.2. zasądza od PGE Dystrybucja Spółka Akcyjna z siedzibą w Lublinie i PGE Obrót Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Signity Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, CROSS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, X-code Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 4.3. zasądza od Asseco Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie na rzecz PGE Dystrybucja Spółka Akcyjna z siedzibą w Lublinie i PGE Obrót Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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:

3

Sygn. akt: KIO 1511/16, KIO 1512/16

UZASADNIENIE

Zamawiający, PGE Dystrybucja Spółka Akcyjna z siedzibą w Lublinie i PGE Obrót Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, w imieniu których działa PGE Polska Grupa Energetyczna Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, prowadzą w trybie przetargu ograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę i wdrożenie systemów obsługi i rozliczeń klientów dla PGE Obrót S.A. oraz PGE Dystrybucja S.A.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 20 stycznia 2016 r. w Dz. Urz. UE Nr 2016/S 013-019458.

W dniu 2 sierpnia 2016 r. Zamawiający zawiadomił Wykonawców biorących udział w postępowaniu o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

KIO 1511/16

W dniu 12 sierpnia 2016 r. Assec Poland Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie wniosła odwołanie względem:

1. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez:

- a) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Comarch Polska S.A., Indra Sistemas S.A. i Indra Sistemas Polska SA (dalej „Konsorcjum Comarch”),
- b) Atos Polska S.A. (dalej „Atos”),
- c) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia S&T Services Polska Sp. z o.o. i NESS Czech s.r.o (dalej „Konsorcjum S&T”),
- d) Accenture Sp. z o.o. (dalej „Accenture”),

4

e) Ericsson Sp. z o.o. (dalej „Ericsson”),
f) IBM Polska Sp. z o.o. (dalej „IBM”),
g) OPTeam S.A. (dalej „OPTeam”),
h) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Proximus SA i Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. (dalej „Konsorcjum Proximus”),
i) PwC Polska Sp. z o.o. (dalej „PwC”),
j) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Sygnity SA, Cross Sp. z o.o. i X-code Sp. z o.o. (dalej „Konsorcjum Sygnity”),
jako niejawnych części wniosków wskazanych w uzasadnieniu odwołania oraz wyjaśnień i uzupełnień wniosków w/w wykonawców, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

2. zaniechania wykluczenia:

- a. Konsorcjum Comarch,
 - b. Atos,
 - c. Konsorcjum S&T,
 - d. Accenture,
 - e. Ericsson,
 - f. IBM,
 - g. OPTeam,
 - h. Konsorcjum Proximus,
- z postępowania, pomimo iż w/w wykonawcy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu,

3. bezprawnego dokonanie powtórnego wezwania Konsorcjum Comarch i Atos do uzupełnienia dokumentów, pomimo iż już uprzednio Zamawiający wzywał tych wykonawców do dokonania uzupełnienia wniosku,

4. zaniechania wezwania Ericsson, IBM, OPTeam, Konsorcjum S&T i Konsorcjum Proximus do uzupełnienia wniosku.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie

5

Ustawy, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu wskazanych w uzasadnieniu odwołania zastrzeżonych przez | Konsorcjum Comarch, Atos, Konsorcjum S&T, Accenture, Ericsson, IBM, OPTeam, Konsorcjum Proximus, PwC i Konsorcjum Sygnity części wniosków oraz wyjaśnień i uzupełnień wniosków w/w wykonawców, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

2. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy PZP, poprzez zaniechanie wykluczenia:

- a. Konsorcjum Comarch,

- b. Atos,
- c. Konsorcjum S&T,
- d. Accenture,
- e. Ericsson,
- f. IBM,
- g. OPTeam,
- h. Konsorcjum Proximus,

z postępowania, pomimo że w/w wykonawcy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu,

3. naruszenie art. 26 ust. 3 Ustawy PZP, poprzez powtórne wezwanie Konsorcjum Comarch i Atos do uzupełnienia tych samych dokumentów,

4. naruszenie art. 26 ust. 3 Ustawy PZP, poprzez zaniechanie wezwania Ericsson, IBM, OPTeam, Konsorcjum S&T i Konsorcjum Proximus do uzupełnienia wniosku.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1. Unieważnienia czynności oceny wniosków,
- 2. Odtajnienia dokumentów wskazanych w odwołaniu,
- 3. Unieważnienie czynności ponownego wezwania Konsorcjum Comarch, Atos do uzupełnienia dokumentów wskazanych w odwołaniu,
- 4. Wezwania Ericsson do uzupełnienia wniosku,

6

-
- 5. Wezwania IBM do uzupełnienia wniosku,
 - 6. Wezwania OPTeam do uzupełnienia wniosku,
 - 7. Wezwania Konsorcjum S&T do uzupełnienia wniosku,
 - 8. Wezwania Konsorcjum Proximus do uzupełnienia wniosku,
 - 9. Wykluczenia Konsorcjum Comarch z postępowania,
 - 10. Wykluczenia Atos z postępowania,
 - 11. Wykluczenia Konsorcjum S&T z postępowania,
 - 12. Wykluczenie Accenture z postępowania,
 - 13. Wykluczenie Ericsson z postępowania,
 - 14. Wykluczenia IBM z postępowania,
 - 15. Wykluczenia OPTeam z postępowania,
 - 16. Wykluczenia Konsorcjum Proximus z postępowania.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, m.in.:

„[...]”

I. Zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu części Wniosków oraz uzupełnień i wyjaśnień. Brak wykazania spełnienia się przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa w uzasadnieniach znajdujących się we wnioskach.

Odwołujący wskazuje, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa jakichkolwiek informacji jest możliwe jedynie w przypadku wykazania przez wykonawcę, który dokonuje takiego zastrzeżenia, łącznego ziszczenia się przesłanek określonych w przepisie art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. wykazania, że dana informacja:

- 1. ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa lub jest inną informacją, przy czym musi posiadać wartość gospodarczą.
- 2. nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- 3. podjęto, w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

7

Odnosnie warunku pierwszego przyjmuje się, że informacje techniczne, technologiczne czy organizacyjne muszą mieć wartość gospodarczą dla danego wykonawcy.

Odnosnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nieujawniona do wiadomości publicznej” to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy dany przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną. W szczególności wyłączona jest możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, którą można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa. Odnosnie zaś warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) - należy zaznaczyć, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich. W ocenie Odwołującego dokonane przez w/w wykonawców, tj.: Konsorcjum Comarch, Atos, Konsorcjum S&T, Accenture, Ericsson, IBM, OPTeam, Konsorcjum Proximus, PWC i Konsorcjum Sygnity zastrzeżenie jawności części wniosków oraz następnie części dokumentacji postępowania było i jest bezpodstawne. Zawarte w tych dokumentach informacje nie realizują bowiem łącznie w/w przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 roku (sygn. akt: III CZP 74/05) Zamawiający powinien odtajnić zastrzeżone informacje, czego jednak nie uczynił. Zamawiający naruszył więc przepisy Ustawy, w szczególności zasadę jawności postępowania, jak i wyrażone w art. 7 ust. 1 Ustawy zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji. Odwołujący wskazuje, że w uzasadnieniu objęcia tajemnicą części wniosków żaden ze wskazanych Wykonawców w ogóle nie odniósł się do wartości gospodarczej informacji zastrzeganych informacji ani też nie wykazał tej wartości gospodarczej - pomijając w ogóle ten niezbędny element uzasadnienia. Zgodnie z poglądami judykatury, aby dana informacja mogła zostać objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, musi zostać spełniona przesłanka materialna, tzn. informacja taka ze swojej istoty

8

musi dotyczyć kwestii, których ujawnianie obiektywnie mogłoby negatywnie wpłynąć na sytuację przedsiębiorcy - tak orzekł Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 10 stycznia 2014 r., I OSK 2112/13: „Aby dana informacja podlegała ochronie na podstawie przepisu art. 11 ust. 4 u.z.n.k., musi zostać spełniona zarówno przesłanka formalna, jak też materialna. Przesłanka formalna jest spełniona wówczas, gdy zostanie wykazane, iż przedsiębiorca podjął działania w celu zachowania poufności tych informacji. Nie wystarczy samo przekonanie podmiotu dysponującego informacją o działalności przedsiębiorcy, że posiadane przez niego dane mają charakter poufny. Poufność danych musi być wyraźnie lub w sposób dorozumiany zmanifestowana przez samego przedsiębiorcę. To na nim spoczywa bowiem, w razie sporu, ciężar wykazania, że określone dane stanowiły tajemnicę przedsiębiorcy. Ponadto jak wspomniano wyżej musi zostać spełniona przesłanka materialna, tzn. aby określone informacje mogły zostać objęte tajemnicą przedsiębiorcy musza, ze swojej istoty dotyczyć kwestii, których ujawnianie obiektywnie mogłoby negatywnie wpłynąć na sytuację przedsiębiorcy (informacje takie musza mieć choćby minimalną wartość) z wyłączeniem informacji, których upublicznienie wynika np. z przepisów prawa.”

Pogląd ten reprezentuje także Krajowa Izba Odwoławcza, przykładowo w wyroku z dnia 12 stycznia 2015 roku, KIO 2784/14: „Wykonawca zastrzegający określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa musi wykazać m.in. że dane informacje posiadają określona wartość gospodarcza.

Wartość ta może wyrażać się w sposób pozytywny - poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadająca określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości.” Za informacje posiadające wartość gospodarczą dla danego wykonawcy można uznać tylko takie

informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby danego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem. Zdaniem Odwołującego w/w wykonawcy nie wykazali we wnioskach tej niezbędnej przesłanki, już samo to jest podstawą bezzasadności uznania przez Zamawiającego

9

skuteczności zastrzeżenia części wniosków, a następnie - także wyjaśnień i uzupełnień.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 8 ust. 3 Ustawy PZP w celu skutecznego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa części wniosków w/w wykonawcy zobowiązani byli już we wnioskach wskazać uzasadnienie takiego utajnienia części wniosków. Z kolei uzasadnienie takie powinno wykazywać spełnienie 3 w/w przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, przy czym wykazanie spełnienia się tych przesłanek powinno mieć miejsce osobno dla każdej z części wniosku objętej tajemnicą, gdyż tylko wtedy można mówić o realnym i rzeczywistym uzasadnieniu, które wykazuje przesłanki faktycznie występujące dla danych informacji, zawartych w danej części wniosku.

Zamawiający udostępnił Odwołującemu uzasadnienie zawarte we wnioskach wszystkich wykonawców. Odwołujący po zapoznaniu się z tymi uzasadnieniami stwierdza, że nie wykazują one spełnienia się przesłanek definicji legalnej dla poszczególnych części wniosków, objętych tajemnicą - na co wskazujemy poniżej:

1) Konsorcjum Comarch - odtajnione przez Zamawiającego Wykaz osób. Konsorcjum Comarch wskazuje jedynie, że informacje mają wartość gospodarczą. Jednakże nie wykazuje, na czym ta wartość polega, ani w jaki sposób ich ujawnienie może wpłynąć na sytuację Konsorcjum Comarch - ni wykazano zatem, wartości gospodarczej, a ograniczono się do gołosłownych twierdzeń. Tak więc nie wykazano spełnienia się pierwszej przesłanki definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto nie można uznać za zasadne stwierdzenie, że informacje zawarte w Wykazie osób stanowią informację organizacyjną przedsiębiorstwa Konsorcjum Comarch, gdyż są to zasoby użyczone - a zatem nie dotyczą one przedsiębiorstwa Konsorcjum Comarch. W pozostałym zakresie uzasadnienie jest jedynie cytowaniem orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, a zatem nie jest uzasadnieniem zaistniałego we wniosku stanu faktycznego. Powoływanie się z kolei na fakt, że w treści zobowiązania podmiot użyczający zobowiązał Konsorcjum Comarch do zachowania poufności jest nadużyciem. Zdaniem Odwołującego zasoby te zostały użyczone przez spółki z grup kapitałowych, do których należą członkowie Konsorcjum Comarch. Współpraca pomiędzy spółkami z grupy nie zasługuje na chronienie jej jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż w tym właśnie celu grupy kapitałowe są tworzone.

10

Wykaz wykonanych zamówień. Uzasadnienie dotyczy tylko usług wykonanych przez Indra Sistemas dla podmiotów komercyjnych i publicznych. Jeśli w Wykazie wykonanych zamówień znajdują się zamówienia wykonane przez inny podmiot, Odwołujący wskazuje, że uzasadnienie nie dotyczy takich zamówień, a zatem powinny być one odtajnione.

Odnosnie zaś samych usług wykonanych przez Indra Sistemas Odwołujący przeczy, że informacje te nie zostały podane do wiadomości publicznej - zdaniem Odwołującego informacje te zostały już uprzednio upublicznione, gdyż każdy podmiot gospodarczy upublicznia w celach marketingowych informacje o zawartych i zrealizowanych kontraktach. Odwołujący nie może wykazać, że informacje o zamówieniach są dostępne publicznie, gdyż nie wie, jakie to są zamówienia - jednakże Zamawiający był zobowiązany sprawdzić, czy w domenie publicznej, w szczególności na stronach internetowych Indra Sistemas nie są dostępne informacje o przedmiotowych zamówieniach. Wobec podniesienia zarzutu - obecnie to Krajowa Izba Odwoławcza, celem zbadania zasadności zarzutu, znając treść przedmiotowego

wykazu we wniosku Konsorcjum Comarch zbadać powinna dostępność przedmiotowych informacji w domenie publicznej. Wskazać też należy, że wartość gospodarcza nie polega bynajmniej - wbrew temu, co wskazano w uzasadnieniu - na budowaniu przewagi konkurencyjnej przez nieudostępnianie informacji o wykonanych zamówieniach. Konsorcjum Comarch nie wykazało, w jaki sposób ujawnienie informacji zawartych w Wykazie usług może wpłynąć negatywnie na sytuację Konsorcjum Comarch. Jest informacją powszechną na rynku, dla jakich podmiotów gospodarczych Indra Sistemas wdraża systemy w branży Utilities. Zatem informacja ta ani nie jest tajna, ani też nie ma sama w sobie wartości gospodarczej. Z kolei odnośnie zamówień wykonanych na rzecz podmiotów publicznych należy wskazać, że w uzasadnieniu powołano się wyłącznie na przepisy polskiego prawa, podczas gdy żadne z tych zamówień nie podlega reżimowi polskiego prawa. Tym samym należy uznać, że uzasadnienie nie dotyczy stanu faktycznego zawartego we wniosku. Konsorcjum Comarch powinno wykazać, że umowy zawarte przez Indra Sistemas z podmiotami zagranicznymi nie są jawne - jako informacje publiczne. Odnośnie żadnych z wykonanych zamówień nie przedstawiono dowodów, że umowy te są poufne - tzn. że zamawiający zobowiązali Indra Sistemas do zachowania poufności, w szczególności nie wykazano tego dla zamówień wykonanych na rzecz

11

podmiotów publicznych. Wskazuje na to treść uzasadnienia (str. 11 uzasadnienia, str. 342 wniosku) - gdzie Konsorcjum Comarch wskazało miejsce, w którym chciało powołać dowody, jednakże dowody te nie zostały powołane. Brak ten nie może zostać uzupełniony, gdyż skuteczne zastrzeżenie jawności musi mieć miejsce najpóźniej wraz ze złożeniem wniosku i nie jest możliwe wzywanie o wyjaśnienia czy uzupełnienia w tym zakresie.

Certyfikat ubezpieczeniowy. Uzasadnienie w tym zakresie jest wadliwe - nie wykazuje spełniania wszystkich przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa. Konsorcjum Comarch wskazało jedynie, że informacji zawartych w certyfikacie „nie można podjąć zwykłą drogą”. Nie wykazało jednak, aby podjęto kroki w zakresie zachowania w tajemnicy informacji zawartych w tym dokumencie ani też, że nie był on uprzednio ujawniany, np. w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Co więcej - nie wykazano też spełniania pierwszej przesłanki, uzasadnienie nie zawiera żadnego odniesienia do tego, jaka to jest informacja oraz nie wykazano jej wartości gospodarczej.

Wskazać też należy, że Konsorcjum Comarch zostało wezwane w dniu 15 kwietnia 2016 roku do przedłożenia opłaconej polisy. Jeśli w odpowiedzi na to wezwanie Konsorcjum Comarch złożyło polisę, a jednocześnie nie uzasadniło objęcia polisy tajemnicą przedsiębiorstwa, to dokument polisy powinien być udostępniony Odwołującemu. Nie można bowiem przyjąć, że uzasadnienie dotyczące Certyfikatu ubezpieczeniowego dotyczy także informacji zawartych w polisie.

Zobowiązania do oddania zasobów do dyspozycji wraz z dokumentami.

Jak już wskazywano powyżej - samo powoływanie się na fakt, że w treści zobowiązania podmiot udzielający zobowiązał Konsorcjum Comarch do zachowania poufności, jest nadużyciem. Zdaniem Odwołującego wskazane zasoby zostały udzielone przez spółki z grup kapitałowych, do których należą członkowie Konsorcjum Comarch. Współpraca pomiędzy spółkami z grupy nie zasługuje na chronienie jej jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż w tym właśnie celu grupy kapitałowe są tworzone. Ponadto uzasadnienie nie zawiera wykazania pozostałych przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa. Zaś samo zastrzeżenie jawności dokumentu przez jego wystawcę nie stanowi o skuteczności objęcia go tajemnicą przedsiębiorstwa - ani ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ani ustawa prawo zamówień publicznych nie wskazuje na taką przesłankę uznania danej

12

informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zatem należy uznać, że Konsorcjum Comarch nie sprostą ciężarowi dowodu. Informacja z banku. Informacja została wystawiona na rzecz podmiotu udzielającego

zasoby. Zdaniem Odwołującego - na rzecz Comarch SA, spółki giełdowej. Comarch SA jest spółką giełdową, a zatem podlega ostremu reżimowi upubliczniania swoich danych finansowych. Zatem nie można uznać, że informacje zawarte w przedmiotowym dokumencie nie są znane i dostępne publicznie. Comarch SA systematycznie informuje o swojej sytuacji finansowej, posiadanych środkach finansowych, zaciągniętych kredytach, zdolności kredytowej, itp. Zatem informacje zawarte w przedmiotowej informacji są powszechnie dostępne, a Comarch SA nie tylko nie podjął żadnych kroków w celu zachowania ich w poufności, ale wręcz przeciwnie - jest zobowiązany do upubliczniania takich danych.

Odnosnie ogólnych twierdzeń w zakończeniu uzasadnienia o klauzulach w umowach z pracownikami i w umowach handlowych oraz wdrożonych systemach bezpieczeństwa - należy wskazać, że nie zostały one w żaden sposób udowodnione. Konsorcjum Comarch było zobowiązane wykazać we wniosku spełnienie się wszystkich przesłanek, w tym także wykazać podjęcie kroków mających na celu zachowanie w poufności przedmiotowych informacji.

2) Atos - odtajnione przez Zamawiającego Wykaz osób. Wykaz osób obejmuje osoby użyte przez podmioty trzecie, zatem zespół ten nie stanowi elementu struktury organizacyjnej Atos. Stąd też nie jest spełniona już pierwsza przesłanka definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa - nie wykazano jakiegoś rodzaju informacji zasługującej na ochronę, nie wykazano też wartości gospodarczej tej informacji. Nie ma zatem znaczenia, czy dane osoby zostaną „wrogo przejęte”, gdyż to nie od Atos będą one przejmowane i to nie Atos powinien zabezpieczyć się przed takim przejęciem. Atos nie wykazał też, że podjął jakiegokolwiek kroki zmierzające do zachowania w poufności tych informacji - uzasadnienie nie zawiera żadnych argumentów i dowodów w tym zakresie.

Wykaz usług. Uzasadnienie zostało tak sformułowane, że wynika z niego, że dotyczy zamówień wykonanych przez Atos - „stanowią istotną część wartości Atos”.

Tymczasem z treści wniosku można wnioskować, że większość (jeśli nie wszystkie) zamówienia zostały wykonane przez podmioty używające zasoby. Tymczasem uzasadnienie w ogóle nie odnosi się do tego faktu. Zatem należy uznać, że we

13

wniosku Atos nie znajduje się uzasadnienie w zakresie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa zamówień wykonanych przez podmioty inne niż Atos. Atos nie wykazał też, że podjął jakiegokolwiek kroki zmierzające do zachowania w poufności tych informacji - uzasadnienie nie zawiera żadnych argumentów i dowodów w tym zakresie.

Co więcej - w pkt 14 wniosku Atos wskazał, na rzecz jakich podmiotów wykonano wskazane zamówienia: 2a2 Energia S.p.A., Badenova AG&Co. KG, GASAG AG, Umetriq, STEAG Power Minerals, IZSU - zakład dystrybucji wody miasta Izmir, Sibelga. Zatem nie dość, że nie podjęto żadnych kroków w celu zachowania w poufności, to jeszcze sam Atos ujawnił te informacje.

Zobowiązania do udostępnienia zasobów. W uzasadnieniu Atos wskazuje, że objął zobowiązania tajemnicą, gdyż wszystkie informacje, na podstawie których można zidentyfikować te podmioty mają wartość gospodarczą. Niemniej jednak Atos zapomniał, że w pkt 13 wniosku wskazał wszystkie podmioty, które udostępniły mu zasoby - tj. Atos IT Services Sp. z o.o., Atos Italy S.p.A., Energy4U GmbH, Atos Turkey, Atos Belgium; zaś w pkt 14 wniosku wskazał, w jaki sposób będzie się odbywało to udostępnienie. Zatem sam Atos udostępnił zarówno fakt, jakie podmioty używały mu zasoby, jak i - rodzaj i zasady współpracy.

3) Konsorcjum S&T - jawna część wniosku Wykaz wykonanych zamówień.

Konsorcjum S&T jedynie wskazało, że informacje mają wartość gospodarczą, jednakże nie wykazało - na czym ta wartość polega ani też nie wykazało, jaka to dokładnie wartość gospodarcza. Wskazanie, że jest to wartość „bardzo duża” jest gołosłowne i w ten sposób można próbować uzasadnić objęcie tajemnicą każdej informacji. Ponadto Konsorcjum S&T nie wykazało, że podjęło w stosunku do tych informacji jakiegokolwiek niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Odwołujący przeczy też, że informacje te nie zostały podane do wiadomości publicznej - zdaniem Odwołującego informacje te zostały już uprzednio

gdyż każdy podmiot w celach upublicznionych, gospodarczy upublicznia

marketingowych informacji o zawartych i zrealizowanych kontraktach. Odwołujący nie może wykazać, że informacje o zamówieniach są dostępne publicznie, gdyż nie wie, jakie to są zamówienia - jednakże Zamawiający był zobowiązany sprawdzić, czy w domenie publicznej nie są dostępne informacje o przedmiotowych zamówieniach. Wobec podniesienia zarzutu - obecnie to Krajowa Izba Odwoławcza, celem zbadania

14

zasadności zarzutu, znając treść przedmiotowego wykazu we wniosku Konsorcjum S&T zbadać powinna dostępność przedmiotowych informacji w domenie publicznej. Wykaz osób. Uzasadnienie w tym zakresie w ogóle nie odnosi się do Wykazu osób. W pkt c) stanowi powtórzenie uzasadnienia dla Wykazu zamówień, w pkt d) dotyczy faktu współpracy z podmiotami z branży IT i dotyczy raczej Wykazu usług. Konsorcjum S&T nie wykazało wartości gospodarczej, zaś powołanie się na znaczenie w aspekcie organizacyjnym jest gołosłowne. Co istotne - Konsorcjum S&T w ogóle nie odniosło się do żadnej z 2 pozostałych przesłanek. A zatem należy przyjąć, że 2 pozostałe przesłanki nie zostały przez Konsorcjum S&T wykazane.

Zobowiązania do oddania zasobów do dyspozycji wraz z dokumentami. Jako podstawę objęcia tajemnicą Konsorcjum S&T wskazało konsekwencję zastrzeżenia Wykazu osób jako tajemnicy. Wobec faktu, że zastrzeżenie Wykazu osób jest nieskuteczne - wobec braku wykazania 2 z 3 przesłanek - także zastrzeżenie zobowiązań do oddania zasobów jest nieskuteczne. Konsorcjum S&T powołuje się na „zobowiązanie kontraktem”, jednakże nie załączyło w tym zakresie żadnych dowodów do wniosku. Zatem także ten argument jest gołosłowny, co więcej - brak ten nie może zostać uzupełniony, gdyż skuteczne zastrzeżenie jawności musi mieć miejsce najpóźniej wraz ze złożeniem wniosku i nie jest możliwe wzywanie o wyjaśnienia czy uzupełnienia w tym zakresie.

4) IBM - jawna część wniosku

Po pierwsze Odwołujący wskazuje, że całe uzasadnienie obejmuje jedynie 1,5 strony, a dotyczy Wykazu osób, Wykazu usług i zobowiązań do udostępnienia zasobów. Nie jest możliwe, aby na 1,5 strony wykazać osobno spełnienie się 3 przesłanek dla każdego rodzaju zastrzeżonej informacji.

IBM ogólnie wskazał, jakie podjął kroki w celu zachowania informacji w poufności. Są to jednak twierdzenia nie poparte żadnymi dowodami, na dodatek - bardzo ogólne. Z uzasadnienia nie wynika, jakie oświadczenia są podpisywane przez pracowników, jakie techniczne zabezpieczenia wprowadzono. Same gołosłowne stwierdzenia nie mogą być uznane za skuteczne wykazanie spełnienia się przesłanek ustawowych definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wykaz usług. W uzasadnieniu wskazano, że wykaz zawiera „informacje organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje mające wartość gospodarczą”.

15

Nie wykazano jednak tej wartości gospodarczej. Nie wskazano też, czyjego przedsiębiorstwa dotyczą informacje. Skoro nie wskazano, należy wnioskować, że IBM - podczas gdy zdaniem Odwołującego dotyczą one podmiotów używających zasoby. Jednak uzasadnienie nie odnosi się do tej kwestii. Co więcej - należy wnioskować, że część tych informacji dotyczy umów zawartych w ramach zamówień publicznych, zaś IBM nie wykazał, że umowy te nie są jawne, nie są powszechnie publiczne.

Co więcej - w pkt 14 wniosku IBM sam wskazał, jakie zamówienia znajdują się w Wykazie usług - a mianowicie zamówienie wykonane przez Oracle Polska na rzecz Polskiego Górnictwa Naftowego i Gazownictwa.

Wykaz osób. Także w tym przypadku ograniczono się do wskazania, że wykaz stanowi „informacje organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje mające wartość gospodarczą”. Nie wykazano jednak tej wartości gospodarczej. Nie wskazano też, czyjego przedsiębiorstwa dotyczą informacje. Zamiast uzasadniać zaistniały stan faktyczny w oparciu o treść Wykazu osób, IBM ograniczył się do cytowania orzecznictwa.

Zobowiązania podmiotów trzecich. IBM wskazał, że informacje zawarte w zobowiązaniach są informacjami technologicznymi i organizacyjnymi przedsiębiorstwa IBM. Twierdzenie to jest całkowicie sprzeczne ze stanem faktycznym. treść podmiotów nie dotyczy Przecież zobowiązań trzecich przedsiębiorstwa IBM, ale ewentualnie (czemu Odwołujący przeczy) przedsiębiorstw podmiotów udzielających zasoby. Zatem informacje te - wbrew twierdzeniom IBM w uzasadnieniu - nie mają nic wspólnego z doświadczeniem IBM czy też z wiedzą IBM zdobyta podczas prowadzenia działalności. Nie są też prawdziwie informacje, że informacje dotyczą wiedzy i doświadczenia gromadzonego w ramach międzynarodowego koncernu IBM. Otóż IBM ujawnił we wniosku, w pkt 13, jakie podmioty udostępnią mu zasoby. Są to: Essembli Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Optingo Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Lublinie, OPTeam SA z siedzibą w Jasionce (składający zresztą wniosek w niniejszym postępowaniu), Oracle Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, IBM Polska Business Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - zatem tylko 1 podmiot udzielający zasoby należy do grupy kapitałowej IBM. Zatem także w tym przypadku uzasadnienie w ogóle nie odnosi się do stanu faktycznego. Wskazujemy też, że fakt ujawnienia w pkt 13 wniosku podmiotów

16

udzielających zasoby oraz wskazanie w pkt 14 sposobu współpracy z tymi podmiotami - czyni bezprzedmiotowym objęcie tajemnicą wniosku w zakresie zobowiązań podmiotów trzecich. IBM sam ujawnił wszelkie dane tych podmiotów oraz zasady współpracy.

5) Ericsson - jawna część wniosku

Ericsson jedynie ogólnie wskazał, że podjął działania w celu zachowania informacji w poufności. Jednakże ani nie wskazał, jakie to działania, ani też - co najważniejsze - nie wykazał żadnych dowodów, aby swoje twierdzenia udowodnić. Mamy zatem do czynienia jedynie z deklaracją, bez poparcia dowodami - a nie z wykazaniem spełnienia się obowiązkowej przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa.

Podobnie sytuacja przedstawia odnośnie wykazania przesłanki, że informacje nie zostały upublicznione. Otóż Ericsson odnosi się tylko do swoich informacji organizacyjnych w zakresie współpracy zawartych umów o współpracy. Tymczasem z dalszej treści uzasadnienia wynika, z kim Ericsson takie umowy zawarł. Co więcej - Ericsson nie wykazał, że umowy te są poufne oraz że nie zostały wcześniej upublicznione.

Wykaz osób. Ericsson wskazuje, od kogo użyczył zasoby ludzkie - są to firmy: Essembli Sp. z o.o. z, Optingo Sp. z o.o. Sp.k., Oracle Polska Sp. z o.o., ForProgress Sp. z o.o. Sp.k., Passus SA.

Wykaz zamówień. Odnośnie wykazu zamówień wskazano w uzasadnieniu jedynie, że to usługa wykonana przez Oracle Polska Sp. z o.o. Natomiast żadnej argumentacji mającej na celu wykazanie spełnienia się 3 przesłanek odnośnie wykazu zamówień - nie ma we wniosku. Co więcej - Odwołujący uważa, że przedmiotowe zamówienie to zamówienie wykonane przez Oracle Polska na rzecz Polskiego Górnictwa Naftowego i Gazownictwa. Zatem żadna informacja z nim związana nie jest tajna i wykaz zamówień powinien zostać udostępniony.

Zobowiązania do udzielenia zasobów. Uzasadnienie nie obejmuje w ogóle żadnej argumentacji dotyczącej utajnienia zobowiązań w/w podmiotów do udzielenia zasobów. Jednocześnie Odwołującemu nie udostępniono tych części wniosków. Nie można uznać, aby były one skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, skoro podmioty trzecie są już zidentyfikowane, przez samego Ericssona - który wskazał, od kogo użyczył zasoby.

17

6) Accenture - odtajnione przez Zamawiającego Wykaz zamówień. Accenture powołuje się jedynie na umowy zawarte z klientami i z podmiotami udzielającymi zasoby. Tymczasem nie dołączono do wniosku takich umów, nie wykazano, że odpowiednie klauzule rzeczywiście się w nich znajdują. Innej argumentacji w

uzasadnieniu nie ma - a zatem należy uznać, że nie wykazano pierwszej przesłanki, tj. nie wykazano jakiego rodzaju jest to informacja i jaką ma wartość gospodarczą dla Accenture. Nie wykazano też, że informacje dotyczące usług nie zostały wcześniej upublicznione.

Wykaz osób. Argumentacja w tym zakresie sprowadza się do stwierdzenia, że są to dane osobowe. Samo powołanie się na dane osobowe, bez wykazania, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa jest niewystarczające. Ustawodawca wyraźnie odwołał się w art. 8 Ustawy PZP wyłącznie do tajemnicy przedsiębiorstwa. Gdyby jego wolą było, aby także dane osobowe mogły zostać utajnione w ofertach czy wnioskach - to odpowiednie postanowienia znalazłyby się w treści Ustawy PZP. Z kolei wskazanie na zawieranie z pracownikami przez Accenture umów o zakazie konkurencji i zachowaniu poufności powinno zostać pominięte, gdyż Accenture nie przedstawił żadnych dowodów w tym zakresie. W szczególności nie wynika z treści uzasadnienia, aby takie umowy zobowiązywały pracowników do nieinformowania osób trzecich o posiadanym doświadczeniu i wiedzy. Samo zaś uzasadnienie nie zawiera nawet wskazania, jakiego rodzaju mają to rzekomo być informacje, aby mogły zostać objęte tajemnicą. Ponadto nie wykazano ich wartości gospodarczej, a jedynie wskazano (bez dowodów), że taką wartość mają.

Zobowiązania do użyczenia zasobów. Uzasadnienie w ogóle nie odnosi się do treści zobowiązań, nie wykazuje, dlaczego zostały objęte tajemnicą i w jaki sposób w stosunku do nich spełnione są przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazuje, że Accenture we wniosku w pkt 13 sam ujawnił pełne dane identyfikujące podmioty użyczające zasoby - są to: Accenture Besloten Vennootschap z siedzibą w Amsterdamie, Accenture S.p.A. z siedzibą w Milano, Accenture Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, IT Util Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu.

7) OPTeam - odtajnione przez Zamawiającego Wykaz osób. OPTeam jedynie stwierdził, że podjął działania mające na celu zachowanie tych informacji w poufności. Jednakże uzasadnienie nie obejmuje żadnych faktów i argumentów w tym

18

zakresie, ani też - żadnych dowodów. Zatem OPTeam nie wykazał spełnienia się wszystkich przesłanek. Ponadto

OPTeam nie wykazał, aby informacje te miały dla niego jakąkolwiek wartość gospodarczą.

Dane podmiotów udostępniających zasoby i Wykaz zamówień.

Uzasadnienie w tym zakresie jest łączne. OPTeam wskazuje, że w umowach znajdują się odpowiednie klauzule o poufności. Nie przedstawiono w tym zakresie żadnych dowodów, a zatem przesłanka nie została przez OPTeam wykazana. Nie wskazano także w uzasadnieniu, jakiego rodzaju to informacje oraz jaką mają wartość gospodarczą. Zamawiający nie powinien się domyślać takich kwestii (co zapewne miało miejsce), ale powinny one być wprost wykazane w uzasadnieniu.

8) Konsorcjum Proximus - odtajnione przez Zamawiającego

Całość uzasadnienia obejmuje jedynie 2 strony, z czego 1,5 strony zawiera ogólny wywód o tajemnicy przedsiębiorstwa, a dopiero ostatnie 0,5 strony w ogóle odnosi się do poszczególnych informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odnosnie żadnej z zastrzeżonych informacji Konsorcjum Proximus nie wykazało, że przedmiotowe informacje nie były uprzednio dostępne oraz nie wykazał, że podjął kroki w celu zachowania informacji w poufności. Ograniczył się do ogólnego stwierdzenia o podjęciu kroków, jednakże ani nie wskazał na czym one polegają, ani też nie przedstawił żadnych dowodów -czyli nie wykazał spełnienia się tych 2 przesłanek.

Zobowiązania do udostępnienia zasobów. Po pierwsze należy wskazać, że uzasadnienie odnosi się wyłącznie do Wykazu wykonanych zamówień i Wykazu osób. W treści uzasadnienia nie ma w ogóle argumentacji uzasadniającej objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa zobowiązań podmiotów użyczających zasoby oraz związanych z tym innymi informacjami - treścią pkt 13 i 14 wniosku, dokumentów formalnych tych podmiotów, itp. A zatem - wobec braku jakiegokolwiek uzasadnienia w tym zakresie Zamawiający był zobowiązany udostępnić Odwołującemu wszystkie informacje związane z udostępnianiem zasobów.

Wykaz wykonanych zamówień. W tym zakresie Konsorcjum Proximus wskazało jedynie na treść wykazu, bez odwołania się do przesłanek definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca wskazał na „wartość handlową i szczególne

19

znaczenie gospodarcze", jednakże ograniczył się do ogólnego zwrotu, nie wykazując tej wartości.

Wykaz osób. Także w tym zakresie uzasadnienie (łącznie 2 zdania) ogranicza się do wskazania zakresu wykazu oraz stwierdzenia, że to „zasób firmy”. Trudno uznać, aby w tych 2 zdaniach Konsorcjum Proximus wykazało spełnienie się wszystkich 3 przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa.

Część wniosków „Wykaz wykonanych zamówień” wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie

Podtrzymując argumentację wskazaną powyżej, odnośnie poszczególnych uzasadnień objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa Wykazów zamówień, Odwołujący wskazuje, że informacje zawarte w przedmiotowych wykazach nie mają wartości uzasadniającej utajnienie - nie są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne, czy też inne, które posiadałyby jednocześnie wartość gospodarczą. Treść wykazu narzucił Zamawiający w Ogłoszeniu - zawiera on jedynie dane o dacie wykonania projektu, nazwie odbiorcy, wartości usługi, nazwy usługi. W pozostałym zakresie - tj. opisie przedmiotu wykonanej usługi przedmiotowy wykaz zawiera de facto powtórzenie treści Ogłoszenia. Wobec bezprawnego utajnienia tych części wniosków Odwołujący nie ma możliwości wykazania, że treść wniosków w tym zakresie stanowi powtórzenie Ogłoszenia, lecz Krajowa Izba Odwoławcza ma możliwość dokonania takiej analizy.

Z kolei datę wykonania danej usługi trudno uznać za informację, która ma wartość techniczną czy organizacyjną. Zatem także objęcie tajemnicą daty wykonania jest bezpodstawne. Zwłaszcza wobec faktu, że data ta musi się mieścić w wąskim zakresie czasu, wyraźnie określonym w Ogłoszeniu, a wynikającym z treści prawa zamówień publicznych.

Odnośnie wartości - Odwołujący jest pewien, że Wykonawcy nie podali wartości dokładnej, ale wartości ogólne, tj. np. większa niż 10.000.000 zł brutto. Tak ogólnie podana wartość też w żaden sposób nie ma wartości gospodarczej. Pozostaje zatem kwestia nazwy odbiorcy. Odwołujący wskazuje, że co najmniej część zamówień wskazywanych w Wykazach została wykonana na rzecz podmiotów publicznych. A zatem informacje w tym zakresie są powszechnie dostępne. Przykładowo można tutaj wskazać zamówienie wykonane przez Oracle Polska na rzecz Polskiego Górnictwa Naftowego i Gazownictwa, które zostało umieszczone w kilku wykazach

20

zamówień w kilku wnioskach. Zdaniem Odwołującego wnioski zawierają więcej takich zamówień, a zatem także w tym zakresie wykazy powinny być jawne.

Zamawiający nie powinien przyjmować bezkrytycznie objęcia wykazu usług tajemnicą przedsiębiorstwa, lecz powinien sprawdzić, czy informacje takie nie zostały już upublicznione lub też, czy w uzasadnieniu wykazano, jakie działania podjęto w celu zachowania informacji w poufności. W tym miejscu wskazać należy na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, wyrażone choćby w wyroku z dnia 4 marca 2011 roku o sygnaturze akt: KIO 322/11: „Izba ocenia również, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów potwierdzających wykonanie umów na rzecz podmiotów prywatnych nie może być uznane *ner se* za tajemnice przedsiębiorstwa i podlegać ochronie. Izba uznała, że ogólność danych wynikających z dokumentów potwierdzających wykonanie umów na rzecz PKN Orlen oraz P4 Sp. z o. o. nie wskazuje na zawarcie w nich indywidualizującego wykonawcę, charakterystycznego dla niego oraz godnego ochrony know-how, których uzyskanie przez innych wykonawców narażałoby interesy przystępującego na szwank. Rezultaty postępowania przed Izbą nie prowadzą do takich wniosków. Brak jest zatem podstaw do uznania, że zastrzeżone dane mają wartość gospodarczą na tyle istotną, że zasadne jest wyłączenia ich kontroli przez konkurujących wykonawców. Twierdzenie

o wartości gospodarczej informacji zastrzeganych stanowi jedynie subiektywne oświadczenie wykonawcy pozbawione obiektywnej argumentacji." W ocenie Odwołującego charakter wymaganych w Ogłoszeniu danych, jakie należy podać w wykazie i dokumentach potwierdzających ich należyte wykonanie, ma walor na tyle ogólny, iż nie sposób przyjąć, by ich udostępnienie mogło naruszyć tajemnicę przedsiębiorstwa któregośkolwiek wykonawców w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Oczywistym jest, iż właśnie charakter informacji zawartych w Wykazie usług uniemożliwia objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa - nie posiadają bowiem charakteru handlowego czy organizacyjnego takie dane, jak data realizacji zamówienia. Pogląd taki zaprezentował także Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 3 listopada 2008 r., sygn. akt: V Ca 2037/08, w którym stwierdził, iż „informacje dotyczące wartości zamówienia, jak i daty realizacji”, wynikają pośrednio z warunku określonego przez zamawiającego. A jeśli tak, to wykonawca nie mógł skutecznie zastrzec ich poufności, a z kolei zamawiający - obowiązany do stwierdzenia tegoż - nie mógł ich nie ujawniać (art. 8 ust 3 ustawy Prawo zamówień

21

publicznych)." Stanowisko zgodne z powyższym wyrokiem Sądu Okręgowego Krajowa Izba Odwoławcza wyrażała już wielokrotnie:

- wyrok o sygn. akt KIO/UZP 371/10: „Izba ustaliła, iż załączony przez wybranego wykonawcę „wykaz usług”, zawarte w nim informacje na temat przedmiotu usługi, daty wykonania a w szczególności wartości brutto usług i nazwy odbiorców nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa gdyż łącznie nie zostały spełnione przesłanki art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby zastrzeżone informacje nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa gdyż zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a ponadto przedsiębiorca nie podjął niezbędnych działań w celu zapewnienia ich poufności. W ocenie Izby wyklucza się objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej dozwolonej drodze."

- wyrok o sygn. akt KIO 1730/11: Izba oceniła, że informacje techniczne zawarte w referencjach nie są na tyle szczegółowe, aby ujawniały dane, do których osoby postronne nie powinny mieć dostępu. W tym, kontekście samo oświadczenie (...), że dokumenty te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, Izba uznała za niewystarczające".

- wyrok o sygn. akt: KIO/447/11, KIO/449/11, KIO/452/11: „Izba wskazuje na marginesie, że powszechna praktyka zastrzegania przez wykonawców całych tomów tajemnicy niejednokrotnie dokumentów informacji jako przedsiębiorstwa, nie może być uznana za prawidłową. Zauważyć należy, że zastrzeżeniu podlegają informacje, a tym samym elementy treści dokumentów składanych przez wykonawców we wnioskach (lub ofertach). Nie jest uzasadnione w związku z powyższym zastrzeganie ujawnienia całości dokumentów wówczas, gdy tylko w części tego dokumentu znajduje się informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa. Przykładowo, w przypadku uzasadnionego zastrzeżenia wartości zamówienia, nie zawsze zasadne będzie nieujawnienie nazwy podmiotu lub terminu wykonania zamówienia lub też innych okoliczności."

- wyrok o sygn. akt KIO 331/12 i KIO 333/12: „Ponadto co do zasady, w ocenie Izby, informacje zawarte w wykazie zrealizowanych zamówień, jakich żąda Zamawiający, obejmujące dane dotyczące: przedmiotu zamówienia, wartości usługi/dostawy, terminu realizacji nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tajemnicą przedsiębiorstwa w

22

rozumieniu przepisów ustawy Pzp nie są też co do zasady dokumenty potwierdzające należyte wykonanie czy wykonywanie usług/dostaw, które ze swej istoty stanowią jedynie potwierdzenie, że zostały wykonane w sposób należyty. Dodatkowo nie można zgodzić się także ze stanowiskiem (reprezentowanym przez Przystępującego Sygnity S. A.), że wykaz sam w sobie, poprzez nagromadzenie, w jednym zestawieniu informacji, może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. O

tajemnicy przedsiębiorstwa decyduje bowiem charakter informacji, jakie zostały zastrzeżone a nie ich ujęcie w jednym dokumencie."

Część wniosków „Zobowiązanie do udostępnienia niezbędnych zasobów" wraz z dokumentami formalnymi oraz pkt 13 i 14 Wniosku

Zdaniem Odwołującego także w stosunku do informacji zawartych w zobowiązaniach nie zostały spełnione przesłanki legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa oraz art. 8 ust. 3 Ustawy. Na wadliwość takiego zastrzeżenia, bez wykazania spełnienia przesłanek definicji legalnej, wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 października 2012 roku, sygn. akt KIO 2036/12: „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".

Odwołujący uważa, że faktycznym powodem zastrzeżenia przedmiotowych dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie była konieczność ochrony informacji stanowiących tajemnicę, lecz jedynie uniemożliwienie pozostałym wykonawcom dokonania kontroli poprawności wniosku, w tym wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazuje ponadto, że wszystkie zobowiązania zostały sporządzone zgodnie ze wzorem narzuconym przez Zamawiającego. Zatem zawierają one taką samą treść, która jest z góry znana - zatem nie spełnia przesłanek definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

23

Co więcej - w przypadku kilki wykonawców: Konsorcjum Comarch, IBM, Atos, Accenture (być może także innych) zastrzeżenie informacji o podmiocie udzielającym jest całkowicie nieuzasadnione wobec faktu, że są to zobowiązanie spółki z Grupy Kapitałowej, do której należą wykonawcy. W takiej sytuacji ani wykonawcy, ani podmioty udzielające zasoby nie mają powodu, aby ukrywać, że w celu pozyskania zamówienia korzystają z zasobów innego podmiotu z tej samej Grupy Kapitałowej. Z kolei fakt, że sami wykonawcy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu wynika z jawnej treści wniosku (uzasadnienie objęcia części wniosku tajemnicą przedsiębiorstwa, pkt 13 wniosków) - a zatem informacja, że wykonawcy korzystają z zasobów podmiotu trzeciego nie była w ogóle tajemnicą przedsiębiorstwa. Z kolei nie ma znaczenia dla pozycji konkurencyjnej danego wykonawcy, z zasobów której innej spółki ze swojej Grupy Kapitałowej dany wykonawca korzysta. O ile bowiem można teoretycznie przyjąć, że niektóre podmioty nie chcą upubliczniać faktu, z kim współpracują, to z całą pewnością fakt współpracy ze spółką z tej samej Grupy Kapitałowej jest okolicznością, która nie spełnia przesłanek definicji ustawowej, gdyż dla każdego podmiotu gospodarczego oczywistym jest, że podmioty z tej samej grupy kapitałowej współpracują ze sobą. Ujawnienie faktu oraz sposobu takiej współpracy w żaden sposób nie wpływa na konkurencyjność poszczególnych spółek z danej Grupy Kapitałowej, żadna z nich nie poniesie żadnej szkody w związku z ujawnieniem współpracy.

Co więcej - fakt, że podmioty z jednej grupy kapitałowej współpracują ze sobą (co wynika z istoty grupy kapitałowej) jest informacją publiczną - wobec faktu publikacji sprawozdań finansowych, w tym sprawozdań skonsolidowanych.

Jak wynika z powyższego - powodem objęcia tajemnicą przedmiotowych zobowiązań jest wyłącznie chęć utrudnienia konkurencji, poprzez uniemożliwienie konkurentom (w tym Odwołującemu) weryfikacji wniosku pod kątem zgodności z Ogłoszeniem i Ustawą. Warto zacytować fragment uzasadnienia orzeczenia o sygn. akt: KIO 2040/10: „Izba stoi na stanowisku, iż działanie przystępującego polegające na utajnieniu wykazu usług jak też referencji wskazanych usług zmierzało nie do ochrony faktycznie tajemnicy przedsiębiorstwa a do uniemożliwienia innym wykonawcom ewentualnej weryfikacji oświadczeń przystępującego."

Odwołujący podkreśla, że informacje zawarte w Wykazie osób są informacjami, które nie dotyczą wykonawców, którzy złożyli wnioski - ale są informacjami dotyczącymi poszczególnych wskazanych w tabeli osób fizycznych.

Wykaz osób zawiera bowiem wyłącznie informacje o wykształceniu i doświadczeniu poszczególnych specjalistów. Wobec powyższego - informacje zawarte w Wykazie osób w żadnym przypadku nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa danego wykonawcy, gdyż w ogóle nie dotyczą jego przedsiębiorstwa. Tym samym - nie mogą zostać skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Tak też orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 19 stycznia 2014 roku, KIO 2784/14: „Wskazać należy w pierwszej kolejności, że wszyscy trzej wykonawcy podnosili w swych wyjaśnieniach, że w wykazie zawarte są dane o doświadczeniu specjalistów wraz ze wskazaniem inwestycji w trakcie których doświadczenie zostało zdobyte. Należy jednak zaznaczyć, że to jakie doświadczenie posiadają określone osoby fizyczne, w realizacji jakich inwestycji uczestniczyli jest ich własną sprawą, podlegającej ich wyłącznej dyspozycji, pozostającą poza wykonawcą. Dysponentem tej informacji jest zatem posiadacz tego doświadczenia, przy czym sam fakt jego posiadania nie może być uznany za informację nieujawnioną do wiadomości innych osób skoro posiadacz określonego doświadczenia może się na nie powoływać. Trudno też zaakceptować pogląd, że specjaliści wskazani w wykazie nie komunikują swojego doświadczenia i wiedzy na zewnątrz. Naturalnym bowiem jest, że osoby te upowszechniają swoje zawodowe osiągnięcia bądź to w pracy naukowej, publikacjach bądź to w celu uzyskania kolejnych zleceń. Trudno więc uznać, że informacja o doświadczeniu zawodowym danego specjalisty jest informacją poufną, do której dostęp ma ograniczona i określona liczba osób. Dlatego też w ocenie Izby fakt, że w wykazie osób zamieszczone są informacje o nazwie inwestycji w trakcie której zostało nabyte doświadczenie nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa, a dysponentem tej informacji jest dany specjalista, nie zaś wykonawca, który sporządził wykaz.”

Wskazać ponadto należy, że w zdecydowanej większości przypadków osoby, które zostały wskazane w Wykazie osób, stanowią specjalistów udostępnionych przez podmioty trzecie czy też posiadających własną działalność gospodarczą, które to osoby są zatrudniane przez różne firmy informatyczne na potrzeby konkretnych kontraktów. Skutkiem tej sytuacji jest, że tacy specjaliści powszechnie udostępniają

swoje dane, w tym informacje o posiadanej wiedzy i doświadczeniu, przykładowo chociażby przez portal www.linkedin.pl. Zamawiający nie powinien bezkrytycznie przyjmować zasadności zastrzeżenia jawności, ale powinien dokonać kontroli zgodności z prawem. W przypadku zastrzeżenia jawności Wykazu osób sprawdzenie takie powinno obejmować właśnie sprawdzenie, czy dane zawarte w Wykazie osób nie funkcjonują już w domenie publicznej, jaką jest Internet. Zdaniem Odwołującego wszystkie informacje zawarte w Wykazach osób są powszechnie dostępne w sieci Internet, gdzie zostały umieszczone przez samych specjalistów.

Ponadto Zamawiający ujawnił, iż jedną z osób wskazanych we wniosku IBM na stanowisko analityka jest P.P.. Zatem co najmniej w tym zakresie Zamawiający powinien udostępnić Wykaz osób. Gdyż informacje dotyczące wiedzy i doświadczenia tej osoby są powszechnie dostępne.

Korespondencja pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcami, wyjaśnienia i uzupełnienia.

Odwołujący wskazuje, że nie udostępniono mu w całości następujących pism:

- 1) Pismo Konsorcjum Comarch Polska z dnia 27 kwietnia 2016 roku - skan obejmuje wyłącznie 2 strony,
- 2) Pismo Konsorcjum Comarch Polska z dnia 16 maja 2016 roku - skan obejmuje wyłącznie 1 stronę,

- 3) Pismo Konsorcjum Proximus z dnia 27 kwietnia 2016 roku - skan obejmuje 6 stron, jednakże w piśmie wymieniono załączniki, w tym złożone w osobnej kopercie dokumenty zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa,
- 4) Pismo Konsorcjum Proximus z dnia 27 kwietnia 2016 roku - skan obejmuje wyłącznie 1 stronę,
- 5) Pismo Atos z dnia 27 kwietnia 2016 roku - skan obejmuje wyłącznie 1 stronę,
- 6) Pismo Atos z dnia 12 maja 2016 roku - skan obejmuje wyłącznie 1 stronę,
- 7) Pismo Atos z dnia 27 maja 2016 roku - skan obejmuje wyłącznie 1 stronę,
- 8) Pismo Konsorcjum S&T z dnia 27 kwietnia 2016 roku - skan obejmuje wyłącznie 1 stronę,
- 9) Pismo Konsorcjum S&T z dnia 27 maja 2016 roku - skan obejmuje wyłącznie 1 stronę,

26

-
- 10) Pismo Accenture z dnia 27 kwietnia 2016 roku - skan obejmuje wyłącznie 2 strony,
 - 11) Pismo Accenture z dnia 27 maja 2016 roku - skan obejmuje wyłącznie 2 strony,
 - 12) Pismo Ericsson z dnia 27 kwietnia 2016 roku - skan obejmuje wyłącznie 4 strony, a powołuje się na załącznik dotyczący punktu II ppkt 1-54 wezwania,
 - 13) Pismo IBM z dnia 27 kwietnia 2016 roku - skan obejmuje wyłącznie 1 stronę, I
 - 14) Pismo OPTeam z dnia 26 kwietnia 2016 roku - skan obejmuje wyłącznie 1 stronę,
 - 15) Pismo OPTeam z dnia 10 maja 2016 roku - skan obejmuje wyłącznie 1 stronę,
- W/w pisma Zamawiającego do wykonawców zostały udostępnione Odwołującemu w tak okrojonej wersji, iż Odwołujący nie może wywnioskować przykładowo, czego dotyczy dane pismo. Czy było uzupełnieniem czy wyjaśnieniem, jakie załączniki do niego załączono, jak obszerne było. Takie zachowanie Zamawiającego narusza Ustawę PZP. Dopiero w odpowiedzi na pismo Odwołującego Zamawiający w dniu 10 sierpnia 2016 roku podał dodatkowe dane - ilość stron każdego pisma oraz rodzaj załączników. Jednakże pismo nie jest kompletne.
- Odwołujący podkreśla jednak, że objęciu tajemnicą przedsiębiorstwa podlegają poszczególne informacje, a nie całe pisma. Stąd też nie jest możliwe, aby tajemnicą przedsiębiorstwa mogła być informacja, czego dotyczy pismo. W tym momencie Zamawiający bezpodstawnie i bezprawnie ukrył przez Odwołującym informację, w jakim zakresie w/w wykonawcy uzupełniali lub wyjaśniali wnioski. Przesłanie osobnego pisma nie jest wystarczające, Zamawiający powinien udostępnić same pisma w odpowiednim zakresie. Takie bezprawne zachowanie Zamawiającego ogranicza Odwołującego w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Co więcej - jest to przejaw prowadzenia postępowania z naruszeniem zasady jawności i równego traktowania wykonawców oraz narusza uczciwą konkurencję. Jeśli bowiem Zamawiający uznał (czemu Odwołujący przeczy), że przykładowo zastrzeżono skutecznie informacje w Wykazie usług, to w przypadku wyjaśnień dotyczących tego Wykazu Zamawiający uprawniony był co najwyżej do odmówienia Odwołującemu

27

dostępu do paru zwrotów z wyjaśnienia, zwrotów, które zawierają ewentualną informację chronioną.

Odwołujący wskazuje też na niekonsekwencję Zamawiającego. Otóż Zamawiający udostępnił uzasadnienie objęcia tajemnicą części wniosków, jednakże nie uczynił tego odnośnie uzasadnienia objęcia tajemnicą składanych wyjaśnień i uzupełnień. Podkreślić należy, że charakter uzasadnień i informacje w nich zawarte są takie w przypadku wszystkich uzasadnień. Nie istnieje zatem żadne uzasadnienie prawne i faktyczne, które mogłoby uzasadniać różne traktowanie przez Zamawiającego uzasadnień we wnioskach i uzasadnień w wyjaśnieniach i uzupełnieniach. Odnośnie zaś samych pism, przykładowo Odwołujący wskazuje, że polisa we

wniosku IBM jest jawna, znajduje się w jawnej części wniosku i została udostępniona Odwołującemu. W dniu 15 kwietnia 2016 roku Zamawiający wezwał IBM do złożenia wyjaśnień dotyczących polisy. Jednak pismo IBM z 27 kwietnia 2016 roku stanowiące odpowiedź - zostało w całości przez Zamawiającego utajnione. Podobna sytuacja dotyczy w/w pisma IBM w zakresie wykazania równoważności certyfikatów. Zamawiający wezwał do wykazania takiej równoważności, odpowiedź IBM w tym zakresie nie została udostępniona Odwołującemu. Dla Odwołującego jest to całkowicie niezrozumiałe - nie jest bowiem możliwe, aby wykazanie certyfikatów tajemnicą równoważności mogło zostać skutecznie objęte przedsiębiorstwa. Przecież takie wykazanie równoważności dotyczy obiektywnych faktów, a nie - (przedsiębiorstwa IBM. Powyższe potwierdza tylko, że Zamawiający zupełnie bezkrytycznie podszedł do zastrzeżenia przez Wykonawców całości pism, niezależnie od tego, jakie treści w tym pismach zostały zawarte. Tajemnicą przedsiębiorstwa mogą zostać objęte tylko informacje dotyczące danego przedsiębiorstwa, a nie - fakty, które mają wykazywać równoważność certyfikatów. Bezprawne utajnienie pisma wykonawcy w zakresie wykazania równoważności certyfikatów ma też miejsce w przypadku pisma OPTeam z 26 kwietnia 2016 roku. Zamawiający wezwał OPTeam do wykazania takiej równoważności, odpowiedź OPTeam w tym zakresie nie została udostępniona Odwołującemu. Kolejnym wykonawcą, w stosunku do którego zachodzi powyższa sytuacja z bezprawnym zaniechaniem udostępnienia wykazania równoważności certyfikatu jest Konsorcjum Proximus. Także w tym przypadku w piśmie z dnia 27 kwietnia 2016 roku

28

Konsorcjum Proximus zobowiązanie było zawrzeć wykazanie takiej równoważności certyfikatów, zaś Zamawiający zaniechał udostępnienia pisma w tym zakresie, pomimo iż - jak wskazano powyżej - wykazywanie równoważności certyfikatów nie może być skutecznie uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Odwołującego w/w pisma nie zawierają w ogóle uzasadnienia objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa, zaś Zamawiający oparł się jedynie na samym zastrzeżeniu - pomimo iż zgodnie z brzmieniem art. 8 ust. 3 Ustawy PZP każdy wykonawca powinien zawrzeć w pismach uzasadnienie objęcia pisma tajemnicą przedsiębiorstwa.

Ciężar dowodu

Podkreślana powyżej kwestia precyzyjnego wykazania przez Wykonawców ziszczenia się przesłanek definicji legalnej jest powiązana z kwestią ciężaru dowodu. Otóż ciężar dowodu w zakresie zasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ciąży na tym wykonawcy, który taką tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegł. Pogląd ten Odwołujący opiera zarówno na zasadzie zdrowego rozsądku - tylko ten, kto zastrzega tajemnicę przedsiębiorstwa wie, jakie są podstawy tego zastrzeżenia - jak i na dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz na brzmieniu przepisu art. 8 ust. 3 Ustawy PZP. W sytuacji takiej jak niniejsza Odwołujący nie może przedstawić dowodów, że jakieś informacje zostały bezzasadnie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż Odwołujący - nie znając ich treści - nie może wskazać żadnych argumentów czy też dowodów. Może powoływać się wyłącznie na ogólne zasady - co też uczynił w odwołaniu. Odnośnie ciężaru dowodu w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa Krajowa Izba Odwoławcza wypowiadała się wielokrotnie, przykładowo:

S w wyroku z dnia 3 kwietnia 2015 roku, sygn. akt: KIO 561/15: „De lege lata art. 8 ust. 3 p.z.p. nakłada na wykonawcę, który chce skorzystać w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z ochrony informacji stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa, obowiązek wykazania zaistnienia przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Aktualne brzmienie art. 8 ust. 3 p.z.p. nie pozostawia wątpliwości, że inicjatywa w tym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który ma obowiązek zarówno wskazać zakres informacji niepodlegających udostępnieniu, jak i wykazać, że informacje te mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Porównanie z poprzednim brzmieniem art. 8 ust. 3 p.z.p. jednoznacznie wskazuje, że wykonawca

29

ma to uczynić jednocześnie, bez odrębnego wezwania ze strony zamawiającego, przy składaniu w postępowaniu dokumentów zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa." s w wyroku z dnia 21 marca 2012 roku, sygn. akt: KIO 457/12: „Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Nie można przyjąć; by ciężar ten spoczywał na wykonawcy, który zarzut nieskutecznego zastrzeżenia podnosi w odwołaniu. Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać, iż podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji." s w wyroku z dnia 5 marca 2012 roku, sygn. akt: KIO 331/12 i KIO 33/12: „Pokreślenia wymaga, że ciężar udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na podmiocie, który z tego działania wyciąga korzystne dla siebie skutki prawne, w tym przypadku spoczywał on na wykonawcach, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego." W wyroku z dnia 8 października 2012 roku, sygn. akt: KIO 2036/12: „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." Podobnie w wyroku z dnia 7 listopada 2011 roku, sygn. akt KIO 2255/11, KIO 2260/11, KIO 2283/11 oraz w wyroku z dnia 4 listopada 2011 roku, sygn. akt KIO 2294/11.

Na zakończenie Odwołujący pragnie także zwrócić uwagę, iż przy rozpatrywaniu możliwości objęcia danych informacji zawartych we wniosku tajemnicą przedsiębiorstwa należy wziąć pod uwagę fakt, iż zasadą jest jawność postępowania, zaś zastrzeganie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów stanowiących dokumentację postępowania - jest wyjątkiem od tej zasady. Stanowisko takie jest ugruntowane w linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej, na potwierdzenie czego wskazujemy kilka przykładowych orzeczeń:

30

- wyrok KIO 1016/12: „Tym samym zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w celu uniemożliwienia innym wykonawcom wglądu do dokumentów składanych w ofercie, nie stanowi - także zdaniem Izby - podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności i narusza podstawową zasadę jawności obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego." z wyrok KIO 457/12: „Izba wskazuje, że pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazać w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczający w reżim oparty na zasadzie jawności, powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa."

- wyrok KIO 223/12, KIO 248/12 i KIO 261/12: „Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób, a powyższe mieści się w charakterze obowiązków, a nie uprawnień zamawiającego."

Skoro zatem objęcie części wniosków oraz dokumentacji tajemnicą przedsiębiorstwa jest wyjątkiem od podstawowej zasady zamówień publicznych - to należy w tym zakresie stosować zasadę *exceptiones non sunt extendendae* - czyli zasadę zakazu

wykładni rozszerzającej wyjątków. Tym samym każde odejście od zasady jawności postępowań o udzielenie zamówienia powinno być traktowane bardzo wąsko, z koniecznością przedstawienia przez podmiot zastrzegający jawność wniosku szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego spełniania trzech przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie może być mowy o żadnym „domniemaniu” tajemnicy, czy też przyjęciu przez Zamawiającego „na słowo”, że przesłanki są spełnione. Jeśli dany wykonawca obejmujący jakąś część dokumentacji postępowania tajemnicą przedsiębiorstwa nie wykazał spełniania przesłanek oraz nie przedstawił dowodów to Zamawiający (w trakcie oceny wniosków) powinien udostępnić takie dokumenty

31

pozostałym wykonawcom lub też Krajowa Izba (na etapie postępowania odwoławczego) powinna nakazać Zamawiającemu takie odtajnienie i udostępnienie.

II. Zarzuty dotyczące wniosku złożonego przez Konsorcjum Comarch - brak uzupełnienia w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 15 kwietnia 2016 roku. Zamawiający pismem z dnia 15 kwietnia 2016 roku wezwał Konsorcjum Comarch do uzupełnienia szeregu dokumentów, w tym między innymi Wykazu osób w zakresie dysponowania 12 analitykami. Jak wskazał Zamawiający - we wniosku Konsorcjum Comarch przedstawiło tylko „6 osób dedykowanych do roli analityka”. Odwołujący nie zna treści uzupełnienia z dnia 27 kwietnia 2016 roku. Jak wskazano powyżej Zamawiający z naruszeniem prawa zaniechał udostępnienia pisma, podczas gdy był uprawniony do objęcia tajemnicą jedynie poszczególnych informacji zawartych w piśmie. Jednak z pisma Zamawiającego z dnia 11 maja 2016 roku w punkcie III wynika wprost, że pismo Konsorcjum Comarch z dnia 27 kwietnia 2016 roku nie zawierało kompletnego uzupełnienia - tj. Konsorcjum Comarch nie dołączyło „uzupełnionej tabeli” - wykazu osób dla osoby/osób wskazanych przez Zamawiającego.

Zamawiający z naruszeniem Ustawy PZP w pkt III pisma z dnia 11 maja 2016 roku ponownie wezwał Konsorcjum Comarch na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy PZP do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu - pomimo iż Konsorcjum Comarch było już uprzednio wzywane w tym zakresie (pismo z dnia 15 kwietnia 2016 roku, pkt II.3).

Odwołujący, działając z ostrożności procesowej, wobec braku informacji od Zamawiającego co do załączników do pism wykonawców, podnosi, że Konsorcjum Comarch powinno zostać wykluczone ze względu na nieuzupełnienie także pozostałych dokumentów wskazanych w piśmie z dnia 15 kwietnia 2016 roku, tj.:

- opłaconej polisy - do wniosku wadliwie dołączono tylko certyfikat ubezpieczeniowy,
- oryginału zobowiązania podmiotu użyczającego zasób w postaci opinii bankowej,
- oryginału zobowiązania podmiotu użyczającego zasób w postaci potencjału kadrowego.

32

Brak prawidłowego uzupełnienia w/w dokumentów powinno skutkować wykluczeniem Konsorcjum Comarch z postępowania, wobec niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

III. Zarzuty dotyczące wniosku złożonego przez Atos - wadliwe wypełnienie tabeli w pkt 14 wniosku, brak prawidłowych uzupełnień.

W pkt 14 wniosku wykonawcy zobowiązani byli wypełnić tabele dla poszczególnych podmiotów, które użyczyły zasoby - należało między innymi w kolumnie 4 wskazać charakter stosunku, zaś w kolumnie 5 - zakres i okres udziału. Atos wskazał 5 podmiotów, które użyczają mu zasobów. Jednakże w kolumnie 4 i 5 podał wymagane dane tylko dla 4 podmiotów - dla podmiotu użyczającego Atos Italy S.p.A. nie wskazano we wniosku w kolumnie 4 charakteru stosunku, a w kolumnie 5 nie wskazano zakresu i okresu udziału. A zatem Atos nie wykazał spełniania warunków

udziału w postępowaniu, gdyż nie podał na żądanie Zamawiającego wszystkich informacji odnośnie stosunku prawnego łączącego go z Atos Italy S.p.A. Tym samym - Atos powinien zostać wykluczony z postępowania.

Zamawiający pismem z dnia 9 maja 2016 roku wezwał Atos do uzupełnienia wniosku w zakresie Wykazu osób dla analityka i programisty. Uprzednio już Zamawiający wzywał Atos o wyjaśnienia w zakresie w/w specjalistów, zaś złożone przez Atos wyjaśnienia nie zostały przez Zamawiającego uznane za wystarczające, stąd też wystosowano wezwanie do uzupełnienia. Odwołujący nie zna treści uzupełnienia - z naruszeniem prawa Zamawiający odmówił udostępnienia tego dokumentu. Jednakże z pkt II pisma Zamawiającego z dnia 20 maja 2016 roku wynika, że uzupełnienie to było wadliwe. A mianowicie Atos przedstawił listę dodatkowych specjalistów w zakresie analityka i programisty, jednakże nie podał dla nich podstawy dysponowania tymi osobami. Tym samym - uzupełniony przez Atos Wykaz osób jest wadliwy, a wykonawca Atos powinien zostać wykluczony z postępowania. Zamawiający naruszył prawo ponownie wzywając Atos do uzupełnienia Wykazu osób w tym samym zakresie. Oceniając wniosek Atos oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu Zamawiający powinien wziąć brzmienie wniosku po jednorazowym uzupełnieniu każdej kwestii. Skoro Atos uzupełnił już Wykaz osób w zakresie analityka i specjalisty pismem z dnia 12 maja 2016 roku, to każde późniejsze

33

uzupełnienie w tym zakresie jest niedopuszczalne i powinno zostać pominięte przy ocenie wniosku.

Odwołujący, działając z ostrożności procesowej, wobec braku informacji od Zamawiającego co do załączników do pism wykonawców, podnosi, że Atos powinien zostać wykluczony ze względu na nieuzupełnienie także pozostałych dokumentów wskazanych w pismach Zamawiającego, tj.:

V opłaconej polisy - do wniosku wadliwie dołączono tylko inny dokument (Zamawiający utajnił nazwę dokumentu),

V oryginału zobowiązania podmiotu używającego zasoby,

V dowodu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia w pkt 1 i 2 Wykazu zrealizowanych zamówień,

V prawidłowych i pełnych tłumaczeń dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia w pkt 5 i 6 Wykazu zrealizowanych zamówień,

V Wykazu osób w części dotyczącej wdrożeniowców - do wniosku dołączono wadliwy Wykaz osób,

V Wykazu osób w części dotyczącej analityka i programisty.

Brak prawidłowego uzupełnienia w/w dokumentów powinno skutkować wykluczeniem Atos z postępowania, wobec niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

IV. Zarzuty dotyczące wniosku złożonego przez Konsorcjum S&T - brak uzupełnienia w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego.

Odwołujący, działając z ostrożności procesowej, wobec braku informacji od Zamawiającego co do załączników do pism wykonawców, podnosi, że Konsorcjum S&T powinno zostać wykluczone ze względu na nieuzupełnienie dokumentów wskazanych w wezwaniach Zamawiającego do uzupełnienia, tj.:

V polisy oraz dowodu opłacenia składki - do wniosku wadliwie dołączono tylko dokument nazwany „nota pokrycia”, zaś sama polisa nie została opłacona - wezwanie z 15.04.2016r.,

V Wykazu osób dla Kierownika projektu - wezwanie z 15.04.2016r.,

V Wykazu osób dla Analityków, Programistów, Wdrożeniowców,

34

Specjalistów ds. migracji, Specjalistów ds. bezpieczeństwa - wezwanie z 15.04.2016r.,

V Wykazu osób dla specjalisty ds. bezpieczeństwa systemów informatycznych - wezwanie z 20.05.2016r.,

Brak prawidłowego uzupełnienia w/w dokumentów powinno skutkować wykluczeniem Konsorcjum S&T z postępowania, wobec niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Z pisma Konsorcjum S&T z dnia 27.04.2016r. wynika, że wykonawca ten, nie uzupełnił polisy - do czego był zobowiązany. Co więcej - w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia nie przesłał żadnego dokumentu, po prostu nie wykonał wezwania. Ponadto opinia bankowa dołączona do wniosku nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu - posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w kwocie nie mniejszej niż 30.000.000 zł. Do wniosku dołączono 2 opinie bankowe: wystawioną przez Alior Bank wskazującą na przyznany kredyt w rachunku bieżącym oraz posiadanie około 1.100.000 złotych w gotówce oraz wystawioną przez Bank Millennium wskazującą co prawda na posiadanie gotówki w kwocie około 9.200.000 złotych, jednakże wszystkie rachunki w tym banku są obciążone zajęciem egzekucyjnym. Skoro zatem kwota 9.200.000 złotych jest obciążona zajęciem egzekucyjnym, to Konsorcjum S&T nie dysponuje tymi środkami. A zatem z dokumentów dołączonych do wniosku nie wynika spełnianie warunku posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w kwocie co najmniej 30.000.000 złotych.

Dodatkowo wskazać należy, że Zamawiający wezwał Konsorcjum S&T do złożenia wyjaśnień w zakresie obciążenia rachunków bankowych zajęciem egzekucyjnym. Odpowiedź Konsorcjum S&T ograniczyła się do 1 zdania - że rachunku w Banku Millennium nie są obciążone zajęciem egzekucyjnym. Zdaniem Odwołującego przedmiotowa kwestia nie mogła zostać wyjaśniona w trybie art. 26 ust. 4 Ustawy PZP. Z jednej strony mamy bowiem oficjalny dokument wystawiony przez bank, z drugiej zaś - oświadczenie Konsorcjum S&T. Z całą pewnością Konsorcjum S&T nie mogło swoim oświadczeniem zmienić treści wystawionej przez bank opinii. Skutkuje to tym, że wiążąca dla Zamawiającego w zakresie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest wyłącznie opinia wystawiona przez bank - zaś z dokumentów wystawionych przez bank wynika posiadanie przez wyniki środków

35

finansowych i zdolności kredytowej na łączną kwotę około 21.100.000 złotych. Co nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zatem Zamawiający zobowiązany był wezwać Konsorcjum S&T do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie.

V. Zarzuty dotyczące wniosku złożonego przez Accenture - brak uzupełnienia w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego.

Odwołujący, działając z ostrożności procesowej, wobec braku informacji od Zamawiającego co do załączników do pism wykonawców, podnosi, że Accenture powinno zostać wykluczone ze względu na nieuzupełnienie dokumentów wskazanych w wezwaniach Zamawiającego do uzupełnienia, tj.:

- opłaconej polisy - do wniosku wadliwie dołączono tylko dokument nazwany „kontrakt ubezpieczeniowy - podsumowanie”,
- dowodu uiszczenia składki ubezpieczeniowej, o wartości projektu dla pozycji 8 Wykazu wykonanych zamówień, s zamówienia wskazanego w pozycji 1 Wykazu wykonanych zamówień.

Brak prawidłowego uzupełnienia w/w dokumentów powinno skutkować wykluczeniem Accenture z postępowania, wobec niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

VI. Zarzuty dotyczące wniosku złożonego przez Ericsson - niewykazanie certyfikatu; brak uzupełnienia w odpowiedzi na wezwania równoważności Zamawiającego.

Zamawiający pismem z dnia 15 kwietnia 2016 roku w pkt 54) wezwał Ericsson do wykazania równoważności certyfikatu OUM level 2 z wymaganym w ogłoszeniu certyfikatem OMG Certified UML Professional - poprzez przedstawienie dowodów lub potwierdzenie tej równoważności.

W odpowiedzi Ericsson przedłożył dokument zatytułowany „Poświadczenie równoważności certyfikatu”. Po pierwsze - nie jest to żadne poświadczenie

wystawione przez podmiot do tego uprawniony, ale oświadczenie własne Ericssona, podpisane przez 2 pracowników Ericssona. Tym samym nie może ono zostać uznane za dowód, którego przedłożenia żądał Zamawiający. Po drugie - dokument

36

ten merytorycznie nie wykazuje tożsamości certyfikatów. Zamawiający wymagał w Ogłoszeniu certyfikatu UML, zaś Ericsson przedstawił specjalistów posiadających certyfikaty Oracle. Podkreślić należy, że certyfikat UML jest standardem międzynarodowym, zaś Oracle stworzył swój certyfikat tylko na potrzeby wdrożeń własnych produktów. Już samo to wskazuje, że nie są to certyfikaty równoważne. Przedmiotowy wymóg w ogłoszeniu brzmiał:

„analityk - minimum 12 (dwanaście) osób, z których każda z osobna spełnia następujące wymagania:

i. posiada wiedzę z zakresu znajomości notacji UML potwierdzoną certyfikatem OMG Certified UML Professional lub równoważnym"

Z kolei certyfikat równoważny został przez Zamawiającego określony w sposób następujący (zmiana do Ogłoszenia wysłana do publikacji w dniu 11.02.2016r.):

„11. Za CERTYFIKAT RÓWNOWAŻNY, PGE uzna certyfikat spełniający łącznie następujące przesłanki:

a) wystawiony przez podmiot, który przed dniem publikacji ogłoszenia o zamówieniu prowadził działalność uprawniającą do weryfikacji i potwierdzania odpowiednich umiejętności poprzez wystawienie stosownego certyfikatu zgodnie ze wszystkimi wymaganymi w tym zakresie autoryzacjami niezależnych organizacji certyfikujących;

b) potwierdzający, że osoba legitymująca się danym certyfikatem posiada wiedzę i kompetencje odpowiadające umiejętnościom, jakie potwierdzają certyfikaty wskazane w ogłoszeniu w wymaganiach dla danej osoby;

c) aktualny na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Wykluczone jest powoływanie się na certyfikaty lub dokumenty równoważne dla certyfikatów wydanych przez Wykonawcę."

Podkreślić należy, że ciężar wykazania równoważności certyfikatów ciąży na danym wykonawcy. Jedną z przesłanek równoważności jest wykazanie, że osoba legitymująca się danym certyfikatem posiada wiedzę i kompetencje odpowiadające umiejętnościom, jakie potwierdzają certyfikaty wskazane w ogłoszeniu w wymaganiach dla danej osoby. Zatem Ericsson zobowiązany był przeprowadzić porównanie wiedzy i doświadczenia, jakie są niezbędne dla uzyskania obydwu

37

certyfikatów. Nie zostało to przez Ericsson dokonane, gdyż w/w oświadczenie właśnie w ogóle nie wskazuje, jaką wiedzę i kompetencję należy posiadać dla uzyskania certyfikatu OMG Certified UML Professional i w jakim zakresie pokrywa się ona z wiedzą i kompetencjami certyfikatu posiadanego przez analityka wskazanego przez Ericsson.

Wobec faktu, że Ericsson - na wezwanie Zamawiającego - nie wykazał równoważności, to Zamawiający zobowiązany był do wezwania Ericssona do uzupełnienia Wykazu osób w tym zakresie. Tymczasem Zamawiający zaniechał takiego wezwania.

Odwołujący, działając z ostrożności procesowej, wobec braku informacji od Zamawiającego co do załączników do pism wykonawców, podnosi, że Ericsson powinno zostać wykluczone ze względu na nieuzupełnienie także pozostałych dokumentów wskazanych w wezwaniach Zamawiającego do uzupełnienia, tj.:

- Wykazu osób - w zakresie wskazanym w piśmie z dnia 15 kwietnia 2016 roku - łącznie aż 54 pozycji wezwania,

- Polisy wraz dowodem opłacenia składki.

Brak prawidłowego uzupełnienia w/w dokumentów powinno skutkować wykluczeniem Ericsson z postępowania, wobec niewykazania spełniania warunków udziału w

postępowaniu.

VII. Zarzuty dotyczące wniosku złożonego przez IBM - brak uzupełnienia w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego, brak przedstawienia polisy spełniającej warunki ogłoszenia, niewykazanie równoważności certyfikatu.

Zamawiający pismem z dnia 15 kwietnia 2016 roku wezwał IBM do przedłożenia opłaconej polisy. We wniosku znajduje się bowiem wyłącznie „Zaświadczenie o ubezpieczeniu od odpowiedzialności”. Odwołujący nie zna treści odpowiedzi, gdyż Zamawiający bezprawnie zaniechał udostępnienia treści pisma IBM z daty 27 kwietnia 2016 roku. Zaniechanie Zamawiającego jest tym bardziej zaskakujące, że sam dokument znajdujący się we Wniosku - tj. „Zaświadczenie o ubezpieczeniu od odpowiedzialności” znajduje się w części jawnej wniosku, nie zostało przez IBM objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Wskazuje to na słuszność tezy Odwołującego, że Zamawiający nie dokonał odpowiednio szczegółowej analizy jawności wniosków oraz późniejszej korespondencji. Jeśli w odpowiedzi, na w/w wezwanie IBM nie uzupełnił

38

wniosku o polisę wraz z dowodem uiszczenia składki, to IBM powinien zostać wykluczony z postępowania - wobec niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wezwanie Zamawiającego było jednoznaczne.

Dodatkowo Odwołujący wskazuje, że przedstawiony dokument „Zaświadczenie o ubezpieczeniu od odpowiedzialności” nie potwierdza spełniania warunku w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej. Zamawiający wymagał posiadania ubezpieczenia od OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia w wysokości co najmniej 10 000 000 PLN (słownie: dziesięć milionów złotych) na jedno i wszystkie zdarzenia w okresie ubezpieczenia - udokumentowanej opłaconą polisą.

Otóż z „Zaświadczenia o ubezpieczeniu od odpowiedzialności” wynika, że ubezpieczonym jest International Machines Corp oraz każde inne przedsiębiorstwo podporządkowane, posiadane lub kontrolowane przez Ubezpieczonego. Z treści wniosku nie wynika, aby IBM był zależny w sposób kapitałowy od International Machines Corp. Z dołączonego do wniosku odpisu KRS wynika, że jedyny wspólnik IBM to spółka CENTRAL AND EASTERN EUROPE B.V. A zatem zupełnie inny podmiot.

Odwołujący, działając z ostrożności procesowej, wobec braku informacji od Zamawiającego co do załączników do pism wykonawców, podnosi, że IBM powinien zostać wykluczony z postępowania ze względu na nieuzupełnienie dokumentów wskazanych w wezwaniu Zamawiającego do uzupełnienia z dnia 15.04.2016r., tj.:

- Wykazu osób dla Kierownika projektu,
- Wykazu osób dla Głównego architekta systemu IT,
- Wykazu osób dla Analityków, Programistów, Wdrożeniowców, Specjalistów ds. migracji, Specjalistów ds. testów, Specjalistów ds. bezpieczeństwa systemów informatycznych,

Brak prawidłowego uzupełnienia w/w dokumentów powinno skutkować wykluczeniem IBM z postępowania, wobec niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający pismem z dnia 15 kwietnia 2016 roku w pkt 9. wezwał IBM do wykazania równoważności szeregu certyfikatów - poprzez przedstawienie dowodów lub potwierdzenie tej równoważności. Odwołujący nie zna odpowiedzi IBM w tym zakresie, gdyż bezprawnie nie została mu udostępniona przez Zamawiającego.

39

Zdaniem Odwołującego wykazanie równoważności certyfikatów w żadnym przypadku nie może być skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż w ogóle nie dotyczy przedsiębiorstwa danego wykonawcy, ale dotyczy okoliczności obiektywnych.

Zamawiający wyraźnie wskazał w Ogłoszeniu (zmiana do Ogłoszenia wysłana do publikacji w dniu 11.02.2016r.) przesłanki uznania certyfikatu za równoważny:
„11.Za CERTYFIKAT RÓWNOWAŻNY, PGE uzna certyfikat spełniający łącznie

następujące przesłanki:

a) wystawiony przez podmiot, który przed dniem publikacji ogłoszenia o zamówieniu prowadził działalność uprawniającą do weryfikacji i potwierdzania odpowiednich umiejętności poprzez wystawienie stosownego certyfikatu zgodnie ze wszystkimi wymaganymi w tym zakresie autoryzacjami niezależnych organizacji certyfikujących;

b) potwierdzający, że osoba legitymująca się danym certyfikatem posiada wiedzę i kompetencje odpowiadające umiejętnościom, jakie potwierdzają certyfikaty wskazane w ogłoszeniu w wymaganiach dla danej osoby;

Wykluczone jest powoływanie się na certyfikaty lub dokumenty równoważne dla certyfikatów wydanych przez Wykonawcę."

Podkreślić należy, że ciężar wykazania równoważności certyfikatów ciąży na danym wykonawcy. Jedną z przesłanek równoważności jest wykazanie, że osoba legitymująca się danym certyfikatem posiada wiedzę i kompetencje odpowiadające umiejętnościom, jakie potwierdzają certyfikaty wskazane w ogłoszeniu w wymaganiach dla danej osoby. IBM w wyniku w/w wezwania zobowiązany był przeprowadzić porównanie wiedzy i doświadczenia, jakie są niezbędne dla uzyskania obydwu certyfikatów - wymaganego przez Zamawiającego i równoważnego przedstawionego przez IBM. Zdaniem Odwołującego nie zostało to przez IBM dokonane - w odpowiedzi IBM nie wskazał, jaką wiedzę i kompetencję należy posiadać dla uzyskania certyfikatów wymaganych przez Zamawiającego i w jakim zakresie pokrywa się ona z wiedzą i kompetencjami dla certyfikatów posiadanych przez specjalistów wskazanych przez IBM.

Wobec faktu, że IBM - na Wezwanie Zamawiającego - nie wykazał równoważności, to Zamawiający zobowiązany był do wezwania IBM do uzupełnienia Wykazu osób w tym zakresie. Tymczasem Zamawiający zaniechał takiego wezwania.

40

VIII. Zarzuty dotyczące wniosku złożonego przez OPTeam - brak uzupełnienia w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, brak przedstawienia polisy spełniającej warunki ogłoszenia, brak przedstawienia opinii bankowej spełniającej warunki ogłoszenia, niewykazanie równoważności certyfikatu.

Załączone do wniosku dokumenty - polisa oraz opinia bankowa nie potwierdzają spełnienia warunku w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej:

1) Posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w kwocie nie mniejszej niż 30.000.000 zł.

Opinia bankowa z dnia 25 lutego 2016 r. wskazuje, że:

i. wpływ w okresie 12 miesięcy 2015 r. wyrażone były kwotą ośmiocyfrową w dolnym jej przedziale;

ii. spółka ma możliwość korzystania z kredytów oraz gwarancji oraz posiada zdolność kredytową do uzyskania finansowania w kwocie 30.000.000 zł - ale jednocześnie w opinii zawarto zastrzeżenie, że oświadczenie to nie może być traktowane jako tytuł do przyznania finansowania.

Z powyższego wynika, że OPTeam nie wykazał zdolności kredytowej w wysokości 30.000.000 złotych. A to wobec faktu, że Bank wystawiający opinię zastrzegł, że opinia nie jest „tytułem do przyznania finansowania”. Zatem sformułowania opinii w tym zakresie - czytane jako całość - nie wykazują posiadania wymaganej zdolności kredytowej. Oczywiście jest też, że wpływy wskazane w opinii są mniejsze niż wymagane w Ogłoszeniu - przy wskazaniu, że to kwota ośmiocyfrowa, bez wskazania konkretnych, zawsze należy przyjąć najniższą kwotę 8 cyfrową, a jest nią: 10.000.000 złotych.

2) Posiadania ubezpieczenia od OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia w wysokości co najmniej 10 000 000 PLN (słownie: dziesięć milionów złotych) na jedno i wszystkie zdarzenia w okresie ubezpieczenia - udokumentowaną opłaconą polisą.

Polisa zawiera wymóg opłacenia jej w ciągu 14 dni od wystawienia, data wystawienia to 25 marca 2016 r., a z potwierdzenia bankowego wykonanej operacji wynika, iż data księgowania i waluty to 9 kwietnia 2015 r. (15 dzień od daty wystawienia polisy). Zatem polisa nie została opłacona w terminie.

Bardzo istotną kwestią jest fakt, że polisa zawiera podlimity odpowiedzialności - w tym Klauzulę nr 3 „Czyste Szkody Majątkowe” z limitem 1.000.000 zł na jedno i wszystkie zdarzenia. Zatem przedstawiona polisa nie spełnia wymogów ogłoszenia - że sumą ubezpieczenia na jedno i wszystkie zdarzenia ma być kwota 10.000.000 złotych.

Wobec powyższego Zamawiający powinien wezwać OPTeam do uzupełnienia wniosku o dokumenty wykazujące spełniania warunków udziału w postępowaniu. W chwili obecnej z dokumentów dołączonych do wniosku nie wynika spełnianie warunków.

Zamawiający pismem z dnia 15 kwietnia 2016 roku w pkt 9. wezwał OPTeam do wykazania równoważności szeregu certyfikatów - poprzez przedstawienie dowodów lub potwierdzenie tej równoważności. Odwołujący nie zna odpowiedzi OPTeam w tym zakresie, gdyż bezprawnie nie została mu udostępniona przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego wykazanie równoważności certyfikatów w żadnym przypadku nie może być skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż w ogóle nie dotyczy przedsiębiorstwa danego wykonawcy, ale dotyczy okoliczności obiektywnych.

Zamawiający wyraźnie wskazał w Ogłoszeniu (zmiana do Ogłoszenia wysłana do publikacji w dniu 11.02.2016r.) przesłanki uznania certyfikatu za równoważny: „11.Za CERTYFIKAT RÓWNOWAŻNY, PGE uzna certyfikat spełniający łącznie następujące przesłanki:

a) wystawiony przez podmiot, który przed dniem publikacji ogłoszenia o zamówieniu prowadził działalność uprawniającą do weryfikacji i potwierdzania odpowiednich umiejętności poprzez wystawienie stosownego certyfikatu zgodnie ze wszystkimi wymaganiami w tym zakresie autoryzacji niezależnych organizacji certyfikujących;

b) potwierdzający, że osoba legitymująca się danym certyfikatem posiada wiedzę i kompetencje odpowiadające umiejętnościom, jakie potwierdzają certyfikaty wskazane w ogłoszeniu w wymaganiach dla danej osoby;

Wykluczone jest powoływanie się na certyfikaty lub dokumenty równoważne dla certyfikatów wydanych przez Wykonawcę.”

Podkreślić należy, że ciężar wykazania równoważności certyfikatów ciąży na danym wykonawcy. Jedną z przesłanek równoważności jest wykazanie, że osoba

legitymująca się danym certyfikatem posiada wiedzę i kompetencje odpowiadające umiejętnościom, jakie potwierdzają certyfikaty wskazane w ogłoszeniu w wymaganiach dla danej osoby. OPTeam w wyniku w/w wezwania zobowiązany był przeprowadzić porównanie wiedzy i doświadczenia, jakie są niezbędne dla uzyskania obydwu certyfikatów. Zdaniem Odwołującego nie zostało to przez OPTeam dokonane - ,w odpowiedzi OPTeam nie wskazał, jaką wiedzę i kompetencję należy posiadać dla uzyskania certyfikatów wymaganych przez Zamawiającego i w jakim zakresie pokrywa się ona z wiedzą i kompetencjami dla certyfikatów posiadanych przez specjalistów wskazanych przez OPTeam.

Wobec faktu, że OPTeam - ha wezwanie Zamawiającego - nie wykazał równoważności, to Zamawiający zobowiązany był do wezwania OPTeam do uzupełnienia Wykazu osób w tym zakresie. Tymczasem Zamawiający zaniechał takiego wezwania.

Odwołujący, działając z ostrożności procesowej, wobec braku informacji od Zamawiającego co do załączników do pism wykonawców, podnosi, że OPTeam powinien zostać wykluczony z postępowania ze względu na nieuzupełnienie dokumentów wskazanych w wezwaniu Zamawiającego do uzupełnienia z dnia 15.04.2016r., tj.:

- Wykazu osób dla Kierownika projektu, s Wykazu osób dla Głównego architekta systemu IT,
- Wykazu osób dla Analityków, Programistów, Wdrożeniowców, Specjalistów ds. migracji, Specjalistów ds. testów, Specjalistów ds. bezpieczeństwa systemów

informatycznych,

Brak prawidłowego uzupełnienia w/w dokumentów powinno skutkować wykluczeniem OPTeam z postępowania, wobec niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

IX. Zarzuty dotyczące wniosku złożonego przez Konsorcjum Proximus - brak uzupełnienia w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego, brak przedstawienia polisy spełniającej warunki ogłoszenia, brak przedstawienia opinii bankowej spełniającej warunki ogłoszenia, niewykazanie równoważności certyfikatu. Załączone do wniosku dokumenty - polisa wystawiona na rzecz członka Konsorcjum Proximus - Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o.; nie potwierdza spełniania warunku w zakresie

43

zdolności ekonomicznej i finansowej - posiadania ubezpieczenia od OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia w wysokości co najmniej 10 000 000 PLN (słownie: dziesięć milionów złotych) na jedno i wszystkie zdarzenia w okresie ubezpieczenia - udokumentowaną opłaconą polisą.

Przedmiotowa polisa jest ubezpieczeniem OC z tytułu prowadzonej działalności. Z kolei Polisa w punkcie „Rodzaj prowadzonej działalności” wskazuje: „Przetwarzanie danych - wspieranie organizacyjne i inżyniersko, jak również świadczenie usług w zakresie elektronicznego przetwarzania danych, planowania projektów, sprzedaży i marketingu, instalowania uruchamiania, naprawy i utrzymania sprzętu elektronicznego (hardware) i oprogramowania (software)”. Rodzaj działalności objętej ubezpieczeniem nie opowiada przedmiotowi zamówienia, którym jest „Dostawa i wdrożenie systemów obsługi i rozliczeń klientów dla PGE Obrót S.A. oraz PGE Dystrybucja S.A.”. Tymczasem Zamawiający wprost postawił warunek „posiadania ubezpieczenia od OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia”. Tym samym przedstawiona polisa nie spełnia w/w warunku. Co więcej wskazano w treści polisy, że „Polisa pozostaje w mocy tak długo jak Międzynarodowy Program Fujitsu Holdings PLC pozostaje w mocy”. Jednocześnie Konsorcjum Proximus nie wykazało, że na dzień składania wniosków ten program nadal obowiązywał i pozostawał w mocy. Ponadto przy takim warunku może się okazać, że polisa OC wygaśnie przed wskazanym w treści polisy końcem okresu ubezpieczenia.

Wobec powyższego Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum Proximus do uzupełnienia wniosku o polisę spełniającą warunki określone w Ogłoszeniu. W chwili obecnej z dokumentów dołączonych do wniosku nie wynika spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający pismem z dnia 15 kwietnia 2016 roku w pkt 8) i 9) wezwał Konsorcjum Proximus do wykazania równoważności szeregu certyfikatów - poprzez przedstawienie dowodów lub potwierdzenie tej równoważności. Odwołujący nie zna odpowiedzi Konsorcjum Proximus w tym zakresie, gdyż bezprawnie nie została mu udostępniona przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego wykazanie równoważności certyfikatów w żadnym przypadku nie może być skutecznie objęte

44

tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż w ogóle nie dotyczy przedsiębiorstwa danego wykonawcy, ale dotyczy okoliczności obiektywnych.

Zamawiający wyraźnie wskazał w Ogłoszeniu (zmiana do Ogłoszenia wysłana do publikacji w dniu 11.02.2016r.) przesłanki uznania certyfikatu za równoważny:

„11.Za CERTYFIKAT RÓWNOWAŻNY, PGE uzna certyfikat spełniający łącznie następujące przesłanki:

- a) wystawiony przez podmiot, który przed, dniem publikacji ogłoszenia o zamówieniu prowadził działalność uprawniającą do weryfikacji i potwierdzania odpowiednich umiejętności poprzez wystawienie stosownego certyfikatu zgodnie ze wszystkimi wymaganymi w tym zakresie autoryzacjami niezależnych organizacji certyfikujących;
- b) potwierdzający, że osoba legitymująca się danym certyfikatem posiada wiedzę

i kompetencje odpowiadające umiejętnościom, jakie potwierdzają certyfikaty wskazane w ogłoszeniu w wymaganiach dla danej osoby;
c) aktualny na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Wykluczone jest powoływanie się na certyfikaty lub dokumenty równoważne dla certyfikatów wydanych przez Wykonawcę."

Podkreślić należy, że ciężar wykazania równoważności certyfikatów ciąży na danym wykonawcy. Jedną z przesłanek równoważności jest wykazanie, że osoba legitymująca się danym certyfikatem posiada wiedzę i kompetencje odpowiadające umiejętnościom, jakie potwierdzają certyfikaty wskazane w ogłoszeniu w wymaganiach dla danej osoby. Konsorcjum Proximus w wyniku w/w wezwania zobowiązane było przeprowadzić porównanie wiedzy i doświadczenia, jakie są niezbędne dla uzyskania obydwu certyfikatów. Zdaniem Odwołującego nie zostało to przez Konsorcjum Proximus dokonane - w odpowiedzi Konsorcjum Proximus nie wskazało, jaką wiedzę i kompetencję należy posiadać dla uzyskania certyfikatów wymaganych przez Zamawiającego i w jakim zakresie pokrywa się ona z wiedzą i kompetencjami dla certyfikatów posiadanych przez specjalistów wskazanych przez Konsorcjum Proximus.

Wobec faktu, że Konsorcjum Proximus - na wezwanie Zamawiającego - nie wykazał równoważności, to Zamawiający zobowiązany był do wezwania Konsorcjum Proximus do uzupełnienia Wykazu osób w tym zakresie. Tymczasem Zamawiający zaniechał takiego wezwania.

45

Odwołujący, działając z ostrożności procesowej, wobec braku informacji od Zamawiającego co do załączników do pism wykonawców, podnosi, że Konsorcjum Proximus powinno zostać wykluczone z postępowania ze względu na nieuzupełnienie dokumentów wskazanych w wezwaniach Zamawiającego do uzupełnienia z dnia 15.04.2016r. i 20.05.2016r., tj.:

- Wykazu osób dla Kierownika projektu, s Wykazu osób dla Głównego architekta systemu IT,
- Wykazu osób dla Analityków, Programistów, Wdrożeniowców, Specjalistów ds. migracji danych, Specjalistów ds. testów Brak prawidłowego uzupełnienia w/w dokumentów powinno skutkować wykluczeniem Konsorcjum Proximus z postępowania, wobec niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. [...]"

KIO 1512/16

W dniu 12 sierpnia 2016 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Signity Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, CROSS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, X-code Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (zwani dalej Konsorcjum Signity) wnieśli odwołanie względem czynności oceny wniosków.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez wykluczenie z udziału w Postępowaniu Odwołującego, mimo iż wykazał on spełnianie warunków udziału w Postępowaniu w brzmieniu takim jakie wynika z treści Ogłoszenia o wszczęciu Postępowania,
2. art. 51 ust. 1 Pzp przez zaproszenie do udziału w Postępowaniu wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w Postępowaniu, w szczególności w brzmieniu takim jakie wynika z Informacji z dnia 2 sierpnia 2016 roku,
3. art. 7 ust. 1 w związku z art. 51 ust. 1, 1a i 2 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców w Postępowaniu w zakresie czynności badania i oceny

46

wniosków, w konsekwencji czego zaproszono do udziału w Postępowaniu wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w Postępowaniu, tj. zaniechanie wykluczenia z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp,

wykonawców: Atos Polska S.A., wykonawców występujących wspólnie: S&T Services Polska Sp. z o.o. i NESS Czech s.r.o (dalej Konsorcjum S&T), OPTeam S.A.; IBM Polska Sp. z o.o.; wykonawców występujących wspólnie: Proximus SA i Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. (dalej Konsorcjum Proximus), pomimo iż wykonawcy ci nie wykazali spełniania warunków udziału w Postępowaniu,

4. art. 7 ust. 1 w związku z art. 48 ust. 2 pkt 6 Pzp przez różnicowanie i inne interpretowanie warunków udziału w Postępowaniu wobec poszczególnych wykonawców,

5. art. 7 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 4, a także § 1 ust. 5 Rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 roku Prezesa Rady Ministrów w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Rozporządzenie o dokumentach),

6. art. 26 ust. 3 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez wzywanie niektórych wykonawców do uzupełnienia dokumentu lub oświadczenia w stosunku do tego samego wykonawcy i tej samej informacji więcej niż jeden raz,

7. art. 7 ust.1 Pzp w zw. z art. 8 ust.1 ust.2 i ust.3 Pzp przez zaniechanie ujawnienia informacji nie zastrzeżonych przez wykonawców w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu, nawet jeżeli zawarte były one w zastrzeżonym jako stanowiącym tajemnicę przedsiębiorstwa dokumencie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności dopuszczenia do udziału w Postępowaniu zgodnie z Informacją z dnia 2 sierpnia 2016 roku, w tym unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w Postępowaniu,

2. udostępnienia Odwołującemu informacji nie zastrzeżonych przez wykonawców w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu tj. IBM Polska Sp. z o.o., nawet jeżeli zawarte były one w zastrzeżonym jako stanowiącym tajemnicę przedsiębiorstwa dokumencie,

47

3. unieważnienia czynności powtórnego wezwania do uzupełnienia wniosku w stosunku do wykonawców wskazanych w odwołaniu tj.: Atos Polska S.A., wykonawców występujących wspólnie: S&T Services Polska Sp. z o.o. i NESS Czech s.r.o (dalej Konsorcjum S&T), OPTeam S.A., IBM Polska Sp. z o.o., wykonawców występujących wspólnie: Proximus SA i Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. (dalej Konsorcjum Proximus) - i ich wykluczenie z udziału w Postępowaniu jako wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w Postępowaniu,

4. powtórzenie czynności badania wniosków zgodnie z treścią niniejszego odwołania wobec pozostałych wykonawców, w tym Odwołującego i dokonania oceny punktowej wniosków,

5. zaproszenie Odwołującego do udziału w Postępowaniu i złożenia oferty, jako wykonawcy spełniającego warunki udziału w Postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, m.in.:

„[...]”

I. Zarzut naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez wykluczenie z udziału w Postępowaniu odwołującego, mimo iż wykazał on spełnianie warunków udziału w Postępowaniu w brzmieniu takim, jakie wynika z treści Ogłoszenia o wszczęciu Postępowania.

Zgodnie z przepisami Pzp, Zamawiający ustanowił warunki udziału w Postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia. Wykonawcy chcący wziąć udział w Postępowaniu, zgodnie z postanowieniami ogłoszenia o wszczęciu Postępowania, musieli udowodnić Zamawiającemu między innymi, że wykonali w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, „co najmniej jeden projekt obejmujący dostawę i wdrożenie systemu informatycznego wspierającego obsługę klientów w przedsiębiorstwie sektora Utility.” Dalej, dla uniknięcia wątpliwości, Zamawiający w ogłoszeniu wskazał, że „przez system informatyczny wspierający obsługę klientów,

rozumie się system obejmujący co najmniej a) zarządzanie ofertą; b) realizację kampanii sprzedażowych i utrzymaniowych; c) przyjmowanie, rejestracja i zarządzanie obsługą zgłoszeń; d) ewidencja umów z klientami; e) obsługę windykacji." W zakres projektu obejmującego dostawę i wdrożenie systemu

48

informatycznego wspierającego obsługę klientów w przedsiębiorstwie sektora Utility, miało wchodzić: zaprojektowanie, budowa, wdrożenie systemu, jego integracja na poziomie sprzętowo - aplikacyjnym oraz integracja systemu z innymi systemami działającymi u zamawiającego, migracja danych z systemów eksploatowanych przez Zamawiającego, dostawa licencji i świadczenie usług utrzymaniowych.

W treści uzasadnienia Informacji o wynikach spełniania warunków udziału w Postępowaniu z dnia 2 sierpnia 2016 roku, Zamawiający w odniesieniu do Odwołującego wskazał, że wyklucza Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, z uwagi na fakt, iż nie udowodnił on, że „dostarczony i wdrożony przez niego system informatyczny wspierający obsługę klientów w przedsiębiorstwie sektora Utility realizuje procesy przyjmowania, rejestracji i zarządzania obsługą zgłoszeń oraz obsługi windykacji."

W pierwszej kolejności Odwołujący zwraca uwagę na interpretację warunków udziału określonych w ogłoszeniu. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego, co do którego Pzp nie przewiduje możliwości zadawania pytań na etapie ogłoszenia Postępowania. Nawet jeżeli jednak Odwołujący mógłby zadać pytanie dotyczące treści warunków udziału, to są one dla Odwołującego na tyle jasne i jednoznacznie interpretowalne, że nie było potrzeby prowadzenia w tym zakresie jakiegokolwiek korespondencji z Zamawiającym. Opierając się bowiem na literalnej, czyli podstawowej w systemie prawa, wykładni zapisu ogłoszenia Zamawiający oczekiwał w Postępowaniu udziału tylko tych wykonawców, którzy dostarczyli i wdrożyli system informatyczny wspierający obsługę klientów w przedsiębiorstwie sektora Utility. System referencyjny miał wspierać obsługę klientów, a jednocześnie miał być zintegrowany systemowo z innymi systemami działającymi już u zamawiającego oraz zasilony danymi z tych systemów, jednak z żadnego zapisu ogłoszenia nie wynika, że miał on realizować określone procesy, w szczególności, że miał jako dostarczony i wdrożony system realizować procesy przyjmowania, rejestracji i zarządzania obsługą zgłoszeń oraz obsługi windykacji. Wsparcie systemu informatycznego, zgodnie z zapisami ogłoszenia, miało obejmować przyjmowanie, rejestrację i zarządzanie obsługą zgłoszeń oraz obsługę windykacji, które jako procesy, czyli ciąg czynności mogłyby być realizowane w innych niż dostarczony i wdrożony system. Wymogiem natomiast była integracja sprzętowo - systemowa z takim systemem oraz zapewnienie migracji danych do wdrożonego systemu

49

informatycznego wspierającego obsługę klientów w przedsiębiorstwie sektora Utility. Nie sposób inaczej interpretować zapisu ogłoszenia, w szczególności zaś w sposób wskazany przez Zamawiającego w Informacji z dnia 2 sierpnia 2016 roku, jakoby referencyjny system miał realizować określone procesy, a nie jedynie być dla nich wsparciem. Gdyby bowiem rzeczywiście takie było oczekiwanie Zamawiającego od momentu wszczęcia Postępowania, to zapis dotyczący warunków udziału w Postępowaniu brzmiałby inaczej i wyraźnie wskazywałby nie „obejmowanie” wsparciem systemu informatycznego przyjmowania, rejestracji i zarządzania obsługą zgłoszeń oraz obsługi windykacji, ale „realizację” przez system tych procesów. Odwołując się chociażby do Słownika Języka Polskiego PWN, zaznaczyć należy, że pojęcia słów „wspierać” i „realizować” mają zupełnie różny zakres znaczeniowy. O ile bowiem wsparcie to inaczej udzielenie pomocy, o tyle realizacja oznacza wykonywanie określonego działania. Obejmować coś oznacza dotyczyć czegoś lub kogoś, zawierać, mieć w swoim składzie. Jeżeli natomiast mowa o procesie, to jest to szereg następujących po sobie i powiązanych przyczynowo określonych zmian. Przekładając takie rozumienie użytych przez Zamawiającego terminów na przedmiot referencyjnego wdrożenia i dostawy, zauważyć należy, że uzasadnienie wykluczenia

Odwołującego z Postępowania nie ma odzwierciedlenia w zapisach ogłoszenia. Wsparcie obsługi klienta przez system informatyczny niekoniecznie oznacza zatem realizację przez niego określonych procesów, na przykład procesu przyjmowania, rejestracji i zarządzania obsługą zgłoszeń oraz obsługi windykacji. Dodatkowo należy zauważyć, że wskazana przez Zamawiającego w Informacji „realizacja procesu” oznacza w praktyce wykonywanie szeregu czynności. Na przykład dla windykacji czynności te mogą obejmować już etap informowania klienta o braku zapłaty, wezwanie do zapłaty, wystawienie noty obciążeniowej i dalej informację o podjęciu kroków sądowych. Proces taki może być realizowany w jednym lub w kilku współpracujących systemach. Podobnie jeżeli chodzi o przyjmowanie, rejestrację i zarządzanie obsługą zgłoszeń.

Systemy informatyczne CRM, czyli takie, jakie są przedmiotem zamówienia w Postępowaniu, ale również którego dostawę i wdrożenie dla przedsiębiorstwa Utility miał udowodnić Odwołujący (z ang. Customer Relationship Management - zarządzanie relacjami z klientami) są to: aplikacje informatyczne, obejmujące swym zasięgiem metody, oprogramowanie i zwykłe możliwości Internetu umożliwiające, w

50

sposób uporządkowany, tworzenie pożądanых relacji z klientem¹. Są one zaawansowanymi oraz zintegrowanymi oprogramowaniami wspierającymi wszystkie elementy budowania oraz utrzymywania dobrych relacji z klientami. Obszar operacyjny CRM obejmuje te obszary, w których klient styka się z organizacją, automatyzuje procesy kontaktów klienta z firmą oraz optymalizuje sposoby komunikacji z klientami. Modele systemów CRM mogą być różne w zależności od przyjętej przez dane przedsiębiorstwo koncepcji, jednak w przeważającej większości systemy takie współpracują z innymi systemami dedykowanymi do danych czynności, dostarczając im przede wszystkim niezbędnych danych lub realizując część czynności w jakimś określonym procesie, które kontynuowane są w innym systemie informatycznym. Zatem, jeżeli Zamawiający w ogłoszeniu, w którym nie ma przecież szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, żądał jedynie udowodnienia wdrożenia i dostawy systemu informatycznego wspierającego obsługę klienta we wskazanych obszarach, to nie oznacza to tym samym, że żądał wykazania się dostawą i wdrożeniem systemu informatycznego realizującego procesy we wskazanych obszarach. Odwołujący zastrzega możliwość złożenia podczas rozprawy w KIO szczegółowej analizy specjalistycznej w zakresie systemów CRM. W dalszej kolejności należy zwrócić uwagę na dokument wystawiony przez odbiorcę referencyjnego systemu. W dniu 1 czerwca 2016 roku Zamawiający, posiadając już referencję i Odpowiedź Odwołującego z dnia 27 maja 2016 roku na pismo Zamawiającego (DZ/209/2016/W) z dnia 20 maja 2016 roku oraz dodatkowe materiały przedstawione przez Odwołującego w ramach ww. pisma Odwołującego z dnia 27 maja 2016 roku, w szczególności zaś protokół odbioru wdrożonego systemu z wyszczególnieniem listy wykonanych produktów, wystąpił dodatkowo do odbiorcy tego systemu z prośbą o potwierdzenie, że referencja dotyczy wdrożenia, a nie rozbudowy już istniejącego systemu informatycznego oraz potwierdzenie, że umowa będąca podstawą realizacji tych prac dotyczyła:

a) zaprojektowania i wdrożenia systemu klasy CRM;

¹ 1 Kolenba A., 2008. Systemy wspomagające kontakt przedsiębiorstwa z klientem (w:) Zarządzanie organizacjami w gospodarce opartej na wiedzy, (w:) B. Godziszewski (red.). Kluczowe relacje organizacji w gospodarce opartej na wiedzy, Wyd. Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa. Stowarzyszenie Wyższej Użyteczności "Dom Organizatora", Toruń, s. 312

51

b) wdrożony system obejmował: zarządzanie ofertą, realizację kampanii sprzedażowych i utrzymaniowych, przyjmowanie i zarządzanie obsługą zgłoszeń, ewidencję umów z klientami oraz obsługę windykacji.

Już samo sformułowanie pytania odbiega od zapisu ogłoszenia, które nie wymagało wykazania się pełnym wdrożeniem procesów w ramach systemu CRM (na przykład realizacja czy obsługa pełnego procesu windykacji), ale wykazania się dostawą i

wdrożeniem systemu informatycznego wspierającego obsługę klientów obejmującego min. zakres zarządzania ofertą, realizację kampanii sprzedażowych i utrzymaniowych, przyjmowanie i zarządzanie obsługą zgłoszeń, ewidencję umów z klientami oraz obsługę windykacji.

Warto w tym miejscu przypomnieć, zgodnie z ugruntowanym już orzecnictwem Izby, iż wszelkie wątpliwości interpretacyjne warunków udziału w Postępowaniu określone przez Zamawiającego powinny być interpretowane na korzyść wykonawcy. Potwierdził to chociażby wyrok KIO wydany pod sygnaturą KIO 1148/15 stwierdzając, iż cyt.: „Niedopuszczalnym jest w opinii Izby - co miało miejsce w niniejszym stanie faktycznym interpretowanie przez Zamawiającego postawionych wymagań na etapie złożonych ofert i odpowiednie dostosowanie przyjętej interpretacji pod poszczególnych wykonawców. Zamawiający najpierw precyzuje swoje wymaganie w sposób jasny i klarowny, a dopiero po ich sprecyzowaniu i określeniu w SIWZ bada złożone oferty w oparciu o postawione warunki, nie zaś odwrotnie.(...) Ponadto - co zostało już potwierdzone w orzecnictwie - jakiegokolwiek wątpliwości w interpretacji warunków i wymagań Zamawiającego postawionych w tym zakresie w SIWZ nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy, zatem nie mogą przesądzać o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem wykluczenie wykonawcy z postępowania za niespełnienie warunków udziału może nastąpić wyłącznie w oparciu o jasno brzmiące postanowienia ogłoszenia i SIWZ.” Warto też zwrócić uwagę na wyrok wydany pod sygn. KIO 68/16, cyt.: „Niejednokrotnie w orzecnictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazywano, że to Zamawiający odpowiada za właściwe i precyzyjne opisanie wymagań, uwzględniając wszelkie istotne dane, parametry. Wskazane warunki oraz wymagania są wiążące dla Zamawiającego i wykonawców w toku postępowania i tylko wobec jasnych i klarownych warunków i wymagań wprost wyrażonych w SIWZ można dokonać prawidłowej oceny ich spełniania. Na tej podstawie bowiem wykonawcy ustalają, czy

52

są w stanie przystąpić do postępowania, podejmują decyzję, o wzięciu bądź nie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem tylko przez pryzmat wymagań jasno określonych w SIWZ możliwe jest dokonanie badania i oceny złożonych ofert. Zatem niedopuszczalnym jest w opinii Izby - co miało miejsce w niniejszym stanie faktycznym - interpretowanie przez Zamawiającego postawionych wymagań na etapie złożonych ofert i odpowiednie dostosowanie przyjętej interpretacji pod poszczególnych wykonawców. Zamawiający najpierw precyzuje swoje wymaganie w sposób jasny i klarowny, a dopiero po ich sprecyzowaniu i określeniu w SIWZ bada złożone oferty w oparciu o postawione warunki, nie zaś odwrotnie.(...) Ponadto - co zostało już potwierdzone w orzecnictwie - jakiegokolwiek wątpliwości w interpretacji warunków i wymagań Zamawiającego postawionych w tym zakresie w SIWZ nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy, zatem nie mogą przesądzać o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem wykluczenie wykonawcy z postępowania za niespełnienie warunków udziału może nastąpić wyłącznie w oparciu o jasno brzmiące postanowienia ogłoszenia i SIWZ. (analogicznie wyrok KIO z dnia 18 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1148/15).”

Wykluczenie odwołującego z Postępowania stanowi zatem naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, gdyż został wykluczony, mimo iż wykazał spełnianie warunków w takim brzmieniu jakie wynikało z treści ogłoszenia.

II. Zarzuty naruszenia art. 51 ust. 1 Pzp art. 7 ust. 1 w związku z art. 51 ust. 1, 1a i 2 Pzp i w zw. art. 7 ust. 1 w związku z art. 48 ust. 2 pkt 6 Pzp oraz w zw. art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 4, a także § 1 ust. 5 Rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 roku Prezesa Rady Ministrów w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Rozporządzenie o dokumentach).

1. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 Pzp - zasadę równego traktowania wykonawców w Postępowaniu - nie tylko w chwili wykluczenia

Odwołującego, ale również w toku badania jego wniosku.
Zgodnie z postanowieniami ogłoszenia o wszczęciu Postępowania, we wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, w rubryce 14 wykazu wykonanych

53

projektów, Zamawiający oczekiwał od wykonawców wskazania odbiorcy/klienta i miejsca wdrożenia, wraz z podaniem danych kontaktowych osób reprezentujących podmiot, na rzecz którego wykonawca realizował lub realizuje zamówienie celem umożliwienia weryfikacji i potwierdzenia informacji przedstawianych przez wykonawcę w oświadczeniu. Uprawnienie do uzyskania informacji o wdrożeniu bezpośrednio od odbiorcy dostawy reguluje również § 1 ust. 5 Rozporządzenia o dokumentach.

W dniu 20 maja 2016 roku Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z wezwaniem do uzupełnienia wniosku w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w zakresie wykazu wykonanych projektów wraz z dowodami potwierdzającymi czy projekty zostały wykonane należycie, na potwierdzenie spełniania warunku III.2.3) pkt 1 ppkt 1 ogłoszenia. Wątpliwości Zamawiającego dotyczyły zakresu funkcjonalnego wdrożenia: uważał on, że wykazany system nie jest systemem wspierającym obsługę klienta w wymaganym w ogłoszeniu zakresie, mimo iż w wykazie Odwołujący zawarł wszystkie wymagane informacje dotyczące systemu przedstawił dokument potwierdzający jego należyte wykonanie. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący złożył dodatkowe dokumenty potwierdzające zakres wykonanych i odebranych prac i zakres funkcjonalny systemu oraz złożył wykaz w niezmienionej treści jeszcze raz. Mimo to, Zamawiający w dniu 1 czerwca 2016 roku zwrócił się bezpośrednio do odbiorcy systemu z pytaniami dotyczącymi systemu, również w zakresie, jaki wynikał z przedstawionych dokumentów, także tych wystawionych przez odbiorcę systemu. Jak wyżej zostało wskazane sama treść pytania „czy wdrożony system obejmował” zamiast „czy wdrożony system obejmował wsparcie w zakresie” była nieprecyzyjna i odbiegała od treści warunku udziału jaki został określony w ogłoszeniu. Według posiadanych informacji treść ogłoszenia z opisanym warunkiem udziału nie została odbiorcy systemu przedstawiona. Mimo iż Zamawiający uzyskał od tego odbiorcy informacje potwierdzające zarówno należyłą staranność wykonania zamówienia, jak i jego zakres funkcjonalny zgodny z ogłoszeniem, na podstawie tego dokumentu dokonał wykluczenia Odwołującego z Postępowania.

2. Zamawiający, w odniesieniu do wykazania warunków udziału w Postępowaniu w zakresie dostawy i wdrożenia systemu informatycznego wspierającego obsługę klientów w przedsiębiorstwie sektora Utility, zwracał się o wyjaśnienia do niektórych innych wykonawców.

54

W dniu 20 maja 2016 roku Zamawiający zwrócił się z na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp z wezwaniem do uzupełnienia wniosku do wykonawcy Accenture Sp. z o.o. w zakresie wykazu wykonanych projektów wraz z dowodami potwierdzającymi czy projekty zostały wykonane należycie na potwierdzenie spełniania warunku III.2.3) pkt 1 ppkt 1 ogłoszenia. Wezwanie, wobec braku przypisania projektom zamieszczonym w wykazie właściwości oznaczonej jako B5 - „obsługa windykacji”, dotyczyło uzupełnienia wniosku o projekty, które wspierają obsługę klienta w zakresie obsługi windykacji. Ponieważ Zamawiający stwierdził w piśmie, iż „wykaz nie zawiera projektu, który wspierałby obsługę klienta w zakresie przedstawionym w Ogłoszeniu, a tym samym Wniosek nie spełnia wymogów Ogłoszenia”, Odwołujący wnioskuję, że informacja o wspieraniu przez wdrożony system obsługi windykacji nie wynikała również z przedstawionych referencji dotyczących systemów i Zamawiający nie mógł potwierdzić zakresu wdrożenia w tej funkcjonalności w żaden sposób. W odpowiedzi wykonawca Accenture Sp. z o.o. złożył wyjaśnienia i uzupełnienie wniosku. Wobec złożenia wyjaśnień (mimo literalnego wezwania przez Zamawiającego do uzupełnienia wniosku w trybie art. 26 ust. 3 Pzp), uznać należy, że część wdrożeń wskazanych pierwotnie w wykazie pozostała niezmieniona, a jedynie uzupełniono wniosek o wpisanie w wykazie właściwości B5 - obsługa windykacji. Jak wynika

również z udostępnionej dokumentacji Postępowania, Zamawiający poprzestał badania wniosku Accenture Sp. z o. o. na takiej informacji i nie występował do odbiorcy systemu o potwierdzenie zakresu wdrożenia, chociaż uczynił tak w stosunku do Odwołującego po złożonych przez niego wyjaśnieniach i uzupełnieniu wniosku. W przypadku wykonawcy Accenture Sp. z o.o. Zamawiający zatem nie dopatrzył się konieczności dalszego ustalenia, czy wdrożenie jest zgodne z ogłoszeniem, mimo iż jak wynika z całokształtu dokumentacji, z referencji nie wynikała taka funkcjonalność, identycznie jak w przypadku Odwołującego, i wystarczającym dla Zamawiającego w tym przypadku było wyłącznie oświadczenie wykonawcy Accenture Sp. z o.o.

3. W dniu 15 kwietnia 2016 roku Zamawiający zwrócił się na podstawie art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp z wezwaniem do uzupełnienia wniosku i złożenia wyjaśnień w stosunku do wykonawcy IBM Polska Sp. z o.o. (pkt 13 wezwania), w związku z tym, iż wykonawca ten pozostawił część rubryk wykazu wdrożeń niewypełnionych. W szczególności nie wskazał on procesów realizowanych przez referencyjne systemy, zakresu prac, wartości systemów i liczby użytkowników. Zamawiający wskazał w

55

wezwanu, iż brak tych informacji uniemożliwia mu pełną ocenę wniosku, a zatem informacje te nie wynikały również z referencji potwierdzających należyte wykonanie tych projektów. Wykonawca ten nie był wzywany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie umowy. Ponieważ ta część wniosku IBM Polska Sp. z o.o., jak i wyjaśnienia i uzupełnienia jej dotyczące, pozostały tajemnicą przedsiębiorstwa, Odwołujący może jedynie przypuszczać, że wykonawca IBM Polska Sp. z o.o. złożył wyjaśnienia we wskazanym zakresie lub uzupełnił wniosek o nową wersję wykazu zawierającą pierwotnie brakujące informacje. W tym przypadku Zamawiający również uznał, że wystarczającym jest oświadczenie wykonawcy, nawet jeżeli z dokumentu referencji nie wynikała informacja ani o funkcjonalnościach (wszystkich) wdrożonych systemów, ani ich wartość ani liczba obsługiwanych Użytkowników, mimo iż informacje te decydowały o dalszym udziale wykonawcy w Postępowaniu. W tym przypadku również wykaz nie budził wątpliwości Zamawiającego, nawet jeżeli nie miał potwierdzenia w referencji, (dalsze zarzuty dotyczące wniosku ATOS Polska S.A. - por. pkt.6 - pkt. 8 poniżej).

4. W dniu 15 kwietnia 2016 roku Zamawiający zwrócił się także do wykonawcy Atos Polska SA w pierwszej kolejności trybie art. 26 ust. 4 Pzp o wyjaśnienie, czy projekt wskazany w wykazie zrealizowanych zamówień spełnia warunki stawiane w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia zamieszczone w ogłoszeniu w pkt III.2.3) ppkt 1 a i b, czyli w zakresie podstawowy dla uznania czy dany wykonawca może być zakwalifikowany do dalszego udziału w Postępowaniu. Zamawiający wskazał, że z przedstawionych dowodów nie wynika, że wykazany projekt obejmował dostawę i wdrożenie systemu informatycznego. Dopiero w sytuacji, gdy Atos Polska SA nie mógłby tego wykazać poprzez wyjaśnienie - przedstawienie dowodu potwierdzającego spełnianie warunku, Zamawiający wzywał tego wykonawcę do uzupełnienia wniosku w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. W tym przypadku zatem Zamawiający zastosował jeszcze inną, dalece korzystniejszą dla wykonawcy Atos Polska SA możliwość wynikającą z przepisów. Podczas gdy Odwołujący wzywany był w tym samym zakresie od razu do uzupełnienia wniosku, a o możliwość uznania, że może złożyć również wyjaśnienia musiał walczyć poprzez złożenie odrębnego pisma i odwołania, inny wykonawca wzywany był w pierwszej kolejności do złożenia wyjaśnień. Również w tym zakresie, chociaż wątpliwość Zamawiającego, jak rozumie Odwołujący, powstała na skutek informacji zawartych w wykazie i treści dowodów potwierdzających należyte wykonanie - analogicznie jak w przypadku Odwołującego -

56

Zamawiający nie wystąpił z dodatkowym pytaniem do odbiorcy systemu referencyjnego, a poprzestał na informacjach od wykonawcy. Należy podkreślić istotną różnicę w formułowaniu przez Zamawiającego wezwań do wyjaśnień i wezwań do uzupełnień, a także diametralnie różnych odpowiedzi. O ile bowiem wezwanie do uzupełnienia wiąże się ze złożeniem nowych dokumentów, często

również pochodzących od podmiotów trzecich, o tyle wyjaśnienia, w szczególności na tak sformułowane wezwanie Zamawiającego, jak w piśmie do Atos Polska SA z dnia 15 kwietnia 2016 roku, mogłyby się ograniczyć do twierdzenia tego wykonawcy w brzmieniu „Potwierdzamy, że wskazany projekt obejmuje dostawę i wdrożenie systemu informatycznego”

W tym samym piśmie Zamawiający wezwał również Atos Polska SA do wyjaśnienia, czy projekt wskazany w wykazie zrealizowanych zamówień został zakończony należytem wdrożeniem, gdyż nie wynika to z przedłożonego dokumentu. W tym samym zakresie, w przypadku Odwołującego, Zamawiający zadał pytanie bezpośrednio do odbiorcy referencyjnego systemu. Nie tylko należy w tym przypadku zwrócić uwagę na jawne naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, ale również brak podstaw do zadawania takiego pytania wykonawcy posługującemu się referencją, który nie jest ani podmiotem uprawnionym do stwierdzenia, czy wdrożenie zostało wykonane należyście, ani nie jest zainteresowany udzieleniem innej odpowiedzi, niż potwierdzająca należyte wykonanie. Odwołujący zwraca tu uwagę na treść Rozporządzenia o dokumentach, które wprost wskazuje, że w zakresie należytego wykonania dostawy, usługi czy roboty budowlanej jedynym podmiotem, który może w sposób wiążący się wypowiedzieć jest podmiot odbierający przedmiot zamówienia. Dopiero, gdy z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia od odbiorcy przedmiotu zamówienia, może złożyć własne oświadczenie. Nie zmienia to faktu, że w przypadku wątpliwości w tym zakresie Zamawiający powinien nie dopytywać wykonawcy realizującego zamówienie, ale odbiorcy przedmiotu zamówienia, (dalsze zarzuty dotyczące wniosku ATOS Polska S.A. - por. pkt.6 - pkt. 8 poniżej). Odwołujący nie sprzeciwia się co do zasady występowaniu Zamawiającego o dodatkowe informacje do odbiorców referencyjnych systemów, jednak stoi na stanowisku, iż biorąc pod uwagę przepis art. 7 ust. 1 Pzp, zastosowanie tak głębokiej procedury badania wniosku w stosunku tylko do jednego wykonawcy, nie mieści się

57

w granicach równego traktowania wykonawców biorących udział w Postępowaniu.

Wszyscy wykonawcy zobowiązani byli podać dane kontaktowe osób reprezentujących podmiot, a zatem Zamawiający godził się na ewentualne przedłużenie procedury przetargowej i przewidywał podjęcie takich kroków. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł Sąd Okręgowy w Bydgoszczy (postanowienie z 17 marca 2008 r., VIII Ga 22/08), oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez preferowania jednych i dyskryminowania innych wykonawców ze względu na ich właściwości.

Przestrzeganie tej zasady polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców (zob. też wyrok KIO 2272/12, KIO 2333/12, KIO 2349/12, KIO 2350/12). Nierówne traktowanie wykonawców przejawia się przede wszystkim w odmiennej ocenie tych samych faktów lub w wyciąganiu różnych następstw z takich samych okoliczności (zob. wyrok KIO 589/13). Natomiast Zamawiający w analogicznych sytuacjach w Postępowaniu różnie potraktował wykonawców: W jednej sytuacji poprzestał na oświadczeniu wykonawcy złożonym w wykazie i jego ewentualnych wyjaśnieniach, podczas gdy w innej wyjaśnienia takie nie były wystarczające, chociaż były spójne i potwierdzały spełnianie warunków udziału. Dodatkowo Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców formułując pytanie do odbiorcy systemu, które nie odnosiło się do literalnego brzmienia warunków udziału określonych w ogłoszeniu, i mimo iż podmiot ten potwierdził, iż referencyjny system informatyczny wspiera obsługę klienta przedsiębiorstwa sektora Utility w każdym wymaganym w ogłoszeniu zakresie, zmienił w stosunku do tego wykonawcy wymagania i wykluczył go zarzucając niespełnianie nieokreślonych w ogłoszeniu warunków.

W tym miejscu Odwołujący, nawiązując do zarzutu opisanego w pkt 1 odwołania, wskazuje, że wobec wykluczenia Odwołującego z uwagi na niewykazanie się realizacją przez referencyjny system procesu windykacji oraz realizacją procesu przyjmowania, rejestracji i zarządzania obsługą zgłoszeń, w kontekście zapisów

ogłoszenia o wymogu wsparcia przez system obsługi klienta przedsiębiorstwa sektora Utility, Zamawiający nie dokonał badania pozostałych wykonawców biorących udział w Postępowaniu pod takim kątem. W szczególności treść wezwań do tych wykonawców nie wskazuje, iż któregośkolwiek z nich Zamawiający zapytał, czy system potwierdzający spełnianie warunków udziału w Postępowaniu realizuje

58

proces obsługi windykacji i czy jest on realizowany w całości w tym systemie. Podobnie w przypadku procesów przyjmowania, rejestracji i zarządzania obsługą zgłoszeń. Na jakiej zatem podstawie Zamawiający wywiódł, że pozostali wykonawcy spełniają warunki udziału w tym zakresie? Jeżeli zapis ogłoszenia czytać literalnie, a wydaje się, że wszyscy wykonawcy mogli go odczytać w podobny sposób jak Odwołujący w kontekście charakterystyki systemów CRM, to wystarczającym było wykazanie, że wdrożony system co najmniej wspiera obsługę określonych procesów zachodzących w przedsiębiorstwie. Jeżeli natomiast Zamawiający twierdzi teraz, że za system potwierdzający spełnianie warunków udziału w Postępowaniu uznaje jedynie system, który realizuje procesy (i to realizuje je w całości, na przykład w przypadku windykacji nie korzysta z innego narzędzia), to pod takim kątem powinien zbadać doświadczenie wykonawców. Tak jak uczynił to w przypadku Odwołującego i tak jak nakazuje zasada równego traktowania wykonawców w Postępowaniu wynikająca z art. 7 ust. 1 Pzp. Jednocześnie, co istotne, w przypadku wykonawców wykazujących się niezależnymi referencjami dla systemu CRM i systemu bilingowego, wykonawca ten powinien, zgodnie z rozumowaniem Zamawiającego, wykazać niezależne od siebie realizowanie przez te systemy pełnego procesu obsługi windykacji oraz procesów przyjmowania, rejestracji i zarządzania obsługą zgłoszeń.

5. Odwołujący wskazuje również, że Zamawiający nie przeprowadził badania wykonawców występujących wspólnie: S&T Services Polska Sp. z o.o. i NESS Czech s.r.o. (zwanego dalej . konsorcjum S&T), w sposób potwierdzający równe traktowanie wykonawców biorących udział w Postępowaniu. Co prawda zaniechanie w tym zakresie odnosi się do wykazania spełniania warunku w zakresie potencjału finansowo - ekonomicznego, jednak zauważyć należy powtarzającą się prawidłowość w działaniu Zamawiającego. Zgodnie z wymogami ogłoszenia Zamawiający oczekiwał, że wykonawcy wykażą się posiadaniem środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 30 mln zł. Na potwierdzenie tego faktu wykonawcy mieli złożyć opinie z banku prowadzącego rachunek bankowy. Konsorcjum S&T złożyło we wniosku stosowne oświadczenie i dołączyło wymagane dokumenty: opinię z Allior Bank SA oraz opinię z Banku Millenium SA. Pierwsza opinia wskazywała na posiadanie przez konsorcjum S&T kredytu w podstawowym rachunku bieżącym w wysokości 20 mln zł (bez wskazania stopnia jego wykorzystania) i środki finansowe w wysokości ok 1.200.000 zł, a druga opinia

59

wskazywała na zgromadzone środki finansowe na poszczególnych rachunkach bankowych w Banku Millenium SA. Jednocześnie z tej opinii wynikało, że wszystkie z rachunków są obciążone zajęciem egzekucyjnym. W dniu 15 kwietnia 2016 roku Zamawiający wystąpił do konsorcjum S&T z wnioskiem o wyjaśnienie w trybie art. 26 ust. 4 Pzp czy rachunki bankowe w tym banku są obciążone zajęciem egzekucyjnym (Część II pkt 1 wezwania), na co konsorcjum S&T udzieliło jednozdaniowej odpowiedzi informującej, że rachunki te nie są obciążone zajęciem egzekucyjnym. Zamawiający nie prowadził dalszych wyjaśnień w tym zakresie, w szczególności nie zwrócił się do banku wystawiającego opinię, by wyjaśnić dlaczego w treści wystawionego przez niego dokumentu znalazła się informacja o zajęciu rachunków. Ustalenie tego faktu ma istotne znaczenie dla dalszego uczestnictwa konsorcjum S&T w Postępowaniu, gdyż środki wykazane na rachunku bankowym Allior Bank nie są wystarczające dla spełnienia warunku. Również w przypadku tego wykonawcy Zamawiający poprzestał na oświadczeniu wykonawcy, chociaż jest ono w rażącej sprzeczności z dokumentem pochodzącym od podmiotu trzeciego i to dokumentem, który ma potwierdzać spełnianie warunku udziału w Postępowaniu.

6. Odwołujący podnosi, że Zamawiający zaniechał prawidłowego i kompleksowego badania wniosku złożonego przez wykonawcę Atos Polska SA, przez co nie jest w stanie stwierdzić, czy wykonawca ten wykazał spełnianie warunków udziału w Postępowaniu.

W pkt 12 wniosku, wykonawca Atos Polska SA (dalej Atos) wskazał, że posiada środki finansowe w kwocie nie niższej niż 24.069.768,05 zł. Z uwagi na wymóg posiadania środków lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 30 mln zł, Atos wskazał, że środki finansowe w kwocie nie mniejszej niż 15.166.468,70 zł zostaną mu udostępnione przez Atos IT Services sp. z o.o. Łącznie zatem Atos mógłby dysponować środkami finansowymi w kwocie wyższej niż wymagana przez Zamawiającego.

Na dowód udostępnienia zdolności finansowej i ekonomicznej przez Atos IT Services Sp. z o.o. Atos złożył wraz z wnioskiem zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów w trakcie realizacji zamówienia oraz opinie bankowe Atos i Atos IT Services Sp. z o.o. Odwołujący stwierdza jednak, że Atos nie udowodnił, a tego wymagają przepisy Pzp oraz treść ogłoszenia, że będzie udostępnionym potencjałem dysponował. W pierwszej kolejności Odwołujący zwraca

60

uwagę, że w zobowiązaniu złożonym przez Atos IT Services Sp. z o.o. brak jest wskazania tego, czego wymagał Zamawiający zgodnie z ogłoszeniem, a mianowicie oświadczenia Wykonawcy w zakresie informacji dotyczących:

- a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia;
- c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem;
- d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Jedyne przedstawione przez Atos informacje dotyczące wyżej wskazanego zakresu zawarte są w tabeli w pkt 14 wniosku i ograniczają się do stwierdzenia, że Atos IT Services Sp. z o.o. udostępni wskazane zasoby finansowe i ekonomiczne oraz uczyni to na podstawie umowy cywilnoprawnej, a także że nie będzie brał udziału w realizacji przedmiotu zamówienia. W szczególności brak jest wskazania sposobu wykorzystania przez Atos udostępnionych zasobów. Niewystarczającym jest również wskazanie, że udostępnienie to nastąpi na podstawie umowy cywilnoprawnej.

Umowy cywilnoprawne to zarówno umowy nazwane, jak i nienazwane, regulowane przede wszystkim przez kodeks cywilny. Mnogość możliwości zawarcia umowy, która mieści się w katalogu „umowy cywilnoprawne”, wymusza dla potrzeb udowodnienia rzeczywistego dysponowania potencjałem udostępnionym przez podmiot trzeci, większej precyzji. Określenie charakteru stosunku, jaki będzie łączył Atos z Atos IT Services Sp. z o.o. będzie miało wpływ na informację o sposobie wykorzystania zasobów. W tym przypadku umową cywilnoprawną będzie zarówno umowa pożyczki, przystąpienie do spółki, podwyższenie kapitału, umowa finansowania realizacji zamówienia czy też udział we wniesieniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Dodatkowo, zgodnie z wymogami prawa, Atos dołączył do wniosku zobowiązanie Atos IT Services Sp. z o.o. z którego wynikają identyczne informacje, jak z oświadczenia Atos z pkt 14 wniosku.

Zakwestionować należy realność złożonego zobowiązania do udostępnienia zasobów ekonomiczno - finansowych. Przede wszystkim wysokość udostępnionych zasobów jest całością środków finansowych posiadanych przez Atos IT Services Sp. z o.o. na rachunku bankowym. Ani Atos, ani Atos IT Services Sp. z o.o. nie przedstawili chociażby potwierdzenia dokonania blokady środków w tej wysokości na

61

wskazanych rachunku bankowym. Jeżeli środki te, na dzień składania wniosków, mają potwierdzać posiadanie określonej sytuacji finansowej Atos, a na przyszłość - w przypadku wyboru oferty Atos jako najkorzystniejszej, zapewniać realną możliwość roszczenia Atos w stosunku do Atos IT Services Sp. z o.o. o wypłatę tych środków i

to dokładnie w takiej wysokości, to środki te powinny zostać zabezpieczone, chociażby poprzez ich blokadę na rachunku bankowym, albo przelew na inny rachunek niż bieżący rachunek spółki prowadzącej działalność gospodarczą. Atos nie wykazał, że nie jest to jedyny rachunek bankowy Atos IT Services Sp. z o.o. i podmiot ten posiada inne środki na prowadzenie własnej działalności gospodarczej. Brak takich informacji czyni zobowiązanie do udostępnienia zasobów ekonomiczno-finansowych nierealnym i poczynionym wyłącznie dla pozornego wykazania odpowiedniego potencjału, i jest przejawem jedynie niesprecyzowanej intencji. Trudno bowiem wyobrazić sobie, że Atos IT Services Sp. z o.o. od dnia 5 stycznia 2016 roku nie skorzystało z wskazanych środków finansowych i że nie skorzysta z nich co najmniej do czasu rozstrzygnięcia Postępowania. Zauważyć należy, że brak jest również wskazania okresu, na jaki udostępnienie to nastąpi, zarówno w oświadczeniu Atos, jak i zobowiązaniu Atos IT Services Sp. z o.o. Stanowisko Odwołującego znajduje poparcie w orzecznictwie KIO. Chociażby wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 2480/12 „Zadaniem wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia jest wykazanie, że ma dostęp do źródeł finansowania, które umożliwią mu poniesienie kosztów realizacji zamówienia do czasu otrzymania wynagrodzenia od Zamawiającego. Chodzi zatem o realny dostęp do środków finansowych przeznaczonych na sfinansowanie konkretnego zamówienia.” Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 25 kwietnia 2016 roku, KIO 526/16, stwierdzono że „przepis art. 26 ust. 2b p.z.p. nie określa minimalnej treści zobowiązania do oddania do dyspozycji wykonawcy określonych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, jednak formułuje konieczność udowodnienia zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Zobowiązanie, aby mogło być uznane za dowód udostępnienia zasobów, musi być w praktyce wykonalne oraz na tyle precyzyjne i szczegółowe, aby dawało zamawiającemu pewność co do tego, że zamówienie zostanie udzielone wykonawcy rzeczywiście, a nie jedynie formalnie, spełniającemu warunki udziału w postępowaniu”. „Wymagane udowodnienie udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci winno służyć wykazaniu realności takiego udostępnienia, tj. udowodnieniu

62

faktu, iż przez cały okres realizacji zamówienia wykonawca będzie udostępnionym potencjałem i zasobami rzeczywiście dysponował i mógł je wykorzystać. Wykazanie to następuje przy wykorzystaniu dowolnych środków dowodowych, w tym przy pomocy wskazanego przykładowo w treści ww. przepisu („w szczególności”) pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego. Wykonawca winien więc dowodzić wszelkich okoliczności świadczących nie tylko o tym, iż sam fakt udostępnienia zasobów formalnie miał miejsce, ale także okoliczności pozwalających stwierdzić, iż udostępnienie to jest realne, wystarczające i adekwatne dla oceny spełniania danych warunków udziału w postępowaniu, a więc czy w ten sposób zwiększa szansę wyłonienia wiarygodnego wykonawcy dającego podwyższoną rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej 20 lipca 2015r KIO 1439/15).

7. Analogiczny zarzut Odwołujący stawia w zakresie udostępnionego Atos przez podmioty trzecie potencjału potwierdzającego wiedzę i doświadczenie. Zgodnie z pkt 13 wniosku w tym zakresie Atos korzysta z wiedzy i doświadczenia Atos Italy S.p.A, Energy4U GmbH, AtosTurkey, Atos Belgium. Podobnie jak w przypadku potencjału ekonomiczno-finansowego, wykonawca miał złożyć oświadczenie w zakresie informacji dotyczących:

- a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;
 - b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia;
 - c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem;
 - d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia,
- a także złożyć zobowiązanie podmiotów trzecich do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów w trakcie realizacji zamówienia. Identycznie również jak w przypadku wyżej opisanym, Atos wskazał jedynie ogólne informacje dotyczące doświadczenia w określonych wdrożeniach, udostępnieniu potencjału na podstawie umów cywilnoprawnych oraz braku udziału tych podmiotów w realizacji zamówienia.

Na marginesie Odwołujący wskazuje, że w tabeli w pkt 14 wniosku Atos nie złożył żadnego oświadczenia odnośnie Atos Italy S.p.A w zakresie sposobu wykorzystania zasobów tego podmiotu, charakteru stosunku, jaki będzie łączył te podmioty, a także zakresu i okresu udziału tego podmiotu w realizacji przedmiotu zamówienia.

63

Zamawiający w tym zakresie nie dokonywał wezwania do wyjaśnienia, ani też uzupełnienia.

Podobnie zatem jak w przypadku udostępnienia potencjału ekonomiczno - finansowego, Atos nie złożył wniosku zgodnie z wymogami postawionymi przez Zamawiającego, ale również nie wykazał, że potencjałem tym będzie realnie dysponować w okresie realizacji zamówienia, a w szczególności zaznaczył, że podmioty trzecie nie będą uczestniczyć w realizacji zamówienia.

8. Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 Pzp poprzez dwukrotne wezwanie Atos do uzupełnienia wniosku w tym samym zakresie, podczas gdy zgodnie z przepisem oraz wykonawcy do utrwalonym orzecznictwem

KIO, uprawnienie do wezwania

uzupełnienia wniosku lub oferty o błędne dokumenty może być zastosowane jednokrotnie.

W dniu 15 kwietnia 2016 roku Zamawiający wezwał Atos w trybie art. 26 ust. 3 oraz art. 26 ust. 4 Pzp do uzupełnienia i wyjaśnienia wniosku złożonego w Postępowaniu. W części I wezwania Zamawiający w sposób jednoznaczny wzywał wykonawcę do uzupełnienia wniosku o, w jego odczuciu, brakujące dokumenty. W części II i III pisma natomiast oczekiwał od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, a jeżeli wykonawca nie będzie w stanie wykazać w tym trybie informacji w żądanym przez Zamawiającego zakresie, to Zamawiający wzywał do uzupełnienia wniosku w trybie art. 26 ust. 3 Pzp (w części III tylko we wskazanych wyraźnie miejscach wezwania).

W części III pisma w pkt 2 ppkt 1, 3 i 4, dotyczących Programistów, Zamawiający prosił o wyjaśnienie, w ramach jakiego projektu wdrożonego na potrzeby PGE SA, wskazane osoby zdobyły doświadczenie niezbędne do spełnienia wymogów ogłoszenia, gdyż według wiedzy Zamawiającego wskazane wdrożenie nie miało miejsca. Dalej Zamawiający w odniesieniu do tego punktu wezwania wskazał, że w przypadku, gdy Atos nie jest w stanie potwierdzić wymaganych informacji dotyczących osób, to Zamawiający wzywa go do uzupełnienia wniosku w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w zakresie potwierdzenia, że dysponuje on 16 Programistami o wskazanych kwalifikacjach i doświadczeniu.

Jak wynika z dokumentacji, Atos złożył wyjaśnienia w zakresie wskazanych powyżej trzech osób, iż wdrożenie w rzeczywistości nie dotyczyło PGE SA, a PGE Systemy SA.

64

W dniu 9 maja 2016 roku Zamawiający wezwał Atos w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia wniosku o 3 Programistów zdolnych do wykonania zamówienia, gdyż wskazane osoby, co do których Zamawiający prowadził wyjaśnienia na podstawie wezwania z dnia 15 kwietnia 2016 roku, nie mają doświadczenia wymaganego ogłoszeniem. Wskazany projekt realizowany przez nie na rzecz PGE Systemy SA nie obejmował bowiem wdrożenia systemu informatycznego klasy ERP lub bilingowego lub CRM, a jedynie jego utrzymanie. Sam system był bowiem dostarczony i wdrożony przez poprzedniego wykonawcę.

Odwołujący zauważa, że w odniesieniu do tych samych osób jest to drugie wezwanie Atos do uzupełnienia wniosku. Pierwsze wezwanie wskazywało jednoznacznie, że jeżeli Atos nie będzie w stanie potwierdzić doświadczenia tych osób to ma uzupełnić wniosek w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Nie ma możliwości, by Atos dysponując własnym zasobem osobowym, nie znał przedmiotu realizowanych usług. Już w chwili pierwszego wezwania powinien był uznać, że nie jest w stanie potwierdzić doświadczenia tych osób i winien był wniosek uzupełnić o trzech innych programistów o określonych kwalifikacjach i doświadczeniu. Ponieważ tego nie

uczynił, Zamawiający winien uznać, że Atos nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu w zakresie zasobów ludzkich i wykluczyć go z Postępowania tak, jak wykluczył Odwołującego. Tymczasem Zamawiający błędnie zastosował kolejny raz w stosunku do tych samych osób i z tych samych przyczyn możliwość dobrodziejstwa, jakie niesie ze sobą art. 26 ust. 3 Pzp. Ta sama konkluzja Zamawiającego o stwierdzeniu, że Atos nie wykazał, że dysponuje zespołem 16 programistów spełniających wymagania ogłoszenia pojawiała się zarówno w wezwaniu z dnia 15 kwietnia 2016 roku, jak i z 9 maja 2016 roku, co jest wystarczającym potwierdzeniem, że Zamawiający nadużył przepisu art. 26 ust. 3 Pzp. Odwołujący podkreśla, że zarówno art. 26 ust. 3 Pzp, jak i art. 26 ust. 4 Pzp mają różne cele i nie można ich stosować zastępczo. W szczególności łamaniem prawa jest uznawanie, że art. 26 ust. 4 Pzp stanowiłby furtkę dla wykonawców do obchodzenia przepisów prawa. Zwracamy uwagę również na fakt, że w każdym z wezwań Zamawiający bardzo precyzyjnie określił, jakich czynności od wykonawców oczekuje i nie sposób uznać, że z wezwania z dnia 15 kwietnia 2016 roku można by wywnioskować, że należało przedstawić tylko wyjaśnienia, nawet jeżeli z założenia nie potwierdzałyby one spełniania warunków, a potem oczekiwać wezwania do uzupełnienia wniosku w tym samym zakresie. Zakres wymagań Zamawiającego co

65

do osób, ich doświadczeń, kompetencji, wiedzy i umiejętności był znany na etapie ogłoszenia o wszczęciu Postępowania. Wyjaśnianie doświadczenia, chociaż obiektywnie i jednoznacznie jest ono niezgodne z wymaganiami Zamawiającego, zamiast uzupełnienia wniosku o osoby posiadające właściwe doświadczenie nie uprawnia Zamawiającego do ponownego zastosowania względem Atos art. 26 ust. 3 Pzp. W tym miejscu Odwołujący wskazuje również na stanowisko Zamawiającego wyrażone w piśmie z dnia 21 kwietnia 2016 roku w stosunku do innego wykonawcy - Asseco SA - który to wykonawca wskazywał, że wezwanie jakie otrzymał zarówno do wyjaśnienia, jak i uzupełnienia wniosku, powinno być ograniczone do wezwania o wyjaśnienie na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, a dopiero w konsekwencji wyjaśnień ewentualnie Zamawiający powinien wezwać do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Zamawiający odpowiadając na to pismo odpisał m.in., cyt.: „Nie zgadzamy się z tezą, że w przypadku wątpliwości dotyczących złożonych dokumentów lub oświadczeń, Zamawiający w pierw ma obowiązek tylko i wyłącznie żądać wyjaśnień i nie może wszcząć procedury dotyczącej uzupełniania dokumentów/oświadczeń na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Taka interpretacja jest sprzeczna z literalnym brzmieniem przepisów ustawy Pzp i Zamawiający, jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w granicach przepisów prawa samodzielnie dokonuje oceny złożonych dokumentów lub oświadczeń i na ich podstawie wybiera odpowiednie narzędzia wskazane w ustawie Pzp.” Zamawiający wskazał również, że „Wskazanie w piśmie zarówno przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jak również art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie powinno być interpretowane w oderwaniu od reszty treści naszego pisma.” Konsekwentnie zatem Zamawiający, w sytuacji, w której Atos zamiast wskazać inne osoby złożył wyjaśnienia wiedząc, że doświadczenie tych osób nie jest zgodne z ogłoszeniem, nie powinien być wzywany ponownie do uzupełnienia wniosku, gdyż Zamawiający jednocześnie żądał wyjaśnień i wszczął procedurę uzupełniania. Odwołujący wskazuje również na wyjaśnienie zawarte w Informacji z 2 sierpnia 2016 roku: „Zamawiający nie może wezwać (...) do uzupełnienia swojego Wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, ponieważ taką czynność zamawiający może wykonać tylko raz. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy Pzp stanowi, iż brak uzupełnienia wymaganego doświadczenia lub dokumentu na wezwanie Zamawiającego skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania - wyrok KIO z dnia 28 stycznia 2010 roku (sygn. akt KiO/UZP/1847/09).” Takie uzasadnienie wykluczenia Odwołującego, podczas gdy w

66

stosunku do Atos wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp jest powtarzane, stanowi bezsprzecznie o łamaniu przez Zamawiającego prawa i stosowaniu różnych zasad oceny tych samych sytuacji.

9. Podobnie Zamawiający zachował się w stosunku do wykonawcy OPTeam SA, czym również naruszył zasadę jednokrotnego wzywania wykonawców do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń.

W dniu 15 kwietnia 2016 roku Zamawiający wezwał OPTeam SA w trybie art. 26 ust. 3 oraz art. 26 Ust. 4 Pzp do uzupełnienia i wyjaśnienia wniosku złożonego w Postępowaniu. W części I wezwania Zamawiający wzywał wykonawcę wyjaśnienia informacji dotyczących doświadczenia i kwalifikacji poszczególnych osób wskazanych jako zasób tego wykonawcy. W pkt 3 tej części wezwania dotyczącej analityków, Zamawiający prosił o wyjaśnienie doświadczeń tych osób, gdyż zostało ono wskazane przez wykonawcę albo w sposób niejednoznaczny, albo zbyt ogólny i tym samym uniemożliwiający rzeczywiste określenie posiadanego doświadczenia. Dalej Zamawiający, w odniesieniu do tego punktu wezwania, wskazał, że w przypadku gdy OPTeam SA nie jest w stanie potwierdzić wymaganych informacji dotyczących osób, to Zamawiający wzywa go do uzupełnienia wniosku w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w zakresie potwierdzenia, że dysponuje on minimum dwunastoma analitykami o wskazanych kwalifikacjach i doświadczeniu.

Jak wynika z dokumentacji, w szczególności zaś z treści pisma Zamawiającego z dnia 9 maja 2016 roku, OPTeam SA złożył wyjaśnienia, ale jedynie w odniesieniu do części wskazanych osób. OPTeam SA nie uzupełnił również wniosku o inne osoby spełniające warunki.

W dniu 9 maja 2016 roku Zamawiający wezwał OPTeam SA w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia wniosku o co najmniej dwie osoby mające pełnić funkcję analityka, gdyż wykonawca ten nie złożył wyjaśnień odnośnie tych osób w wyznaczonym terminie, a tym samym nie wykazał spełnienia warunku dla tych osób określonego w ogłoszeniu.

Odwołujący zauważa, że w odniesieniu do tych samych osób jest to drugie wezwanie OPTeam SA do uzupełnienia wniosku. Pierwsze wezwanie wskazywało jednoznacznie, że jeżeli OPTeam SA nie będzie w stanie potwierdzić doświadczenia tych osób, ma uzupełnić wniosek w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Nie ma możliwości, by OPTeam SA dysponując własnym zasobem osobowym, nie znał przedmiotu i

67

zakresu realizowanych usług. Już w chwili pierwszego wezwania powinien był uznać, że nie jest w stanie potwierdzić doświadczenia tych osób i winien był wniosek uzupełnić, zgodnie z wezwaniem Zamawiającego. Podkreślenia wymaga, że OPTeam SA zarówno nie złożył wyjaśnień, jak i nie uzupełnił wniosku - nie wykonał zatem żadnej z czynności, do której został przez Zamawiającego wezwany w dniu 15 kwietnia 2016 roku. Zamawiający winien uznać, że OPTeam SA nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu w zakresie zasobów ludzkich i wykluczyć go z Postępowania tak, jak wykluczył Odwołującego. Tymczasem Zamawiający błędnie zastosował kolejny raz w stosunku do tych samych osób możliwość dobrodziejstwa, jakie niesie ze sobą art. 26 ust. 3 Pzp. Ta sama konkluzja Zamawiającego, o stwierdzeniu, że OPTeam SA nie wykazał, że dysponuje zespołem 12 analityków spełniających wymagania ogłoszenia pojawiała się zarówno w wezwaniu z dnia 15 kwietnia 2016 roku, jak i 9 maja 2016 roku, co jest wystarczającym potwierdzeniem, że Zamawiający nadużył przepisu art. 26 ust. 3 Pzp.

Odwołujący podkreśla, że zarówno art. 26 ust. 3 Pzp, jak i art. 26 ust. 4 Pzp mają różne cele i nie można ich stosować zastępczo, w szczególności łamaniem prawa jest uznawanie, że art. 26 ust. 4 Pzp stanowiłby furtkę dla wykonawców do obchodzenia przepisów prawa. Brak wyjaśnień, podczas gdy wezwanie obejmowało również wezwanie do uzupełnienia, gdy wykonawca nie jest w stanie wykazać doświadczenia analityków, nie uprawnia Zamawiającego do ponownego zastosowania względem OPTeam SA art. 26 ust. 3 Pzp. W tym miejscu Odwołujący wskazuje również na stanowisko Zamawiającego wyrażone w piśmie z dnia 21 kwietnia 2016 roku w stosunku do innego wykonawcy- Asseco SA - który to wykonawca wskazywał, że wezwanie jakie otrzymał zarówno do wyjaśnienia, jak i uzupełnienia wniosku powinno być ograniczone do wezwania o wyjaśnienie na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, a dopiero w konsekwencji wyjaśnień ewentualnie Zamawiający powinien wezwać do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Zamawiający odpowiadając na to pismo odpisał m.in., cyt.: „Nie zgadzamy się z tezą, że w przypadku wątpliwości dotyczących złożonych dokumentów lub oświadczeń, Zamawiający wpierw ma obowiązek tylko i wyłącznie żądać wyjaśnień i nie może wszcząć procedury dotyczącej uzupełniania dokumentów/oświadczeń na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Taka interpretacja jest sprzeczna z literalnym brzmieniem przepisów ustawy Pzp i Zamawiający, jako gospodarz postępowania o udzielenie

68

zamówienia publicznego w granicach przepisów prawa samodzielnie dokonuje oceny złożonych dokumentów lub oświadczeń i na ich podstawie wybiera odpowiednie narzędzia wskazane w ustawie Pzp." Zamawiający wskazał również, że „Wskazanie w piśmie zarówno przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jak również art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie powinno być interpretowane w oderwaniu od reszty treści naszego pisma." Konsekwentnie zatem Zamawiający, w sytuacji, w której OPTeam SA zamiast wskazać inne osoby, złożył wyjaśnienia wiedząc, że doświadczenie tych osób nie jest zgodne z ogłoszeniem, nie powinien być wzywany ponownie do uzupełnienia wniosku, gdyż Zamawiający jednocześnie żądał wyjaśnień i wszczął procedurę uzupełniania.

10. Zgodnie z wymogami ogłoszenia wykonawcy zobowiązani byli do wykazania zdolności ekonomiczno - finansowej m.in. poprzez wykazanie posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w kwocie nie mniejszej niż 30 mln zł. Na potwierdzenie spełniania tego wymogu Zamawiający oczekiwał przedstawienia przez wykonawców informacji z banku, w którym posiada rachunek, z potwierdzeniem zdolności kredytowej.

Wykonawca IBM Polska sp. z o.o. złożył wraz z wnioskiem Zaświadczenie z banku Raiffeisen Bank Polska SA datowaną na 21 stycznia 2016 roku. Z Zaświadczenia wynika, że w ocenie tego banku wykonawca IBM Polska Sp. z o.o. posiada zdolność kredytową na kwotę 30 mln zł. Nie wynika z niego natomiast, iż w tym banku prowadzony jest rachunek bankowy IBM Polska Sp. z o.o., co było wymogiem Zamawiającego określonym w ogłoszeniu. Bank oświadcza jedynie w Zaświadczeniu, jaka jest jego ocena w zakresie możliwości zdolności kredytowej IBM Polska Sp. z o.o., ale jej nie potwierdza - czego wymagał Zamawiający. W szczególności podkreślić również należy, że Zamawiający, w zakresie złożonego Zaświadczenia; czy też szerzej, w zakresie zdolności kredytowej tego wykonawcy, nie prowadził postępowania wyjaśniającego w trybie art. 24 ust. 4 Pzp, ani nie wzywał do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. W zakresie badania tego wniosku zatem Zamawiający zastosował inne kryteria niż w przypadku pozostałych wykonawców.

11. Wykonawcy wspólnie występujący w Postępowaniu: Proximus SA i Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. (dalej łącznie konsorcjum Proximus), złożyli wraz z wnioskiem dopuszczenie do udziału w Postępowaniu pełnomocnictwa zgodnie z art.

69

23 Pzp. Analizując przedstawione dokumenty należy dojść do wniosku, że w dniu 25 lutego 2016 roku Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. udzieliło Proximus SA pełnomocnictwa do reprezentowania w Postępowaniu w następującym zakresie czynności i oświadczeń: paraflowanie, podpisanie i złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, poświadczenia za zgodność z oryginałem składanych dokumentów załączonych do wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu. Jednocześnie w treści pełnomocnictwa wskazano, że Proximus SA może udzielić dalszego pełnomocnictwa wskazanej z imienia i nazwiska osobie fizycznej. W dalszej kolejności, Proximus SA w dniu 25 lutego 2016 roku, udzielił wskazanej osobie fizycznej pełnomocnictwa dalszego do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w zakresie „pierwotnego umocowania Spółki Proximus SA z siedzibą w Katowicach zgodnie z pełnomocnictwem udzielonym dnia 25.02.2016 jako Liderowi Konsorcjum". W dalszej jednak treści udzielonego pełnomocnictwa Proximus SA oświadczył, że nadal działając w imieniu konsorcjum, udziela pełnomocnikowi dalszemu upoważnienia w

szczegółności do innych czynności, niż objęte pierwotnym umocowaniem uzyskanym od Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., na przykład do złożenia oferty, uzupełniania oświadczeń i dokumentów i udzielania wyjaśnień. Zauważyć należy, że Proximus SA sam nie był uprawniony do działania w tak szerokim zakresie w imieniu konsorcjum, a zatem nie mógł tak szerokich uprawnień przenieść na pełnomocnika dalszego. Ponieważ udzielenie pełnomocnictwa dalszego jest jednostronną czynnością prawną, ma do niej zastosowanie art. 104 kodeksu cywilnego stwierdzający, że jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu, jest nieważna. Nieważne jest zatem umocowanie pełnomocnika dalszego do reprezentowania konsorcjum Proximus w zakresie przekraczającym umocowanie działania Proximus SA przez Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., tj. w zakresie czynności złożenia oferty, uzupełniania oświadczeń i dokumentów, i udzielania wyjaśnień. Niezależnie, w dniu 15 kwietnia 2016 roku zamawiający wezwał konsorcjum Proximus do złożenia wyjaśnień i uzupełnień w trybie art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp. Konsorcjum Proximus złożyło wyjaśnienia i dokonało uzupełnień w dniu 27 kwietnia 2016 roku, przy czym wyjaśnienia te zostały podpisane przez dotychczasowego pełnomocnika dalszego konsorcjum Proximus. Do pisma załączone zostało

70

pełnomocnictwo z dnia 27 kwietnia 2016 roku udzielone Proximus przez Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. o treści zmieniającej zakres upoważnienia na czynności: składania Zamawiającemu w Postępowaniu oświadczeń, pism wyjaśniających i zapytań do Zamawiającego oraz przyjmowania kierowanych do Konsorcjum oświadczeń od Zamawiającego do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, poświadczanie za zgodność z oryginałem składanych dokumentów załączonych do wniosku. Dotychczasowy zakres pełnomocnictwa nie został przy tym odwołany. Podobnie jak w pełnomocnictwie z dnia 25 lutego 2016 roku, wskazano uprawnienie dla Proximus SA do udzielenia pełnomocnictwa dalszego wskazanej osobie fizycznej. Do pisma z wyjaśnieniami i uzupełnieniami nie załączono jednak pełnomocnictwa Proximus SA, działającego jako Lidera Konsorcjum, dla osoby, która złożyła wyjaśnienia i dokonała uzupełnienia wniosku. Czynności te zatem zostały dokonane przez osobę nieuprawnioną. W szczególności nie można ewentualnie twierdzić, że umocowanie dla osoby fizycznej w tym zakresie było już udzielone przez Proximus SA w dacie 25 lutego 2016 roku, gdyż po pierwsze w tamtej dacie Proximus SA działał z przekroczeniem udzielonego jemu samemu pełnomocnictwa, a nawet gdyby twierdzić inaczej, to zakresy pełnomocnictwa Proximus SA dla osoby fizycznej oraz pełnomocnictwa Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z dnia 27 kwietnia 2016 roku nie pokrywają się w zakresie dokonanej czynności. Nadal bowiem Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. nie upoważniał Proximus SA do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, a jedynie dla złożenia wyjaśnień i oświadczeń. Biorąc pod uwagę treść art. 104 kc, jako szczególną regulację w odniesieniu do czynności jednostronnych, a takimi są zarówno udzielenie pełnomocnictwa, jak i złożenie wniosku czy oferty, a także ich zmiana, wyjaśnienie czy uzupełnienie, nie jest możliwe potwierdzenie przez mocodawcę dokonanych czynności przez nieumocowanego prawidłowo pełnomocnika, a następnie przypadku również pełnomocnika dalszego. W pełnomocnictwa z dnia 27 kwietnia 2016 roku Zamawiający powinien co najmniej zatem zastosować art. 26 ust. 3 Pzp i wezwać konsorcjum Proximus do uzupełnienia wadliwego pełnomocnictwa. Jednakże rozważyć również należy, czy ustawowo wskazaną „wadliwość pełnomocnictwa” utożsamiać należy z działaniem na podstawie nieważnego pełnomocnictwa. Należy w tym miejscu wskazać na wyrok Sądu Najwyższego 27 lipca 1989 r. (III CZP 69/89), zgodnie z którym SN odmówił skuteczności prawnej oświadczenia o odwołaniu darowizny złożonego przez osobę

71

niemającą do tego umocowania, jeżeli obdarowany nie zgodził się na działanie tej osoby bez pełnomocnictwa. Taka czynność, jak stwierdził również sąd, nie może być

także konwalidowana (naprawiona) przez późniejsze pełnomocnictwo. W bowiem doszłoby do rzeczywistości wymiany dokumentu pełnomocnictwa udzielonego przez Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. z dnia 25 lutego 2016 roku lub pełnomocnictwa Proximus SA z dnia 25 lutego 2016 roku, albo też wymiany pełnomocnictwa udzielonego przez Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o. w dniu 11 kwietnia 2016 roku, na dokumenty o prawidłowej treści z datami ich pierwotnego udzielenia. Trudno stwierdzić, że intencją ustawodawcy wprowadzającego art. 26 ust. 3 Pzp, było sprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do działania polegającego na wymianie nieważnych z mocy prawa dokumentów na dokumenty ważne - z pominięciem zasad wynikających z kodeksu cywilnego, tym bardziej, że pełnomocnik (rzekomy) dokonał już określonych jednostronnych czynności prawnych. Skoro pełnomocnik konsorcjum Proximus działał bez ważnego upoważnienia, co wynika z treści dokumentów znajdujących się w posiadaniu Zamawiającego, a dokonane czynności były czynnościami jednostronnymi, to uznać należy, że konsorcjum Proximus nie dokonało w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego uzupełnienia wniosku o wymagane dokumenty, a zatem nie wykazało spełnienia warunków udziału w Postępowaniu i powinno zostać wykluczone z Postępowania.

IV. Zarzut naruszenia Art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ust.2 i ust. 3 Pzp przez zaniechanie ujawnienia informacji nie zastrzeżonych przez wykonawców w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu, nawet jeżeli zawarte były one w zastrzeżonym jako stanowiący tajemnice przedsiębiorstwa dokumencie. W dniu 8 sierpnia 2016 roku Zamawiający udostępnił Odwołującemu wgląd w dokumentację Postępowania, w szczególności w treść złożonych wniosków i dalszej korespondencji prowadzonej z wykonawcami. Z udostępnionej dokumentacji wynika, że Zamawiający przeprowadził badanie wniosków w zakresie zasadności dokonanych zastrzeżeń, jednak podjął decyzję o odtajnieniu wyłącznie w zakresie uzasadnień zastrzeżenia określonych informacji zawartych we wnioskach jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz ewentualnie zastrzeżonych dokumentów jawnych z mocy prawa takich jak zaświadczenia z ZUS,

72

US i KRK. W pozostałym zakresie Zamawiający nie dokonał odtajnienia. W dniu 9 sierpnia 2016 roku odwołujący wystąpił do Zamawiającego z dodatkowym wnioskiem o udostępnienie mu dokumentacji z wniosków, która powinna być uznana przez Zamawiającego jako nie stanowiąca tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający odmówił udostępnienia w stosunku do Atos oraz Ericsson Sp. z o.o. W przypadku Atos, Zamawiający wskazał, że informacje, o jakie występował Odwołujący, tj. o udostępnionym potencjale, zostały we wniosku Atos zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, na dowód czego udostępnił wyjaśnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożone przez Atos razem z wnioskiem. Odwołujący wskazuje, że w pkt 12, 13 i 14 wniosku Atos, znajdują się, niezastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje o udostępnionym temu wykonawcy potencjale. W szczególności w pkt 12 zawarta jest informacja o udostępnieniu przez podmiot trzeci potencjału ekonomiczno - finansowego w postaci środków finansowych. W pkt. 14 wniosku wskazano, iż jest to spółka Atos IT Services Sp. z o.o., wskazano jaką udostępniają kwotę, a w dalszej części wniosku zamieszczono informację banku dotyczącą tego podmiotu. Odwołujący przyznaje, że informacja w tym zakresie nie była objęta wyjaśnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa, a zatem Atos nie miał intencji, by chronić ją w jakimkolwiek zakresie. Jednakże w pkt 13 wniosku - niezastrzeżonym również jako tajemnica przedsiębiorstwa - Atos wskazał jakie podmioty trzecie udostępnią mu potencjał w zakresie wiedzy i doświadczenia (Atos Italy S.p.A, Atos Belgium, Atos Turkey, Energy4U GmbH), a w tabeli w pkt 14 wniosku wskazał również, jakich wdrożeń dotyczy udostępnione doświadczenie (Atos Italy S.p.A -wdrożenie dla 2a2 Energia S.p.A, Energy4U GmbH-wdrożenie dla Badenova AG&Company, GASAG AG, Umetriq, STEAG Power Minerals, Atos Turkey - wdrożenie dla IZSU zakład dystrybucji wody miasta Izmir, Atos Belgium - wdrożenie dla Sibelga). W tabeli zawarto również informacje o tym, że podmioty te nie będą brać udziału w realizacji

zamówienia. Zgodnie z wnioskiem, zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczy informacji zawartych na stronach od 83-226 wniosku.

Zamawiający, odmawiając udostępnienia Odwołującemu dalszych informacji związanych z jawnymi już we wniosku informacjami pochodzącymi od Atos, co Odwołujący rozumiał braku tajemnicy jako konsekwencję zastrzeżenia przedsiębiorstwa w tym zakresie, odesłał do treści uzasadnienia zastrzeżenia

73

tajemnicy przedsiębiorstwa. Analiza jego treści natomiast wskazuje, że Zamawiający nie dokonał rzetelnego badania wniosków w tym zakresie i poprzestał jedynie na złożonym oświadczeniu o tajemnicy przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, z powołaniem na przepisy, doktrynę i orzecznictwo, Atos wskazał, że informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, gdy łącznie spełnia następujące warunki:

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

Już tylko z tego powodu, że przesłanki te nie zostały spełnione łącznie, informacje o udostępnionym potencjale nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Sam Atos bowiem nie zastrzegł we wniosku informacji o podmiotach trzecich udostępniających potencjał oraz o ich konkretnym doświadczeniu we wdrożeniach dla konkretnych odbiorców. Trudno zatem: wykazać, że podjęto w stosunku do informacji niezbędne działania w celu zachowania poufności i że nie została ona ujawniona do publicznej wiadomości. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest co do zasady jawne i na tym etapie Postępowania każdy może mieć wgląd w dokumentację w niezastrzeżonym zakresie. Każdy zatem, a w szczególności inni wykonawcy biorący udział w Postępowaniu, wiedzą z czyjego potencjału Atos zamierza korzystać na etapie realizacji zamówienia i z jakiego już skorzystał, wykazując spełnianie warunków Udziału w Postępowaniu. Odwołujący zauważa, że zgodnie z przepisami, to nie dokument stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa ale informacja. Brak podstaw do zastrzegania dokumentu zawierającego wykaz wdrożeń, czy wyjaśnień Atos w zakresie tego wykazu, jeżeli wiadomym jest, że zawiera on opis doświadczenia i wiedzy Atos Italy S.p.A - z wdrożenia dla 2a2 Energia S.p.A, Energy4U GmbH - z wdrożenia dla Badenova AG&Company, GASAG AG, Umetriq, STEAG Power Minerals, Atos Turkey - z wdrożenia dla IZSU zakładu dystrybucji wody miasta Izmir oraz Atos Belgium - z wdrożenia dla Sibelga.

Nie zastrzegając tych informacji Atos sam dopuścił do tego, by konkurencja mogła prześledzić jego aktywność gospodarczą, doświadczenie oraz odbiorców jego usług. Jeżeli zatem Atos sam nie chroni takich informacji, to nawet jeżeli złożył wyjaśnienie

74

zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do niechronionych informacji, Zamawiający, zgodnie z zasadą jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, winien informacje powiązane z już jawnymi, również udostępnić. Być może nie w całości dokumentu, ale w części, w której zawierają one informacje jawne.

Na marginesie Odwołujący zauważa tylko, że Zamawiający nie przeprowadził żadnego dodatkowego badania w tym zakresie, w szczególności nie wyjaśniał kwestii zakresu zastrzeżenia z Atos, a nawet gdyby to uczynił, to wynik podjętych czynności nie mógłby doprowadzić do zmiany w zakresie jawnych informacji, gdyż zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp, w Postępowaniu można było skutecznie zastrzec informacje do upływu terminu składania wniosków.

Ponieważ Atos opiera się na udostępnionym potencjale podmiotów trzecich, również w wyjaśnieniach zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazując, że potencjał ten jest unikatowy i zgromadzony na potrzeby tego Postępowania, Odwołujący wskazuje również na orzecznictwo Izby odmawiające takim informacjom charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 listopada 2014 r.

KIO 2360/14, cyt.: „Informacja powinna posiadać wartość gospodarczą nie tylko na użytek konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale powinna mieć dla przedsiębiorstwa wartość gospodarczą przynajmniej w jakimś okresie czasu stałą dla jego funkcjonowania i znaczenia na rynku np. źródła zaopatrzenia i zbytu, kooperanci, wynalazki i patenty.” Zwracamy także uwagę na treść uzasadnienia postanowienia z dnia 11 marca 2015 roku w sprawie o sygnaturze KIO 376/15 w którym „Izba tylko na marginesie zwraca uwagę, że nie jest znana ustawie możliwość zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, tylko na użytek danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”. Podobnie orzekła Izba w wyroku oznaczonym sygn. KIO 2784/14 z dnia 12 stycznia 2015 roku: „Istotne jest również, że za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem. Te informacje muszą przy tym należeć do wykonawcy.” Podobnie wyrok KIO z dnia 7 listopada 2011 roku, sygn. akt: KIO 2260/11 stwierdził, że tajemnicą przedsiębiorstwa nie mogą być objęte dokumenty podmiotów trzecich, które udostępniły zasoby.

75

Zamawiający naruszył zatem zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynikającą z art. 8 Pzp.

Analogiczny zarzut Odwołujący stawia względem zaniechania przez Zamawiającego odtajnienia informacji dotyczących podmiotów trzecich udostępniających swoje zasoby

Ericsson Sp. z o.o., mimo iż w treści wyjaśnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego wraz z wnioskiem wskazał on wprost nazwy podmiotów trzecich z których potencjału zamierza korzystać przy realizacji zamówienia: w zakresie udostępnionych osób to pracownicy spółek Essembli Sp. z o.o., Optingo Sp. z o.o. Sp. k, Oracle Polska Sp. z o.o., ForProgress Sp. z o.o. Sp. k, Passus SA a w zakresie udostępnionej wiedzy i doświadczenia - Oracle Polska Sp. z o.o. Również w tym przypadku Zamawiający, mimo wniosku Odwołującego odmówił dostępu do innych informacji związanych z jawnymi informacjami dotyczącymi podmiotów udostępniających potencjał, mimo iż wykonawca Ericsson nie uznał, że informacje te, same w sobie, podlegają jakiegóż ochronie, co oznacza, że godził się z tym, że może nie być podstawy prawnej do uznania innych informacji złożonych wraz z wnioskiem w odniesieniu do tych podmiotów, za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. [...].”

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska, oświadczenia i dowody stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020) do przedmiotowego postępowania stosuje się przepisy ustawy w brzmieniu sprzed wejścia w życie ww. nowelizacji.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się w tym przypadku uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej

76

określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, w brzmieniu znajdującym zastosowanie

do przedmiotowego postępowania, wskazać należy, iż przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zostały enumeratywnie wyliczone w art. 24 ustawy, w tym w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3, zgodnie z którym, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Nadto zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy stanowił, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

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

77

upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Zgodnie z ust. 4 tego przepisu Zamawiający wzywa wykonawców do złożenia w wyznaczonym terminie wyjaśnień dotyczących ww. oświadczeń i dokumentów.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie. Mianowicie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne.

Ponadto zgodnie z przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Natomiast według art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W świetle art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, wykluczeniu podlegają wykonawcy, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu postawionych w dokumentach przetargowych – np. wykazywane przez nich doświadczenie, wiedza czy potencjał kadrowy i ekonomiczny ... *etc.*, materialnie nie odpowiadają wymaganiom zamawiającego w tym zakresie lub nie wykazali spełniania powyższego w sposób przewidziany przepisami prawa i postanowieniami dokumentu przetargowego ustanowionymi przez zamawiającego.

Przy czym wykluczenie wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, możliwe jest tylko i wyłącznie z zastrzeżeniem uprzedniego zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp – wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, których pierwotnie, wraz z wnioskiem lub ofertą, nie przedłożył.

Natomiast w przypadku zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp – podania nieprawdziwych informacji mających

warunków udziału w postępowaniu mogą być sanowane, natomiast kłamstwa wykonawcy – nie.

Jak wynika z treści art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp dla wykluczenia wykonawcy na tej podstawie wymagane jest kumulatywne zaistnienie, opisanych w następujący sposób okoliczności: (1) wykonawca ma złożyć nieprawdziwe informacje, (2) podanie takich informacji miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Przepis wymaga więc materialnego ustalenia czy podane przez wykonawcę informacje rzeczywiście i obiektywnie nie są prawdziwe.

Zdefiniowanie pojęcia nieprawdziwych informacji, przy wykorzystaniu klasycznej definicji prawdy, nie nastręcza trudności. Nieprawdziwymi informacjami będą więc jakiegokolwiek opisowe zdania (a więc zdania orzekające o faktach), które są niezgodne z rzeczywistością.

W kwestii ustalenia nieprawdziwości rzeczonych informacji wskazać należy, iż w świetle przytoczonych niżej przepisów określających *onus probandi*, dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia w tym przedmiocie wywodzi skutek prawny, domagając się wykluczenia wykonawcy z postępowania. W postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu spoczywa więc generalnie na stronie, która tego typu okoliczność podnosi. Fakt nieprawdziwości podanych przez wykonawcę informacji należy więc wykazać i udowodnić.

Ponadto w orzecznictwie postulowane jest powiązanie podania nieprawdziwych informacji z intencjami oraz zawinieniem wykonawców w tym zakresie oraz z przyczynami powyższego (np. wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r. sygn. akt IV Ca 683/12, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 5 stycznia 2013 r. sygn. akt: II Ca 1285/12, wyrok Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r. sygn. akt: VI Ga 134/12). Przede wszystkim, uwzględniając tzw. wykładnię proeuropejską, dla wykluczenia wykonawcę z postępowania, należy stwierdzić, iż winien jest poważnego wprowadzenia zamawiającego w błąd.

Tym samym za nieprawdziwe informacje w powyższym rozumieniu nie mogą być uznane informacje sporne w swojej interpretacji i znaczeniu, tj. w przypadku gdy istnieje uzasadniony spór, co do rozumienia treści warunku udziału w postępowaniu i uznawania czy np. wykazywane usługi odpowiadają temu warunkowi. Innymi słowy:

nieprawdziwe informacje w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy podaje wykonawca, który świadomie mija się z prawdą, nie podaje ich natomiast wykonawca, który myli się co do kwalifikacji faktów, których informacje dotyczą.

Sygn. akt KIO 1511/16

I. Zarzuty zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu części wniosków oraz uzupełnień i wyjaśnień Konsorcjum Comarch, Atos, Konsorcjum S&T, Accenture, Ericsson, IBM, OPTeam, Konsorcjum Proximus, PWC i Konsorcjum Sygnity, uznano za niezasadne.

Podając, w myśl art. 196 ust. 4 ustawy, podstawę prawną rozstrzygnięcia zarzutów odwołania Iżba wskazuje, iż zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a według art. 8 ust. 2 zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Przepis art. 8 ust. 3 ustawy stanowi, iż nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być

one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4.

Natomiast zgodnie z art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 Nr 153 poz. 1503 ze zm.) 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.

W ocenie Izby Konsorcjum Comarch, Atos, Konsorcjum S&T, Accenture, Ericsson, IBM, OPTeam, Konsorcjum Proximus, PWC i Konsorcjum Sygnity w sposób wystarczający wykazały Zamawiającemu w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, spełnianie materialnych przesłanek definicji tajemnicy

80

przedsiębiorstwa przez zastrzeżone informacje, których odwołanie dotyczy. Natomiast odtajnienie informacji już ujawnionych przez Zamawiającego nie będzie miało żadnego wpływu na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 Pzp.

Pominięto wszystkie dowody przedkładane w tym zakresie przez strony jako bezzasadne i pozbawione znaczenia w sprawie.

Na marginesie Izba wskazuje, iż zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Odwołującego podobnych informacji i z analogicznym uzasadnieniem nie ma bezpośredniego znaczenia prawnego. Jednakże posiada znaczenie psychologiczne i moralne, a tego typu kategorie poznawcze w procesie wykładni i stosowania prawa trudne są do przecenienia.

II. Zarzuty dotyczące wniosku złożonego przez Konsorcjum Comarch - brak uzupełnienia w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 15 kwietnia 2016 roku.

Zarzuty są niezasadne.

W opisywanym przez Odwołującego przypadku nie doszło do żadnego podwójnego uzupełnienia wniosku.

Doświadczenie osoby wskazanej w poz. 10 tabeli załączonej do wniosku Konsorcjum Comarch wystarczająco opisano pierwotnie we wniosku (w treści tabeli) oraz w piśmie Comarch z dnia 27 kwietnia 2016 r. Uzupełnianie tabeli w zakresie poz. 10 przy piśmie z dnia 16 maja 2016 r. miało w tym kontekście jedynie znaczenie organizujące podane uprzednio informacje.

Izba stwierdza, że Konsorcjum Comarch pismem z dnia 27 kwietnia 2016 r. uzupełniło wniosek w zakresie polisy oraz zobowiązań do udostępnienia zasobów finansowych i potencjału kadrowego. Izba poprzestaje w tym zakresie na konstatacji istnienia tego rodzaju dokumentów, co dokładnie odpowiada treści zarzutu w postaci jakiej został sformułowany. Prawdopodobieństwo materialnej i formalnej tych dokumentów nie badano w związku z brakiem konkretnych zarzutów w tym zakresie.

III. Zarzuty dotyczące wniosku złożonego przez Atos - wadliwe wypełnienie tabeli w pkt 14 wniosku, brak prawidłowych uzupełnień.

81

Zarzuty są niezasadne.

Izba w pełni podziela stanowisko Przystępującego ATOS wyrażone w piśmie procesowym z dnia 29 sierpnia 2016 r., że sposób wypełnienia wskazywanej w odwołaniu tabeli w pkt 14 nie był i nie mógł być warunkiem udziału w postępowaniu. Natomiast udowodnienie okoliczności, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy odnośnie podmiotu trzeciego – w tym przypadku Atos Itali S.p.A. – zostało wystarczająco dokonane w treści wniosku. W szczególności przez złożenie stosownego zobowiązania oraz uwzględniając fakt kapitałowego powiązania pomiędzy podmiotem udostępniającym a wykonawcą.

Odnosnie zarzutu podwójnego wzywania i uzupełniania wniosku w zakresie analityka i programisty, Izba wskazuje, iż uznaje zapytanie z dnia 20 maja 2016 r. o

podstawę dysponowania tymi osobami, za uprawnione, dokonane na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy, zwrócenie się o wyjaśnienie okoliczności związanych z oceną spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Iżba stwierdza, że ATOS uzupełnił dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, względem których Odwołujący formułuje zarzuty „z ostrożności” – z uzasadnieniem analogicznym jak w przypadku tak formułowanych zarzutów dotyczących Konsorcjum Comarch.

IV. Zarzuty dotyczące wniosku złożonego przez Konsorcjum S&T - brak uzupełnienia w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego.

Zarzuty oddalono.

Iżba stwierdza, że Konsorcjum S&T uzupełniło dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, względem których Odwołujący formułuje zarzuty „z ostrożności”.

W przedmiocie braku uzupełnienia polisy Iżba wskazuje, iż wykonawca polisy uzupełniać nie musiał – wystarczająco wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu przy pomocy dokumentów załączonych pierwotnie do wniosku.

Rachunki w Banku Millennium S.A. nie są obciążone zajęciami komorniczymi oraz nie były w dacie składania wniosku – okoliczność ta została wyjaśniona

82

Zamawiającemu w trakcie postępowania oraz dodatkowo udowodniona przez Przystępującego Konsorcjum S&T za pomocą przedłożonego na rozprawie oświadczenia Banku Millennium S.A. z dnia 26 sierpnia 2016 r. oraz zawiadomienia o umorzeniu postępowania egzekucyjnego z dnia 17 lutego 2016 r., potwierdzenie jego doręczenia do banku Millennium z dnia 22 lutego 2016 r., a także postanowienia Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 28 stycznia 2016 r. w tej sprawie.

V. Zarzuty dotyczące wniosku złożonego przez Accenture - brak uzupełnienia w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego.

Zarzuty oddalono.

Iżba stwierdza, że Accenture uzupełniła dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, względem których Odwołujący formułuje zarzuty „z ostrożności” – z uzasadnieniem analogicznym jak w przypadku tak formułowanych zarzutów dotyczących Konsorcjum Comarch.

VI. Zarzuty dotyczące wniosku złożonego przez Ericsson - niewykazanie certyfikatu; brak uzupełnienia w odpowiedzi na wezwania równoważności Zamawiającego.

Zarzuty oddalono.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, wykonawca Ericsson wykazał równoważność wskazywanego w odwołaniu certyfikatu nie za pomocą oświadczenia własnego, ale poświadczenia uzyskanego od samego wystawcy certyfikatu. Do pisma Ericsson z dnia 26 kwietnia załączono wystawione przez Oracle Polska Sp. z o.o. w dniu 21 kwietnia 2016 r. „Poświadczenie równoważności certyfikatu” Oracle Unified Method Level 2 z certyfikatem OMG Certified UML Professional.

Iżba uwzględniła i oceniła w charakterze dowodów korespondencję mailową Odwołującego z pracownikami Oracle Polska przedłożoną na rozprawie (maile z 11, 12 i 25 sierpnia br.) w sprawie informacji na temat prowadzonych w firmie porównań metodyk. Tego typu poszukiwaniom i dociekaniom pracowników Oracle Iżba

83

przypisała mniejszą wiarygodność niż stanowczemu i merytorycznemu potwierdzeniu równoważności przez firmę.

Co do pozostałych zarzutów formułowanych „z ostrożności” Iżba analogicznie, jak w przypadku pozostałych wykonawców, stwierdza: Ericsson uzupełnił wykaz

osób, a zamiast opłaconej polisy, zgodnie z pkt II.2.2 ppkt 2.2 ogłoszenia o zamówieniu, przedstawił inny dokument (notę brokerską) potwierdzający, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

VII. Zarzuty dotyczące wniosku złożonego przez IBM - brak uzupełnienia w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego, brak przedstawienia polisy spełniającej warunki ogłoszenia, niewykazanie równoważności certyfikatu.

Zarzuty oddalono.

Wykonawca IBM zamiast opłaconej polisy, zgodnie z pkt II.2.2 ppkt 2.2 ogłoszenia o zamówieniu, przedstawił inny dokument (Zaświadczenie) potwierdzający, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Dokument ten wprost odnosi się również do IBM Polska, co wynika z jego treści.

Izba stwierdza, że IBM uzupełniła wykazy osób, względem których Odwołujący formułuje zarzuty „z ostrożności” – z dodatkowym uzasadnieniem analogicznym jak w przypadku w ten sposób formułowanych zarzutów dotyczących Konsorcjum Comarch.

W przedmiocie równoważności wskazywanych w odwołaniu certyfikatów Izba stwierdza, iż w piśmie z dnia 27 kwietnia br. IBM wykazała taką równoważność.

VIII. Zarzuty dotyczące wniosku złożonego przez OPTeam - brak uzupełnienia w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego, brak przedstawienia polisy spełniającej warunki ogłoszenia, brak przedstawienia opinii bankowej spełniającej warunki ogłoszenia, niewykazanie równoważności certyfikatu.

Zarzuty oddalono.

84

Opinia bankowa z dnia 25 lutego 2016 r. przedłożona przez OPTeam wskazuje jednoznacznie, że zdolność kredytową wykonawcy bank szacuje na kwotę wystarczającą. Zastrzeżenie w treści opinii, że nie jest tytułem do przyznania finansowania nie zmienia oceny powyższego. Na rynku zamówień publicznych właściwie nie występują opinie bankowe, które jednocześnie stanowią tytuł prawny dla uzyskania kredytu.

Polisa opłacona z opóźnieniem w stosunku do terminów umownych, to również polisa opłacona. Ponadto wartość i przedmiot polisy odpowiadają ekonomicznemu warunkowi udziału w postępowaniu sformułowanemu w pkt II.2.2 ppkt 2.2 ogłoszenia o zamówieniu. Wskazywane podlimity odpowiedzialności nie mają w tym kontekście żadnego znaczenia.

W przedmiocie równoważności wskazywanych w odwołaniu certyfikatów Izba stwierdza, iż w piśmie z dnia 26 kwietnia br. OPTeam wykazała taką równoważność.

Izba stwierdza, że OPTeam uzupełniła wykazy osób, względem których Odwołujący formułuje zarzuty „z ostrożności” – z dodatkowym uzasadnieniem analogicznym jak w przypadku w ten sposób formułowanych zarzutów dotyczących Konsorcjum Comarch.

IX. Zarzuty dotyczące wniosku złożonego przez Konsorcjum Proximus - brak uzupełnienia w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego, brak przedstawienia polisy spełniającej warunki ogłoszenia, brak przedstawienia opinii bankowej spełniającej warunki ogłoszenia, niewykazanie równoważności certyfikatu.

Zarzuty oddalono.

Załączone do wniosku Konsorcjum Proximus dokumenty - polisa wystawiona na rzecz członka Konsorcjum, Fujitsu Technology Solutions Sp. z o.o., potwierdza spełniania warunku w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej - posiadania ubezpieczenia od OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia w wysokości co najmniej 10 000 000 PLN na jedno i wszystkie zdarzenia w okresie ubezpieczenia. Przedmiotowa polisa jest ubezpieczeniem OC z tytułu prowadzonej działalności. Natomiast zakres

również świadczenie usług w zakresie elektronicznego przetwarzania danych, planowania projektów, sprzedaży i marketingu, instalowania uruchamiania, naprawy i utrzymania sprzętu elektronicznego (hardware) i oprogramowania (software)” – jest działalnością związaną z przedmiotem tego zamówienia. Zamówienie na dostawę i wdrożenie systemów obsługi i rozliczeń klientów dla PGE Obrót S.A. oraz PGE Dystrybucja S.A. obejmuje swym zamówieniem również elementy opisane w polisie.

Odwołujący nie wykazał, aby przedstawiona przez Konsorcjum Proximus polisa została w jakikolwiek sposób zakończona i przestała obowiązywać we wskazanym okresie. Natomiast fakt, że może przestać obowiązywać jest w tym przypadku irrelevantny dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W przedmiocie równoważności wskazywanych w odwołaniu certyfikatów Izba stwierdza, że w piśmie z dnia 27 kwietnia br. Konsorcjum OPTeam wykazało taką równoważność.

Izba stwierdza, że Konsorcjum OPTeam uzupełniło wykazy osób, względem których Odwołujący formułuje zarzuty „z ostrożności” – z dodatkowym uzasadnieniem analogicznym jak w przypadku w ten sposób formułowanych zarzutów dotyczących Konsorcjum Comarch.

Sygn. akt KIO 1512/16

I. Zarzuty dotyczące wykluczenia Odwołującego

W pkt III.2.3) pkt 1 ppkt 1 lit b ogłoszenia o zamówieniu wymagano, aby wykonawcy wykonali co najmniej jeden projekt obejmujący dostawę i wdrożenie systemu informatycznego wspierającego obsługę klientów w przedsiębiorstwie sektora Utility, w zakres którego wchodziły: zaprojektowanie, budowa, wdrożenie systemu, jego integracja na poziomie sprzętowo - aplikacyjnym oraz integracja systemu z innymi systemami działającymi u zamawiającego, migracja danych z systemów eksploatowanych przez Zamawiającego, dostawa licencji i świadczenie usług utrzymaniowych.

Dalej w ogłoszeniu wskazano, że przez system informatyczny wspierający obsługę klientów, rozumie się system obejmujący co najmniej:

- a) zarządzanie ofertą;
- b) realizację kampanii sprzedażowych i utrzymaniowych;
- c) przyjmowanie, rejestracja i zarządzanie obsługą zgłoszeń;
- d) ewidencja umów z klientami;
- e) obsługę windykacji.

Dla wykazania spełniania ww. warunku w tabeli „Wykaz zamówień”, w poz. 4, na str. 115 wniosku Konsorcjum Signity podano budowę systemu CRM, którego oznaczenie, opis i odbiorcę objęto tajemnicą przedsiębiorstwa.

Z referencji załączonej na str. 175 wniosku, kontrahent określił jednozdaniowo powyższe wdrożenie jako system raportowania sprzedaży wspierający zarządzania klientami i obsługę sprzedaży.

W związku z powyższym Zamawiający, uprzednio nie wyjaśniając lub w inny sposób nie sprawdzając rzeczowego zakresu i charakteru ww. projektu, przyjął, że wykazywana realizacja nie odpowiada jego wymaganiom i pismem z dnia 20 maja br. wezwał Konsorcjum Signity do uzupełnienia wniosku w zakresie zamówienia odpowiadającemu wyżej opisanemu warunkowi udziału w postępowaniu.

Konsorcjum Signity pismem z dnia 27 maja 2016 r. przedstawiło szczegółowy opis zakresu wykonanego wdrożenia oraz załączyło „Protokół odbioru zlecenia” wraz z załącznikiem - „Listą wykonanych produktów” oraz opisem systemu raportowania sprzedaży wykonanym przez inwestora.

Po wniesieniu w dniu 30 maja 2016 r. przez Konsorcjum Signity odwołania

względem czynności wezwania do uzupełnienia (oznaczonego sygn. akt Izby – KIO 918/16) Zamawiający pismem z dnia 1 czerwca 2016 r. poinformował Konsorcjum o tym, iż pismo z dnia 20 maja 2016 r. może być traktowane jako podstawa do złożenia wyjaśnień, jeżeli w ocenie Konsorcjum, wdrożenie, co do którego Zamawiający powziął wątpliwość, spełnia wymagania ogłoszenia o zamówieniu. Ponadto Zamawiający poinformował, iż zwróci się do klienta Odwołującego o potwierdzenie wyjaśnień Wykonawcy.

Konsorcjum Signity cofnęło ww. odwołanie w dniu 9 czerwca 2016 r., a postępowanie odwoławcze zostało umorzone w tym samym dniu.

87

Pismem z dnia 1 czerwca 2016 r. Zamawiający zwrócił się do kontrahenta Odwołującego o potwierdzenie czy wykazywane wdrożenie:

- było wdrożeniem a nie rozbudową istniejącego systemu informatycznego,
- było zaprojektowaniem i wdrożeniem systemu klasy CRM
- a wdrożony system obejmował: zarządzanie ofertą, realizację kampanii sprzedażowych i utrzymaniowych, przyjmowanie i zarządzanie obsługą zgłoszeń, ewidencję umów z klientami oraz obsługę windykacji.

W odpowiedzi na powyższe z dnia 7 czerwca 2016 r. klient Odwołującego wyjaśnił, że jego projekt nie obejmował implementacji procesów przyjmowania i zarządzania obsługą zgłoszeń oraz obsługi windykacji. Jednakże wykonane narzędzie wspierało te procesy dzięki agregacji danych oraz integracji z systemami właściwymi dla tych procesów.

Ponadto Izba uwzględniła w charakterze dowodów i oceniła jako istotne w sprawie, składane przez Odwołującego:

pismo Odwołującego z 12 lipca 2016 r. do klienta, dla którego wykonał – wykazywany system informatyczny, w którym Odwołujący wyraża stanowisko, że wykonany system obejmował procesy przyjmowania i obsługi zgłoszeń oraz obsługi windykacyjnej, co potwierdzał Protokół obioru. Wskazano punkty 12, 32, 45, 46, 47, 48, 52, 55, 61, 68, 69 załącznika do protokołu, jako odnoszące się do kwestionowanego przez Zamawiającego zakresu. odpowiedź klienta Odwołującego z dnia 21 lipca 2016 r., w której podniesiono, – że wymienione w Protokole odbioru i wskazane w piśmie z 12 lipca 2016 r. funkcjonalności nie mają bezpośredniego związku z procesami: przyjmowanie i zarządzanie obsługą zgłoszeń oraz obsługą windykacyjną, które realizowane są w innych, dedykowanych narzędziach informatycznych. Potwierdzono natomiast, że wykonany system wspiera procesy przyjmowania i zarządzania obsługą zgłoszeń oraz obsługi windykacji przez agregację danych oraz integrację z innymi dedykowanymi narzędziami. opinię prywatną Izby Rzeczoznawców Polskiego Towarzystwa – Informatycznego z 24 sierpnia 2016 r. – „Ekspertyza. Opinia dotycząca niezasadności wykluczenia Konsorcjum Signity S.A., Cross sp. z o.o. i X-Code sp. z o.o. ...”

88

Pominięto natomiast internetowe materiały informacyjne, wyjaśniające na czym polegają rozwiązania CRM, jako nie mające znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Podstawowym zagadnieniem pojawiającymi się przy rozstrzyganiu zarzutów dotyczących odpowiadania wykazywanym przez wykonawców zamówień opisanym przez zamawiających warunkom udziału w postępowaniu, jest przede wszystkim zinterpretowanie treści danego warunku oraz ustalenie wymagań, co do zakresu i charakteru dopuszczalnego doświadczenia.

W rozpatrywanym przypadku rację należy przyznać Zamawiającego – z treści przedmiotowego warunku wynika jednoznacznie, że wskazane na wstępie „wsparcie” obsługi klientów w przedsiębiorstwach sektora Utility jest jedynie nazwą czy tytułem systemu, a jego powinny kształt i zawartość określają dalsze postanowienia

ogłoszenia o zamówieniu. W szczególności wskazano, że przez tytułowy system rozumie się system, który obejmuje m.in. przyjmowanie, rejestrację i zarządzanie obsługą zgłoszeń, a także obsługę windykacji.

Tym samym rozpatrywanie jakiegokolwiek systemu, który jedynie wspiera, a nie obejmuje ww. procesów, jako odpowiadającego wymaganiom Zmawiającego jest nieuprawnione. Przy czym należy przyznać rację Odwołującemu, że z treści ogłoszenia o zamówieniu nie wynika bynajmniej aby tego typu obejmowanie miało się odnosić do wskazanych procesów pełnym zakresie – wystarczająca byłaby więc obsługa przez wykonany system jedynie jakiejś części procesu zgłoszeń czy windykacji.

Natomiast odnośnie ewentualnego uznania, że wdrożenie wykazywane przez Odwołującego obejmuje wskazywane procesy, Izby stwierdziła, że wobec braku definicji procesów obsługi zgłoszeń czy windykacji należy rozumieć je jak najprościej, w sposób przyjęty na rynku Utility, specyficznie odnoszący się do takich procesów, np. u Zamawiającego i w innych przedsiębiorstwach, w tym klienta Odwołującego. W szczególności windykacja, zgodnie z podstawowym prawnym znaczeniem tego terminu, jest dochodzeniem zaległych roszczeń. Rozciąganie tego pojęcia na różne elementy procesu sprzedaży czy obsługi klientów, które mogą wspierać windykację roszczeń, czy zapobiegać ich powstawaniu, jest nieuprawnione. Do tego właśnie sprowadza się stanowisko Odwołującego (oraz jego opinii eksperckiej), według

89

którego pewne wskazywane elementy wykonanego przezeń systemu można i należy uznać za obejmujące obsługę zgłoszeń czy windykacji. Izba tego typu interpretacji wykazywanych okoliczności faktycznych w tym zakresie nie podziela.

Tym samym i w tym kontekście rozstrzygające dla uznania, że system wykazywany przez Odwołującego nie obejmuje ww. procesów, były informacje na temat tego wdrożenia uzyskane od jego odbiorcy, który wyraźnie stwierdził, że jego zgłoszenia i windykacje obsługiwane są w innych narzędziach informatycznych.

Ergo system wykazany we wniosku przez Odwołującego nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt III.2.3) pkt 1 ppkt 1 lit b ogłoszenia o zamówieniu.

Jednakże związane z powyższym, dokonane przez Zamawiającego, wykluczenie Odwołującego z postępowania odbyło się z naruszeniem art. 26 ust. 3 Pzp interpretowanego w kontekście zasad ogólnych ustawy, a konkretnie sformułowanej w art. 7 ust. 1 zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Sformułowana w doktrynie i orzecznictwie zasada jednokrotności wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, jakkolwiek nie wynika wprost z treści przepisów, to jest postulatem słusznym i uzasadnionym. Jednakże nie jest zasadą absolutną, która nie doznawałaby wyjątków w zależności od częstokroć bardzo skomplikowanej, faktycznej konfiguracji czynności dokonywanych przez uczestników procedur przetargowych. Przede wszystkim jednak jest zasadą służebną względem zasady równego traktowania wykonawców, z której została wywiedziona, i w przypadku gdy prowadzi do naruszenia zasady nadrzędnej, jej zastosowanie w danym stanie faktycznym winno być modyfikowane. Ponadto parafrazując celną myśl wyrażoną w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 23 lutego 2017 r. (sygn. akt X Ga 23/07/za), wskazać należy, iż formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy, który w tym przypadku sprowadza się m.in. do rzetelnego zbadania doświadczenia wykonawców oraz umożliwienia wykonawcom jego wykazania i potwierdzania w sposób przewidziany w ustawie.

90

W szczególności więc, w przypadku niejako piętrowego, wielokrotnego wzywania niektórych wykonawców do wyjaśnień i uzupełnień, należy dołożyć

szczególnej staranności dla zachowania równego traktowania wykonawców oraz umożliwienia im realnego wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu bez takiego stosowania przepisów i dokonywania czynności w postępowaniu, które prowadzą do formalnego komplikowania jego przebiegu, a nie służą rzeczywistemu ustaleniu i wyłonieniu wykonawców materialnie spełniających warunku udziału w postępowaniu.

Po pierwsze, za praktykę sprzeniewierzącą się powyższemu, uznać należy łączenie, a nawet mieszanie przez Zamawiającego dwóch różnych instytucji ustawowych – wzywania do wyjaśnień (art. 26 ust. 4) oraz wzywania do uzupełnień (art. 26 ust. 3). Zamawiający powinien najpierw sprawdzić albo wyjaśnić kwestie, co do których brak mu rozeznania (np. nic o nich nie wie) i dopiero w przypadku uznania, że przedłożone dokumenty nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu wzywać do ich uzupełnienia. Za równie niedopuszczalne należy uznać wprowadzanie Wykonawcy w błąd, co do rzeczywistych intencji Zamawiającego oraz znaczenia i sekwencji czynności podejmowanych przez niego w postępowaniu. W rozpatrywanym przypadku Zamawiający winien albo unieważnić czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów z 20 maja br. (najlepiej uprzednio uwzględniając odwołanie w tym zakresie), a następnie przeprowadzić wyjaśnianie i sprawdzanie materialnego zakresu wdrożenia wykazywanego przez Odwołującego oraz podjąć czynności stosowne do wyniku tego badania: wezwanie do uzupełnienia wniosku albo kwalifikację Wykonawcy do dalszego postępowania; albo trwać przy swoim stanowisku i obstawać, że w jego ocenie wdrożenie wykazane we wniosku nie odpowiada opisanemu warunkowi udziału w postępowaniu i tym samym wezwanie do uzupełnienia dokumentów jest zasadne i konieczne. Tymczasem Zamawiający postanowił zmodyfikować swoje stanowisko i pismem z dnia 1 czerwca br. wskazał, iż Wykonawca może potraktować je jako wezwanie do złożenia wyjaśnień, a Zamawiający dopiero sprawdzi na czym polegała zakwestionowana przezeń realizacja i zbada jej zakres.

Biorąc pod uwagę powyższe, a także opisywaną poniżej większą oględność Zamawiającego przy badaniu wniosków innych wykonawców, zwłaszcza w przedmiocie wyjaśniania ich wniosków i wzywania do uzupełnień, Izba potraktowała

91

wezwanie z 20 czerwca 2016 r. za niewywierające opisywanych skutków prawnych i uznała konieczność umożliwienia Odwołującemu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w kwestionowanym zakresie – nakazała wezwanie Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. III.2.3) pkt 1 ppkt 1 lit b ogłoszenia o zamówieniu, czyli obligatoryjnego i prawidłowego zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp przed wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

II. Zarzuty naruszenia art. 51 ust. 1 Pzp art. 7 ust. 1 w związku z art. 51 ust. 1, 1a i 2 Pzp i w zw. art. 7 ust. 1 w związku z art. 48 ust. 2 pkt 6 Pzp oraz w zw. art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 4, a także § 1 ust. 5 Rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 roku Prezesa Rady Ministrów w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Rozporządzenie o dokumentach).

Zarzuty są niezasadne.

Ad. 1.

Zamawiający był uprawniony do badania i ustalania zakresu i charakteru wykazywanych mu realizacji wszelkimi metodami, które nie naruszają przepisów prawa. Przy czym oczywiście winien to uczynić przed podjęciem wywierających określone skutki czynności w postępowaniu, np. takich jak wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub wykluczenie Wykonawcy.

Ad. 2.

W obowiązujących przepisach brak materialnej podstawy do przymuszenia Zamawiającego do zwracania się do odbiorców wykazywanych zamówień o potwierdzenie ich zakresu czy charakteru. Zamawiający mógł dać wiarę informacjom

podawanym we wniosku i poprzestać na oświadczeniach wykonawcy w tym zakresie. W przypadku gdy Odwołujący kwestionuje prawdziwość informacji na temat wykonanego wdrożenia podawanych przez Accenture w jej wniosku, albo odpowiadanie tego wdrożenia wymaganiom ogłoszenia, winien w toku postępowania odwoławczego takie zarzuty udowodnić.

Ad. 3.

92

Podobnie jak w przypadku pkt 2 Zamawiający mógł poprzestać na informacjach podanych we wniosku IBM oraz uzupełnionych przez tego wykonawcę.

Ad. 4

Odwołujący nie wykazał aby wdrożenia wykazywane przez wykonawcę Atos nie odpowiadały wymaganiom ogłoszenia o zamówieniu, a tym że wykonawca ten winien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu. Zresztą trudno nawet uznać, aby zarzuty odwołania sprowadzały się w tym przypadku do powyższego.

Ponadto, jak już wskazano powyżej, Zamawiający nie musiał zwracać się do odbiorców systemów o szczegółowe informacje na temat zakresu i charakteru wdrożeń, ale mógł dać wiarę informacjom i wyjaśnieniom pochodzącym od wykonawców.

Natomiast, co do równego traktowania wykonawców przy wyjaśnianiu i uzupełnianiu wniosków, Izba odniosła się przez nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do uzupełnienia jego wniosku. Wezwanie takie skompensuje wszelkie „nierówności” w tym zakresie, a kwestia materialnego kształtu wdrożenia wykazywanego przez Odwołującego oraz jego stosunku względem usług opisywanych w treści warunku udziału w postępowaniu została już wystarczająco wyjaśniona w ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Ad. 5

Rachunki bankowe Konsorcjum S&T nie były objęte egzekucją w dacie składania wniosków, co opisano w części uzasadnienia dotyczącej odwołania KIO 1511/16.

Ad. 6 i 7

Wykonawca Atos udowodnił możliwość dysponowania potencjałem udostępnianym mu przez inne spółki grupy kapitałowej, zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp.

Ad. 8 i 9

Zamawiający nie dopuścił się złamania zasady jednokrotności wezwania do uzupełnienia dokumentów w stosunku do wykonawców Atos i OPTeam. Sekwencja wezwań i uzupełnień mieściła się w tym przypadku w wyznaczanej przez przepisy i zasady ogólne ustawy staranności w ustaleniu materialnego spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców.

Ad. 10

93

Raiffeisen Bank Polska S.A. wystawca opinii nt. zdolności kredytowej IBM Polska Sp. z o.o. jest bankiem prowadzącym rachunek spółki, co zostało Zamawiającemu podane w stopce pełnomocnictwa udzielanego przez IBM.

Ad. 11

Wszystkie czynności dokonane dotychczas przez pełnomocników Konsorcjum Proximus w postępowaniu mieściły się w zakresie ich umocowań, a udzielone pełnomocnictwa są prawidłowe.

IV. Zarzut naruszenia Art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ust.2 i ust. 3 Pzp przez zaniechanie ujawnienia informacji nie zastrzeżonych przez wykonawców.

Zarzut jest niezasadny.

W ocenie Izby inkryminowani wykonawcy wykazali Zamawiającemu w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, spełnianie materialnych przesłanek definicji tajemnicy przedsiębiorstwa przez zastrzeżone informacje, których odwołanie dotyczy.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w

sentencji.

O kosztach postępowań orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 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).

.....