

23. 07. 2012

WFLYNEŁO

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 19 czerwca 2012r

Sąd Okręgowy w Krakowie Wydział XII Gospodarczy -
Odwoławczy w następującym składzie:

Przewodniczący - Sędzia: SO Andrzej Ganiewski (spr.)

Sędzia: SO Bożena Cincio-Podbiera

Sędzia: SO Janusz Beim

Protokolant: protokolant sądowy Rafał Bielski

po rozpoznaniu w dniu 19 czerwca 2012r w Krakowie

na rozprawie

sprawy ze skargi zamawiającego Skarbu Państwa - Komendanta
Wojewódzkiego Policji w Krakowie

przy uczestnictwie przeciwnika skargi WĄSKO Spółki Akcyjnej w
Gliwicach

przy udziale wykonawców przystępujących do postępowania po stronie
zamawiającego ComArch Spółki Akcyjnej w Krakowie i QUMAK -
SĘKOM Spółki Akcyjnej w Warszawie

o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi wniesionej przez Skarb Państwa - Komendanta
Wojewódzkiego Policji w Krakowie
od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej
z dnia 21 marca 2012r sygn. akt KIO 457/12

I. zmienia punkt I zaskarżonego wyroku w części obejmującej
nakazanie unieważnienia czynności oceny wniosków o
dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz nakazanie

powtórzenia czynności badania i oceny wniosków połączone z wykluczeniem z udziału w postępowaniu wykonawców:
ComArch S.A. 31-864 Kraków aleja Jana Pawła II 39 A i
Qumak-Sekom S.A. 00-807 Warszawa Aleje Jerozolimskie 94,
w trybie art. 24 ust. 3 ustawy poprzez zniesienie powyższych nakazów;

II. znosi wzajemnie pomiędzy stronami koszty postępowania skargowego.

Sygn. akt XII Ga 183/12

UZASADNIE NIE

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Skarb Państwa działający poprzez Komendanta Wojewódzkiego Policji w Krakowie w trybie dialogu konkurencyjnego, na zakup, instalację i uruchomienie serwerów w tym niezbędnej infrastruktury telekomunikacyjnej wraz z niezbędnymi urządzeniami sieciowymi oraz systemów składowania i archiwizacji danych, odwołanie oparciu o treść art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych / zwaną dalej ustawą /, wniosła WĄSKO S.A. w Gliwicach, zarzucając zamawiającemu niezgodne z jej postanowieniami podjęcie jak też zaniechanie szeregu czynności.

Zarzuty te dotyczyły :

- naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, art. 8 ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odtajnienia niektórych / szczegółowo omówionych w odwołaniu / elementów wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, złożonych przez wykonawców tj. : Sygnity SA w Warszawie, ComArch S.A. w Krakowie, Q.umak-Sekom w Warszawie;
- naruszenie art. 7 ust.1 ustawy w zw. z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy, przez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania ComArch S.A. oraz Qumak-Sekom, pomimo, że wykonawcy ci nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu tj. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym ;
- naruszenia art., 7 ust. 1 ustawy w zw. z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy przez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy ComArch oraz wykonawcy Qumak-Sekom, pomimo, iż wykonawcy ci złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania ;
- / z ostrożności procesowej / naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w związku z

naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy, poprzez zaniechanie wezwania ComArch i Qumak-Sekom do złożenia w wyznaczonym terminie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu a wskazanych szczegółowo w uzasadnieniu odwołania.

W konkluzji odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu :

1. powtórzenie czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz powtórzenie czynności przyznania ocen spełnienia tych warunków;
2. ujawnienie niektórych elementów wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców tj. Sygnity, ComArch, Qumak-Sekom, szczegółowo określonych w odwołaniu, jak też zawiadomienie odwołującego o odtajnieniu tych dokumentów wraz z udostępnieniem ich jemu;
3. wykluczenie z postępowania wykonawcy ComArch oraz wykonawcy Qumak-Sekom;
4. z ostrożności oraz tylko na wypadek uznania, że ComArch oraz Qumak-Sekom nie podlegają wykluczeniu z postępowania z przyczyn wskazanych w odwołaniu, o nakazanie zamawiającemu aby wezwał ComArch oraz

Qumak-Sekom do złożenia w wyznaczonym terminie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Z zachowaniem terminu wskazanego w art. 185 ust. 2 ustawy, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił zarówno ComArch jak i Qumak - Sekom.

Wyrokiem z dnia 21 marca 2012 r. Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniła odwołanie i nakazała :

- unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu ;
- powtórzenie czynności badania i oceny wniosków połączone z wykluczeniem w postępowaniu wykonawców ComArch S.A w Krakowie i Qumak-Sekom s.A. w Warszawie;
- ujawnienie informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zawartych we wnioskach wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia : ComArch S.A. w Krakowie, Qumak-Sekom S.A. w Warszawie, Sygnity S.A. w Warszawie w zakresie wykazów zamówień wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówień, wykazów osób oraz wykazów potwierdzających, że wykonawca dysponuje połączeniem do platformy serwisowej HDS umożliwiającej w szczególności on-line-owy monitoring macierzy HDS 1000 zgodnie z treścią uzasadnienia.

Kosztami postępowania obciążono Skarb Państwa przy zasądzeniu odeń na rzecz odwołującego koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia

pełnomocnika.

W uzasadnieniu swego rozstrzygnięcia, Izba, odwołując się do wynikającej z treści art. 8 ust. 1 ustawy, generalnej zasady jawności postępowań o zamówienia publiczne i enumeratywnie wyliczonych w art. 86 ust.4 ustawy możliwych od niej odstępstw oraz ciążącego na zamawiającym obowiązku przeprowadzenia w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy, indywidualnego badania jej zasadności w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu, przy jednoczesnym założeniu, że ciężar udowodnienia tego ostatniego spoczywa na tym kto zgłasza to zastrzeżenie, uznała, iż oprócz części związanej z pisemnymi zobowiązaniami podmiotów trzecich do oddania wykonawcom do dyspozycji swych zasobów na okres realizacji zamówienia / gdzie zostały spełnione przesłanki wymagane do uznania tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa /, w zakresie pozostałych informacji uznanych przez Sygnity, ComArch i Qumak-Sekom za tajemnicą przedsiębiorstwa, zarzuty odwołującego się za uzasadnione.

Za zasadne uznano również zarzuty odwołania wskazujące na naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy, polegające na zaniechaniu wykluczenia z postępowania zarówno ComArch jak i Qumak-Sekom, pomimo, iż wykonawcy ci nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu tj. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. Dotyczy to zapewnienia obu tych wykonawców, iż w zakresie uzyskania połączenia do platformy serwisowej HDS będą mogli polegać na zasobach podmiotu trzeciego, udostępnionych w trybie art. 26 ust 2b ustawy, podczas gdy w rzeczywistości w oparciu o informację przekazane przez firmę HDS Polska będącą producentem macierzy AMS HDS 1000 ustalono, iż żaden z tych wykonawców nie dysponuje wymaganym połączeniem do platformy serwisowej HDS umożliwiającej w szczególności on-line-owy monitoring macierzy HDS 1000.

Wyrok ten w części obejmującej :

- unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu ;
- powtórzenie czynności badania i oceny wniosków połączone z wykluczeniem z udziału w postępowaniu wykonawców ComArch i Qumak-Sekom, zaskarżył zamawiający, zarzucając Krajowej Izbie Odwoławczej:
- naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy poprzez błędne przyjęcie, że wykonawcy ComArch S.A. i Qumak S.A. nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ;
- naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez przyjęcie, że wykonawcy ComArch S.A. i Qumak S.A. złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, podczas gdy ich oświadczenia odpowiadały prawdzie.

Na zasadzie art. 198 f ustawy, domagał się zmiany zaskarżonego wyroku i uchylenie nakazu unieważnienia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz uchylenie nakazu powtórzenia czynności badania i oceny wniosków połączonego z wykluczeniem z udziału w postępowaniu

wykonawców ComArch SA w Krakowie oraz Qumak-Sekom SA w Warszawie.

Wnosił również o zasądzenie kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Okręgowy po rozpoznaniu skargi zważył co następuje.

Skarga jest usprawiedliwiona.

Po pierwsze należy zwrócić uwagę na jej zakres, ograniczający się jedynie do kwestii uprawnionego - zdaniem zamawiającego - w świetle treści art. 26 pkt 2b ustawy przyjęcia, iż wykonawcy tj. ComArch S.A. Kraków oraz Qumak-Sekom S.A. Warszawa, poprzez przedstawienie pisemnych zobowiązań podmiotu trzeciego wykazali, iż będą dysponowali niezbędnymi do realizacji zamówienia zasobami. Stanowiło to zatem dopełnienie przez tych wykonawców zasad wynikających z powyższego przepisu ustawy a zakwestionowanie tego rodzaju trybu, zmierzało by - zdaniem tut. Sądu - do naruszenia zasad konkurencyjności, ograniczając niejako już na "starcie" krąg podmiotów uprawnionych do skutecznego ubiegania się o zamówienie publiczne jedynie do „posiadaczy” wszelkiej niezbędnej wiedzy i nieograniczonego zaplecza technicznego, koniecznego do jego realizacji.

Po drugie, zakwestionowanie treści tych oświadczeń przez pozostałego wykonawcę, żywo interesowanego w wyeliminowaniu w/w wymienionych podmiotów z dalszego ich udziału w przedmiotowym postępowaniu, poprzez podważanie zgodności ich oświadczeń z rzeczywistością, winno bazować li tylko na zawartych tam stwierdzeniach, podlegających stosownej ocenie a nie, jak ma to miejsce w niniejszej sprawie, na dokumentach niejako stworzonych przez podmiot trzeci na potrzeby podważenia wiarygodności tych wykonawców.

Bezspornym winno bowiem pozostawać, iż zarówno Comarch S.A. jak też Qumak-Sekom S.A. w swych wnioskach o udzielenie zamówienia publicznego realizowanego w trybie dialogu konkurencyjnego, odwołały się do zapewnienia złożonego przez firmę S&T Services Polska treścią pism z dnia 18.01.2012 oraz 19.01.2012 r., iż jest ona autoryzowanym partnerem serwisowym firmy Hitachi Data System i dysponując dostępem do portalu partnerskiego HDS posiada dostęp do platformy serwisowej umożliwiający monitoring w trybie online do konkretnych macierzy. Ponadto pismami z dnia 2 kwietnia 2012 r. potwierdziła obu wykonawcom, iż w przypadku udzielenia któremuś z nich przedmiotowego zamówienia, będzie w trybie przepisany art. 26 ust. 2 b rzeczoną macierz serwisować.

W opozycji do powyższych zapewnień pozostaje treść pisma z dnia 15 marca 2012 r. sporządzona na firmowym papierze HITACHI Inspire the Next i podpisana przez Marka Świerada jako Regionalny Dyrektor & General Manager CEE & MENANT, stwierdzająca, że firma S&T Services Polska nie dysponuje połączeniem do platformy serwisowej HDS umożliwiającej monitoring w trybie online macierzy HDS 1000. Jednocześnie ta sama osoba podpisująca powyższe pismo, w kolejnym datowanym na ten sam dzień piśmie i również kierowanym bezpośrednio do Krajowej Izby Odwoławczej, stwierdza w stanowczy sposób, iż „jeżeli zatem firmy Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie lub Oumak-Sekom S.A. z siedzibą w Warszawie wskazały w swoich wnioskach, że wymagane przez Zamawiającego połączenie do platformy serwisowej HDS zostanie im udostępnione przez podmiot trzeci na zasadzie art. 26 ust.2b

ustawy Prawo zamówień publicznych, to takie udostępnienie nie będzie możliwe a w szczególności nie spowoduje, że w/w wykonawcy faktycznie uzyskają połączenie do platformy serwisowej". Pomijając już, oczywiste przekroczenie przez nadawcę tegoż pisma swych kompetencji poprzez usiłowanie zastąpienia w ocenie zgodności wniosków powyższych wykonawców z przepisami prawa ustawowy organ, a w każdym razie w zdecydowany sposób wpływające na jego rozstrzygnięcie, to należy również mieć na uwadze, że kolejne pismo z tej samej daty wyraźnie wskazuje, iż krąg autoryzowanych partnerów serwisowych firmy Hitachi Data Systems / a do takiego, co nie zostało skutecznie zakwestionowane należy S&T / posiada możliwość dostępu do monitoringu w trybie online macierzy HDS 1000.

Kolejne pisma firmy Hitachi przedłożone przez firmę Wąsko na posiedzeniu tut. Sądu w dniu 19 czerwca 2012 r. i dopuszczone jako dowód w sprawie, wskazują, iż Marek Świerad posiada jedynie uprawnienie do składania imieniem firmy Hitachi jedynie oświadczeń wiedzy a nie woli, co pozwala na postawienie tezy, iż jego kategoryczne twierdzenia zawarte w pismach z dnia 15 marca 2012 r. stanowiących w rzeczywistości podstawy wyrokowania w tej materii przez KIO, iż S&T nie otrzyma zgody na dostęp do macierzy HDS 1000 jest niczym nieuprawnione, i może najwyżej prowadzić do wniosku, iż to ta firma Hitachi rości sobie niczym nieuprawnione prawo do wpływania na przebieg postępowań realizowanych w trybie ustaw o zamówieniach publicznych.

Nie sposób zatem, jak czyni to KIO, uznać, iż wskazanie we wnioskach zarówno przez ComArch jak też Qumak-Sekom w trybie art. 26 ust. 2 b firmy S&T Services Polska jako podmiotu trzeciego, na którego wiedzy i potencjale technicznym mogą polegać przy wykonywaniu zamówienia, stanowiło złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania i mogło być było podstawą do wykluczenia ich w oparciu o treść art. 24 ust. 2 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym stanie rzeczy, mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy uznając zasadność przedmiotowej skargi zamawiającego, działając w oparciu o treść art.198 f ust. 2 w zw. z art. 198 a ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, zmienił pkt. 1 zaskarżonego wyroku w części obejmującej nakazanie unieważnienia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz nakazanie powtórzenie czynności badania i oceny wniosków połączone z wykluczeniem z udziału w postępowaniu wykonawców : ComArch S.A. 31-864 Kraków al. Jana Pawła II 39a i Qumak-Sekom S.A. 00-807 Warszawa al. Jerozolimskie 94 w trybie art. 24 ust.3 ustawy, poprzez zniesienie powyższych nakazów.

Odnośnie kosztów postępowania, Sąd Okręgowy kierując się zasadą wynikającą z treści art. 198f pkt.5 ustawy jak też mając na uwadze treść art. 198a pkt.2 ustawy oraz uwzględniając fakt zwolnienia zamawiającego z obowiązku opłacenia skargi, przyjął, iż ze względu na jej zakres, słusznym będzie oprzec rozstrzygnięcie tej kwestii na treści art. 100 k.p.c. stawiającym na zasadę słuszności jako kryterium ich wzajemnego zniesienia.

Ntóry -y acm#

ZgOrirc;,. . ■■.WnaSorr gftitKbl

Żv7/us Czopek

st Sadewy

>...