

**Sygn. akt: KIO/1400/10**

**Sygn. akt: KIO/1401/10**

**WYROK**  
**z dnia 19 lipca 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący:           Katarzyna Ronikier-Dolańska**

Protokolant:               Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lipca 2010 r. w Warszawie odwołań skierowanych zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lipca 2010 r. do łącznego rozpoznania wniesionych w dniu 5 lipca 2010 r. przez:

- A.    **Action S.A. z siedzibą przy ul. Jana Kazimierza 46/54, 01-248 Warszawa (sygn. akt: KIO/1400/10);**
  
- B.    **Incom S.A. z siedzibą przy ul. Mokronoskiej 6, 52-407 Wrocław (sygn. akt: KIO/1401/10);**

w postępowaniu prowadzonym przez **Samorząd Województwa Mazowieckiego z siedzibą przy ul. Jagiellońskiej 26, 03-719 Warszawa**

przy udziale:

- **Wasko S.A. z siedzibą przy ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice** zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygnaturach akt: KIO/1400/10 oraz KIO/1401/10 **po stronie zamawiającego;**
  
- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Maxto Marcin Staniewski, Tomasz Wojewoda sp. j. z siedzibą przy ul. Reduta 5, 31- 421 Kraków** oraz **Asseco Systems S.A. z siedzibą przy ul.17 Stycznia 74, 02-146 Warszawa**

zgłaszających przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygnaturach akt: KIO/1400/10 oraz KIO/1401/10 **po stronie zamawiającego;**

- **Incom S.A. z siedzibą przy ul. Mokronoskiej 6, 52-407 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt: KIO/1400/10 **po stronie zamawiającego;**
- **Biuro Informatyczno - Wdrożeniowe Koncept sp. z o. o. z siedzibą przy ul. Raclawickiej 56, 30 – 017 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygnaturach akt: KIO/1400/10 oraz KIO/1401/10 **po stronie odwołującego;**

**orzeka:**

**1.**

- A. oddala odwołanie;
- B. oddala odwołanie;

**2.** kosztami postępowania obciąża:

A. **Action S.A. z siedzibą przy ul. Jana Kazimierza 46/54, 01-248 Warszawa** w ten sposób, że nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Action S.A. z siedzibą przy ul. Jana Kazimierza 46/54, 01-248 Warszawa** oraz zasądza od **Action S.A. z siedzibą przy ul. Jana Kazimierza 46/54, 01-248 Warszawa** na rzecz:

- **Wasko S.A. z siedzibą przy ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice** kwotę 1 830 zł 00 gr. (słownie: jeden tysiąc osiemset trzydzieści złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty poniesione przez uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw, obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika;

- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Maxto Marcin Staniewski, Tomasz Wojewoda sp. j. z siedzibą przy ul. Reduta 5, 31- 421 Kraków** oraz **Asseco Systems S.A. z siedzibą przy ul.17 Stycznia 74, 02-146 Warszawa** kwotę 1 830 zł 00 gr. (słownie: jeden tysiąc osiemset trzydzieści złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty poniesione przez uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw, obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika;

- **Incom S.A. z siedzibą przy ul. Mokronoskiej 6, 52-407 Wrocław** kwotę 3 050 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty poniesione przez uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw, obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika.

**B. Incom S.A. z siedzibą przy ul. Mokronoskiej 6, 52-407 Wrocław** w ten sposób, że nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Incom S.A. z siedzibą przy ul. Mokronoskiej 6, 52-407 Wrocław** oraz zasądza od **Incom S.A. z siedzibą przy ul. Mokronoskiej 6, 52-407 Wrocław** na rzecz:

- **Wasko S.A. z siedzibą przy ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice** kwotę 1 830 zł 00 gr. (słownie: jeden tysiąc osiemset trzydzieści złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty poniesione przez uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw, obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika;

- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Maxto Marcin Staniewski, Tomasz Wojewoda sp. j. z siedzibą przy ul. Reduta 5, 31- 421 Kraków** oraz **Asseco Systems S.A. z siedzibą przy ul.17 Stycznia 74, 02-146 Warszawa** kwotę 1 830 zł 00 gr. (słownie: jeden tysiąc osiemset trzydzieści złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty poniesione przez uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw, obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika.

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

.....

**Sygn. akt: KIO/ 1400/10**

**Sygn. akt: KIO/ 1401/10**

### **U z a s a d n i e n i e**

Samorząd Województwa Mazowieckiego z siedzibą przy ul. Jagiellońskiej 26, 03 – 719 Warszawa zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie w celu zawarcia umowy na dostawę sprzętu komputerowego i systemów operacyjnych na potrzeby realizacji projektów EA i BW.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa niż kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto dnia 27 kwietnia 2010 r. publikując ogłoszenie o zamówieniu na stronie internetowej zamawiającego oraz w jego siedzibie, co ustalono na podstawie protokołu postępowania - pkt 7 druku ZP-1. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 27 kwietnia 2010 r. pod numerem 2010/S 81-121349.

W dniu 25 czerwca 2010 r. pismem z dnia 24 czerwca 2010 r. zamawiający poinformował wykonawców za pośrednictwem faksu o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

**Sygn. akt: KIO/ 1400/10**

Pismem z dnia 5 lipca 2010 r. wykonawca Action S.A. z siedzibą przy ul. Jana Kazimierza 46/54, 01-248 Warszawa (dalej „odwołujący Action”) wniósł odwołanie (wpływ bezpośredni do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lipca 2010 r. potwierdzony prezentatą). Kopię odwołania przekazał zamawiającemu tego samego dnia drogą elektroniczną (wydruk ze skrzynki mailowej zamawiającego).

Odwołanie zostało złożone wobec czynności wykluczenia odwołującego Action z postępowania oraz wskazania 5 wykonawców, którzy mają zostać zaproszeni do składania ofert w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący Action zarzucił zamawiającemu:

- A. wykonanie czynności niezgodnych z przepisami ustawy, do których należą:
  - 1. bezzasadne i bezpodstawne wykluczenie odwołującego Action z postępowania,
  - 2. wykluczenia odwołującego Action z postępowania na podstawie nieistniejącego przepisu, co oznacza brak podstawy prawnej wykluczenia,
  - 3. wskazanie wykonawców zapraszanych do składania ofert, którzy nie spełnili warunków udziału w postępowaniu lub też nie wykazali spełnienia warunków określonych w ogłoszeniu;
- B. zaniechanie wykonania czynności, do których wykonania zamawiający zobowiązany był przepisami ustawy, do których należą:
  - 1. zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy nie spełnili warunków udziału w postępowaniu lub którzy nie wykazali spełnienia tych warunków,
  - 2. zaniechanie odrzucenia ofert - wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
  - 3. zaniechanie dokonania oceny złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z zachowaniem zasad obiektywizmu, należytej staranności i zapewnienia równego traktowania wykonawców oraz w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji,
  - 4. zaniechanie poinformowania wykonawców uczestniczących w postępowaniu o otrzymanych ocenach spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Tym samym odwołujący Action stwierdził naruszenie art. 7 ust. 1 i 2, art. 8 ust. 1, 2 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 50 ust. 1, art. 51 ust.1a, art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy.

W wyniku opisanych powyżej naruszeń odwołujący Action wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. przywrócenia odwołującego Action do postępowania - anulowanie decyzji o jego wykluczeniu,
2. przeprowadzenia „odtajnienia” informacji, których zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa narusza przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
3. wykluczenia z postępowania konsorcjów: Kolporter Info S.A. z Makronet sp. z o.o (dalej „konsorcjum Kolporter Info”) oraz WebTradeCenter sp. z o.o. z Consortia sp. z o.o. (dalej „konsorcjum WebTradeCenter”) z tytułu niewypełnienia wymagań zamawiającego zawartych w ogłoszeniu,
4. odrzucenia ofert Incom S.A. oraz Itsumi S.A. jako podmiotów zależnych, którym przysługiwało prawo złożenia wyłącznie jednego wniosku,
5. przeprowadzenie ponownej oceny wniosków złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem ww. czynności.

W uzasadnieniu do podniesionych w odwołaniu zarzutów odwołujący Action wskazał, iż został bezpodstawnie wykluczony z postępowania. Powołał się na treść zawiadomienia z dnia 24 czerwca 2010 r., w którym zamawiający poinformował o wykluczeniu odwołującego Action z postępowania oraz wskazał wykonawców, którzy mają zostać zaproszeni do składania ofert.

Odnosząc się do zasadności wykluczenia z postępowania wyjaśnił, iż w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 11 czerwca 2010 r. zgłoszonego w trybie art. 26 ust.3 Pzp, nie uzupełnił informacji z Krajowego Rejestru Karnego (dalej „KRK”), gdyż nie był uprawniony do przekazania zamawiającemu dokumentów z KRK dotyczących osób trzecich - Olgerda M oraz Jacka Dariusza K, którzy zostali wykreśleni ze składu organu odwołującego odpowiednio w dniach 3 października 2006 r. - nr wpisu 13 oraz 9 kwietnia 2008 r. - nr wpisu 21. Argumentował, iż załączył do wniosku informacje z KRK zgodnie z wymaganiami zamawiającego, zatem jego wykluczenie było bezzasadne, prowadzące także do naruszenia art. 7 ust. 1 i 2 ustawy.

Stwierdził, iż informacja o wykluczeniu go z postępowania (oświadczenie woli zamawiającego z dnia 24 czerwca 2010 r.) na podstawie art. 23 ust.2 pkt 4 to „*informacja fałszywa - nie znajdująca umocowania w przepisach ustawy a tym samym nie może się ostać to oświadczenie jako obarczone wadą-wydane na podstawie nieistniejącej podstawy prawnej*”.

Zwrócił uwagę, że zamawiający zaprosił do składania ofert wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, a tym samym powinni z niego zostać wykluczeni. Wskazał, że konsorcjum Kolporter Info powinno zostać wykluczone, gdyż z treści str. 2 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wynika, iż nie przedłożyli zamawiającemu do oceny wykazu wykonanych dostaw - brak w wykazie dokumentów dołączonych do oferty. Natomiast z treści wniosku konsorcjum WebTradeCenter nie wynika, iż został wypełniony warunek przedłożenia zamawiającemu do oceny wykazu wykonanych dostaw. Dodał, że nie jest dopuszczalne uzupełnienie wniosku o wykaz zrealizowanych dostaw, gdyż prowadziłoby to do „*dopasowania*” danych podlegających ocenie.

Odwołujący Action zarzucił, iż zamawiający zaniechał odrzucenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Wyjaśnił, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest zastrzeżenie rzekomej tajemnicy przedsiębiorstwa, a do takiej należy zaliczyć zastrzeżenie informacji dokonane przez firmę NTT System, na której wiedzy i doświadczeniu polegają na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy wykonawcy. Argumentował, że powoływanie się na postanowienia art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w odniesieniu do NTT System S.A. jest niezasadne, gdyż podmiot ten jest spółką publiczną, do której zastosowanie znajduje m.in. postanowienie § 9 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 19 października 2005 r. w sprawie informacji bieżących i okresowych przekazywanych przez emitentów papierów wartościowych. Podkreślił, iż raport bieżący sporządzany przez NTT System S.A. winien zawierać między innymi datę zawarcia znaczącej umowy, oznaczenie stron i przedmiotu umowy a także istotne jej warunki ze szczególnym uwzględnieniem warunków finansowych. Odwołujący Action wywodził, iż na podstawie informacji udostępnionych mu przez zamawiającego, a zawartych w częściach „*jawnych*” wniesionych wniosków, ma prawo stwierdzić, iż informacje zawarte w częściach „*utajnionych*” nie posiadają i nie mogą posiadać klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż winny być przez firmę NTT System S.A. (podmiot, którego akcje notowane są na GPW) podawane do publicznej wiadomości. Tym samym – zdaniem odwołującego Action – zamawiający winien „*odtajnić*” zastrzeżone wbrew prawu informacje we wnioskach wskazanych w pkt. 1, 2, 3, 4 i 5 zawiadomienia o zaproszeniu do złożenia oferty.

Odwołujący Action wyraził także pogląd, iż wykonawcy Incom S.A. oraz Itsumi SA są powiązani kapitałowo, co wynika zarówno z treści dokumentów załączonych do wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, „*a równocześnie rodzi prawo do domniemania działania wspólnego - co jest sprzeczne z ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*”. Podmioty te winny zdaniem odwołującego Action zostać wykluczone z postępowania. Ponadto zwrócił uwagę, iż zamawiający zaniechał wyjaśnienia kwestii złożenia wniosków o udział w postępowaniu podmiotów zależnych, co czyni zasadnym zarzut naruszenia postanowień art. 7 ust. 1 i 2 ustawy.

Ponadto odwołujący Action wskazał na naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 51 ust. 1a ustawy. Dowodził, iż zamawiający zobowiązany był do poinformowania wszystkich wykonawców o otrzymanych ocenach spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czego nie dopełnił, co czyni informację przekazaną wykonawcom niezgodną z ustawą, a tym samym nie wywołuje skutków prawnych.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili:

- Wasko S.A. z siedzibą przy ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Maxto Marcin Staniewski, Tomasz Wojewoda sp. j. z siedzibą przy ul. Reduta 5, 31- 421 Kraków oraz Asseco Systems S.A. z siedzibą przy ul.17 Stycznia 74, 02-146 Warszawa,
- Incom S.A. z siedzibą przy ul. Mokronoskiej 6, 52-407 Wrocław,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Osowskiej 84, 04-351 Warszawa oraz Consortia sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Jagiellońskiej 74, 03-301 Warszawa,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Techelon sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Tamki 38, 00-355 Warszawa oraz Ogólnopolska Fundacja Edukacji Komputerowej z siedzibą przy ul. Tamki 38, 00-355 Warszawa,
- Kolporter Info S.A. z siedzibą przy ul. Zagańskiej 61, 25-528 Kielce,
- Incom S.A. z siedzibą przy ul. Mokronoskiej 6, 52-407 Wrocław.



Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego Action zgłosiło Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe Koncept sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Raclawickiej 56, 30 – 017 Kraków.

Zważywszy zarzuty odwołania zamawiający pismem z dnia 13 lipca 2010 r. (wpływ do Prezesa Izby za pośrednictwem faksu w dniu 13 lipca 2010 r., wpływ bezpośredni – 14 lipca 2010 r. – prezentata) działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy wniósł odpowiedź na odwołanie w całości uwzględniając jego zarzuty.

### **Sygn. akt: KIO/ 1401/10**

Dnia 5 lipca 2010 r. Incom S.A. z siedzibą przy ul. Mokronoskiej 6, 52-407 Wrocław (dalej „odwołujący Incom”) wniósł odwołanie przekazując je Prezesowi Izby w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Kopię odwołania przekazał zamawiającemu tego samego dnia za pośrednictwem faksu (raport transmisji faksu załączony do odwołania).

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu dokonanej w toku przedmiotowego postępowania. Odwołujący Incom zarzucił, iż zamawiający dokonując oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu naruszył art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 2 b oraz art. 8 ustawy.

W wyniku opisanych powyżej naruszeń odwołujący Incom wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny wniosków pod względem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, przy czym przy dokonywaniu tej czynności zamawiający nie powinien uwzględniać referencji spółki NTT załączonych do wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu 1. Konsorcjum: Kolporter Info S.A. oraz Makronet sp. z o.o. (dalej „konsorcjum Kolporter Info”), 2. Konsorcjum: Maxto Marcin Staniewski, Tomasz Wojewoda sp. j. oraz Asseco Systems S.A. (dalej „konsorcjum Maxto”), 3. Konsorcjum: Techelon sp. z o.o. oraz Ogólnopolska Fundacja Edukacji Komputerowej (dalej „konsorcjum Techelon”), 4. Wasko S.A. (dalej „Wasko”), 5. Konsorcjum WebTradeCenter sp. z o.o. oraz Consortia sp. z o.o. (dalej „konsorcjum WebTradeCenter”).

W uzasadnieniu zarzutów odwołujący Incom przywołał ogłoszenie o zamówieniu - sekcja III w części III.2.3. określające warunki techniczne, jakie spełnić mieli wykonawcy, aby zostać zaproszonym do składania ofert. Zgodnie z tym postanowieniem *„Warunkiem udziału w postępowaniu jest posiadanie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zrealizował zamówienia polegające na dostawie sprzętu komputerowego (serwerów, komputerów i aktywnych urządzeń sieciowych) o wartości łącznej co najmniej 12 000 000,00 PLN brutto, przy czym wartość każdej z tych dostaw nie może być mniejsza niż 3 000 000,00 PLN brutto. Zamawiający nie wymaga, aby każde z zamówień obejmowało dostawę serwerów, komputerów i aktywnych urządzeń sieciowych łącznie.”* Wykonawcy, którzy zostali zaproszeni do składania ofert, posłużyli się w celu wykazania spełnienia cytowanego warunku, referencjami podmiotu trzeciego firmy NTT. Zabieg taki – zdaniem odwołującego - jest tylko pozornie dozwolony w świetle art. 26 ust. b ustawy. Norma ta zezwala bowiem na poleganiu przez wykonawcę, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w danym postępowaniu, na potencjale, w tym doświadczeniu i potencjale technicznych, podmiotów trzecich, przy czym przepis ten jest ogólny. Nie wskazuje, w jakim zakresie wykonawca może polegać na potencjalnie innych podmiotów i czy możliwość ta jest nieograniczona, czy skorzystanie z potencjału innego podmiotu może odbyć się tylko w tym zakresie w jakim wykonawca będzie wykonywał zamówienie z pomocą tego podmiotu trzeciego. Zwrócił uwagę na cel przywołanego przepisu ustawy, którym jest zwiększenie konkurencyjności postępowań. Argumentował, iż cel ten w niniejszym postępowaniu *„został wypaczony”*, gdyż w skutek niedozwolonych i niezgodnych z prawem działań: konsorcjum Kolporter Info, konsorcjum Maxto, konsorcjum Techelon, wykonawcy Wasko i konsorcjum WebTradeCenter oraz spółki NTT zamknięty został w sposób sztuczny dostęp do uzyskania zamówienia. Zwrócił uwagę, iż w toku niniejszego postępowania, wszyscy zaproszeni do składania ofert wykonawcy polegają na potencjale technicznym i doświadczeniu jednego podmiotu trzeciego - firmy NTT. Na skutek tego zabiegu, to jest udostępnienia swoich referencji przez producenta - firmę NTT ograniczonej grupie podmiotów, szansę na udzielenie zamówienia publicznego uzyskali jedynie wykonawcy, którzy posłużyli się jego referencjami. Tym samym spółka NTT, choć sama nie ubiegała się o uzyskanie dostępu do zamówienia, ma pewność, że dostęp ten uzyska w sposób pośredni, skoro oferta wszystkich wykonawców zaproszonych do składania ofert opiera się na jej produktach. Oznacza to, że firma NTT zmonopolizowała przedmiotowe postępowanie w sposób całkowicie ograniczający konkurencję. Zaznaczył, iż konsekwencją tego działania jest naruszenie art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 2 b oraz art. 82 ust. 1 Pzp, zakazującego złożenia przez wykonawcę kilku ofert. Wywodził, iż w niniejszym stanie faktycznym spółka NTT za pośrednictwem swoich dystrybutorów złożyła 5 ofert i ma pewność, że uzyska dostęp do zamówienia. Wskazał, iż *„trudno też oprzeć się wrażeniu, iż pomiędzy Konsorcjum Kolporter, Konsorcjum Maxto, Konsorcjum Techelon, wykonawcą Wasko i Konsorcjum WebTradeCenter oraz spółką NTT doszło do zawarcia porozumienia, o którym mowa w art. 6*

ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.”W jego ocenie porozumienie to przybrało postać uzgodnionych praktyk, mających na celu uniemożliwienie innym podmiotom dostępu do niniejszego zamówienia publicznego. Stwierdził, iż w wyniku działań konsorcjum Kolporter Info, konsorcjum Maxto, konsorcjum Techelon, wykonawcy Wasko i konsorcjum WebTradeCenter oraz spółki NTT zaburzona została konkurencja na rynku, a tym samym złamana została zasada uczciwej konkurencji. Podkreślił, iż w konsekwencji zamawiający powinien pominąć referencje spółki NTT, choć posłużenie się nimi było dozwolone na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy.

Podniósł także, że wykonawcy konsorcjum Kolporter Info, konsorcjum Maxto, konsorcjum Techelon, wykonawca Wasko i konsorcjum WebTradeCenter zastrzegli tajemnicę przedsiębiorstwa w odniesieniu do wykazów dostaw oraz referencji. Odwołujący Incom ocenił, iż zamawiający naruszył art. 8 Pzp, gdyż wykonawcy nie mieli podstaw do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie ww. dokumentów. Powołał art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym 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. Podkreślił, że informacje zawarte w referencjach jak i wykazach dostaw nie zawierają danych, które spełniają ww. warunki. Dodał, że wykazy dostaw zawierają dane dotyczące zrealizowanych dostaw: wielkość, odbiorcę oraz datę dostawy, ale są to najczęściej dostawy realizowane w ramach systemu zamówień publicznych, z zatem są podane do wiadomości publicznej. Wyjaśnił także, iż obowiązujące przepisy zobowiązują spółki publiczne do ujawniania takich informacji. Powołał się na zasady doświadczenia życiowego wskazując, iż przedsiębiorcy na swoich stronach internetowych zamieszczają informację o zrealizowanych dużych dostawach, aby wykazać się referencjami dotychczasowych klientów. Konkludując stwierdził, iż informacje zawarte w wykazach dostaw oraz referencjach nie mogą zostać zakwalifikowane jako tajemnica przedsiębiorstwa, a co za tym idzie nie mogą zostać utajnione na podstawie art. 8 ust. 3 Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili:

- Wasko S.A. z siedzibą przy ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Maxto Marcin Staniewski, Tomasz Wojewoda sp. j. z siedzibą przy ul. Reduta 5, 31- 421 Kraków oraz Asseco Systems S.A. z siedzibą przy ul.17 Stycznia 74, 02-146 Warszawa,
- Incom S.A. z siedzibą przy ul. Mokronoskiej 6, 52-407 Wrocław,

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie WebTradeCenter sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Osowskiej 84, 04-351 Warszawa oraz Consortia sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Jagiellońskiej 74, 03-301 Warszawa,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Techelon sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Tamki 38, 00-355 Warszawa oraz Ogólnopolska Fundacja Edukacji Komputerowej z siedzibą przy ul. Tamki 38, 00-355 Warszawa,
- Kolporter Info S.A. z siedzibą przy ul. Zagańskiej 61, 25-528 Kielce.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego Incom zgłosiło Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe Koncept sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Raławickiej 56, 30 – 017 Kraków.

Zważywszy zarzuty odwołania zamawiający pismem z dnia 13 lipca 2010 r. (wpływ do Prezesa Izby za pośrednictwem faksu oraz bezpośrednio w dniu 14 lipca 2010 r. - prezentata) działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy wniósł odpowiedź na odwołanie w całości uwzględniając jego zarzuty.

**Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację postępowania, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia i treść wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:**

Zważywszy, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczą rozpoznawane przez Izbę odwołania nastąpiło po dniu wejścia w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r. Nr 223, poz.1778) w sprawie znajdują zastosowanie przepisy Pzp w brzmieniu znowelizowanym.

Odwołania, wobec nie stwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołujących Action S.A. oraz Incom S.A. wpisów, podlega rozpoznaniu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż do postępowania wywołanego odwołaniem Action (KIO/1400/10) skutecznie przystąpili po stronie zamawiającego działając na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy wykonawcy Wasko, konsorcjum Maxto oraz Incom oraz po stronie odwołującego Biuro Informatyczno – Wdrożeniowe Koncept sp. z o.o.

Izba oddaliła opozycją wniesioną na podstawie art. 185 ust. 4 przez odwołującego Action przeciw przystąpieniu Wasko, gdyż zarzuty podniesione w odwołaniu dotyczą skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa informacji załączonych do wniosku Wasko, a zatem wykonawca ten ma interes, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść zamawiającego.

Zostało także stwierdzone, że do postępowania wywołanego odwołaniem Incom (KIO/1401/10) skutecznie przystąpili po stronie zamawiającego działając na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy wykonawcy Wasko, konsorcjum Maxto oraz po stronie odwołującego Biuro Informatyczno-Wdrożeniowe Koncept sp. z o.o.

Biorąc od uwagę uwzględnienie przez zamawiającego w całości na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy zarówno odwołania Action, jak i odwołania Incom oraz w związku z wniesieniem przez uczestników postępowania, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, sprzeciwów (art. 186 ust. 4 ustawy):

- **Wasko – sprzeciw od uwzględnienia w całości zarzutów odwołania wniesionego przez odwołującego Action** w zakresie dotyczącym „zaniechania odrzucenia ofert-wniosków o udział w postępowaniu, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji” (pkt II B 2. odwołania Action) w związku z żądaniem „odtajnienia” zastrzeżonych wbrew prawu jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji oraz **sprzeciw od uwzględnienia w całości zarzutów odwołania wniesionego przez odwołującego Incom,**

- **konsorcjum Maxto – sprzeciw od uwzględnienia w całości zarzutów odwołania wniesionego przez odwołującego Action** oraz **sprzeciw od uwzględnienia w całości zarzutów odwołania wniesionego przez odwołującego Incom,**

- **odwołującego Incom – sprzeciw od uwzględnienia w całości zarzutów odwołania wniesionego przez Action** w zakresie dotyczącym „odrzucenia ofert Incom S.A. oraz Itsumi S.A. jako podmiotów zależnych, którym przysługiwało prawo złożenia jednego wniosku”,

Zważywszy brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołań, Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba ustaliła, że zarówno odwołujący Action S.A, jak i Incom S.A. legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, iż odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

**Za podstawę rozstrzygnięć Izba przyjęła następujące ustalenia faktyczne:**

Zamawiający prowadzi przetarg ograniczony w celu zawarcia umowy na dostawę sprzętu komputerowego i systemów operacyjnych na potrzeby realizacji projektów EA i BW. W pkt. III.2.3. ogłoszenia „*Zdolność techniczna*” zamawiający stwierdził, iż warunek wiedzy i doświadczenia uzna za spełniony, „*jeżeli Wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zrealizował zamówienia polegające na dostawie sprzętu komputerowego (serwerów, komputerów i aktywnych urządzeń sieciowych) o wartości łącznej co najmniej 12 000 000,00 PLN brutto, przy czym wartość każdej z tych dostaw nie może być mniejsza niż 3 000 000,00 PLN brutto. Zamawiający nie wymaga, aby każde z zamówień obejmowało dostawę serwerów, komputerów i aktywnych urządzeń sieciowych łącznie.*” W celu wykazania spełniania przywołanego warunku wykonawcy zobowiązani byli złożyć wykaz wykonanych dostaw z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz dokumenty potwierdzające, że dostawy te zostały wykonane należycie. Dalej w pkt. IV. 1.2. postanowione zostało, że zamawiający zaprosi do składania ofert pięciu wykonawców, przy czym zastrzegł, iż w przypadku, gdy liczba wykonawców, którzy złożyli wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i spełnili warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż pięciu, zaproszonych zostanie do złożenia ofert pięciu wykonawców, którzy wykażą realizację dostawy o największej wartości spośród tych dostaw, które wykonawca zamieści w wykazie załączonym do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. III.2.3. ogłoszenia. Do składania ofert zaproszeni zostaną wykonawcy legitymujący się tymi dostawami o największej wartości. Trzeba także przywołać treść pkt. III.2.1.4. ogłoszenia, w którym zamawiający postanowił, że jeżeli „*Wykonawca wykazuje spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia (...) na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b*

*p.z.p. polega na zasobach innych podmiotów, Zamawiający wymaga złożenia pisemnego oświadczenia tych podmiotów, do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia*". W pkt. III 2.1.2.4. ogłoszenia wymagane także było, aby wykonawcy wraz z wnioskiem złożyli aktualną informację z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy.

Biorąc pod uwagę powyższe postanowienia ogłoszenia wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (dalej „wnioski”) złożyło 22 wykonawców (pkt 8 – Druk ZP-1/PO). Zamawiający w wyniku analizy wniosków stwierdził, iż 20 wykonawców spełniło warunki udziału w postępowaniu (pkt 9 – Druk ZP-1/PO), w konsekwencji czego przeprowadził kwalifikację wykonawców na zasadach określonych w pkt. III.2.3. ogłoszenia wyłaniając 5, którzy wykazali dostawę o największej wartości. O wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zamawiający w dniu 25 czerwca 2010 r. (za pośrednictwem faksu oraz poczty elektronicznej) zawiadomił wykonawców, w tym odwołującego Action oraz odwołującego Incom, informując na podstawie art. 51 ust. 1 a ustawy, iż do złożenia ofert zostaną zaproszeni wykonawcy, którzy wykazali się dostawami o najwyższej wartości: konsorcjum Kolporter Info, konsorcjum Maxto, konsorcjum Techelon, wykonawca Wasko i konsorcjum WebTradeCenter oraz wykluczeniu 17 wykonawców. Wśród wykonawców wykluczonych znaleźli się odwołujący Action (wykluczony na podstawie art. 23 ust.2 pkt 4 Pzp, gdyż nie dołączył do wniosku informacji z KRK dotyczących dwóch członków zarządu oraz odwołujący Incom, którego uznano za wykluczonego na podstawie art. 51 ust. 2 Pzp. Do zawiadomienia załączony został druk ZP-16 zawierający informacje o pozycji poszczególnych podmiotów po ocenie przez zamawiającego spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła, iż wykonawcy zaproszeni do składania ofert złożyli wnioski, do których załączyli m.in. następujące dokumenty:

1. konsorcjum Kolporter Info:

- oświadczenie NTT System S.A. z dnia 21 maja 2010 r., iż konsorcjum, którego liderem jest Kolporter Info „stosownie do art. 26 ust. 2 b ustawy (...) może polegać na wiedzy i doświadczeniu w toku ubiegania się udzielenie oraz w trakcie realizacji” przedmiotowego zamówienia publicznego – w tym celu NTT System S.A. „oddaje (...) Wykonawcy do dyspozycji niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia”. W treści oświadczenia NTT System S.A. zastrzegł, powołując się na art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przekazaną konsorcjum, którego liderem jest Kolporter Info referencje, jako stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. Dalej stwierdzone zostało, iż „Dostępu do informacji zawartych w przekazanych dokumentach nie można (...) uzyskać w dozwolony prawem sposób, jako iż stanowią one wartość gospodarczą przedsiębiorstwa.” - (k.21 wniosku),

- stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa datowany na dzień 18 maja 2010 r. „Wykaz wykonanych dostaw” (nie wymieniony na str. 2 pn. „Wykaz dokumentów dołączonych do ofert”) z podaniem wartości netto dostaw, ich przedmiotu, daty wykonania oraz odbiorcy – (k.77 wniosku),

- stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa referencje (k.78 – 82 wniosku).

Ponadto na wezwanie zamawiającego z dnia 11 czerwca 2010 r. skierowane w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy konsorcjum Kolporter Info uzupełniło pismem z 15 czerwca 2010 r. „Wykaz wykonanych dostaw” m.in. o dostawę, dla której list referencyjny był pierwotnie załączony do wniosku oznaczając tę informację, jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Natomiast w odpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 21 czerwca 2010 r., w którym domagał się on wyjaśnienia na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy, jaka jest podstawa



prawna i uzasadnienie faktyczne zastrzeżenia wykazu dostaw oraz dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie i uznania ich treści jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz jakie działania zostały podjęte w celu zachowania ich poufności konsorcjum Kolporter pismem z dnia 22 czerwca 2010 r. podtrzymało zasadność zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w odniesieniu do zastrzeżonych informacji. Wyjaśniło, iż załączone do wniosku referencje oraz wykaz dostaw zawierają informacje handlowe (mające wartość gospodarczą i handlową) nie ujawnione do wiadomości publicznej. Wskazało, że załączone dokumenty zawierają dane o kontrahentach, źródłach zaopatrzenia, których poufność może mieć znaczenie z punktu widzenia konkurencyjności wykonawców. Stwierdziło, iż są to informacje obejmujące doświadczenie i wiadomości przydatne do prowadzenia przedsiębiorstwa, a w szczególności konkurowania na rynku. Podało, iż NTT System S.A. zobowiązało je do zachowania poufności przekazanych mu referencji.

## 2. konsorcjum Maxto:

- oświadczenie NTT System S.A. z dnia 21 maja 2010 r., iż wykonawca Maxto Marcin S, Tomasz W sp. j. „*stosownie do art. 26 ust. 2 b ustawy (...) może polegać na wiedzy i doświadczeniu w toku ubiegania się udzielenie oraz w trakcie realizacji*” przedmiotowego zamówienia publicznego – w tym celu NTT System S.A. „*oddaje (...) Wykonawcy do dyspozycji niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia*”. W treści oświadczenia NTT System S.A. zastrzegł, powołując się na art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przekazaną wykonawcy Maxto Marcin S, Tomasz W sp. j. referencje, jako stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. Dalej stwierdzone zostało, iż „*Dostępu do informacji zawartych w przekazanych dokumentach nie można (...) uzyskać w dozwolony prawem sposób, jako iż stanowią one wartość gospodarczą przedsiębiorstwa.*”  
- (k.13 wniosku),

- „*Oświadczenie o zastrzeżeniu informacji*” wykonawcy Maxto Marcin S, Tomasz W sp. j. z dnia 21 maja 2010 r., w którym zastrzeżone zostało, iż informacje zawarte w wykazie zrealizowanych dostaw oraz potwierdzenia należytego wykonania dostaw stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), w związku z czym nie mogą być ujawnione oraz udostępnione podmiotom trzecim - (k. 14 wniosku),
- stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa datowany na dzień 21 maja 2010 r. „*Wykaz zrealizowanych dostaw*” z podaniem wartości netto i brutto wykonanych zamówień, ich przedmiotu, daty wykonania oraz odbiorcy – (k.15-16 wniosku),
- stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa referencje (k.18 – 27 wniosku).

Ponadto w odpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 21 czerwca 2010 r., w którym domagał się on wyjaśnienia na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy, jaka jest podstawa prawna i uzasadnienie faktyczne zastrzeżenia wykazu dostaw oraz dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie i uznania ich treści jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz jakie działania zostały podjęte w celu zachowania ich poufności konsorcjum Maxto w piśmie z dnia 22 czerwca 2010 r. powołało treść art. 8 ust. 3 ustawy stwierdzając, iż przepis ten pozwala zastrzec wybrane przez wykonawcę informacje, o ile stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wykonawcy nie wolno natomiast zastrzec danych, o których mowa w art. 86 ust. 4 Pzp tj. nazwy (firmy) oraz adresu wykonawcy, informacji dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności. Wyjaśniło, iż dane zawarte w pkt. 1,2,4,5,7,9,10 wykazu prac spełniają przywołane ustawowe warunki stawiane tajemnicy przedsiębiorstwa wynikające z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dodało, iż dane zawarte w pozycjach 3, 6 i 8 wykazu oraz w dokumentach potwierdzających, że dostawy w tych pozycjach wskazane wykonane zostały należycie, nie podlegają zastrzeżeniu, bowiem dostawy te zrealizowane zostały w ramach postępowań o zamówienie publiczne lub jawnych postępowań prowadzonych na podstawie regulaminu wewnętrznego spółki z udziałem Skarbu Państwa. Zatem jest to część jawna wykazu zrealizowanych

zamówień oraz załączone do niej referencje nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, tym samym nie ma przeszkód, aby zamawiający udostępnił je innym wykonawcom. Wskazało, że część tajna wykazu wykonanych dostaw wraz z referencjami stanowi dla Maxto oraz członka konsorcjum Asseco, a także NTT System S.A., istotną wartość gospodarczą, gdyż m.in. wskazuje klientów tego podmiotu, o których istnieniu i potrzebach nie wie konkurencja. Ponadto dane te obrazują wielkość obrotu NTT System S.A. z niektórymi klientami, a zgodnie z postanowieniem Sądu Antymonopolowego z dnia 30 października 1996 r. (sygn. akt XVII Amz 3/96), tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu. Konsorcjum Maxto wskazało, że zastrzeżone dane nie dotycząc zamówień realizowanych na podstawie ustawy – zastrzeżone zostały wyłącznie zamówienia realizowane dla odbiorców, z którymi podpisane zostały porozumienia o poufności bądź z którymi w zawartych umowach znajdują się stosowne klauzule poufności. Dodało, że przedmiotowe informacje zastrzeżone zostały poprawnie jako tajemnica przedsiębiorstwa, bowiem dotyczą nieznanych ogółowi kontrahentów Maxto, Asseco i NTT System S.A. i wielkości obrotów z tymi podmiotami. Poinformowało, iż dane zawarte w zastrzeżonych dokumentach nie są informacjami ujawnionymi do wiadomości publicznej. Oświadczyło, że wobec tych informacji podjęto działania niezbędne w celu zachowania ich poufności – m.in. nie są udostępniane w dostępnych publicznie materiałach, a system informatyczny, w którym są zamieszczone, został odpowiednio zabezpieczony przed nieuprawnionym dostępem. Pracownicy zarówno Maxto, jak i Asseco dopuszczeni do zastrzeżonych informacji, zostali poinformowani o ich poufnym charakterze. Tym samym nie wyraził zgody na odtajnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa zawartych w pkt. 1, 2,4,5,7,9,10 wykazu i związanych z nimi referencji.

### 3. konsorcjum Techelon:

- oświadczenie NTT System S.A. z dnia 21 maja 2010 r., iż konsorcjum, którego liderem jest Techelon „stosownie do art. 26 ust. 2 b ustawy (...) może polegać na wiedzy i doświadczeniu w toku ubiegania się udzielenie oraz w trakcie realizacji” przedmiotowego zamówienia

publicznego – w tym celu NTT System S.A. „oddaje (...) Wykonawcy do dyspozycji niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia”. W treści oświadczenia NTT System S.A. zastrzegł, powołując się na art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przekazaną konsorcjum, którego liderem jest Techelon referencje, jako stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. Dalej stwierdzone zostało, iż „Dostępu do informacji zawartych w przekazanych dokumentach nie można (...) uzyskać w dozwolony prawem sposób, jako iż stanowią one wartość gospodarczą przedsiębiorstwa.” - (k.47 wniosku),

- oświadczenie konsorcjum Techelon, iż informacje zawarte na stronach 66-68 stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), w związku z czym nie mogą być ujawnione oraz udostępnione podmiotom trzecim,

- stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa „Wykaz wykonanych dostaw (...)” z podaniem wartości netto wykonanych zamówień, przedmiotu dostawy, daty wykonania oraz odbiorcy – (k.66 wniosku),

- stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa listy referencyjne (k.67-68 wniosku),

- wykaz wykonanych dostaw z podaniem wartości netto, przedmiotu dostawy, daty wykonania oraz odbiorcy (k. 43 wniosku) oraz odpowiadające mu referencje (k. 44-46).

Ponadto w odpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 21 czerwca 2010 r., w którym domagał się on wyjaśnienia na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy, jaka jest podstawa prawna i uzasadnienie faktyczne zastrzeżenia wykazu dostaw oraz dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie i uznania ich treści jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz jakie działania zostały podjęte w celu zachowania ich poufności konsorcjum Techelon pismem z dnia 22 czerwca 2010 r. podtrzymało zasadność zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w odniesieniu do zastrzeżonych informacji. Wyjaśniło, iż załączone do wniosku referencje

oraz wykaz dostaw zawierają informacje handlowe (mające wartość gospodarczą i handlową) oraz nie są ujawnione do wiadomości publicznej. Podniosło, że jest związane klauzulą poufności z kontrahentami, dostawcami i producentami sprzętu na poczet niniejszego postępowania, która obowiązuje zarówno dostawców, pracowników, jak i osoby współpracujące z dostawcami. Poinformowało, że wykaz oraz referencje zawierają informacje o kontrahentach i wielkości obrotów, które stanowią wartość gospodarczą w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i są przez konsorcjum Techelon chronione. Powołało postanowienie Sądu Antymonopolowego z dnia 30 października 1996 r. (sygn. akt XVII Amz 3/96), w którym zostało stwierdzone, iż stanowią tajemnice przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu. Podało, iż NTT System S.A. zobowiązało je do zachowania poufności przekazanych mu referencji.

#### 4. wykonawca Wasko:

- oświadczenie NTT System S.A. z dnia 21 maja 2010 r., iż wykonawca Wasko „*stosownie do art. 26 ust. 2 b ustawy (...) może polegać na wiedzy i doświadczeniu w toku ubiegania się udzielenie oraz w trakcie realizacji*” przedmiotowego zamówienia publicznego – w tym celu NTT System S.A. „*oddaje (...) Wykonawcy do dyspozycji niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia*”. W treści oświadczenia NTT System S.A. zastrzegł, powołując się na art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przekazaną wykonawcy Wasko referencje, jako stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. Dalej stwierdzone zostało, iż „*Dostęp do informacji zawartych w przekazanych dokumentach nie można (...) uzyskać w dozwolony prawem sposób, jako iż stanowią one wartość gospodarczą przedsiębiorstwa.*” - (k.13 wniosku),

- stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa datowany na dzień 21 maja 2010 r. „*Wykaz wykonanych dostaw*” z podaniem zamawiającego, terminu wykonania, opisu przedmiotu zamówienia, wartości netto i brutto – (k. 76 wniosku),

- stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa listy referencyjne (k.74 – 75 wniosku),
- „Wykaz wykonanych dostaw” z podaniem zamawiającego, terminu wykonania, opisu przedmiotu zamówienia, wartości dostaw netto i brutto (k. 55 – 57 wniosku) oraz dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie (k. 58 – 69 wniosku).

Ponadto w odpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 21 czerwca 2010 r., w którym domagał się on wyjaśnienia na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy, jaka jest podstawa prawna i uzasadnienie faktyczne zastrzeżenia wykazu dostaw oraz dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie i uznania ich treści jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz jakie działania zostały podjęte w celu zachowania ich poufności wykonawca Wasko pismem z dnia 22 czerwca 2010 r. podtrzymał zasadność zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w odniesieniu do zastrzeżonych informacji. Przywołał treść art. 8 ust. 3 ustawy stwierdzając, iż przepis ten pozwala zastrzec wybrane przez wykonawcę informacje, o ile stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Argumentował, iż część wykazu, co do której została zastrzeżona tajemnica przedsiębiorstwa oraz listy referencyjne potwierdzające należyte wykonanie dostaw wymienionych w zastrzeżonej części wykazu spełniają ustawowe warunki stawiane tajemnicy przedsiębiorstwa tj. mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub posiadają wartość gospodarczą oraz nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej i podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności. Wyjaśnił, iż część tajna wykazu wykonanych dostaw wraz z listami referencyjnymi stanowi dla firmy NTT System S.A. istotną wartość gospodarczą, gdyż m.in. wskazują klientów tego podmiotu, o których istnieniu i potrzebach nie wie konkurencja. Ponadto dane te obrazują wielkość obrotu NTT System S.A. z niektórymi klientami, a zgodnie z postanowieniem Sądu Antymonopolowego z dnia 30 października 1996 r. (sygn. akt XVII Amz 3/96), tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu. Wskazał, że zastrzeżone dane nie dotycząc zamówień realizowanych na podstawie ustawy – zastrzeżone zostały wyłącznie zamówienia realizowane dla odbiorców, z którymi podpisane zostały porozumienia o poufności bądź z którymi

w zawartych umowach znajdują się stosowne klauzule poufności. Dodał, że przedmiotowe informacje zastrzeżone zostały poprawnie jako tajemnica przedsiębiorstwa, bowiem dotyczą nieznanymi ogółowi kontrahentów NTT System S.A. i wielkości obrotów z tymi podmiotami. Poinformował, iż dane zawarte w zastrzeżonych dokumentach nie są informacjami ujawnionymi do wiadomości publicznej. Oświadczył, że wobec tych informacji podjęto działania niezbędne w celu zachowania ich poufności – m.in. nie są udostępniane w dostępnych publicznie materiałach, a system informatyczny, w którym są zamieszczone, został odpowiednio zabezpieczony przed nieuprawnionym dostępem. Pracownicy zarówno Wasko, jak i NTT System S.A. zostali poinformowani o ich poufnym charakterze. Tym samym nie wyraził zgody na odtajnienie jakichkolwiek zastrzeżonych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

#### 5. konsorcjum WebTradeCenter:

- oświadczenie NTT System S.A. z dnia 21 maja 2010 r., iż konsorcjum, którego liderem jest WebTradeCenter *„stosownie do art. 26 ust. 2 b ustawy (...) może polegać na wiedzy i doświadczeniu w toku ubiegania się udzielenie oraz w trakcie realizacji”* przedmiotowego zamówienia publicznego – w tym celu NTT System S.A. *„oddaje (...) Wykonawcy do dyspozycji niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia”*. W treści oświadczenia NTT System S.A. zastrzegł, powołując się na art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przekazaną konsorcjum, którego liderem jest WebTradeCenter referencje, jako stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. Dalej stwierdzone zostało, iż *„Dostępu do informacji zawartych w przekazanych dokumentach nie można (...) uzyskać w dozwolony prawem sposób, jako iż stanowią one wartość gospodarczą przedsiębiorstwa.”*

- stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa datowany na dzień 21 maja 2010 r. *„Wykaz wykonanych dostaw”* z podaniem wartości brutto wykonanych zamówień, ich przedmiotu (nazwa zamówienia), czasu realizacji oraz nazwy i adresu odbiorcy,

- stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa listy referencyjne.

Ponadto w odpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 21 czerwca 2010 r., w którym domagał się on wyjaśnienia na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy, jaka jest podstawa prawna i uzasadnienie faktyczne zastrzeżenia wykazu dostaw oraz dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie i uznania ich treści jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz jakie działania zostały podjęte w celu zachowania ich poufności konsorcjum WebTradeCenter pismem z dnia 22 czerwca 2010 r. podtrzymało zasadność zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odniesieniu do zastrzeżonych informacji. Wyjaśniło, iż załączone do wniosku referencje oraz wykaz dostaw zawierają informacje handlowe (mające wartość gospodarczą i handlową). Podniosło, iż nie ujawniło do wiadomości publicznej zrealizowanych dostaw, a także, że jest związane klauzulą poufności z kontrahentami, dostawcami i producentami sprzętu na poczet niniejszego postępowania, która obowiązuje zarówno dostawców, pracowników, jak i osoby współpracujące z dostawcami. Poinformowało, iż nie może pozwolić sobie na ujawnienie kanałów dystrybucji. Wskazało, że wykaz oraz referencje zawierają informacje o kontrahentach, źródłach zaopatrzenia, których poufność może mieć znaczenie z punktu widzenia konkurencyjności wykonawców. Stwierdziło, iż są to informacje obejmujące doświadczenie i wiadomości przydatne do prowadzenia przedsiębiorstwa, a w szczególności konkurowania na rynku. Podało, iż NTT System S.A. zobowiązało je do zachowania poufności przekazanych mu referencji.

Izba ustaliła także, iż odwołujący Action załączył do wniosku m.in. odpis pełny rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego datowany na 14 stycznia 2001 r. Z jego treści wynika, iż Olgierd Mirosław M z dniem 3 października 2006 r. (wpis nr 13), a Dariusz Jacek K z dniem 9 kwietnia 2008 r. (wpis nr 21) zostali wykreśleni ze składu zarządu odwołującej się spółki. Zamawiający pomijając powyższe pismem z dnia 11 czerwca 2010 r. działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał odwołującego Action do uzupełnienia informacji z KRK dotyczącej dwóch spośród pięciu ustalonych na podstawie



odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego członków zarządu. W odwołaniu odwołujący Action wskazał, że nie mógł wypełnić wezwania zamawiającego, gdyż wymienione osoby zostały wykreślone ze składu zarządu.

Na podstawie załączonego do wniosku odwołującego Incom odpisu z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego z dnia 18 lutego 2010 r. (Rubryka 6 – Sposób powstania spółki) Izba stwierdziła, iż odwołujący Incom został utworzony w wyniku podziału spółki Incom S.A. z siedzibą we Wrocławiu w trybie art. 529 § 1 i 2 ksh przez zawiązanie dwóch spółek: Incom S.A. (odwołujący) oraz Itsumi S.A. (podział przez zawiązanie nowych spółek). Prezesem jednoosobowego zarządu jest Mariusz Stanisław J (Dział 2, Podrubryka 1 – Dane osób wchodzących w skład organu), a w skład rady nadzorczej wchodzi Iwona Maria J, Alfreda J, Anna Katarzyna Ś (Rubryka 2 – Organ nadzoru, Podrubryka 1 – Dane osób wchodzące w skład organu).

Analiza załączonego do wniosku Itsumi S.A. odpisu z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego z dnia 17 maja 2010 r. potwierdza, iż spółka ta powstała w wyniku podziału Incom S.A, z siedzibą we Wrocławiu w trybie art. art. 529 § 1 i 2 ksh (Rubryka 6 – Sposób powstania spółki). Prezesem jednoosobowego zarządu jest Mariusz Stanisław J (Dział 2, Podrubryka 1 – Dane osób wchodzących w skład organu). W skład rady nadzorczej także wchodzi te same osoby, co w skład rady nadzorczej odwołującego Incom (Rubryka 2 – Organ nadzoru, Podrubryka 1 – Dane osób wchodzące w skład organu).

**W świetle powyższego Izba zważyła, co następuje:**

**Sygn. akt KIO/1400/10**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba podziela stanowisko odwołującego Action, iż został bezzasadnie wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 23 ust. 2 pkt 4 ustawy (zamawiający wskazał przywołaną podstawę prawną w piśmie z dnia 24 czerwca 2010 r. informującym o wyniku oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 51 ust. 1a Pzp, stwierdzając, że odwołujący Action nie złożył informacji z KRK dla dwóch spośród pięciu

członków jego zarządu. Zamawiający błędnie ustalił, że odwołujący Action zobowiązany był do złożenia wymaganej pkt. III.2.1.2.4 aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w odniesieniu do spółki akcyjnej w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy dla Olgierda Mirosława M oraz Dariusza Jacka K. Trzeba bowiem podkreślić, iż cytowany przepis zobowiązuje do złożenia informacji z KRK wyłącznie dla urzędujących członków organu zarządzającego. Jak słusznie podniósł odwołujący Action, wskazane osoby nie są członkami jego zarządu, co zamawiający mógł ustalić na podstawie odpisu pełnego rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego datowany na 14 stycznia 2001 r. załączonego do wniosku odwołującego Action. Z jego treści wynika, iż Olgierd Mirosław M z dniem 3 października 2006 r. (wpis nr 13), a Dariusz Jacek K z dniem 9 kwietnia 2008 r. (wpis nr 21) zostali wykreśleni ze składu zarządu odwołującej się spółki. Zatem potwierdził się wskazany w pkt. II A.1. zarzut bezzasadnego wykluczenia odwołującego Action z postępowania, którego zamawiający dokonał z co naruszeniem art. 24 ust.1 pkt 8 w zw. art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 7 ustawy.

Jednocześnie jednak należy wskazać, iż błędne przywołanie podstawy prawnej w piśmie z dnia 24 czerwca 2010 r. informującym o wykluczeniu odwołującego Action z postępowania powinno być potraktowane jako omyłka pisarska w szczególności, iż ustawa nie zawiera jednostki redakcyjnej – art. 23 ust. 2 pkt 4 Pzp, natomiast przesłanki wykluczenia są wskazane m.in. w art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Tym samym zamawiający popełnił pomyłkę podając błędnie art. 23 zamiast art. 24 ustawy. Zważyć także trzeba, że uzasadnienie faktyczne wykluczenia nie pozostawia wątpliwości, jaki przepis ustawy stanowi uzasadnienie prawne decyzji zamawiającego. W konsekwencji Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego ustawy, które mógłby prowadzić do uznania, że – jak podniósł odwołujący Action w pkt. II.A.2. – brak było podstawy prawnej wykluczenia. Podstawa prawa bowiem wykluczenia w sytuacji, gdy wykonawca nie wykaże, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, jest w ustawie przewidziana i określona w art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Nie potwierdził się zarzut odwołującego Action sformułowany w pkt. II.A.3. w zw. z pkt. II.B.1. odwołania, w którym stwierdził, iż zamawiający zaprosił do składania ofert

konsorcjum Kolporter Info oraz konsorcjum WebTradeCenter, którzy to wykonawcy nie spełnili warunków udziału w postępowaniu lub też nie wykazali spełniania warunków określonych w ogłoszeniu, co tym samym powinno skutkować wykluczeniem przywołanych wykonawców z postępowania. Odwołujący Action argumentował, że z treści str. 2 wniosku konsorcjum Kolporter Info wynika, że wykonawca ten nie przedłożył wykazu wykonanych dostaw. Dodał, że wymagany wykaz nie został także załączony do wniosku konsorcjum WebTradeCenter. Analiza załączonych przez konsorcjum Kolporter Info oraz konsorcjum WebTradeCenter do wniosków dokumentów pozwala na stwierdzenie, że wymagane wykazy zrealizowanych zamówień zostały wraz z wnioskami złożone, jednocześnie jednak obaj wykonawcy zastrzegli na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy, iż informacje zawarte w wykazach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) zwanej dalej „ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”, a co za tym idzie nie mogły być ujawnione przez zamawiającego do wiadomości publicznej (w odniesieniu do zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa – *vide* rozważania dotyczące zarzutu sformułowanego w pkt. II.B.2 odwołania Action).

Izba za poprawne uważa także postępowanie zamawiającego, który ustaliwszy, że wykaz załączony do wniosku konsorcjum Kolporter Info nie zawiera dostawy, dla której jednak załączony był list referencyjny, działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał wykonawcę do uzupełnienia wykazu. Podkreślenia wymaga, że ani art. 26 ust. 3 ustawy, ani przepisy odnoszące się do przetargu ograniczonego (art. 47 i n.) nie wprowadzają ograniczeń dotyczących zakresu uzupełniania dokumentów, w zależności od tego, czy warunek, na potwierdzenie którego są przedkładane, podlega ocenie stanowiąc podstawę kwalifikacji wykonawców do kolejnego etapu postępowania, czy też nie. Celem oceny spełniania przez wykonawców określonych przez zamawiającego warunków jest wybór grupy wykonawców (w liczbie określonej w ogłoszeniu), którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania warunków. Wykaz zrealizowanych zamówień wraz z referencjami potwierdza, że określone dostawy zostały przez wykonawcę zrealizowane należycie. W okolicznościach analizowanej sprawy w ocenie Izby wykaz wykonanych dostaw niewątpliwie podlegał uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Dokument ten należy bowiem potraktować jak dokumenty, o którym stanowi § 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz.

1817), z tym zastrzeżeniem, że nie złożenie uzupełnionego wykazu zrealizowanych dostaw w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp lub błędne ich złożenie w konsekwencji nie stanowi o niespełnieniu warunków udziału w postępowaniu, ponieważ te potwierdzają cztery wykazywane pierwotnie dostawy. Tym samym nieuzupełnienie dokumentu nie skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Wezwanie do uzupełnienia wykazu nie powoduje naruszenia przepisów ustawy, o ile zostało dokonane z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców. Takiemu działaniu nie sprzeciwia się żaden przepis ustawy. Odwołujący Action nie sprecyzował, na czym miałyby polegać „*dopasowywanie informacji podlegających ocenie*” i jakiemu przepisowi ustawy na gruncie niniejszej sprawy uchybiło uzupełnianie wykazu wykonanych dostaw. Izba zwraca uwagę, iż posiadanie określonego doświadczenia jest sferą faktów – określone zamówienia zostały zrealizowane bądź nie, zatem trudno dopatrzeć się jakiegokolwiek „*dopasowywania informacji podlegających ocenie*”.

W konsekwencji Izba stoi na stanowisku, iż konsorcjum Kolporter Info oraz konsorcjum WebTradeCenter złożyli wymagane przez zamawiającego wykazy zrealizowanych zamówień, a zamawiający był nie tylko uprawniony, ale nawet zobowiązany na podstawie art. 26 ust.3 ustawy do wezwania konsorcjum Kolporter Info do uzupełnienia wykazu wykonanych dostaw, zatem zarzuty odwołującego Action w odniesieniu do obydwu konsorcjów uznać trzeba w tym zakresie za chybione.

Rozpoznając zarzut wskazany w pkt. II.B.2. polegający na zaniechaniu „*odrzućcia ofert-wniosków o udział w postępowaniu, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji*”, wyrażający się w bezprawnym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa przez konsorcjum Kolporter Info, konsorcjum Maxto, Konsorcjum Techelon, konsorcjum WebTradeCenter oraz wykonawcę Wasko Izba uznała, iż odwołujący nie udowodnił bezprawności zastrzeżeń poczynionych przez wykonawców.

W zakresie informacji, które nie podlegają udostępnienia, art. 8 ust. 3 ustawy odsyła do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przez tajemnicę przedsiębiorstwa należy więc rozumieć

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. Należy podkreślić, iż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy, gdyż zasadą jest jawność postępowania o zamówienie publiczne. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a wykonawcy powinni wykazać, że zastrzegli poufność określonych danych w sposób uprawniony. Tym samym zamawiający jest zobowiązany przeprowadzić postępowanie wyjaśniające, w celu weryfikacji poprawności zastrzeżenia w odniesieniu do konkretnych informacji tajemnicy przedsiębiorstwa. W przypadku stwierdzenia, że zastrzeżenie tajności jest bezpodstawne zamawiający ma obowiązek odtajnić dokumenty i udostępnić jako informacje jawne. Taki pogląd wyraził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05, *pub. Lex nr 156976*). Bezzasadność zastrzeżenia tajemnicy nie skutkuje natomiast obowiązkiem odrzucenia oferty wykonawcy, który bezprawnie ograniczył dostęp do informacji nie stanowiących prawnie chronionej tajemnicy. Wskazówki, co do interpretacji pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa można znaleźć w zachowującym swoją aktualność w tym zakresie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2007 r. (sygn. akt V CSK 444/06, *pub. Lex nr 449836*) oraz wyroku z dnia 3 października 2000 r. (sygn. akt I CKN 304/00, *pub. Lex nr 45342*). Jak zauważył Sąd Najwyższy informacje nie ujawnione do informacji publicznej to wiadomości nieznane ogółowi lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane ich posiadaniem. Taka informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób jest rozpoznawalna. Informacja nieujawniona traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca dowiedzieć się o niej może zwykłą i dozwoloną drogą, natomiast nie zmienia jej statusu fakt, iż jest znana pewnej ograniczonej grupie osób zobowiązanych do dyskrecji w sprawie. Podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony. Warto w tym miejscu także przywołać zachowujące wciąż aktualność w przedmiotowym zakresie postanowienie Sądu Antymonopolowego z dnia 30 października 1996 r. (sygn. akt XVII Amz 3/96, *pub. Lex nr 56452*), w którym zostało stwierdzone, że stanowią w szczególności tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art.11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji „*dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu (...)*”.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanej sprawy trzeba zauważyć, iż zamawiający dochował należytej staranności zwracając się w dniu 21 czerwca 2010 r. do wykonawców o uzasadnienie poczynionych przez nich zastrzeżeń. W wyniku procedury

badania prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy informacji zawartych wykazach zrealizowanych dostaw oraz referencjach otrzymał wyjaśnienia, które ocenił uznając, iż wykonawcy prawidłowo postąpili zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa w kwestionowanym zakresie.

W świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego Izba stwierdziła, iż ustalenia zamawiającego zasługują na aprobatę.

Zdaniem Izby nieujawnione do wiadomości publicznej informacje o kontrahentach przedsiębiorcy, dane dotyczące podpisanych umów i kwot z nich wynikających – a takie informacje zawiera wykaz wykonanych dostaw załączony do wniosków na wstępie wymienionych wykonawców (wartość, nazwa odbiorcy, przedmiot zamówienia, termin realizacji) wraz z referencjami mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Dane te niewątpliwie stanowią „*inne informacje mające wartość gospodarczą*”, do których odnosi się art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji definiujący pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa i mogą mieć znaczenie dla prowadzonej działalności gospodarczej, w tym dla pozycji podmiotu na rynku konkurencyjnym. Izba wyraża opinię, iż dane te podlegają ochronie i nie mogą być, w przypadku ich zastrzeżenia przez wykonawcę, udostępnione do wiadomości publicznej.

Analiza załączonych do wniosków wykazów zrealizowanych zamówień oraz referencji potwierdziła, że objęte tajemnicą przedsiębiorstwa pozycje dotyczą zamówień zrealizowanych na rzecz podmiotów prywatnych, które to dane nie stanowią informacji publicznej, a zatem nie podlegają udostępnianiu na zasadach przewidzianych dla takich informacji określonych w ustawie z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (DZ. U. z 2001 r. Nr 112, poz. 1198 ze zm.).

Jak wskazywali wykonawcy wyjaśniając, w odpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 21 czerwca 2010 r., zasadność poczynionych zastrzeżeń, informacje zawarte w wykazach oraz referencjach mają istotną wartość gospodarczą, zawierają bowiem dane dotyczące kontrahentów i wielkości obrotów m.in. spółki NTT System z niektórymi podmiotami. Podnosili, że informacje te nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a ponadto podjęto działania w celu zachowania ich poufności. Z tych przyczyn spółka NTT System zobowiązała ich do zachowania poufności przekazanych informacji, co wprost wynika z oświadczeń załączonych do poszczególnych wniosków, w których NTT System S.A. zobowiązała się do udostępnienia wiedzy i doświadczenia, jednocześnie zobowiązując wykonawcę do zachowania tajemnicy w odniesieniu do przekazanych informacji. Trzeba podkreślić, iż odwołujący Action nie przedstawił dowodu przeciwnego, z którego mogłoby wynikać, że kwestionowane informacje były ujawnione do wiadomości publicznej. Nie stanowi wystarczającego uzasadnienia przywoływany w odwołaniu oraz na rozprawie

fakt, iż NTT System S.A. jest spółką publiczną zobowiązaną do publikacji raportów bieżących na podstawie § 9 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 19 października 2005 r. w sprawie informacji bieżących i okresowych przekazywanych przez emitentów papierów wartościowych, który wymaga publikacji m.in. daty zawarcia znaczącej umowy, jej stron i przedmiotu. Izba odnosząc się do argumentacji odwołującego Action w tym zakresie zauważa, że ww. rozporządzenie zostało zastąpione rozporządzeniem Ministra Finansów z dnia 19 lutego 2009 r. w sprawie informacji bieżących i okresowych przekazywanych przez emitentów papierów wartościowych oraz warunków uznawania za równoważne informacji wymaganych przepisami prawa państwa niebędącego państwem członkowskim (Dz. U. z 2009 r. Nr 33, poz. 259 ze zm.). Przywołane rozporządzenie także zobowiązuje w § 5 w zw. z § 9 do przekazywania informacji o zawarciu przez emitenta lub jednostkę od niego zależną znaczących umów. Odwołujący Action nie przedstawił jednak żadnych dowodów w celu wykazania, że spółka NTT System ujawniła do informacji publicznej np. w raporcie bieżącym informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa bądź w inny sposób je upubliczniła. Izba nie przychyliła się do twierdzenia odwołującego Action, iż informacje zawarte w wykazie można uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze, bowiem okoliczności tej odwołujący Action nie wykazał w toku postępowania. Izba ma świadomość trudności w dowodzeniu powyższego ze względu na utajnienie przedmiotowych danych załączonych do wniosku, niemniej jednak nie zmienia to faktu, iż ciężar dowodu zgodnie z ogólnymi regułami wynikającymi z art. 6 kc obciąża odwołującego.

Powyższej oceny nie zmienia fakt wyrażenia przez NTT System S.A. pismem z dnia 14 lipca 2010 r. (przedłożonego na rozprawie do akt sprawy) zgody na ujawnienie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów przekazanych na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy na potrzeby przedmiotowego postępowania wykonawcy Wasko. Analogiczne oświadczenie zostało złożone w odniesieniu do dokumentów załączonych do wniosku konsorcjum Maxto. W treści obydwu pism (zarówno dotyczącego wniosku Wasko jak i konsorcjum Maxto) spółka NTT System wyjaśniła, iż zastrzeżone przez konsorcjum Maxto oraz wykonawcę Wasko informacje dotyczące doświadczenia NTT System S.A. (referencje i stosowne pozycje wykazu) wypełniają dyspozycję normy definiującej informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazała, iż dane te mają status informacji handlowych, organizacyjnych przedsiębiorstwa oraz wartość gospodarczą. Z tych względów spółka NTT System zobowiązała wykonawców do ich nie ujawniania wskazując, iż nie są ujawnione ani udostępnione powszechnie. Jednak ze względu na dobro prowadzonego postępowania urzeczywistniającego zasadę uczciwej konkurencji oraz działając w dobrej wierze, zgodnie z zasadami dobrych obyczajów handlowych oraz zasadami współzycia

społecznego wyraziła zgodę na ujawnienie dokumentów zawartych we wnioskach wskazanych wykonawców.

W opinii Izby fakt wyrażenia zgody przez spółkę NTT na ujawnienie informacji dotyczących wykonanych przez nią dostaw nie przesądza – wbrew argumentacji odwołującego Action – o bezzasadnym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do tych informacji. Wskazać należy, iż ich dysponentem jest podmiot, którego dotyczą i jego suwerenną decyzją jest czy postanowi zachować poufność istotnych dla siebie danych, czy też nie. Ujawnienie następuje wyłącznie według woli i na zasadach określonych przez dany podmiot.

Tym samym zamawiający prawidłowo ustalił, iż zastrzeżenie przez wykonawcę Wasko, konsorcjum Maxto, konsorcjum Kolporter Ino, konsorcjum Techelon. Konsorcjum WebTradeCenter jako tajemnica przedsiębiorstwa części wykazów wykonanych dostaw oraz odpowiadające im dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówienia, było uzasadnione. W konsekwencji Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 3 w zw. z art. 7 ustawy.

Zdaniem Izby nietrafnie odwołujący Action zarzucił także, że odwołującemu Incom oraz wykonawcy Itsumi S.A. jako podmiotom zależnym przysługiwało prawo złożenia jednego wniosku, a w konsekwencji „oferty” obu wykonawców należało odrzucić, czego zamawiający zaniechał naruszając m.in. art. 7 ustawy oraz uchybiając przepisom ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W celu udowodnienia swojego stanowiska odwołujący Action wskazał na powiązania personalne pomiędzy odwołującym Incom oraz Itsumi S.A. przedkładając na rozprawie wydruki ze strony internetowej [www.infoveriti.pl](http://www.infoveriti.pl) dotyczący spółek Integrit sp. z o.o., odwołującego Itsumi oraz Incom S.A., z których wynika, iż trzy wymienione spółki mają ten sam adres siedziby oraz prezesem zarządu odwołującego Incom oraz Itsumi S.A. jest ta sama osoba – Mariusz J. Odwołujący Action przedłożył także wydruk ze strony internetowej [www.ktokogo.pl](http://www.ktokogo.pl) dotyczący Krzysztofa C – prezesa zarządu Integrit sp. z o.o. oraz Mariusza J – prezesa zarządu dwóch pozostałych spółek.



W ocenie Izby wymienione wydruki ze stron internetowej ewentualnie mogłyby stanowić dowód na powiązania osobowe pomiędzy poszczególnymi spółkami. W tym względzie jednak za wiarygodne należy uznać odpisy z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, załączone do wniosku odwołującego Incom, jak i Itsumi S.A., z których wprost wynika, co jest bezsporne, że prezesem jednoosobowego zarządu obydwu spółek jest Mariusz J, a także że te same osoby (Iwona Maria J, Alfreda J, Anna Katarzyna Ś) wchodzi w skład rad nadzorczych obu osób prawnych. Powiązania personalne czy kapitałowe pomiędzy przywołanymi osobami prawnymi – wbrew twierdzeniom odwołującego Action – nie uprawniają do sformułowania „*domniemania działania wspólnego*” i nie stanowią podstawy do ustalenia, iż złożenie przez nie wniosków może być zakwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił, że zamawiający naruszył przepis art. 7 ustawy, bowiem powinien wyjaśnić kwestię złożenia wniosków przez podmioty zależne, czego zaniechał, a także domagał się „*odrzućenia ofert*” obydwu spółek. Odnosząc się do argumentacji odwołującego Action w omawianym zakresie stwierdzić trzeba, iż ustawie nie jest znana przesłanka wykluczenia z postępowania wykonawców będących odrębnymi podmiotami prawa - osobami prawnymi (nawet jeśli powstały przez podział w trybie art. 529 § 1 i 2 ksh) w przypadku, gdy są ze sobą powiązane osobowo. Odwołujący także nie wskazał na żadne działania, które mogłyby prowadzić do wniosku, iż zachowanie odwołującego Incom oraz Itsumi S.A. w ramach przedmiotowego postępowania stanowi czyn nieuczciwej konkurencji bądź praktykę ograniczającą konkurencję. Ustawa nie zobowiązuje także zamawiającego do wyjaśnienia zależności pomiędzy takimi podmiotami – odwołujący Action nie sprecyzował, co miałyby być przedmiotem wyjaśniania przez zamawiającego w odniesieniu do tych spółek.

W świetle powyższego stwierdzić trzeba, iż zamawiający nie był uprawniony do wykluczenia odwołującego Incom oraz Itsumi S.A. z postępowania z przyczyn wskazanych przez odwołującego Action.

Izba zwraca uwagę, iż ustawa nie przewiduje wykluczenia wykonawcy, gdy złożenie przez niego wniosku stanowi czyn nieuczciwej konkurencji - brak jest regulacji analogicznej do tej zawartej w art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp nakazującej odrzucić ofertę, jeśli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Ustawa nie zawiera również normy, która zobowiązywałaby przepisy dotyczące przesłanek odrzucenia oferty stosować odpowiednio do wniosków. Zamawiający badając i oceniając wniosek ustala na podstawie załączonych do niego dokumentów, czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, nie ma natomiast podstaw prawnych, aby ocenić, czy jego złożenie stanowi

czyn nieuczciwej konkurencji. Zważywszy powyższą argumentację Izba nie ma kompetencji do orzekania w omawianym zakresie, co wynika wprost z wyrażonej w Konstytucji zasady legalizmu (art. 7 Konstytucji), zgodnie z którą organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Oznacza to, iż organy władzy publicznej nie mogą podejmować działań bez podstawy prawnej zawartej w odpowiednich przepisach kompetencyjnych. Nie sposób natomiast znaleźć takiej podstawy w ustawie. Nie stanowi jej art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy ani art. 7, formułujący zasadę zobowiązującą zamawiającego do prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji, która jednak nie jest samodzielną podstawą do podejmowania określonych czynności, lecz stanowi dyrektywę interpretacyjną, która powinna być uwzględniana na każdym stadium postępowania. Jej konkretyzację i gwarancję stanowią poszczególne przepisy ustawy.

Powyższa argumentacja potwierdza, że zamawiający nie jest uprawniony do weryfikowania czy złożenie wniosku wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czy też stanowi niedozwoloną praktykę ograniczającą konkurencję, o której mowa w ustawie z dnia z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007, Nr50, poz. 331) – dalej „ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów”. Właściwym organem w tym zakresie jest Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który prowadzi postępowania wyjaśniające oraz antymonopolowe w sprawach praktyk ograniczających konkurencję (art. 31 w zw. z art. 47 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów). W sprawach o zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji w działalności gospodarczej uregulowanych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przedsiębiorcy, którego interes został zagrożony lub naruszony w razie dokonania czynu nieuczciwej konkurencji przysługują określone w art. 18 tej ustawy roszczenia rozpoznawane przez sąd powszechny (sąd okręgowy - art. 17 pkt 4<sup>3</sup> kpc). Kompetencje zamawiającego ograniczają się więc zasadniczo do badania czy złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. (art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp). Zatem Izba wyraża pogląd, iż brak jest podstaw do uwzględnienia stanowiska odwołującego Action i wykluczenia wykonawcy Itsumi i odwołującego Incom z postępowania.

Treść przepisu art. 51 ust. 1a ustawy wskazuje na obowiązek przekazywania wyników oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach wszystkim wykonawcom, którzy złożyli wnioski. Izba wyraża pogląd, iż taka informacja, która wychodzi naprzeciw oczekiwaniu transparentności postępowania, powinna obejmować

takie informacje w odniesieniu do wszystkich wykonawców składających wnioski, zarówno tych zaproszonych do złożenia ofert, jak i tych, którzy nie zostali zaproszeni do złożenia ofert, których zgodnie z treścią przepisu art. 51 ust. 2 zdanie 2 ustawy traktuje się jak wykluczonych z postępowania. Odnosząc powyższe do zarzutu postawionego przez odwołującego Action w pkt. II.B.3 i 4. odwołania, który podniósł, że zamawiający zaniechał poinformowania wykonawców uczestniczących w postępowaniu o otrzymanych ocenach spełnienia warunków oraz że nie została dokonana ocena poszczególnych wniosków, trzeba wskazać, iż z treści Druku ZP-16 „Zbiorcza ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego” wynika, że zamawiający dokonał oceny wniosków oraz ustalił ich pozycję po ocenie (ostatnia rubryka Druku ZP-16). Co do zasady otrzymane oceny spełniania warunków powinny znaleźć odzwierciedlenie w treści pisma zawiadamiającego o wynikach klasyfikacji. Bezsporne jest, że pismo z dnia 24 czerwca 2010 r. takich danych nie zawierało, co jednak w okolicznościach niniejszej sprawy nie musi przesądzać o naruszeniu przez zamawiającego art. 51 ust. 1 a ustawy. Wzięć bowiem należy pod uwagę, iż szereg wykonawców zastrzegło tajemnicę przedsiębiorstwa w odniesieniu do dostawy o najwyższej wartości. Tym samym ujawnienie wartości takiej dostawy (gdyż do tego musiałoby się sprowadzić podanie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w niniejszej sprawie) mogłoby prowadzić pośrednio do ujawnienia informacji prawnie chronionej, co uchybiałoby art. 8 ust. 3 ustawy i narażałoby zamawiającego na popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji zdefiniowanego w art. 11 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest przekazywanie, ujawnianie lub wykorzystywanie cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli zagraża lub narusza interes przedsiębiorcy. Konkludując na gruncie analizowanej sprawy zamawiający nie był uprawniony do podania wartości największej dostawy, gdy objęta była tajemnicą przedsiębiorstwa oraz w zestawieniu z pozostałymi dokumentami pozwalałaby na zidentyfikowanie dostawcy. W tym zakresie zatem zarzut naruszenia art. 51 ust. 1a Pzp nie jest zasadny. Zamawiający zobowiązany był podać pozostałe informacje, tym samym w odniesieniu do nich miało miejsce uchybienie przepisowi art. 51 ust. 1a ustawy.

Izba ustaliła, iż do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku odwołania wniesionego przez odwołującego Incom po stronie zamawiającego skutecznie przystąpiło konsorcjum Maxto, wykonawca Wasko oraz odwołujący Incom, natomiast po stronie odwołującego Biuro Informatyczno -Wdrożeniowe Koncept sp. z o.o. Izba stwierdziła także,

iż wykonawca Kolporter Info S.A., konsorcjum Techelon oraz konsorcjum WebTradeCenter zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego za pośrednictwem faksu, tym samym uchybili przepisowi art. 185 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym zgłoszenie przystąpienia do postępowania należy w terminie 3 dni doręczyć Prezesowi Izby w formie pisemnej. Biorąc powyższe pod uwagę, uwzględniając brzmienie § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2001r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), który jednoznacznie wskazuje, że zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego nie może skutecznie być przekazane do Izby faksem, Izba stwierdziła, że Kolporter Info S.A., konsorcjum Techelon oraz konsorcjum WebTradeCenter nie uzyskali przymiotu uczestnika postępowania odwoławczego.

Ponadto z treści przystąpienia zgłoszonego przez wykonawcę Kolporter Info S.A. wynika, iż jako przystępujący został wskazany wyłącznie jeden z konsorcjantów tj. Kolporter Info S.A., natomiast w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie dla skuteczności przystąpienia wymagane jest jego zgłoszenie przez wszystkich wspólnie występujących wykonawców.

Trzeba także wskazać, iż przystąpienie zgłoszone przez konsorcjum WebTradeCenter zostało podpisane przez Katarzynę Dziwosz, która jednak nie była umocowana w tym zakresie do działania w imieniu drugiego wykonawcy - Consortia sp. z o.o.

W tym stanie rzeczy Izba działając na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp oddaliła odwołanie, bowiem stwierdzone przez Izbę naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy nie może mieć istotnego wpływu na wynik przedmiotowego postępowania. Nawet bowiem, gdyby w wyniku ponownej analizy wniosków, wniosek odwołującego Action podlegał ocenie, uwzględniając fakt, iż największa wartość dostawy wykazana przez odwołującego Action (170 845 360, 94 zł netto) jest niższa, niż największa wartość dostawy wykonawców sklasyfikowanych na pozycjach 1-5, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3a) ustawy z uwzględnieniem postanowień § 3 pkt 2 b) w zw. z § 5

ust. 3 pkt 2) 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

**Sygn. akt. KIO/1401/10**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby zarzut naruszenia art. 26 ust. 2 b ustawy nie potwierdził się. Izba nie podziela tezy sformułowanej przez odwołującego Incom, że zamawiający oceniając wnioski złożone przez Wasko, konsorcjum Maxto, konsorcjum Kolporter Info, konsorcjum Techelon oraz konsorcjum WebTradeCenter nie powinien uwzględniać referencji „użyczonych” przez NTT System S.A.

Zgodnie z art. 26 ust. 2 b Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówieniu.

Izba nie podziela poglądu odwołującego Incom, iż w wyniku „*niedozwolonych i niezgodnych z prawem*” działań wymienionych na wstępie podmiotów oraz spółki NTT

System zamknięty został w sposób sztuczny dostęp do uzyskania zamówienia, bowiem wszyscy zaproszeni do składania oferty wykonawcy polegają na doświadczeniu jednego podmiotu trzeciego – spółki NTT System, co ma prowadzić do ograniczenia konkurencji w niniejszym postępowaniu i naruszenia art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 2b oraz art. 82 ust. 1 Pzp.

W ocenie Izby w pierwszym rzędzie należy wskazać, iż spółka NTT System nie ma statusu wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy, bowiem nie ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, nie złożyła wniosku i nie będzie także uprawniona do złożenia w niniejszym postępowaniu oferty. Przywołany przez odwołującego Incom art. 82 ust. 1 ustawy zakazuje złożenia wykonawcy więcej niż jednej oferty, tym samym Izba nie ma wątpliwości, iż nie znajduje on zastosowania stanie faktycznym analizowanej sprawy w odniesieniu do NTT System S.A. Podkreślenia wymaga, iż inny jest status podmiotu składającego wniosek, a inny podmiotu, którego wykonawca doświadczeniem się posługuje – nie ma on statusu wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy, nie ubiega się także wspólnie z wykonawcą o zamówienie. Wobec powyższego stwierdzić trzeba, iż nie doszło do naruszenia zakazu określonego w art. 82 ust. 1 ustawy.

Zdaniem Izby nie znalazło uzasadnienia w zebranych w sprawie materiale dowodowym także stanowisko odwołującego Incom, że pomiędzy zaproszonymi do składania ofert wykonawcami, a spółką NTT System doszło do zawarcia porozumienia, o którym mowa w art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a tym samym do zaburzenia konkurencji i naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący Incom przyznał w odwołaniu, iż wykonawcy byli uprawnieni do posłużenia się referencjami udostępnionymi przez NTT System S.A. w trybie art. 26 ust. 2 b ustawy, jednocześnie zaznaczył jednak, iż zamawiający dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien w okolicznościach badanej sprawy nie wziąć tych referencji pod uwagę, bowiem ich wykorzystanie przez wykonawców doprowadziło do sztucznego zamknięcia dostępu do niniejszego zamówienia. Odwołujący Incom z faktu udostępnienia przez spółkę NTT System doświadczenia wywodził, iż mimo że podmiot ten sam nie ubiega się o zamówienie, to ma pewność, że dostęp do zamówienia uzyska, skoro oferta wszystkich wykonawców zaproszonych do składania ofert opiera się na jego

produktach, co dowodzić ma zmonopolizowania przedmiotowego postępowania przez NTT System S.A.

Izba uważa, iż dla dopuszczalności zastosowania art. 26 ust. 2 b ustawy nie jest konieczne, aby podmiot udostępniający swoje doświadczenia na zasadach określonych tym przepisem, uczestniczył w realizacji zamówienia jako podwykonawca. Oddanie do dyspozycji przez podmiot trzeci wymienionych w przepisie art. 26 ust. 2 b ustawy zasobów, gdy dotyczy doświadczenia, łączy się z koniecznością uczestniczenia tego podmiotu w realizacji zamówienia. Uczestnictwo to jednak może mieć dowolną, dozwoloną prawem formę (np. podwykonawstwo, doradztwo, konsultacje). Zatem fakt, iż spółka NTT System udostępniła swoje doświadczenie podmiotowi trzeciemu, nie musi łączyć się z koniecznością udziału tej spółki w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Nawet jeśli by jednak tak było i ten sam podmiot miałby być podwykonawcą każdego z wykonawców zakwalifikowanych do drugiego etapu przetargu ograniczonego, Izba nie znajduje przepisu, który zobowiązywałby zamawiającego do wykluczenia tych wykonawców z postępowania. W świetle powyższego Izba nie podziela argumentacji odwołującego Incom, który dowodził, iż posłużenie się przez wykonawców zakwalifikowanych do drugiego etapu postępowania referencjami NTT System S.A. wpływa na ograniczenie dostępu do zamówienia. Odwołujący Incom nie wykazał, że wykonawcy działali w celu utrudnienia dostępu do rynku innym przedsiębiorcom. Każdy z wykonawców był uprawniony do złożenia wniosku oraz skorzystania z możliwości, które daje art. 26 ust. 2 b ustawy. Jak wykazało postępowanie dowodowe spółka NTT System „użyczyła” referencje nie tylko pięciu najlepszym wykonawcom, ale także spółce Lumena, na dowód czego zostało złożone przez Wasko na rozprawie do akt sprawy stosowne oświadczenie wykonawcy Lumena S.A. Odwołujący Incom na rozprawie oświadczył, iż nie wystąpił do NTT System S.A. o udostępnienie referencji, a inne podmioty, do których się zwracał odmówiły mu „użyczenia” doświadczenia, co w ocenie Izby nie stanowi dowodu na ograniczenie przez piątkę zakwalifikowanych wykonawców oraz spółkę NTT System dostępu do rynku i stosowania niedozwolonych praktyk antykonkurencyjnych. Odnosząc się do zarzutu niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego wykonawca Wasko złożył także na rozprawie oświadczenie, iż nie porozumiewał się z innymi wykonawcami w celu ograniczenia konkurencji w niniejszym postępowaniu. Odwołujący Incom nie przedstawił dowodów przeciwnych. W ocenie Izby odwołujący Incom nie wskazał także na żadne działania, które mogłyby prowadzić do wniosku, iż zachowanie któregośkolwiek z pięciu wykonawców zaproszonych do złożenia oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Ponadto Izba zwraca uwagę, iż ustawa nie zobowiązuje zamawiającego do dokonywania ustaleń czy złożenie przez danego wykonawcę wniosku stanowi czyn nieuczciwej konkurencji - brak jest w tym zakresie regulacji analogicznej do tej zawartej w art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp nakazującej odrzucić ofertę, jeśli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zamawiający badając i oceniając wniosek ustala na podstawie załączonych do niego dokumentów, czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, nie ma natomiast podstaw prawnych, aby ocenić, czy jego złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Ustawa nie zawiera również normy, która zobowiązywałaby przepisy dotyczące przesłanek odrzucenia oferty stosować odpowiednio do wniosków. Zamawiający badając i oceniając wniosek ustala na podstawie załączonych do niego dokumentów, czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, nie ma natomiast podstaw prawnych, aby ocenić, czy jego złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zważywszy powyższą argumentację Izba nie ma kompetencji do orzekania w omawianym zakresie, co wynika wprost z wyrażonej w Konstytucji zasady legalizmu (art. 7 Konstytucji), zgodnie z którą organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Oznacza to, iż organy władzy publicznej nie mogą podejmować działań bez podstawy prawnej zawartej w odpowiednich przepisach kompetencyjnych. Nie sposób natomiast znaleźć takiej podstawy w ustawie. Nie stanowi jej art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy ani art. 7, formułujący zasadę zobowiązującą zamawiającego do prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji, która jednak nie jest samodzielną podstawą do podejmowania określonych czynności, lecz stanowi dyrektywę interpretacyjną, która powinna być uwzględniana na każdym stadium postępowania. Jej konkretyzację i gwarancję stanowią poszczególne przepisy ustawy.

Powyższa argumentacja potwierdza, że zamawiający nie jest uprawniony do weryfikowania czy złożenie wniosku wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czy też stanowi niedozwoloną praktykę ograniczającą konkurencję, o której mowa w ustawie z dnia z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007, Nr50, poz. 331) – dalej „ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów”. Właściwym organem w tym zakresie jest Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który prowadzi postępowania wyjaśniające oraz antymonopolowe w sprawach praktyk ograniczających konkurencję (art. 31 w zw. z art. 47 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów). W sprawach o zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji w działalności gospodarczej uregulowanych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przedsiębiorcy, którego interes został zagrożony lub naruszony w razie dokonania czynu nieuczciwej konkurencji przysługują określone w art. 18 tej ustawy roszczenia rozpoznawane przez sąd powszechny (sąd okręgowy -



art. 17 pkt 4<sup>3</sup> kpc). Kompetencje zamawiającego ograniczają się zasadniczo więc do badania czy złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp). Zatem Izba wyraża pogląd, iż brak jest podstaw do uwzględnienia stanowiska odwołującego Action i wykluczenia wykonawcy Itsumi i odwołującego Incom z postępowania.

Izba nie podziela także stanowiska odwołującego Incom, który wywodził na rozprawie, iż przepis art. 26 ust. 2 b ustawy pozwala na skorzystanie z zasobów podmiotów trzecich tylko w celu wykazania spełniania minimalnych warunków udziału w postępowaniu, natomiast nie jest dozwolone powołanie się na doświadczenie innego podmiotu, jeżeli miałyby służyć wyłącznie otrzymaniu większej liczby punktów, a w konsekwencji wyższej pozycji w rankingu wykonawców. W celu udowodnienia swojego stanowiska powołał się na przedłożone na rozprawie w poczet materiału dowodowego opinie ze strony internetowej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych – *„Warunki dopuszczalności powoływania się przez wykonawcę na referencje dotyczące osób trzecich w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 2 b ustawy)”* oraz *„Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”*. Izba wyraża opinię, iż podstawą działania zarówno zamawiającego, jak i wykonawców, są obowiązujące przepisy. Opinia nie stanowi więc dowodu, co do treści prawa, lecz zawiera jego niewiążącą interpretację. Zdaniem Izby jednak także zaprezentowane przez odwołującego Incom opinie nie zawierają poglądów, na które się on powołuje. Izba uwzględniając treść art. 26 ust. 2 b ustawy stwierdziła, iż zastosowanie tego przepisu nie jest ograniczone do sytuacji, gdy wykonawca chce wykazać spełnianie minimalnych warunków udziału w postępowaniu. Takie rozumienie przywołanego przepisu stałoby w sprzeczności z jego literalnym brzmieniem, prowadzić by także mogło w konsekwencji to sytuacji, w której wykonawcy powołujący się wyłącznie na zasoby podmiotów trzecich, byłiby uprzywilejowani w stosunku do tych, którzy samodzielnie spełniają warunki udziału w postępowaniu, ale przewidują udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia (przedstawiają np. odpowiednie zobowiązanie tego podmiotu) i w konsekwencji powołują się na doświadczenie tego podmiotu (załączają referencje dotyczące zrealizowanego przez niego zamówienia oraz zawierają w wykazie zrealizowane przez podmiot trzeci dostawy). Ustawa nie zawiera postanowień, które uniemożliwiałyby wykonawcom samodzielnie wykazującym spełnienie warunku udziału w postępowaniu, realizację zamówienia z udziałem podmiotu trzeciego. Podkreślić trzeba, iż proponowanemu przez odwołującego Incom rozumieniu omawianego przepisu sprzeciwia się także brzmienie art. 51 ust. 2 Pzp ustawy, który wprost wskazuje, że do składania ofert zamawiający zaprasza wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania warunków, zatem kwalifikacja odbywa się także na podstawie analizy spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Nie muszą to być te same warunki,

które służą weryfikacji minimalnej zdolności do realizacji zamówienia, jednak ustawodawca nie rozróżnia tych sytuacji traktując je na gruncie m.in. art 26 ust. 2 b jednakowo.

Tym samym zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 w zw. z art. 26 ust. 2 b ustawy oraz art. 82 ust. 1 nie znalazł potwierdzenia w świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego. Zamawiający był nie tylko uprawniony, ale także zobowiązany dokonując oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu do uwzględnienia doświadczenia udostępnionego mu przez spółkę NTT System na podstawie art. 26 ust. 2 b Pzp. Izba nie stwierdziła podstawy do wykluczenia wykonawców z postępowania z tego tytułu, że powołali się we wnioskach na doświadczenie tego samego podmiotu trzeciego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 8 ustawy poprzez bezprawne przyjęcie, iż wykonawcy byli uprawnieni do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie informacji zawartych w wykazie zrealizowanych prac oraz referencjach z nimi związanych, należy wskazać, iż stanowisko Izby uzasadniające oddalenie zarzutu sformułowanego w pkt. II.B.2. przez odwołującego Action zachowuje aktualność także w odniesieniu do zarzutu podniesionego w tym względzie przez odwołującego Incom. Dodać trzeba, iż także odwołujący Incom nie udowodnił, iż zastrzeżenie przedmiotowych informacji było niezasadne i nie przedstawił żadnych dowodów, że informacje te zostały ujawnione do wiadomości publicznej.

Izba stwierdziła, iż zarzut naruszenia art. 7 w zw. z art. 26 ust. 2b i 8 ustawy oraz art. 82 ust. 1 Pzp nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku odwołania wniesionego przez odwołującego Incom po stronie zamawiającego skutecznie przystąpiło

konsorcjum Maxto oraz Wasko, natomiast po stronie odwołującego Biuro Informatyczno - Wdrożeniowe Koncept sp. z o.o.

Izba stwierdziła także, iż wykonawca Kolporter Info S.A., konsorcjum Techelon oraz konsorcjum WebTradeCenter zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego za pośrednictwem faksu, tym samym uchybili przepisowi art. 185 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego należy w terminie 3 dni doręczyć Prezesowi Izby w formie pisemnej. Biorąc powyższe pod uwagę, uwzględniając brzmienie § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2001r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), który jednoznacznie wskazuje, że zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego nie może skutecznie być przekazane do Izby faksem, Izba stwierdziła, że Kolporter Info S.A., konsorcjum Techelon oraz konsorcjum WebTradeCenter nie uzyskali przymiotu uczestnika postępowania odwoławczego.

Ponadto z treści przystąpienia zgłoszonego przez wykonawcę Kolporter Info S.A. wynika, iż jako przystępujący został wskazany wyłącznie jeden z konsorcjantów tj. Kolporter Info S.A., natomiast w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie dla skuteczności przystąpienia wymagane jest jego zgłoszenie przez wszystkich wspólnie występujących wykonawców.

Trzeba także wskazać, iż przystąpienie zgłoszone przez konsorcjum WebTradeCenter zostało podpisane przez Katarzynę Dziwosz, która jednak nie była umocowana w tym zakresie do działania w imieniu drugiego wykonawcy - Consortia sp. z o.o.

W tym stanie rzeczy Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3 a) ustawy z uwzględnieniem postanowień § 3 pkt 2 b) w zw. z § 5 ust. 3 pkt 2) 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

.....