

WYROK

z dnia 21 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Rzońca
Katarzyna Prowadzisz
Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 marca 2012 r. przez wykonawcę **WASKO S.A., 44-100 Gliwice, ul. Berbeckiego 6** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa w imieniu którego działa Komendant Wojewódzki Policji w Krakowie, ul. Mogilska 109, 31-571 Kraków,**

przy udziale:

- A. wykonawcy **ComArch S.A., 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 39a**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy **Qumak – Sekom S.A., 00-807 Warszawa, al. Jerozolimskie 94**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje:

- unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
- powtórzenie czynności badania i oceny wniosków połączone z wykluczeniem z udziału w postępowaniu wykonawców: **ComArch S.A., 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 39a** i **Qumak – Sekom S.A., 00-807 Warszawa, al. Jerozolimskie 94** w trybie art. 24 ust.2 pkt. 3 ustawy,
- ujawnienie informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zawartych we wnioskach wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ComArch S.A., 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 39a**, **Qumak – Sekom S.A., 00-807 Warszawa, al. Jerozolimskie 94**, Sygnity

S.A., 02-486 Warszawa, Al. Jerozolimskie 180 w zakresie: wykazów zamówień wraz dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówień, wykazów osób oraz wykazów potwierdzających, że wykonawca dysponuje połączeniem do platformy serwisowej HDS umożliwiającej w szczególności on-line-owy monitoring macierzy HDS 1000, zgodnie z treścią uzasadnienia

2. kosztami postępowania obciąża **Skarbu Państwa w imieniu którego działa Komendant Wojewódzki Policji w Krakowie, ul. Mogilska 109, 31-571 Kraków** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **WASKO S.A., 44-100 Gliwice, ul. Berbeckiego 6** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Skarbu Państwa w imieniu którego działa Komendant Wojewódzki Policji w Krakowie**, na rzecz **WASKO S.A., 44-100 Gliwice, ul. Berbeckiego 6** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:
.....
.....

Uzasadnienie

Skarbu Państwa w imieniu którego działa Komendant Wojewódzki Policji w Krakowie, ul. Mogilska 109, 31-571 Kraków (dalej: „zamawiający”) - prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup, instalację i uruchomienie serwerów, w tym niezbędnej infrastruktury telekomunikacyjnej wraz z niezbędnymi urządzeniami sieciowymi oraz systemów składowania i archiwizacji danych.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

20 grudnia 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej opublikowano ogłoszenie o zamówieniu pod numerem 2011/S 244 395967.

29 lutego 2012 r. zamawiający w formie elektronicznej poinformował wykonawcę WASKO S.A., 44-100 Gliwice, ul. Berbeckiego 6 (dalej: „WASKO” lub „odwołujący”) o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych przez poszczególnych wykonawców wynikach oceny spełniania tych warunków.

7 marca 2012 r. WASKO wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, zarzucając zamawiającemu:

1. naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, art. 8 ust. 3 ustawy w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.), zwaną dalej „ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”, poprzez zaniechanie odtajnienia niektórych elementów wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonych przez wykonawców: Sygnity SA., Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa (dalej: „Sygnity”), ComArch S.A., 31-864 Kraków, al. Jana Pawła II 39a (dalej: „ComArch”), Qumak – Sekom S.A., 00-807 Warszawa, Al. Jerozolimskie 94 (dalej: „Qumak-Sekom”), tj.:
 - wykazu wykonanych a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych zamówień w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunków wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed

upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, zgodnie z załącznikiem nr 3 do ogłoszenia;

- dokumentów potwierdzających, że zamówienia, o których mowa powyżej, zostały wykonane lub są wykonywane należycie, np. listy referencyjne;
 - wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia - zgodnie z opisem w cz. VII ogłoszenia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami, zgodnie z załącznikiem nr 4 do ogłoszenia;
 - wykazu potwierdzającego, że wykonawca dysponuje połączeniem do platformy serwisowej HDS umożliwiającej w szczególności on-line-owy monitoring macierzy HDS 1000, zgodnie z załącznikiem nr 5 do ogłoszenia;
 - pisemnych zobowiązań innych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia (względnie innych dokumentów, za pomocą których wykonawca udowodnił zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia);
2. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy, przez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania ComArch oraz Qumak-Sekom, pomimo że ww. wykonawcy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym;
 3. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, przez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy ComArch oraz wykonawcy Qumak-Sekom, pomimo że ww. wykonawcy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
 4. z ostrożności zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy, przez zaniechanie wezwania ComArch i Qumak-Sekom do złożenia w wyznaczonym terminie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wskazanych szczegółowo w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. powtórzenie czynność oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz powtórzenie czynność przyznania ocen spełniania tych warunków;
2. ujawnienie niektórych elementów wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców: Sygnity, ComArch, Qumak-Sekom:
 - wykazu wykonanych a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych zamówień w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunków wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, zgodnie z załącznikiem nr 3 do ogłoszenia;
 - dokumentów potwierdzających, że zamówienia, o których mowa powyżej, zostały wykonane lub są wykonywane należycie, np. listy referencyjne;
 - wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia - zgodnie z opisem w cz. VII ogłoszenia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami, zgodnie z załącznikiem nr 4 do ogłoszenia, przynajmniej w zakresie informacji na temat kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia ww. osób, niezbędnych do wykonania zamówienia - zgodnie z opisem w cz. VII ogłoszenia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, natomiast bez udostępniania informacji w zakresie danych osobowych tych osób (imienia i nazwiska) oraz podstawy dysponowania nimi przez ww. wykonawców;
 - wykazu potwierdzającego, że wykonawca dysponuje połączeniem do platformy serwisowej HDS umożliwiającym w szczególności on-line-owy monitoring macierzy HDS 1000, zgodnie z załącznikiem nr 5 do ogłoszenia;
 - pisemnych zobowiązania innych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia (względnie innych dokumentów, za pomocą których wykonawca udowodnił zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia);oraz zawiadomienie odwołującego o odtajnieniu ww. dokumentów oraz udostępnienie odwołującemu tych dokumentów;
3. wykluczenie z postępowania wykonawcy ComArch oraz wykonawcy Qumak-Sekom;

4. ponownego poinformowania wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków.

Z ostrożności oraz tylko i wyłącznie na wypadek uznania, że ComArch oraz Qumak-Sekom nie podlegają wykluczeniu z postępowania z przyczyn wskazanych w niniejszym odwołaniu, odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu, aby wezwał ComArch oraz Qumak-Sekom do złożenia w wyznaczonym terminie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania podnosił, że 1 marca 2012 r. zapoznał się z wnioskami o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonymi przez Sygnity, ComArch oraz Qumak-Sekom. Zamawiający udostępnił WASKO jedynie fragmenty wniosków złożonych przez ww. wykonawców, powołując się na zastrzeżenia w nich zawarte. Przywołani powyżej wykonawcy zastrzegli bowiem we wnioskach jako tajemnicę przedsiębiorstwa wskazane powyżej dokumenty. Jednak w przypadku wniosku złożonego przez ComArch zamawiający udostępnił odwołującemu niektóre z załączonych do wykazu zamówień dokumenty potwierdzające, że zamówienia zostały wykonane należycie, tj. dwa listy referencyjne wystawione przez Krajowe Biuro Wyborcze (str. 216 i 217 wniosku) oraz jeden list referencyjny wystawiony przez Zakład Informatyki Lasów Państwowych (str. 218 wniosku). W ocenie odwołującego zastrzeżenie opisanych przez odwołującego dokumentów przez Sygnity, ComArch oraz Qumak-Sekom było bezpodstawne, gdyż nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odnośnie zastrzeżenia wykazu zamówień oraz dokumentów potwierdzających, że zamówienia, o których mowa powyżej, zostały wykonane lub są wykonywane należycie, odwołujący podnosił, że wyjątkowo można zastrzec informacje dotyczące zamówień realizowanych na rzecz podmiotów prywatnych. Jednak zdaniem WASKO, uwzględniając sformułowane przez zamawiającego wymagania dotyczące zamówień wykazywanych na potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, zachodzi bardzo duże prawdopodobieństwo, że przynajmniej część projektów, usług i dostaw wykazanych przez ww. wykonawców zostało zrealizowanych na rzecz podmiotów publicznych, a nie prywatnych. W opinii odwołującego przynajmniej część ww. projektów, usług i dostaw zostało zamówionych z zachowaniem przepisów o zamówieniach publicznych, a zatem informacje na ich temat są jawne, zarówno w Unii Europejskiej jak i w większości państw świata. Tym samym Sygnity, ComArch oraz Qumak-Sekom w złożonych wykazach muszą powoływać się na doświadczenie nabyte w realizacji zamówień na rzecz podmiotów publicznych. Odwołujący podnosił, że powyższe potwierdzają m.in. informacje zawarte w udostępnionych

WASKO listach referencyjnych, załączonych do wniosku złożonego przez ComArch, tj. listach referencyjnych wystawionych przez Krajowe Biuro Wyborcze (str. 216 i 217 wniosku) oraz liście referencyjnym wystawionym przez Zakład Informatyki Lasów Państwowych (str. 218 wniosku). Odwołujący podkreślał, że z tych właśnie względów zarówno wykaz zamówień jak również dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie winny zostać odtajnione przez zamawiającego.

Odwołujący wskazywał, że w przypadku Comarch informacje zastrzeżone we wniosku, tj. w listach referencyjnych, zostały udostępnione odwołującemu podczas wglądu do wniosków w dniu 1 marca 2012 r. W rezultacie odwołujący mógł bez trudu zapoznać się z ww. dokumentami i dowiedzieć się z nich m.in. kto zrealizował, wskazane w listach referencyjnych, dostawy i usługi, kto był ich odbiorcą, co było przedmiotem dostaw i usług, kiedy dostawy i usługi zostały wykonane i ile wyniosła ich wartość. Są to zatem te informacje, które miały być podane w wykazie zamówień i które ComArch bezpodstawnie zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem WASKO ww. informacji nie sposób uznać za nieujawnione do wiadomości publicznej, skoro odwołujący mógł się z nimi zapoznać bez trudu i to w sposób dozwolony prawem.

WASKO wskazywał także, że ww. wykonawcy zastrzegając wykaz wykonanych zamówień wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie musieli odnośnie każdej wykazanej w wykazie dostawy, usług i projektu wykazać, że wszystkie ww. przesłanki zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa zostały spełnione. Wyjaśniał, że samo stwierdzenie, że określona dostawa, usługa czy projekt została zrealizowana na rzecz podmiotu prywatnego, bez wątplenia nie stanowi wykazania ww. przesłanek dopuszczalności zastrzeżenia.

Odwołujący również za bezpodstawne i niczym nieuzasadnione uznał zastrzeżenie, we wnioskach złożonych Sygnity, ComArch oraz Qumak-Sekom, wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. W ocenie odwołującego zastrzeżony wykaz osób nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dlatego zamawiający winien go odtajnić i udostępnić odwołującemu. Takie działanie zamawiającego narusza obowiązujące przepisy, w szczególności zasadę jawności postępowania oraz zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji. W opinii WASKO informacje te nie są informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa lub innymi informacjami posiadającymi wartość gospodarczą.

Odwołujący podkreślał, że domaga się odtajnienia (ujawnienia) wykazu osób przynajmniej w zakresie informacji na temat kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia ww. osób, niezbędnych do wykonania zamówienia - zgodnie z opisem w cz. VII ogłoszenia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, natomiast bez

udostępniania informacji w zakresie danych osobowych tych osób (imienia i nazwiska) oraz podstawie dysponowania nimi przez ww. wykonawców. W opinii odwołującego informacje dotyczące kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia personelu nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednocześnie bez udostępnienia odwołującemu danych osobowych tych osób i wskazania podstaw dysponowania nimi nie istnieje ryzyko, że odwołujący będzie mógł próbować pozyskać ich dla własnych potrzeb i prowadzonej działalności. Zdaniem WASKO nie zachodzi obawa, że odwołujący mógłby się dopuścić praktyki „podkupowania” specjalistów od konkurencyjnych wykonawców. Podnosił, że ujawnienie powyższych informacji nie może w żaden sposób zaszkodzić konkurencyjnym wykonawcom.

Kolejno WASKO podnosił, że za bezpodstawne i niczym nieuzasadnione należy uznać także zastrzeżenie we wnioskach, złożonych przez Sygnity, ComArch oraz Qumak-Sekom, wykazu potwierdzającego, że wykonawca dysponuje połączeniem do platformy serwisowej HDS umożliwiającej w szczególności on-line-owy monitoring macierzy HDS 1000. Podkreślał, że ww. dokument nie zawiera żadnych informacji, które uznać można za tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą. WASKO wyjaśniał, że warunek, którego spełnianie ww. dokument miał potwierdzać, został określony przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, a zatem mógł się z nią zapoznać każdy zainteresowany. Zgodnie z ww. warunkiem wykonawcy mieli dysponować połączeniem do platformy serwisowej HDS umożliwiającej w szczególności monitoring w trybie „online” macierzy HDS 1000. Odwołujący podnosił, że skoro zamawiający uznał, że Sygnity, ComArch oraz Qumak-Sekom spełniają warunki udziału w postępowaniu, to jest oczywiste, że w złożonym wykazie wykonawcy ci oświadczyli, iż dysponują połączeniem do platformy serwisowej HDS umożliwiającej w szczególności on-line-owy monitoring macierzy HDS 1000 oraz opisali w jaki sposób dysponują ww. połączeniem. Zdaniem odwołującego powyższych informacji nie sposób uznać za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż oświadczenie przez wykonawcę, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, tj. dysponuje połączeniem do platformy serwisowej HDS umożliwiającej w szczególności on-line-owy monitoring macierzy HDS 1000 nie może być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Natomiast co do opisu sposobu dysponowania ww. połączeniem odwołujący wyjaśniał, że informacje techniczne dotyczące sposobu realizacji połączenia do platformy serwisowej HDS są dostępne dla wszystkich dla wszystkich autoryzowanych partnerów serwisowych firmy Hitachi Data Systems (dalej „HDS”), w tym dla odwołującego, który zamieścił je w załączonym do wniosku wykazie, nie zastrzegając ich przy tym jako tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż sam producent, tj. HDS nie uznaje ich za taką tajemnicę. Ponadto WASKO podnosił, że nie sposób uznać, że informacje powyższe nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej. Dodatkowo - w ocenie

odwołującego - w pełni uzasadnione jest przypuszczenie, że jeżeli nawet konkurencyjni wykonawcy podali w złożonych wykazach jakiegokolwiek informacje techniczne dotyczące sposobu realizacji połączenia do platformy serwisowej HDS, to informacje te są bardzo ogólne, pozbawione szczegółów technicznych i co za tym idzie nie mają żadnej wartości gospodarczej. W opinii WASKO powyższe przypuszczenie jest tym bardziej uzasadnione, że w przypadku wniosku złożonego przez wykonawcę Sygnity, zamawiający udostępnił odwołującemu niepodpisany wykaz wyposażenia i urządzeń, zamieszczony na str. 28 wniosku, który to wykaz nie zawiera żadnych informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa czy innych informacji posiadających wartość gospodarczą, a zawarte w nim informacje sprowadzają się do powtórzenia warunku udziału w postępowaniu.

Za niczym nieuzasadnione, zdaniem odwołującego, należało również uznać zastrzeżenie - we wnioskach złożonych przez Sygnity, ComArch oraz Qumak-Sekom - pisemnych zobowiązań innych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia (względnie innych dokumentów, za pomocą których wykonawca udowodnił zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia). W opinii odwołującego ww. dokumenty nie zawierają bowiem żadnych informacji, które uznać można za tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą. Odwołujący wyjaśniał, że w przypadku wniosku złożonego przez ComArch, zamawiający udostępnił odwołującemu trzy, opisane powyżej, listy referencyjne, które potwierdzają należyte wykonanie dostaw i usług przez podmiot trzeci, tj. przez firmę S&T Services Polska Sp. z o.o. (dalej: „S&T”). Zdaniem WASKO, w świetle powyższego oczywiste jest, że ComArch, wykazując spełnianie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, powołał się na wiedzę i doświadczenie udostępnione mu przez S&T. WASKO podnosił, że należy założyć, że ComArch załączył do swojego wniosku zobowiązanie S&T do udostępnienia ww. zasobu, które to zobowiązanie bezprawnie zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W opinii WASKO powyższe zastrzeżenie nie miało żadnych podstaw, skoro wskutek udostępnienia odwołującemu ww. listów referencyjnych odwołujący mógł bez trudu ustalić kto i jakie zasoby udostępnił wykonawcy ComArch. Są to zatem te informacje, które ComArch bezpodstawnie zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż informacji tych nie sposób uznać za nieujawnione do wiadomości publicznej, skoro odwołujący mógł się z nimi zapoznać bez trudu i to w sposób dozwolony prawem.

Odwołujący podkreślał, że ciężar udowodnienia, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonał. W ocenie WASKO wskazane zaniechania zamawiającego prowadzą do wniosku, że

zamawiający nie prowadził postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, ewidentnie naruszając w szczególności dyspozycję art. 7 ust. 1 ustawy.

Następnie WASKO odnosił się do kolejnych zarzutów, tj. naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy, przez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania ComArch i Qumak-Sekom, z uwagi na braku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, oraz zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania ComArch i Qumak-Sekom, gdyż ww. wykonawcy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

WASKO wyjaśniał, że jednym z warunków udziału w postępowaniu było, aby wykonawcy dysponowali połączeniem do platformy serwisowej HDS umożliwiającej w szczególności monitoring w trybie „online” macierzy HDS 1000. Na potwierdzenie powyższego warunku zamawiający zażądał złożenia wykazu potwierdzającego, że wykonawca dysponuje połączeniem do platformy serwisowej HDS umożliwiającej w szczególności on-line-owy monitoring macierzy HDS 1000. Z faktu, że zamawiający uznał, że ComArch i Qumak-Sekom spełniają warunki udziału w postępowaniu, odwołujący wywodził, że w złożonym wykazie wykonawcy ci musieli oświadczyć, iż dysponują połączeniem do platformy serwisowej HDS umożliwiającej w szczególności on-line-owy monitoring macierzy HDS 1000 oraz opisać w jaki sposób dysponują ww. połączeniem. W takiej sytuacji odwołujący stwierdził, że została wypełniona przesłanka wykluczenia z postępowania ComArch i Qumak-Sekom w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Odwołujący podał, że w świetle informacji przez niego posiadanych a wbrew informacjom podanym przez ComArch i Qumak-Sekom, wykonawcy ci w rzeczywistości nie dysponują wymaganym przez zamawiającego połączeniem do platformy serwisowej HDS umożliwiającej w szczególności on-line-owy monitoring macierzy HDS 1000. Wyjaśniał, że dostęp do połączenia do platformy serwisowej HDS umożliwiającej w szczególności on-line-owy monitoring macierzy HDS 1000 uzyskują wyłącznie podmioty uczestniczące w programie partnerskim ASP firmy HDS, tj. autoryzowani partnerzy serwisowi firmy HDS. Podmiotem takim jest m.in. odwołujący. Jednocześnie podmiot, który nie jest autoryzowanym partnerem serwisowym firmy HDS, nie może uzyskać i nie uzyska wymaganego połączenia do platformy serwisowej HDS w żaden sposób, w szczególności poprzez skorzystanie z zasobu udostępnionego mu przez inny podmiot. Podkreślał, że podmiot dysponujący podłączeniem do platformy serwisowej HDS umożliwiającej w szczególności monitoring w trybie „online” macierzy HDS 1000 nie może i nie jest w stanie udostępnić ww. podłączenia innym podmiotom w jakikolwiek sposób i jakiegokolwiek formie, w szczególności poprzez

złożenie pisemnego zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy. W opinii odwołującego ComArch i Qumak-Sekom nie mogli zatem zgodnie z prawdą stwierdzić, że dysponują wymaganym przez zamawiającego połączeniem do platformy serwisowej HDS umożliwiającej w szczególności on-line-owy monitoring macierzy HDS 1000.

Następnie odwołujący wskazywał, że przy uwzględnieniu opisanych powyżej okoliczności nie budzącym jego wątpliwości jest, że informacje na temat posiadania dostępu do połączenia do platformy serwisowej HDS, podane przez ComArch i Qumak-Sekom, są informacjami nieprawdziwymi, które mają wpływ na wynik prowadzonego postępowania, gdyż wskutek ich złożenia zamawiający błędnie uznał, że ww. wykonawcy spełniają warunek udziału w postępowaniu, dotyczący dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, mimo że w rzeczywistości tak nie jest. W opinii WASKO zarówno ComArch jak i Qumak-Sekom nie wykazali spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz podali nieprawdziwe informacje, które miały wpływ na wynik postępowania. Podnosił, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, w stosunku do którego potwierdził się zarzut podania nieprawdziwych informacji.

Odnosnie podniesionego z ostrożności zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy ComArch i Qumak-Sekom do złożenia w wyznaczonym terminie oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, podnosił, że opisane powyżej okoliczności faktyczne, jego zdaniem jednoznacznie potwierdzają, że ComArch i Qumak-Sekom nie wykazali spełnienia warunku udziału w postępowaniu, tj. warunku dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. Jednocześnie ww. podmioty złożyły w swoich wnioskach nieprawdziwe informacje dotyczące dysponowania wymaganym przez zamawiającego połączeniem do platformy serwisowej HDS umożliwiającej w szczególności on-line-owy monitoring macierzy HDS 1000. W ocenie odwołującego powyższa okoliczność powoduje, że nie jest możliwe wezwanie ComArch i Qumak-Sekom do złożenia w wyznaczonym terminie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, czyli wykazu potwierdzającego, że wykonawca dysponuje połączeniem do platformy serwisowej HDS umożliwiającej w szczególności on-line-owy monitoring macierzy HDS 1000 - wg wzoru - załącznik nr 5 do ogłoszenia.

Zatem jedynie z ostrożności odwołujący stawiał zarzut zaniechania czynności wezwania ComArch oraz Qumak-Sekom do złożenia w wyznaczonym terminie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. wykazu

potwierdzającego, że wykonawca dysponuje połączeniem do platformy serwisowej HDS umożliwiającej w szczególności on-line-owy monitoring macierzy HDS 1000, i jedynie na wypadek gdyby Izba uznała, że w istniejących okolicznościach faktycznych wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy jest jednak dopuszczalne.

7 marca 2012 r. odwołujący przekazał zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

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

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez zamawiającego, dowody przedłożone na rozprawie, stanowiska i oświadczenia stron oraz przystępujących złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Izba ustaliła, że okoliczności faktyczne sprawy, w szczególności treść ogłoszenia o zamówienia, zostały prawidłowo przytoczone w odwołaniu, co zostało zreferowane powyżej.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Jako pierwsze Izba rozpoznała zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, art. 8 ust. 3 ustawy w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez zaniechanie odtajnienia niektórych elementów wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonych przez Sygnity, ComArch, Qumak – Sekom. Izba stwierdziła, że ww. zarzuty w części potwierdziły się.

Z ustaleń Izby wynika, że Sygnity, ComArch i Qumak-Sekom w celu wykazania spełnienia warunków udziału w prowadzonym postępowaniu złożyli opisane poniżej dokumenty, tj.:

1. wykazy wykonanych a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych zamówień w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunków wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, zgodnie z załącznikiem nr 3 do ogłoszenia;
2. dokumenty potwierdzające, że zamówienia, o których mowa powyżej, zostały wykonane lub są wykonywane należycie;
3. wykazy osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia - zgodnie z opisem w cz. VII ogłoszenia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami, zgodnie z załącznikiem nr 4 do ogłoszenia;
4. wykazy wyposażenia i urządzeń potwierdzające, że wykonawcy dysponują połączeniem do platformy serwisowej HDS umożliwiającej w szczególności on-line-owy monitoring macierzy HDS 1000, zgodnie z załącznikiem nr 5 do ogłoszenia;
5. pisemne zobowiązania innych podmiotów do oddania wykonawcom do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia .

Wykonawcy zastrzegli, że informacje zawarte w ww. dokumentach są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, z wyjątkiem złożonego wraz z wnioskiem pierwotnego wykazu wyposażenia i urządzeń - potwierdzającego, że wykonawca dysponuje połączeniem do platformy serwisowej HDS umożliwiającej w szczególności on-line-owy monitoring macierzy HDS 1000 (zgodnie z załącznikiem nr 5 do ogłoszenia), który nie został podpisany przez Sygnity (str. 28 wniosku).

Zamawiający w formie pisemnej (pisma z dnia 16 i 17 lutego 2012 r.) zwrócił się do ww. wykonawców o udzielenie wyjaśnień związanych z objęciem tajemnicą przedsiębiorstwa poszczególnych informacji składających się na całość wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wykonawcy na żądanie zamawiającego przestawili stosowne wyjaśnienia w omawianym powyżej zakresie.

W wyniku wyjaśnień złożonych przez ComArch zostały odtajnione przez zamawiającego dwa listy referencyjne wystawione przez Krajowe Biuro Wyborcze (str. 216 i 217 wniosku) oraz jeden list referencyjny wystawiony przez Zakład Informatyki Lasów Państwowych (str. 218 wniosku).

W poczet materiału dowodowego Izba włączyła złożone przez WASKO na rozprawie:

1. wyciągi z ofert ComArch (m. in. datowanej na dzień 15 czerwca 2010 r., złożonej w postępowaniu na wykonanie usługi budowy kompleksowej infrastruktury przetwarzania i analizy danych przestrzennych wspierającej działalność Instytutu Technologiczno – Przyrodniczego), które zawierały wykazy zrealizowanych zamówień a także dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówień zawartych w tym wykazach oraz wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia;
2. wyciąg z wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na budowę zintegrowanego systemu informatycznego – Centralny Rejestr Nowotworów w ramach Projektu „Utworzenie pierwszej (...) w Polsce”, złożonego przez Sygnity i datowanego na 5 sierpnia 2011 r., który zawierał wykaz usług wraz dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie;
3. pismo Sygnity z dnia 24 czerwca 2011 r. skierowane do Centrum Projektów Informatycznych MSWiA, w który wskazano, że informacje zawarte na str. od 15 do 20 oferty złożonej na „Budowę i wdrożenie (...) (SWD PRM)”, nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i mogą być udostępniane. Do pisma załączono wykaz wykonanych dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.

Z ustaleń Izby wynika, że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożony przez Comarch zawiera m. in.: referencję opatrzona datą 16 stycznia 2009 r. wystawiona przez Alior Bank S.A. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 94. tożsamą referencja został przedłożona przez odwołującego na rozprawie wraz z wyciągiem z oferty Comarch datowanej na dzień 15 czerwca 2010 r., złożonej w postępowaniu na wykonanie usługi budowy kompleksowej infrastruktury przetwarzania i analizy danych przestrzennych wspierającej działalność Instytutu Technologiczno – Przyrodniczego. Wykonanie prac objętych referencją zostało odzwierciedlone w wykazie zamówień przedłożonym przez Comarch.

Następnie Izba ustaliła, że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożony przez Sygnity zawiera m. in.: wykaz zamówień (str. 55-57 wniosku) w którym w pozycji nr 1 (str. 57 wniosku) odzwierciedlono zamówienie wykonywane na rzecz Poczty Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Rakowieckiej 26. Na stronie 53 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu znajduje się referencja opatrzona datą 15 maja 2010 r. wystawiona przez ww. podmiot. Na poz. nr 3 powyższego wykazu zamówień znajduje się zamówienie realizowane na rzecz Ministerstwa Sprawiedliwości Departament Informatyzacji i Rejestrów Sądowych z siedzibą w Warszawie przy ul. Czerniakowskiej 100.

Na stronie 51 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu znajduje się referencja opatrzona datą 12 stycznia 2011 r. wystawiona przez ww. podmiot. Izba wskazuje, że opisane powyżej referencje są tożsame z referencjami, które zostały przedłożone przez odwołującego na rozprawie wraz z wyciągiem z wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, złożonym przez Sygnity i datowanym na 5 sierpnia 2011 r. (str. od 88 do 90 ww. wyciągu z wniosku).

Izba po zbadaniu wniosku Qumak-Sekom ustaliła, że wniosek zawiera referencje (str. 102-103 wniosku) potwierdzające należyte wykonanie prac zawartych w wykazie zamówień w treści, których wskazano, że zamówienia udzielono w trybie przetargu nieograniczonego. Ponadto w protokołach zdawczo – odbiorczych znajdujących się na stronach 14 do 99 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w pkt. 2 odbierający stwierdził, że dostarczone elementy infrastruktury są zgodne z ofertą wykonawcy, wymaganiami SIWZ. We wniosku Qumak-Sekom na stronach 10-11 znajdują się odtajnione przez zamawiającego, w wyniku wyjaśnień złożonych przez ComArch, dwa listy referencyjne wystawione przez Krajowe Biuro Wyborcze datowane na 11 stycznia 2012 r.

Zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 ustawy – postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Przejawia się ona w szeregu czynności podejmowanych przez zamawiającego i uczestników postępowania, począwszy od publicznego, jawnego ogłoszenia o zamówieniu, przez jawne otwarcie ofert i udostępnienie protokołu, ofert, oświadczeń składanych w toku postępowania, aż po jawność umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Art. 8 ust. 1 ustawy nadał jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rangę zasady o doniosłym znaczeniu. W doktrynie uznaje się, że jawność postępowania o zamówienie publiczne z jednej strony jest prawem każdego wykonawcy gwarantującym dostęp do informacji o toczącym się postępowaniu, natomiast z drugiej jest nakazem skierowanym do zamawiających, prowadzących postępowanie, aby na każdym jego etapie zagwarantowali wykonawcom dostęp do informacji na temat zamówienia publicznego. Zatem bez wątplenia zasadą jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a jej wyłączenie ma jedynie charakter wyjątku i jest możliwe tylko przy wykazaniu potrzeby ochrony określonych ustawą wartości (zob. wyrok KIO UZP z 19 lipca 2010 r., KIO/UZP 1400/10, LexPolonica nr 2369090) (tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, wyd. 2 , LexisNexis Polska, Warszawa 2010, s. 114-115).

Wyjątek od zasady jawności postępowania wyraża przepis art. 8 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy.

Art. 86 ust. 4 ustawy wymienia enumeratywnie elementy jakie w złożonej ofercie nie mogą zostać zastrzeżone. Należą do nich nazwa (firma), adres wykonawcy, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Ustawodawca tym samym, a contrario dopuścił możliwość objęcia pozostałych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane.

Podkreślić należy, że ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. W zakresie informacji, które nie podlegają udostępnieniu ustawa odsyła do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa ujętej w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 roku (Dz. U. z 2003 r., Nr 153 poz. 1503 ze zm.). Zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

W orzecznictwie określa się (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00), że aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki:

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

Informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia

przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem.

Izba wskazuje, że pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazać w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczający w reżim oparty na zasadzie jawności, powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiąże się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Godna uwagi w tym miejscu jest teza wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001 r. (sygn. akt I CKN 1159/2000), gdzie wskazano, że: „zakresem tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą być objęte informacje powszechnie znane lub takie, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć”. Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00). Powszechnie przyjmuje się - zdaniem Sądu Najwyższego - że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) "nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się "tajemnicą przedsiębiorstwa", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznaną, ale nie będzie tajemnicą.

Wobec powyższego stwierdzić należy, iż przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia działań, które zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zapewnią ochronę informacji przed upowszechnieniem, czy - ściślej mówiąc - ujawnieniem. Wskazuje to na obiektywną ocenę użytego w przepisie 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zwrotu "niezbędność". Ocena ma być dokonana ex ante, a nie ex post. Działanie przedsiębiorcy musi doprowadzić do powstania warunków stwarzających duże prawdopodobieństwo, że

informacja pozostanie nieujawniona. Zatem, dopóki sam przedsiębiorca nie podejmie działań bezpośrednio zmierzających do zachowania danych informacji w poufności, nie można mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Obowiązkiem zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie, czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na obowiązek badania przez zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, III CZP 74/05 cyt. „w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następnym stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji”. Wyrażony przez Sąd Najwyższy pogląd zachowuje, w ocenie Izby, pełną aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawa. Tak więc zamawiający przede wszystkim powinien dokonać oceny, jaki charakter ma zastrzeżona informacja. Następnie powinien mieć pewność, że informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznanne ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca – dysponent informacji wyraża wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnego kręgu odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób, a powyższe mieści się w charakterze obowiązków, a nie uprawnień zamawiającego. Jeżeli, w ocenie zamawiającego, zastrzeżone przez wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub mają charakter jawnych, wówczas zobowiązany jest on do ich ujawnienia w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Nie można przyjąć, by ciężar ten spoczywał na wykonawcy, który zarzut nieskutecznego zastrzeżenia podnosi w odwołaniu. Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że

wykonawca jest obowiązany wykazać, iż podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji.

Przekładając niniejsze rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy stwierdzić należy, że w badanym stanie faktycznym w części związanej z pisemnymi zobowiązaniami innych podmiotów do oddania wykonawcom do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, zostały spełnione przesłanki wymagane do uznania tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba wskazuje, że wbrew przypuszczeniom odwołującego, treść zobowiązań innych podmiotów w zakresie oddania wykonawcom do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, nie ma charakteru ogólnego, który jest jedynie powieleniem treści przepisu art. 26 ust. 2b Pzp, a zawierają informacje o charakterze organizacyjnym, które mogą być uznane za takie, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i winny podlegać ochronie. Niewątpliwie ujawnienie tego rodzaju informacji mogłoby narazić wykonawców na poniesienie szkody. Z charakteru informacji zawartych w treści zobowiązań innych podmiotów wynika również, że nie posiadają one waloru informacji powszechnie dostępnych. Wyjaśnienia wykonawców a także sposób zabezpieczenia informacji we wnioskach wskazuje, że podjęto właściwe kroki w celu zachowania tych informacji w poufności. Tym samym Izba uznała, że w przedmiotowym przypadku zaistniały wszystkie przesłanki niezbędne do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych w pisemnych zobowiązaniach innych podmiotów do oddania wykonawcom do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zarzut zawarty w odwołaniu w tym zakresie nie potwierdził się.

W zakresie pozostałych informacji objętych przez Sygnity, ComArch i Qumak-Sekom tajemnicą przedsiębiorstwa Izba, biorąc pod uwagę stan faktyczny ustalony w toku rozprawy stwierdziła, że zarzuty podniesione przez WASKO zasługują na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do informacji zawartych w wykazach wykonanych zamówień oraz w dokumentach potwierdzających należyte wykonanie zamówień. Przede wszystkim wskazać należy, że zamawiający ujawniając informacje zawarte we wniosku ComArch - w związku z wyjaśnieniami tego wykonawcy - winien był również ujawnić informacje związane z realizacją powyższego zamówienia, które zostały zawarte w wykazie wykonanych zamówień (str.237-238 wniosku). Wyjaśnienia zamawiającego, złożone na rozprawie, w których wskazywał, że nie mógł odtajnić powyższych informacji w wykazie zamówień z uwagi na trudności organizacyjne, należy uznać za błędne, gdyż zamawiający

udostępniając poszczególnym wykonawcom te informacje, które nie mają charakteru tajemnicy, mógł skutecznie i prawidłowo zabezpieczyć pozostałe informacje chociażby poprzez ich pominięcie lub też zakrycie. W omawianej kwestii na poparcie zasługuje stanowisko odwołującego, który podnosił, że w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa ochroną są objęte poszczególne informacje znajdujące się nawet w wielu dokumentach, a nie określone dokumenty. Tym samym zamawiający winien był ujawnić zawarte w wykazie zamówień informacje związane z realizacją zamówień wykonywanych na rzecz Krajowego Biura Wyborczego oraz Zakładu Informatyki Lasów Państwowych.

Nie sposób również uznać, że informacja związaną w realizacją zamówienia na rzecz Alior Bank S.A. z siedzibą w Warszawie przy Al. Jerozolimskich 94 została skutecznie zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż z przedłożonego przez WASKO na rozprawie wyciągu z oferty ComArch - złożonej w postępowaniu na wykonanie usługi budowy kompleksowej infrastruktury przetwarzania i analizy danych przestrzennych wspierającej działalność Instytutu Technologiczno – Przyrodniczego – wynika jasno, że informacja została ujawniona do wiadomości publicznej. Wobec powyższego w tym przypadku nie zostały spełnione wszystkie przesłanki zawarte w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, pozwalające na zastrzeżenie tej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Z analogiczną sytuacją mamy do czynienia w przypadku wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Sygnity w odniesieniu do zamówień realizowanych na rzecz Poczty Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Rakowieckiej 26 oraz Ministerstwa Sprawiedliwości Departament Informatyzacji i Rejestrów Sądowych z siedzibą w Warszawie przy ul. Czerniakowskiej 100. Również w tej sytuacji, informacji dotyczących realizacji ww. zamówień nie sposób uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa. W związku z powyższym stwierdzić należy, że mają one charakter jawny i powinny być odtajnione przez zamawiającego.

Izba zwraca także uwagę, że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Qumak-Sekom - tak jak wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonych przez ComArch - zawiera listy referencyjne z dnia 11 stycznia 2012 r. pochodzące o Krajowego Biura Wyborczego wystawione na rzecz S&T, które w oparciu o wyjaśnienia ComArch zostały przez zamawiającego ujawnione, tym samym utraciły przymiot tajemnicy. Wobec powyższego, za nieprawidłowe należy uznać postępowanie zamawiającego, który mając do czynienia z identycznymi listami referencyjnymi we wniosku Qumak-Sekom oraz Comarch ujawnia jedynie informacje w tym zakresie zawarte we wniosku ComArch, podczas

gdy tożsame informacje zawarte we wniosku Qumak-Sekom nadal pozostają niejawnie jako zastrzeżone, z uwagi na zawartą w nich tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba wskazuje także, że analiza informacji zawartych w dokumentach złożonych na potwierdzenie należytego wykonania zamówień wymienionych w wykazach zamówień wykazała, że z dużym prawdopodobieństwem można stwierdzić, że część zamówień podanych przede wszystkim w wykazach Qumak-Sekom jak również Sygnity został pozyskana z sektora publicznego z wykorzystaniem procedur zawartych w Pzp. Wskazuje na to chociażby treść dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówień, tj. referencje a także protokoły zdawczo- odbiorcze, w który wprost podano, że wykonawca realizował zamówienie, które zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczone. Nagromadzenie specyficznego słownictwa funkcjonującego w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, tj. SIWZ, oferta, umowa, w protokołach zdawczo- odbiorczych, podpisywanych przez jednostki sektora publicznego jakimi niewątpliwie są uczelnie wyższe (m.in. Uniwersytet Warmińsko-Mazurski, Uniwersytet Zielonogórski Centrum Komputerowe, Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej, Politechnika Śląska - centrum Komputerowe, Politechnika Rzeszowska, Politechnika Białostocka, Uniwersytet Opolski itd.) pozwalają twierdzić, że prace wykonywane na rzecz tego rodzaju podmiotów, przy uwzględnieniu ww. pojęć zawartych w protokołach, zostały pozyskane z rynku publicznego z wykorzystaniem procedur opisanych w Pzp. Biorąc pod uwagę powyższe a także fakt, że w oparciu o art. 139 ust. 3 Pzp umowy o zamówienie publiczne mają charakter jawny i podlegają udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej, nie można się zgodzić z tym, że informacje dotyczące projektów, dostaw i usług wykonanych na rzecz podmiotów publicznych mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa i być przez wykonawców skutecznie zastrzeżone. Zatem Izba nakazuje zamawiającemu odtajnienie informacji zawartych w wykazach wykonanych zamówień oraz dokumentach potwierdzających ich należyte wykonanie złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Sygnity, ComArch oraz Qumak-Sekom w odniesieniu do wszystkich zamówień pozyskanych z rynku publicznego w oparciu o przepisy Pzp, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych w wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia Izba uznała, że co do zasady informacje w zakresie potencjału osobowego, którym posługuje się określony wykonawca mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż mogą zawierać dane na temat organizacji przedsiębiorstwa,

wskazywać na jego specyfikę i charakter, co powoduje, że tego rodzaju informacje mogą posiadać istotną wartość gospodarczą. Z reguły tego typu dokumenty zawierają dane sensytywne w postaci imion i nazwisk określony osób oraz informacje na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia poszczególnych osób. W rozpoznawanej sprawie oprócz podania ww. informacji na temat personelu osobowego, który będzie posługiwał się wykonawca, zamawiający żądał również wskazania podstawy dysponowania osobami podanymi w wykazie.

Izba podziela stanowisko zaprezentowane w wyroku KIO z dnia 13 maja 2010 r. o sygn. akt KIO/UZP 667/10, w którym Izba stwierdziła, że: „(...) zaś w odniesieniu do drugiego z Wykazów, wskazanie przez Odwołującego na zjawisko „podkupywania” pracowników jest wystarczające do stwierdzenia, że wszelkie informacje w tym zakresie zasługują na ochronę. Ich ujawnienie zagraża bowiem interesom danego przedsiębiorcy, gdyż daje możliwość ich wykorzystania w celu zachwiania pozycji konkurencyjnej danego przedsiębiorcy. Nie ulega bowiem wątpliwości, że podanie takich informacji jak: imiona i nazwiska osób, które będą realizować zamówienie, ich kwalifikacji (wykształcenie, uprawnienia) i doświadczenia oraz statusu względem przedsiębiorcy (pracownik lub osoba, która przedsiębiorca dysponuje na innej podstawie) ułatwia dotarcie do tych osób, a w konsekwencji procedurę „podkupywania”. Nie budzi zaś wątpliwości, że tego rodzaju zjawisko często może niweczyć udział danego przedsiębiorcy w określonym przedsięwzięciu gospodarczym i ostatecznie spowodować zmianę pozycji na rynku. Nadto, Wykaz ten daje wiedzę, co struktury personelu, jakim posługuje się inny przedsiębiorca. Na jego podstawie można bowiem ustalić, czy dany wykonawca korzysta z własnych zasobów kadrowych, czy też z obcych, jeśli zaś są to pracownicy przedsiębiorcy, jakiego rodzaju kwalifikacjami się legitymują (poziom, przedmiot)”.

Wobec powyższego Izba nakazuje zamawiającemu odtajnienie informacji zawartych w wykazach osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia w odniesieniu do Comarch, Sygnity oraz Qumak-Sekom, jednakże z pominięciem informacji w zakresie imion i nazwisk a także informacji o podstawie dysponowania tymi osobami, które nadal powinny zostać objęte tajemnicą (kolumny 2 i 5 wykazu osób). Tym samym zamawiający winien ujawnić jedynie informacje na temat kwalifikacji zawodowych, doświadczenia do wykonywania zamówienia a także zakres wykonywanych czynności w ramach zadania (kolumny 1, 3 i 4 wykazu osób). W ocenie Izby ujawnienie ww. informacji jest w pełni zgodne z przepisami obowiązującego prawa i nie może narażać wykonawców na poniesienie szkody w wyniku ich odtajnienia.

Kolejno Izba odniosła się do utajnienia informacji zawartych w wykazach wyposażenia i urządzeń potwierdzających, że wykonawcy dysponują połączeniem do platformy serwisowej HDS umożliwiającej w szczególności on-line-owy monitoring macierzy HDS 1000 (zgodnie z załącznikiem nr 5 do ogłoszenia).

Izba uznała, że rację ma WASKO, który podnosił, że przywołany powyżej wykaz nie zawiera żadnych informacji, które uznać można za tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą.

Niespornym jest, że opisany powyżej wykaz miał potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, który został określony przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, tj. zgodnie z ww. warunkiem wykonawcy mieli dysponować połączeniem do platformy serwisowej HDS umożliwiającej w szczególności monitoring w trybie „online” macierzy HDS 1000. Zamawiający uznał, że wykonawcy: Sygnity, ComArch oraz Qumak-Sekom wykazali spełnienie ww. warunku udziału w postępowaniu. Wyjaśnić należy, że zarówno Comarch jak i Qumak-Sekom, powołał się na potencjał S&T, natomiast Sygnity na żądanie zamawiającego przedstawiło dokument w postaci oświadczenia HDS w którym wskazano, że wykonawca będzie dysponował zasobami technicznymi wymaganym przez zamawiającego.

Izba wskazuje, że ww. informacji nie sposób uznać za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż zawiera ona jedynie oświadczenie, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, tj. dysponuje połączeniem do platformy serwisowej HDS umożliwiającej w szczególności on-line-owy monitoring macierzy HDS 1000.

Argumentację - zarówno Comarch jak i Qumak-Sekom - przedstawioną na rozprawie, jakoby przywołane powyżej dokumenty zawierały informacje poufne o charakterze organizacyjny, tj. informacje o powiązaniach ww. wykonawców z podmiotami trzecimi, które zastrzegły jako tajemnicę przedsiębiorstwa tego rodzaju informacje, Izba uznała za chybioną. Z treści zobowiązań S&T, którymi posługiwali się obaj wykonawcy nie wynika, aby firma S&T zastrzegła jako poufną informację na temat współpracy, czy to z Comarch czy to z Qumak-Sekom. Izba nie dała wiary wyjaśnieniom pełnomocnika Qumak-Sekom, który podnosił, że dysponuje umowami o współpracy z podmiotami trzecimi, w który zastrzeżono jako poufne informacje na temat ich współpracy z Qumak-Sekom, jednakże z uwagi na jawny charakter rozprawy nie przedłożył tego rodzaju umów, gdyż nie mogłyby one być wykorzystane w rozpoznawanym zakresie z uwagi na zastrzeżenie w nich tajemnicy współpracy. Izba wyjaśnia, że Qumak-Sekom w celu uwiarygodnienia prezentowanych powyżej twierdzeń mógł przedłożyć powołane powyżej umowy o współpracy Izbie do wglądu, bez konieczności udostępniania ww. dokumentów osobom nieuprawnionym.

Nie bez znaczenia jest również stanowisko zajmowane przez ComArch, który podnosił również na rozprawie, że w wyniku wyjaśnień złożonych zamawiającemu ujawnione zostały listy referencyjne - którymi posługiwał się ComArch – potwierdzające wykonanie określonych zamówień przez S&T na rzecz określonych zamawiających. Już z powyższego można wywieść, że S&T nie wymagało zachowania w tajemnicy faktu współpracy z Comarch, skoro Comarch wyraził zgodę na odtajnienie listów referencyjnych pochodzących od S&T.

Trudno też zgodzić się z Qumak-Sekom, iż wykaz narzędzi i urządzeń przedłożony przez tego wykonawcę zawiera dane techniczne, które powinny podlegać ochronie. Z ustaleń Izby wynika, że informacje techniczne dotyczące sposobu realizacji połączenia do platformy serwisowej HDS są bardzo ogólne, pozbawione szczegółów technicznych, a tym samym nie mają żadnej wartości gospodarczej. Jednak nawet gdyby uznać, że omawiane wykazy zawierają dane techniczne dotyczące sposobu realizacji połączenia do platformy serwisowej HDS umożliwiającej w szczególności monitoring w trybie „online” macierzy HDS 1000 to są to informacje dostępne dla wszystkich autoryzowanych partnerów serwisowych firmy HDS i nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa firmy HDS. Powyższe wprost wynika z oświadczenia firmy HDS Polska – przedstawiciela HDS, będącego producentem macierzy AMS HDS 1000, datowanego na 15 marca 2012 r. podpisanego przez Marka Ś. – Regional Director&General Manager CEE&MENAT i złożonego na rozprawie przez WASKO. W kwestii twierdzeń Qumak-Sekom w zakresie nieprawidłowości dotyczących osoby podpisującej ww. oświadczenie, jako osoby, która nie została ujawniona we właściwym rejestrze, a tym samym nie jest uprawniona do składania oświadczeń woli, Izba uznała za słuszne stanowisko prezentowane przez odwołującego, który podnosił, że w tym przypadku mamy do czynienia z oświadczeniem wiedzy a nie woli. Tym samym Marek Ś. sprawujący funkcję Regional Director&General Manager jest osobą właściwą do udzielania tego rodzaju informacji. Izba na marginesie jedynie wskazuje, że przywołana powyżej osoba nie musi być ujawniona w stosownym rejestrze, gdyż podjęcie ww. czynności nie wymaga składania oświadczeń woli w imieniu firmy HDS.

W związku z powyższym Izba nakazała zamawiającemu odtajnienie informacji zawartych w dokumentach złożonych na potwierdzenie, że wykonawcy dysponują połączeniem do platformy serwisowej HDS umożliwiającej w szczególności on-line-owy monitoring macierzy HDS 1000.

Kolejno Izba rozpoznała zarzuty w zakresie naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania ComArch oraz Qumak-Sekom, pomimo że ww.

wykonawcy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. Biorąc pod uwagę dokumentację postępowania oraz zgromadzony w postępowaniu materiał dowodowy Izba stwierdziła, że zarzuty zasługują na uwzględnienie.

W sekcji III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu zamawiający sprecyzował, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy dysponują odpowiednim potencjałem technicznym, tj. połączeniem do platformy serwisowej HDS umożliwiającej w szczególności monitoring w trybie „online” macierzy HDS 1000. Na potwierdzenie powyższego warunku zamawiający zażądał złożenia wykazu potwierdzającego, że wykonawca dysponuje połączeniem do platformy serwisowej HDS umożliwiającej w szczególności on-line-owy monitoring macierzy HDS 1000 wg. wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do ogłoszenia. Zamawiający nie zastrzegł w treści ogłoszenia, że w przypadku tego wymagania wykonawcy nie będą mogli polegać na zasobach podmiotu trzeciego udostępnionych w trybie art. 26 ust. 2b Pzp.

Jak przytoczono wcześniej, przy okazji rozpoznawania wskazanych powyżej zarzutów, zarówno Comarch jak i Qumak-Sekom w celu wykazania spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu posłużyli się potencjałem technicznym podmiotu trzeciego – firmy S&T.

Izba w poczet materiału dowodowego również włączyła przedłożone przez odwołującego oświadczenie firmy HDS Polska – przedstawiciela HDS, będącego producentem macierzy AMS HDS 1000, opatrzone datą 15 marca 2012 r., które zostało podpisane przez Marka Ś. – Regional Director&General Manager CEE&MENAT. W treści oświadczenia wskazano, że Comarch oraz Qumak-Sekom nie są autoryzowanymi partnerami serwisowymi Firmy HDS i nie dysponują certyfikowanymi inżynierami serwisowymi w zakresie macierzy HDS 1000 oraz nie dysponują połączeniem do platformy serwisowej HDS umożliwiającej w szczególności monitoring w trybie „online” macierzy HDS 1000. HDS poinformowało również, że ww. wykonawcy nie rozpoczęli procesu certyfikacji i autoryzacji serwisowej, tak więc nie będą dysponować połączeniem do platformy serwisowej HDS umożliwiającej w szczególności monitoring w trybie „online” macierzy HDS 1000. HDS wyjaśniał, że dostęp do platformy serwisowej HDS umożliwiającej w szczególności monitoring w trybie „online” macierzy HDS 1000 uzyskują wyłącznie podmioty uczestniczące w programie partnerskim ASP HDS, tj. autoryzowani partnerzy serwisowi firmy HDS. Jednocześnie HDS wskazywał, że podmiot, który nie jest autoryzowanym partnerem serwisowym firmy HDS nie może uzyskać i nie uzyska połączenia do platformy serwisowej HDS w żaden sposób, w szczególności poprzez skorzystanie z potencjału technicznego udostępnionego mu przez inny podmiot na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp. Żaden z

autoryzowanych partnerów serwisowych firmy HDS dysponujących ww. połączeniem do platformy serwisowej HDS nie może i nie jest w stanie udostępnić ww. połączenia innym podmiotom w jakikolwiek sposób i w jakiej kol wiek formie, w szczególności poprzez złożenie pisemnego zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywania zamówienia, o którym mowa w art. 26 ust. 2b Pzp. HDS wskazywał, że w takiej sytuacji decydujące znaczenie ma to, czy dany podmiot jest autoryzowanym partnerem serwisowym HDS. Jeżeli nim nie jest, to firma HDS nie udostępni mu połączenia do platformy serwisowej HDS. Podkreślono, że wyłącznie firma HDS umożliwia swoim autoryzowanym partnerom serwisowym uzyskanie połączenia do platformy HDS i bez jej wiedzy i zgody uzyskanie takiego połączenia nie jest i nie będzie możliwe. Podsumowując HDS wskazał, że jeżeli ComArch i Qumak-Sekom w złożonych wnioskach wykazały, że uzyskają połączenie do platformy serwisowej HDS w oparciu o potencjał udostępniony przez podmiot trzeci w trybie art. 26 ust. 2b Pzp, to takie udostępnienie nie będzie możliwe, a w szczególności nie spowoduje, że ww. wykonawcy faktycznie uzyskają połączenie do platformy serwisowej HDS.

Izba wskazuje, że w świetle informacji przekazanych przez firmę HDS Polska – przedstawiciela HDS, będącego producentem macierzy AMS HDS 1000, zarówno ComArch jak i Qumak-Sekom w rzeczywistości nie dysponują wymaganym przez zamawiającego połączeniem do platformy serwisowej HDS umożliwiającej w szczególności on-line-owy monitoring macierzy HDS 1000.

Z treści ww. dokumentu jasno wynika, że dostęp do połączenia do platformy serwisowej HDS umożliwiającej w szczególności on-line-owy monitoring macierzy HDS 1000 uzyskują wyłącznie podmioty uczestniczące w programie partnerskim ASP HDS, tj. autoryzowani partnerzy serwisowi firmy HDS. Podmiot, który nie jest autoryzowanym partnerem serwisowym firmy HDS, nie może uzyskać i nie uzyska wymaganego połączenia do platformy serwisowej HDS w żaden sposób, w szczególności poprzez skorzystanie z zasobu udostępnionego mu przez inny podmiot. HDS podał wprost, że podmiot dysponujący podłączeniem do platformy serwisowej HDS umożliwiającej w szczególności monitoring w trybie „online” macierzy HDS 1000 nie może i nie jest w stanie udostępnić ww. podłączenia innym podmiotom w jakikolwiek sposób i jakiegokolwiek formie, w szczególności poprzez złożenie pisemnego zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy. Jednocześnie podkreślono w treści oświadczenia, że decydujące znaczenie ma bowiem to, czy dany podmiot jest autoryzowanym partnerem serwisowym firmy HDS czy nie - jeżeli nim nie jest, to połączenie do platformy serwisowej HDS nie zostanie mu udostępnione przez

firmę HDS. To właśnie firma HDS umożliwia swoim autoryzowanym partnerom serwisowym uzyskanie połączenia do platformy serwisowej HDS i bez jej wiedzy i zgody uzyskanie takiego połączenia nie jest i nie będzie możliwe.

Przekładając niniejsze na stan faktyczny sprawy stwierdzić należy, że ComArch i Qumak-Sekom wskazały w swoich wnioskach, że wymagane przez zamawiającego połączenie do platformy serwisowej HDS zostanie im udostępnione przez podmiot trzeci na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy przez S&T. Tym samym, przy uwzględnieniu informacji firmy HDS Polska, uznać należy, że takie udostępnienie nie będzie możliwe, a w szczególności nie spowoduje, że ww. wykonawcy faktycznie uzyskają dostęp do platformy serwisowej HDS. Zatem uznać należy, że ComArch i Qumak-Sekom nie wykazali spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż nie dysponują wymaganym przez zamawiającego połączeniem do platformy serwisowej HDS umożliwiającej w szczególności on-line-owy monitoring macierzy HDS 1000.

W związku z powyższym, konsekwencją naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp jest naruszenie przez zamawiającego zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp, polegającej na przygotowaniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia przez zamawiającego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym jako następny Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, przez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania ComArch oraz Qumak-Sekom, pomimo że ww. wykonawcy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Izba stwierdziła, że zarzuty potwierdziły się.

Z ustaleń Izby wynika, że w treści wykazu wyposażenia i urządzeń mającego potwierdzić, że wykonawca dysponuje połączeniem do platformy serwisowej HDS umożliwiającej w szczególności on-line-owy monitoring macierzy HDS 1000 wykonawcy podali:

- ComArch oświadczył, że S&T jako autoryzowany przedstawiciel serwisowy HDS w Polsce posiada dostępno platformy serwisowej HDS umożliwiającej serwis on-line-owy monitoring macierzy HDS 1000, posiada do dyspozycji zespół przeszkolonych i certyfikowanych inżynierów świadczących usługi serwisowe w zakresie pamięci masowych HDS. Dzięki biurom serwisowym zlokalizowanym na terenie całego kraju świadczy usługi serwisu przez całą dobę, 7 dni w tygodniu przez cały rok.

Oświadczenie zostało opatrzone datą 18 stycznia 2012 r. i zostało podpisane przez Macieja P. – specjalistę ds. sprzedaży ComArch.

- Qumak-Sekom oświadczył, m. in., że S&T posiada status autoryzowanego partnera serwisowego firmy HDS w zakresie macierzy Mirage a w szczególności HDS AMS 1000 co umożliwia serwisowanie macierzy tej klasy. Wykaz został opatrzony datą 19 stycznia 2012 r. i podpisany przez Macieja M. – Dyrektora Działu Sprzedaży Qumak-Sekom (str. 160 wniosku).

Izba uwzględniła jako dowód przedłożone przez odwołującego oświadczenie firmy HDS Polska – przedstawiciela HDS, będącego producentem macierzy AMS HDS 1000, opatrzone datą 15 marca 2012 r., które zostały podpisane przez Marka Ś. – Regional Director&General Manager CEE&MENAT. W treści oświadczenia wskazano, że firma S&T nie dysponuje połączeniem do platformy serwisowej HDS umożliwiającej w szczególności monitoring w trybie „online” macierzy HDS 1000.

Art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Zatem do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. niezbędne jest łączne wystąpienie dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji i ich wpływ na wynik postępowania, połączonych normalnym, adekwatnym związkiem przyczynowo-skutkowym.

W rozpoznawanym stanie faktycznym zdaniem Izby nie budzi żadnych wątpliwości, że informacje na temat posiadania dostępu do połączenia do platformy serwisowej HDS, podane przez ComArch i Qumak-Sekom są informacjami nieprawdziwymi, gdyż z oświadczenia firmy HDS Polska – przedstawiciela HDS, będącego producentem macierzy AMS HDS 1000, wynika jasno, że firma S&T nie dysponuje połączeniem do platformy serwisowej HDS umożliwiającej w szczególności monitoring w trybie „online” macierzy HDS 1000.

W ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu zaistniała również druga ze wskazanych przesłanek, bowiem ww. informacje mają wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W wyniku uznania tych informacji za wiarygodne i prawdziwe zamawiający błędnie uznał, że ComArch i Qumak-Sekom spełniają warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym w postaci posiadania dostępu do połączenia do platformy serwisowej HDS. Tym samym wykonawcy, którzy złożyli

nieprawdziwe informacje w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu i mogą być zaproszeni przez zamawiającego do dalszego etapu postępowania, tj. do dialogu a następnie do składania ofert. W konsekwencji może się okazać, że oferta złożona przez któregoś z ww. wykonawców zostanie uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą, mimo że ww. wykonawcy powinni zostać wykluczeni z udziału w postępowaniu i nie powinni mieć możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie.

Izba zwraca uwagę, że redakcja przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp nie pozostawia wątpliwości, co do tego, iż w przypadku, gdy wykonawca złożył w ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, zamawiający ma bezwzględny obowiązek wykluczyć tego wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia. Ustawa nie przewiduje żadnej możliwości sanowania nieprawdziwej informacji i nie statuuje obowiązku zamawiającego do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe do złożenia informacji niewadliwych. Norma art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. ma charakter imperatywny. Zamawiający nie może zaniechać zastosowania przywołanego przepisu, gdy wykonawca złoży oświadczenie, że nieprawdziwe informacje pochodziły od osoby, którą wskazał na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przepisy Pzp nie zawierają, żadnej przesłanki ekskulpacyjnej, na którą w takiej sytuacji mógłby powołać się wykonawca wobec zamawiającego. Wykonawcy składając wnioski oraz oświadczenia i dokumenty wymagane przez zamawiającego, zawarte w nich informacje czynią treścią oświadczenia, które składają zamawiającemu w imieniu własnym. Udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymaga aktów staranności na każdym etapie, w szczególności przy przygotowywaniu wniosków i wymaganych zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp oświadczeń i dokumentów.

Na podkreślenie zasługuje okoliczność, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp nie uzależnia wykluczenia wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe, od wykazania winy tego wykonawcy. Zamawiający nie ma, w ocenie Izby, obowiązku ustalania, czy działanie wykonawcy ma charakter zawiniony, czy też nie. Wobec powyższego stwierdzić należy, iż zamawiający zaniechał wykluczenia ComArch i Qumak-Sekom z udziału w prowadzonym postępowaniu czym naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W związku z powyższym, naturalną konsekwencją naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp jest naruszenie przez zamawiającego zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp, polegającej na przygotowaniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia przez zamawiającego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Biorąc pod uwagę, że zarówno ComArch jak również Qumak-Sekom nie wykazali spełnienia postawionych przez zamawiającego warunków udziału w prowadzonym postępowaniu w zakresie faktycznego dysponowania połączeniem do platformy serwisowej HDS, przed skutecznym wykluczeniem ww. wykonawców z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp zamawiający winien wezwać ich w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w omawianym zakresie. Izba wyjaśnia, że w omawianej sytuacji brak również podstaw do zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 ustawy, gdyż nie można zastąpić dokumentu zawierającego informacje nieprawdziwe innym dokumentem zawierającym informacje prawdziwe. Istotny jest, że art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi samoistną przesłankę do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Tym samym w rozpoznawanym stanie faktycznym pomimo nie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania wymaganym potencjałem technicznym przez ComArch oraz Qumak-Sekom nieprawidłowym byłoby wzywanie przez zamawiającego ww. wykonawców w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do wylegitymowania się potencjałem technicznym w postaci posiadania dostępu do połączenia do platformy serwisowej HDS, skoro wskazani powyżej wykonawcy podlegają wykluczeniu z postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Podsumowując, Izba uznała, że stwierdzone powyżej naruszenia przepisów ustawy mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zatem działając na podstawie art. 192 ust. 2 i ust. 3 pkt. 1 ustawy Pzp – Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt. 2, § 3, § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uwzględniła koszty pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł w oparciu o przedłożoną na rozprawie fakturę VAT.

Przewodniczący:
.....
.....