

**WYROK**  
**z dnia 14 listopada 2014 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie, w dniu 12 listopada 2014 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 października 2014 roku przez wykonawcę Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie w Alejach Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Urząd Marszałkowski Województwa Mazowieckiego w Warszawie z siedzibą przy ulicy Jagiellońskiej 26, 03-719 Warszawa

przy udziale wykonawcy Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie w Alejach Jerozolimskich 180, 02-486 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Nakazuje Zamawiającemu odtajnienie Wykazu wykonanych usług potwierdzających spełnienie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia wraz z dokumentami składanymi na potwierdzenie należytego ich wykonania oraz nakazuje odtajnienie pisma wykonawcy Sygnity A.S. z dnia 14 października 2014 roku zatytułowanego: Wyjaśnienia w następujących częściach: str.1, str. 2 bez punktu 4/ oraz str. 3 od wyrazów: „Równocześnie, Sygnity S.A. potwierdza” (od drugiego akapitu).

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Urząd Marszałkowski Województwa Mazowieckiego w Warszawie z siedzibą przy ulicy Jagiellońskiej 26, 03-719 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 gr 00 (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie w Alejach Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego Urząd Marszałkowski Województwa Mazowieckiego w Warszawie z siedzibą przy ulicy Jagiellońskiej 26, 03-719 Warszawa na rzecz Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie w Alejach Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków j kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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 Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający – Urząd Marszałkowski Województwa Mazowieckiego w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie *Budowa Portalu korporacyjnego Urzędu Marszałkowskiego Województwa Mazowieckiego w Warszawie - platforma Back-Office oraz platforma Front- Office w ramach projektu pt. Portal Korporacyjny Urzędu Marszałkowskiego Województwa Mazowieckiego w Warszawie - platforma cyfrowa e-usług.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 września 2014 roku pod numerem 2014/S 167-297983.

Zamawiający w dnia 17 października 2014 roku przekazał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu tj. wykonawcy Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie w Alejach Jerozolimskich 180, 02-486 Warszawa (dalej: Sygnity).

27 października 2014 roku Odwołujący - Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie w Alejach Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków (dalej: Odwołujący), działając w trybie art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 i ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie od:

- 1) niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającej na wyborze oferty Sygnity jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że oferta Sygnity powinna zostać odrzucona, a jako oferta najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta Odwołującego;
- 2) zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania odrzucenia oferty Sygnity na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 Ustawy, pomimo iż treść oferty Sygnity jest niezgodna z ustawą;
- 3) zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania odrzucenia oferty Sygnity na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, pomimo iż treść oferty Sygnity nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ);
- 4) zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania odrzucenia oferty Sygnity na podstawie przepisu art. 89 ust. 1

- pkt 3 ustawy, pomimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 5) zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania odrzucenia oferty Sygnity na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy, pomimo iż jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów;
  - 6) zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Sygnity jako niejawnych części oferty Sygnity (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa) tj. wykazu wykonanych głównych usług wraz z dowodami czy zostały one wykonane należycie (wraz z ewentualnymi wyjaśnieniami i uzupełnieniami) oraz zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Sygnity jako niejawnych wyjaśnień w sprawie tajemnicy przedsiębiorstwa; pomimo że informacje zawarte w ww. zastrzeżonych dokumentach/oświadczeniach/wyjaśnieniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
  - 7) zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że Odwołujący nie podlega wykluczeniu, jego oferta nie podlega odrzuceniu, a jednocześnie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle postawionych kryteriów oceny ofert.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy, przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty Sygnity pomimo, że oferta Sygnity jest niezgodna z ustawą;
- 3) naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty Sygnity, pomimo iż treść oferty Sygnity nie odpowiada treści SIWZ;
- 4) naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty Sygnity, pomimo że złożenie oferty przez Sygnity stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 5) naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty Sygnity, pomimo iż oferta Sygnity jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów (tj. w zw. z art. 103 §1 i art. 104 Kodeksu cywilnego);

- 6) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy, przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Sygnity jako niejawnych części oferty Sygnity (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa) tj. wykazu wykonanych głównych usług wraz z dowodami czy zostały one wykonane należycie (wraz z ewentualnymi wyjaśnieniami i uzupełnieniami) oraz przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Sygnity jako niejawnych wyjaśnień w sprawie tajemnicy przedsiębiorstwa, pomimo że informacje, zawarte w ww. zastrzeżonych dokumentach/oświadczeniach/wyjaśnieniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 7) naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Sygnity jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta Sygnity powinna zostać odrzucona, a także zaniechanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego z uwagi, iż Odwołujący nie podlega wykluczeniu, oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu i powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty Sygnity jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert;
- 3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Sygnity na podstawie art. 89 ust 1 pkt 1 ustawy;
- 4) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Sygnity na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy;
- 5) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Sygnity na podstawie art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy;
- 6) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Sygnity na podstawie art. 89 ust 1 pkt 8 ustawy (tj. w zw. z art. 103 §1 i art. 104 Kodeksu cywilnego);
- 7) nakazanie Zamawiającemu, aby odtajnił (ujawnił) zastrzeżone przez Sygnity jako niejawne części oferty Sygnity (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa) tj. wykaz wykonanych głównych usług wraz z dowodami czy zostały one wykonane należycie (wraz z ewentualnymi wyjaśnieniami i uzupełnieniami) oraz nakazanie Zamawiającemu, aby odtajnił (ujawnił) zastrzeżone

- przez Sygnity jako niejawne wyjaśnienia w sprawie tajemnicy przedsiębiorstwa; pomimo że informacje zawarte w ww. zastrzeżonych dokumentach /oświadczeniach/ wyjaśnieniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; a także nakazanie Zamawiającemu, aby zawiadomił Odwołującego o odtajnieniu (ujawnieniu) ww. dokumentów /oświadczeń/ wyjaśnień oraz udostępnił Odwołującemu ww. dokumenty/oświadczenia/wyjaśnienia;
- 8) nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Oferta Odwołującego uplasowała się na drugim miejscu.

Odwołujący ma prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący złożył ofertę i ubiega się o przedmiotowe zamówienie. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący poniósł szkodę, gdyż jego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza - pomimo iż jest taką ofertą. Czynności i zaniechania Zamawiającego bezpodstawnie uniemożliwiają wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Naruszenie przepisów Ustawy przez Zamawiającego uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący nie może więc osiągnąć korzyści (zysku), które Odwołujący zamierzał osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia.

I.

Zamawiający wymagał złożenia formularza oferty wg wzoru z załącznika nr 1 do SIWZ. Zgodnie z SIWZ - § 11. Opis sposobu przygotowywania ofert - ust. 11 Zamawiający postawił następujące wymaganie:

*W przypadku, gdy Wykonawcą reprezentuje pełnomocnik do oferty musi być załączone pełnomocnictwo, w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę, określające zakres pełnomocnictwa. Pełnomocnictwo musi być podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania podmiotu, chyba że pełnomocnictwo wynika z innych załączonych do oferty dokumentów*

Oferta (formularz ofertowy) Sygnity (str. 5-7) została podpisana przez Panią E. K. w dniu 8 października 2008 roku.

Pismem z dnia 13 października 2014 r. Sygnity zostało wezwane przez Zamawiającego do złożenia pełnomocnictwa (o którym mowa w §11 ust 11 SIWZ) dla Pani E. K. .

Zamawiający zauważył bowiem, iż „oferta została podpisana przez Panią E. K., której pełnomocnictwo nie wynika z KRS-u ani też z żadnego innego dokumentu dołączonego do oferty

W odpowiedzi na ww. wezwanie Zamawiającego, Sygnity złożyło pełnomocnictwo dla Pani E. K., udzielone w dniu 9 października 2014 r., a więc w dniu późniejszym niż dzień podpisania Oferty (formularza ofertowego) Sygnity.

Pełnomocnictwo wskazując na zakres umocowania w żaden sposób nie wspomina o samej ofercie, nie potwierdza również uprawnienia do jej podpisania w dniu 8 października 2014 roku.

Biorąc pod uwagę treść pełnomocnictwa dla Pani E. K., należy stwierdzić że nie miała ona żadnego umocowania do podpisywania oferty w dniu 8 października 2014 roku. Brak ten jest nieusuwalny. Zamawiający nie może bowiem ponownie wzywać do uzupełnienia pełnomocnictwa lub jakiegokolwiek innego „potwierdzenia”.

Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 października 2013 r. sygn. akt KIO 2458/13: *procedura jednokrotnego wezwania (samej „jednokrotności” wezwania w świetle przepisu art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych odwołujący nie kwestionował) została przez zamawiającego wyczerpana, poprzez wezwanie do złożenia pełnomocnictwa dla osoby podpisującej ofertę, tj. (...) Wskazać bowiem należy, że skoro to (...) podpisał ofertę, a podstawą jego działania nie były dokumenty rejestrowe konsorcjantów (ustanowienia prokury nie można domniemywać), to pełnomocnictwo to (wraz z innymi koniecznymi do wykazania umocowania tej osoby dokumentami, pełnomocnictwami) winno zostać załączone do oferty. Skoro odwołujący tego zaniechał, to mógł to jeszcze uczynić (naprawić) w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia (...) r., kiedy to winien przedłożyć prawidłowe pełnomocnictwo dla (...). (pełnomocnictwo podpisane przez osoby uprawnione do działania w imieniu obu konsorcjantów albo pełnomocnictwo prawidłowe w zestawieniu z pełnomocnictwem konsorcjalnym z dnia ...). Kolejne wezwanie jest nie do pogodzenia z jednokrotnością wezwania, wynikającą z art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych”*

Ze względu na powyżej ustalony stan faktyczny, należy stwierdzić że oferta Sygnity:

- jest niezgodną z ustawą z uwagi na brak podpisu osoby uprawnionej tj. z uwagi na niezachowanie formy pisemnej wymaganej w art. 82 ust. 2 ustawy. Zgodnie bowiem z art. 78 Kodeksu cywilnego do zachowania formy pisemnej czynności prawnej wystarczy złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli, powinien to być jednak podpis osoby uprawnionej,
- nieważna na podstawie odrębnych przepisów z uwagi na art. 103 § 1 i art. 104

Kodeksu cywilnego, co stanowi przesłankę do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy. Nie może znaleźć zastosowania przewidziane w art. 103 § 1 i art. 104 Kodeksu cywilnego potwierdzenie przez osobę, w imieniu której czynność została dokonana, ponieważ w ofercie Sygnity brak jest takiego potwierdzenia, a braki w takim zakresie nie mogą być już uzupełniane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wobec wyczerpania już tego trybu przez Zamawiającego. Zgodnie z art. 104 Kodeksu cywilnego *„Jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna.”*,

- nie odpowiada treści SIWZ z uwagi na brak złożenia prawidłowego pełnomocnictwa wymaganego w SIWZ - § 11. Opis sposobu przygotowywania ofert — ust. 11, a braki w takim zakresie nie mogą być już uzupełniane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wobec wyczerpania już tego trybu przez Zamawiającego.

Odwolujący stwierdził naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty Sygnity pomimo, że oferta Sygnity jest niezgodna z ustawą, naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty Sygnity, pomimo iż treść oferty Sygnity nie odpowiada treści SIWZ, naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty Sygnity, pomimo iż oferta Sygnity jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów (tj. w zw. z art. 103 §1 i art. 104 Kodeksu cywilnego).

## II.

W SIWZ w § 14 Zamawiający określił „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert”:

*1. W celu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający przyjął następujące kryteria, przypisując im odpowiednio wagi procentowe:*

*a) Cena - 50%*

*b) Ocena techniczna - 20%*

*c) Asysta techniczna - 30%*

*2. Zamawiający przydzielili każdej badanej ofercie w kryterium cena, ocena techniczna i asysta techniczna odpowiednią liczbę punktów w następujący sposób:*

*(...)*

*3) Zamawiający przydzielili każdej badanej nieodrzuconej ofercie w kryterium „Asysta techniczna”, liczbę punktów wynikającą ze wzoru:*

*(...)*



- *Pi (AT) - liczba punktów, jakie otrzyma badana oferta „i” za kryterium „Asysta techniczna*
- *ATmin - najniższa cena brutto 1 roboczogodziny dla kryterium „Asysta techniczna” spośród wszystkich ocenianych ofert;*
- *ATi - cena brutto 1 roboczogodziny dla kryterium „Asysta techniczna” oferty badanej „i”;*
- *30- maksymalna liczba punktów, jakie może otrzymać oferta za kryterium „Asysta techniczna*

W świetle powyższych zapisów SIWZ Zamawiający wymagał podania w ofercie ceny brutto 1 roboczogodziny dla kryterium „Asysta techniczna” oferty badanej „i”. Cena ta jest jednym z kryteriów oceny ofert o wadze 30%.

Sygnity na stronie 6 formularza ofertowego podało kwotę 28,29 (dwadzieścia osiem złotych dwadzieścia dziewięć groszy) PLN brutto z VAT jako stawkę za 1 roboczogodziny.

Oferta Sygnity powinna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy, ponieważ jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji definiują pojęcie czynu nieuczciwej konkurencji. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (art. 3 ust. 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz. U. 2003 r. Nr 153 poz. 1503), dalej „UZNK”).

W art. 15 ust. 1 UZNK określono, że w szczególności „Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Oferując kwotę 28,29 zł jako cenę brutto za jedną roboczogodzinę - Sygnity utrudnia innym przedsiębiorcom swobodne i wolnorynkowe konkurowanie o udzielenie zamówienia. Takie działanie prowadzi również do naruszenia zasad uczciwego postępowania. Zasady doświadczenia życiowego, jak również ratio legis podawania stawek za roboczo godzinę nakazuje sądzić, że jedynym kryterium tak niskiej stawki była chęć uzyskania maksymalnej ilości punktów za to kryterium oceny ofert, a nie rzeczywista wartość tych kosztów. Wiedząc, że za podanie tej stawki w procesie oceny ofert aż 30% punktów, Sygnity podało stawkę, która jest stawką poniżej faktycznych kosztów. Podana przez Sygnity kwota czyni świadczenie tej usługi absolutnie nieopłacalne. Za kwotę 28,29 zł nie można nawet zaangażować jakiegokolwiek osoby mogącej zrealizować usługi asysty technicznej wymagane przedmiotowym postępowaniu. Jedynym możliwym uzasadnieniem zastosowania tak niskiej stawki jest chęć bezprawnego wyeliminowania innych firm z rynku. W przyszłości pociągnie to za sobą niewątpliwe szkody dla Zamawiającego, ponieważ obecny wykonawca będzie z

pewnością starał się doprowadzić do braku faktycznej realizacji takich usług.

III.

W dniu 20 października 2014 r. Zamawiający umożliwił Odwołującemu wgląd do oferty Sygnity, nie udostępniając jednak Odwołującemu wszystkich dokumentów / oświadczeń / wyjaśnień, powołując się na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez Sygnity.

*Odwołujący podał, że Zamawiający nie udostępnił mu: wykazu wykonanych głównych usług wraz z dowodami czy zostały one wykonane należycie (wraz z ewentualnymi wyjaśnieniami i uzupełnieniami) - Sygnity zastrzegło tajemnicę w tym zakresie na str. 41 oferty; wyjaśnień w sprawie tajemnicy przedsiębiorstwa - tj. wyjaśnień złożonych przez Sygnity w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 14 października 2014 r.*

W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył przepisu art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy, przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Sygnity jako niejawnych części oferty Sygnity (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa) tj. wykazu wykonanych głównych usług wraz z dowodami czy zostały one wykonane należycie (wraz z ewentualnymi wyjaśnieniami i uzupełnieniami) oraz poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Sygnity jako niejawnych wyjaśnień w sprawie tajemnicy przedsiębiorstwa, pomimo że informacje zawarte w ww. zastrzeżonych dokumentach/oświadczeniach/wyjaśnieniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia.

W przepisie art. 8 ust. 1 ustawy ustanowiona została zasada, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 8 ust. 2 Ustawy). Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy 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.

Zgodnie z definicją tajemnicy przedsiębiorstwa zamieszczoną w 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.*

Z legalnej definicji pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa” zawartej w art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wynika, iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa, nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Oдноśnie warunku pierwszego powszechnie przyjmuje się, że przepis ten wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa. Одноśnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną. Одноśnie warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) - należy zaznaczyć, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

W ocenie Odwołującego dokonane przez Sygnity zastrzeżenie ww. oświadczeń /dokumentów w/wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa było i jest bezpodstawne. Zawarte w nich informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 roku (sygn. akt: III CZP 74/05) powinien odtajnić zastrzeżone informacje, czego jednak nie uczynił. Zamawiający naruszył więc przepisy ustawy, w szczególności zasadę jawności postępowania jak i wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji.

Należy stwierdzić bezpodstawność zastrzeżenia w ofercie Sygnity wykazu usług wraz z dowodami czy zostały należycie wykonane, jak i wszelkich wyjaśnień/uzupełnień w tym zakresie. Nie można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji dotyczących zamówień publicznych, a w ocenie Odwołującego (biorąc pod uwagę warunki udziału w postępowaniu oraz wiedzę rynkową na temat działalności prowadzonej przez Sygnity) takim właśnie

doświadczeniem Sygnity wykazało się w przedmiotowym postępowaniu. Nie można również uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnień Sygnity złożonych na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień/uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Takie informacje nie spełniają ww. przesłanek, o których mówi art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej odnośnie charakteru informacji składających się na wykaz wykonanych zamówień - wyrok sygn. akt: KIO 322/11: *Izba uznała, że ogólność danych wynikających z dokumentów potwierdzających wykonanie umów na rzecz (...) oraz (...) nie wskazuje na zawarcie w nich indywidualizującego wykonawcę, charakterystycznego dla niego oraz godnego ochrony know-how, których uzyskanie przez innych wykonawców narażałoby interesy przystępującego na szwank. Rezultaty postępowania przed Izbą nie prowadzą do takich wniosków. Brak jest zatem podstaw do uznania, że zastrzeżone dane mają wartość gospodarczą na tyle istotną, że zasadne jest wyłączenia ich kontroli przez konkurujących wykonawców. Przystępujący nie wskazał w tej mierze indywidualnych uwarunkowań godnych ochrony. Głoszony na rozprawie pogląd ma walor twierdzenia ogólnego. Twierdzenie o wartości gospodarczej informacji zastrzeganych stanowi jedynie subiektywne oświadczenie wykonawcy pozbawione obiektywnej argumentacji.*” oraz wyrok sygn. akt: KIO/447/11, KIO/449/11, KIO/452/11: *Izba wskazuje na marginesie, że powszechna praktyka zastrzegania przez wykonawców niejednokrotnie całych tomów dokumentów informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, nie może być uznana za prawidłową. Zauważyć należy, że zastrzeżeniu podlegają informacje, a tym samym elementy treści dokumentów składanych przez wykonawców we wnioskach (lub ofertach). Nie jest uzasadnione w związku z powyższym zastrzeżenie ujawnienia całości dokumentów wówczas, gdy tylko w części tego dokumentu znajduje się informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa. Przykładowo, w przypadku uzasadnionego zastrzeżenia wartości zamówienia, nie zawsze zasadne będzie nieujawnienie nazwy podmiotu lub terminu wykonania zamówienia lub też innych okoliczności. W ramach wyjaśnień wykonawcy powinni szczegółowo uzasadnić podstawę do uznania danych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.*”

Odnośnie ciężaru dowodu w orzeczeniu o sygn. akt: KIO 2079/10, Krakowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego, iż ciężar ten spoczywa wykonawcy, który zarzut nieskutecznego zastrzeżenia podniósł 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.”*

Wskazuje Odwołujący na orzeczenie o sygn. akt: KIO 2040/10: *„Izba stoi na stanowisku, iż działanie przystępującego polegające na utajeniu wykazu usług jak też referencji wskazanych usług zmierzało nie do ochrony faktycznie tajemnicy przedsiębiorstwa a do uniemożliwienia innym wykonawcom ewentualnej weryfikacji oświadczeń przystępującego.”*

Odwołujący argumentował, że wskazane w odwołaniu naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy ma istotny wpływ na wynik przedmiotowego postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy. Czynności i zaniechania Zamawiającego bezpodstawnie uniemożliwiają wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 27 października 2014 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.*

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także

stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Uczestnik postępowania odwoławczego przesłał w dniu 10 listopada 2014 roku pismo zatytułowane *Pismo procesowe przystępującego* z dnia 10 listopada 2014 roku.

Izba dopuściła dowody złożone przez Odwołującego:

- (dowód nr 1) Jednostkowe sprawozdanie finansowe według Międzynarodowych Standardów Sprawozdawczości Finansowej za okres 12 miesięcy zakończony 30 września 2013 roku firmy Sygnity S.A. (16 kartach) wraz z jedną kartą zawierającą opracowanie własne wskazujące na dane liczbowe znajdujące się w ww. sprawozdaniu.
- (dowód nr 2), tj. raport firmy analitycznej dotyczący Wynagrodzenia specjalistów i menadżerów w 2013 roku Raport Antal International (7 kart).

Izba dopuściła dowody złożone przez Odwołującego:

- (dowód nr 3) Decyzję Komitetu Ofertowego potwierdzającą wskazującą, że pełnomocnictwo było udzielone dnia 8 października 2014 r.
- (dowód nr 4) 17 umów z osobami świadczącymi na rzecz Sygnity prace związane z Asystą techniczną, które były podstawą do obliczenia średniej stawki zaoferowanej w ofercie (122 strony),

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcę Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie w Alejach Jerozolimskich 180, 02-486 Warszawa (dalej: Sygnity lub uczestnik postępowania odwoławczego). W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego* - przesłał informację o wpłynięciu odwołania w dniu 28 października 2014 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia wpłynęło w ustawowym terminie tj. 30 października 2014 roku, zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, po której zgłosili przystąpienie i interes w

uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego. Zgłoszenie przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy, *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła:

I.

W zakresie zarzutów dotyczących pełnomocnictwa dla Pani E. K. wskazujących na naruszenie przepisów: art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty Sygnity pomimo, że oferta Sygnity jest niezgodna z ustawą, naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty Sygnity, pomimo iż treść oferty Sygnity nie odpowiada treści SIWZ, naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty Sygnity, pomimo iż oferta Sygnity jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów (tj. w zw. z art. 103 §1 i art. 104 Kodeksu cywilnego) – Izba uznała zarzuty za niezasadne

Izba ustaliła:

Pełnomocnictwo z dnia 9 października 2014 roku dla Pani E. K. nie zostało dołączone do oferty złożonej w postępowaniu, Zamawiający wezwał Sygnity do uzupełnienia pełnomocnictwa pismem z dnia 13 października 2014 roku określając termin uzupełnienia do dnia 16 października 2014 roku. Sygnity za pismem z dnia 15 października 2014 roku uzupełniło dokument pełnomocnictwa dla Pani E. K. .

Z treści pełnomocnictwa: *Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie (...) ustanawiamy pełnomocnika w osobie Pani E. K., numer PESEL: (...) i udzielamy pełnomocnictwa do samodzielnego reprezentowania Sygnity S.A., w tym do składania oświadczeń woli w imieniu Sygnity SA w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Urząd Marszałkowski Województwa Mazowieckiego w Warszawie ul.(...) w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę Portalu korporacyjnego Urzędu Marszałkowskiego*

*Województwa Mazowieckiego w Warszawie - platforma Back-Office oraz platforma Front-Office w ramach projektu pt. Portal Korporacyjny Urzędu Marszałkowskiego Województwa Mazowieckiego w Warszawie - platforma cyfrowa e-usług” (nr postępowania ...).*

*Niniejsze pełnomocnictwo obejmuje również umocowanie do: a) wnoszenia w imieniu Sygnity przysługujących w postępowaniu środków ochrony prawnej, (...).*

*Pełnomocnictwo nie obejmuje umocowania do podpisania umowy z Zamawiającym. (...)*

*Warszawa, dnia 09 października 2014 roku.*

Formularz oferty zawiera w górnym prawym rogu na stronie 5 oferty datę 08 października 2014 roku.

Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 9 października 2014 roku.

Izba zważyła:

Na dzień składania ofert tj. 9 października 2014 roku osoba podpisująca ofertę tj. Pani E. K. była należycie umocowana do działania w imieniu Sygnity. Wskazanie przez Odwołującego na fakt, że Formularz oferty na stronie 5 oferty zawiera datę wcześniejszą od daty podanej w dokumencie pełnomocnictwa nie ma w tych okolicznościach znaczenia ponieważ kluczową jest data złożenia i otwarcia ofert a nie data sporządzania poszczególnych dokumentów.

Jednocześnie z dowodu przedstawionego przez Sygnity na rozprawie (dowód nr 3) tj. Decyzja Komitetu Ofertowego z dnia 8 października 2014 roku wynika, że Sygnity w tym dniu umocowało Panią E. K. do reprezentowania w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Pełnomocnik Sygnity wyjaśnił, że Komitet Oferty jest „ciałem wewnętrznym” firmy Sygnity działającym z upoważnienia zarządu i w przedmiotowej sprawie podjął decyzję o złożeniu oferty, o udzieleniu pełnomocnictwa oraz o wniesieniu wadium. Odwołujący nie kwestionował tego dokumentu.

Nie można również zgodzić się z argumentacją Odwołującego, że w treści pełnomocnictwa brak jest potwierdzenia umocowania do dokonania czynności prawnych w postaci złożenia oferty. W pełnomocnictwie zostało wskazane, *udzielamy pełnomocnictwa do samodzielnego reprezentowania Sygnity S.A., w tym do składania oświadczeń woli w imieniu Sygnity SA w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Urząd Marszałkowski Województwa Mazowieckiego w Warszawie ul.(...) w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę Portalu korporacyjnego Urzędu Marszałkowskiego Województwa Mazowieckiego w Warszawie - platforma Back-Office oraz platforma Front-Office w ramach projektu pt. Portal Korporacyjny Urzędu Marszałkowskiego Województwa Mazowieckiego w Warszawie - platforma cyfrowa e-usług” (nr postępowania ...).* Złożenie



oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – podpisanie Formularza oferty stanowi złożenie oświadczenia woli. Tym samym zgodnie z pełnomocnictwem z dnia 9 października 2014 roku Pani E. K. była umocowana do podpisania ofert.

Uwzględniając powyższe stanowisko wskazać należy, że oferta Sygnity, zawierająca Formularz oferty, została złożona w postępowaniu w formie pisemnej, została podpisana przez osobę umocowaną na dzień składania ofert do jej złożenia, jest zatem zgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych. Nie jest również nieważna na podstawie odrębnych przepisów (tj. w zw. z art. 103 §1 i art. 104 Kodeksu cywilnego) oraz nie jest niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Tym samym nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty Sygnity pomimo, że oferta Sygnity jest niezgodna z ustawą, naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty Sygnity, pomimo iż treść oferty Sygnity nie odpowiada treści SIWZ, naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty Sygnity, pomimo iż oferta Sygnity jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów (tj. w zw. z art. 103 §1 i art. 104 Kodeksu cywilnego)

## II.

W zakresie zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty Sygnity, pomimo że złożenie oferty przez Sygnity stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Odwołujący wskazał, że zaoferowana przez Sygnity cena za 1 roboczogodzinę asysty technicznej w kwocie 28,29 zł utrudnia innym wykonawcom swobodne i wolnorynkowe konkurowanie o udzielenie zamówienia (powołał art. 3 ust.1 i art. 15 ust.1 pkt 1 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma na celu udzielenie zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Niezmiennie, jedną z naczelnych zasad prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada uczciwej konkurencji.

Odwołujący dowodzące swego stanowiska odwołał się do (dowód nr 1,) Jednostkowego sprawozdania finansowe według Międzynarodowych Standardów Sprawozdawczości Finansowej za okres 12 miesięcy zakończony 30 września 2013 roku firmy Sygnity S.A. (16

kartach) wraz z jedną kartą zawierającą opracowanie własne wskazujące na dane liczbowe znajdujące się w ww. sprawozdaniu wskazując, że na podstawie tych dokumentów należy stwierdzić, że koszt roboczogodziny pracy w Sygnity po odjęciu kosztów zarządu przekracza kwotę podaną jako stawka za roboczogodzinę w ofercie, co dowodzi, że stawka za roboczogodzinę podaną w ofercie Sygnity jest stawką poniżej kosztów pracy w firmie Sygnity. Odwołujący powołał się również na (dowód nr 2) raport firmy analitycznej dotyczący Wynagrodzenia specjalistów i menadżerów w 2013 roku Raport Antal International, wskazując że przeciętne płace branży informatycznej przekraczają koszt wynagrodzenia jakie Sygnity miałyby zapłacić osobie, która będzie świadczyła usługi w zakresie asysty technicznej (tabela na stronie 11 raportu).

Powołane przez Odwołującego dowody w ocenie Izby potwierdzają jedynie informacje w nich zawarte, natomiast nie dowodzą dopuszczenia się przez Sygnity czynu nieuczciwej konkurencji.

W zakresie (dowód nr 1) sprawozdania finansowego wraz z opracowaniem własnym Odwołującego należy zaznaczyć, zgodnie z argumentacją uczestnika postępowania odwoławczego, że wykazane tymi dokumentami informacje dotyczą pracowników zatrudnionych na umowę o pracę, natomiast zgodnie z informacją uczestnika postępowania odwoławczego podaną na rozprawie oferta nie bazuje w całości w tym zakresie na pracownikach zatrudnianych na umowę o pracę. Sygnity złożyło (dowód 4) umowy z osobami świadczącymi na rzecz Sygnity prace związane z Asystą techniczną, które w zakresie stawki były podstawą do obliczenia średniej stawki zaoferowanej w ofercie – stawka 1 roboczogodziny za asystę techniczną obliczona została z uwzględnieniem zakresu wykonywanych czynności przy uwzględnieniu kosztów ponoszonych w zakresie tych czynności i została wyliczona na 20,40 zł. Uczestnik postępowania odwoławczego zaznaczył jednocześnie, że podpisane stałe umowy o współpracy stanowią o przyjęciu przez Sygnity takiej formy rozliczenia i nie stanowią podwykonawstwa.

Odnoszą się do raportu firmy analitycznej (dowód nr 2) wskazać należy, że wyniki jakie zostały przedstawione w raporcie oparte są na badaniu ankietowym (str.5) oraz stanowią punkt odniesienia w przypadku wynagrodzeń przy czym rzeczywiste wynagrodzenia na konkretnym stanowisku jest uzależniona od wielu czynników (str.13). Odwołujący wskazywał na tabelę zamieszczoną na str. 11 raportu (4.8. IT i Telekomunikacja), gdzie podane zostały przeciętne wynagrodzenia osób będących informatykami.

Zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 11 września 2013 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za prace w 2014 r. minimalne wynagrodzenie określone zostało na kwotę 1680 zł; zgodnie z art. 130 Kodeksu pracy średnio w miesiącu przepracować należy 168 godzin co prowadzi do wniosku, że minimalne wynagrodzenie

za 1 roboczogodzinę wynosi 10 zł za. Zamawiający wskazał, że uwzględniając stawkę zaoferowaną przez Sygnity, tj. 28, 29 zł za 1 roboczogodzinę przemnożywszy przez 168 godzin daje wynagrodzenie około 5000 zł miesięcznie (dokładnie 4 752,72 zł).

Powyższe jednoznacznie wskazuje, że zaoferowana stawka 1 roboczogodziny przez Sygnity stanowi wynagrodzenie, które przekracza minimalne miesięczne wynagrodzenie jak również nie odbiega od określonych wynagrodzeń (stanowiących punkt odniesienia i nie uwzględniających czynników zindywidualizowanych dla konkretnego wynagrodzenia) a wskazanych w raporcie przedstawionym przez Odwołującego (dowód nr 2). Realność tej stawki potwierdzają również przedstawione przez Sygnity umowy (dowód nr 4).

W ocenie Izby Odwołujący nie powołał konkretnych okoliczności faktycznych nie wykazał zamiaru wykonawcy w utrudnianiu konkurencji jak również świadomego działania, nie wykazał, że działania Sygnity mają na celu eliminację Odwołującego. Tym samym nie zaistniały przesłanki skutkujące odrzuceniem oferty Sygnity na podstawie art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy.

### III.

W zakresie zarzutu naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy, przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Sygnity jako niejawnych części oferty Sygnity (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa) tj. wykazu wykonanych głównych usług wraz z dowodami czy zostały one wykonane należycie (wraz z ewentualnymi wyjaśnieniami i uzupełnieniami) oraz przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Sygnity jako niejawnych wyjaśnień w sprawie tajemnicy przedsiębiorstwa, pomimo że informacje, zawarte w ww. zastrzeżonych dokumentach /oświadczeniach /wyjaśnieniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – Izba uznała zarzut za zasadny.

Sygnity w złożonej ofercie jak również w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów objęło tajemnicą przedsiębiorstwa *Wykaz wykonanych usług potwierdzających spełnienie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia* wraz z dokumentami składanymi na potwierdzenie należytego ich wykonania. Sygnity objęło tajemnicą przedsiębiorstwa również pismo wykonawcy Sygnity A.S. z dnia 14 października 2014 roku zatytułowane: *Wyjaśnienia.*

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 czynnościach 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, ogłoszenia o udzielonym zamówieniu, aż po jawność umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ocenie Izby zasada jawności dotyczy zamówień udzielanych przez podmiotu publiczne niezależnie od wartości udzielanego zamówienia jak również sposobu jego udzielenia.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy - *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. Do konkursu przepis stosuje się odpowiednio*. 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.

Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. Podkreślenia wymaga, że pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne powinno być interpretowane ściśle (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 23 maja 2013 roku sygn. akt KIO 1101/13)

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 roku, 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*. Przyjmuje się, że 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. Wcześniejsze uregulowanie przepisu odwoływało się do tajemnicy handlowej, która dzisiaj zawarta jest w „*innych informacjach posiadający wartość gospodarczą*„. 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. Stanowisko to wyraził także Sąd Najwyższy w wyrok SN z dnia 3 października 2000 roku, sygn. akt I CKN 304/ 2000, gdzie jednoznacznie wykluczono możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej dozwolonej drodze. 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.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający wezwała Sygnity do złożenia wyjaśnień a Sygnity za pismem z dnia 14 października takie wyjaśnienia złożyło.

Zamawiający, dokonując oceny złożonych wyjaśnień w zakresie informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa przede wszystkim powinien dokonać oceny, jaki charakter ma zastrzeżona informacja. Następnie powinien ustalić, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznane ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca ma wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnych odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. Tym bardziej, że to Zamawiający bada skuteczność dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępnienia informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających z ogłoszenia o zamówieniu, co zostało ugruntowane w orzecznictwie zarówno Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej jak i orzecznictwie sądów powszechnych i Sądu Najwyższego.

Zamawiający podejmując działania w zakresie oceny trafności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów powinien dokonywać tej oceny w sposób realny, jego działania podlegają bowiem ocenie przez pryzmat oceny materialnej trafności podjętych decyzji, natomiast dla trafności podjętej decyzji przez Zamawiającego pozostaje obojętne rodzaj i ilość podejmowanych działań Zamawiającego jak i staranność Zamawiającego.

Na Zamawiającym również w trakcie postępowania odwoławczego ciążył obowiązek udowodnienia istnienia okoliczności przesądzających o nieujawnianiu dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstw. 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.

Wskazując na orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001 roku. (sygn. akt I CKN 1159/00) w którym to podano, że na podstawie art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie można objąć tajemnicą informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 września 2008 roku (sygn. akt KIO/UZP 874/08), jeśli z istoty informacji zawartych w dokumentach złożonych z ofertą wynika ich jawność, to nie jest możliwe uznawanie ich za objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Wskazać należy, że argumentacja Odwołującego zawarta zarówno w piśmie zawierającym wyjaśnienia jak również w pisemnym stanowisku przedstawionym na rozprawie nie dowodzi wypełnienia przesłanek, o których mowa wyżej, a których zasinienie jest niezbędne do uznania prawidłowego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednocześnie Izba wskazuje, że nie potwierdzenia spełnienia ww. przesłanek objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa podana przez Odwołującego argumentacja a mianowicie, że *objął tajemnicą dokument, tj. wykaz wykonanych usług ze względu na to, że dokument ten powstaje na okoliczność danego postępowania i służy spełnieniu warunków w konkretnym postępowaniu i stąd jego wartość dla danego postępowania*. W przypadku Wykazu wykonanych usług dokument ten stanowi jedynie nośnik istniejących już wcześniej informacji, o ile przykładowo podając rozwiązaniom technicznym można starać się przypisać szczególne znaczenie w przypadku uporządkowania ich w danym dokumencie, bowiem w ten sposób mogą tworzyć zupełnie nowe, nieistniejące wcześniej rozwiązanie to w przypadku wykazu usług wręcz nieprawdopodobnym jest uznanie takiego wykazu (zawarcia w jednym piśmie informacji na temat kilku wykonanych usług) jako coś nowego. Zamawiający w trakcie rozprawy nie wykazał, w oparciu o co uznał, że zostały potwierdzone przesłanki stanowiące podstawę objęcia w sposób zasadnych informacji zawartych w ofercie bądź innych dokumentach składanych Zamawiającemu na wezwanie tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie sposób wymagać od Odwołującego przedstawiania dokumentów czy argumentacji dotyczącej niezasadności objęcia konkretnych informacji tajemnicą, bowiem wykonawca nieznającą treści dokumentu nie może w sposób skuteczny odnieść się do jego treści tym samym może skutecznie jedynie kwestionować sam fakt objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba nie zgadza się z argumentacją Zamawiającego dotyczącą upływu terminu na wniesienie odwołania w zakresie objęcia dokumentów tajemnicą (Zamawiający wskazywał datę początkową termin otwarcia ofert oraz termin przesłania wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Odwołującego). Izba wskazuje, że

czynności ujawnienia informacji w postępowaniu jest elementem czynności dotyczących badania i oceny ofert w postępowaniu tym samym liczenie terminu od dnia otwarcia ofert jest niezgodne z zasadami i czynnościami prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazać należy również, że Odwołujący zakwestionował zasadność objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych w Wyjaśnieniach, które właśnie zostały złożone

w etapie badania i oceny ofert, co jednoznacznie wskazuje na niezasadność przyjmowania terminu otwarcia ofert jako terminu początkowego na złożenie odwołania w tym zakresie. Natomiast co do drugiego wskazanego przez Zamawiającego terminu tj.: *pewną datą jest data 14.10.2014 r., w której odwołujący otrzymał wezwanie do złożenia wyjaśnienia w zakresie zastrzeżonych przez siebie elementów oferty i mógł przypuszczać, że inni wykonawcy takie wezwanie też otrzymali* należy jedynie dla porządku wyjaśnić, że ustawa nie przewiduje terminów na złożenie odwołania od danej czynności bądź zaniechania Zamawiającego w stosunku do jakiegoś wykonawcy (nie Odwołującego) przez dorozumiany sposób określenie terminu początkowego w oparciu o czynności podejmowane przez Zamawiającego w stosunku do Odwołującego. Tym samym Izba uznała, że Zamawiający dokonał niewłaściwej oceny czynności zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych w ofercie, uzupełnieniowych na wezwanie Zamawiającego jak również informacji zawartych w złożonych wyjaśnieniach stanowiących ogólnikowe informacje.

W ocenie Izby uczestnik postępowania odwoławczego przyznał, że informacje zawarte w Wykazie usług stanowią informacje, które były przekazywane wcześniej do publicznej wiadomości z uwagi na obowiązujące przepisy natomiast nie można zgodzić się ze stanowiskiem Sygnity, że informacja ta zawarta w wykazie sporządzonym na potrzeby danego postępowania nabywa waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołanie się uczestnika postępowania odwoławczego do zawartych w umowach (w przypadku dwóch wykazanych usług) klauzul dotyczących poufności informacji zawartych w tych umowach nie przesądza o niejawności faktu samej umowy. Izba podkreśla, że zasada jawności postępowania jest naczelną zasadą postępowania a jej ograniczenia stanowią wyjątkowe działania, które muszą w sposób niebudzący żadnych wątpliwości uzasadniać ograniczenie dostępu do informacji składanych wraz z ofertą. W rozpoznawanym przypadku ani Zamawiający ani uczestnik postępowania odwoławczego nie umieli wykazać spełnienia przesłanek, których spełnienie uprawnia do wyłączenia jawności danych dokumentów. Jednocześnie Izba wskazuje, że ocena całości materiału potwierdza, że informacje zawarte w złożonym przez uczestnika postępowania Wykazie usług były upowszechnione.

Reasumując Izba uznała, że doszło do naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3

zdanie drugiej ustawy, przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Sygnity jako niejawnych części oferty Sygnity (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa) tj. wykazu wykonanych głównych usług wraz z dowodami czy zostały one wykonane należycie (wraz z ewentualnymi wyjaśnieniami i uzupełnieniami) oraz przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Sygnity jako niejawnych wyjaśnień w sprawie tajemnicy przedsiębiorstwa, pomimo że informacje, zawarte w ww. zastrzeżonych dokumentach /oświadczeniach /wyjaśnieniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji dlatego nakazała Zamawiającemu odtajnienie Wykazu wykonanych usług potwierdzających spełnienie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia wraz z dokumentami składanymi na potwierdzenie należytego ich wykonania, co oznacza, że Zamawiający obowiązany jest do odtajnienia dokumentów pierwotnie złożonych w ofercie jak również uzupełnionego dokumentu na wezwanie Zamawiającego oraz nakazała odtajnienie pisma wykonawcy Sygnity A.S. z dnia 14 października 2014 roku zatytułowanego: Wyjaśnienia w następujących częściach: str.1, str. 2 bez punktu 4/ oraz str. 3 od wyrazów: „Równocześnie, Sygnity S.A. potwierdza” (od drugiego akapitu) tj. w części, która dotyczyła ogólnej części pisma oraz wyjaśnień poczynionych w zakresie Wykazu wykonanych usług.

#### IV.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust 1 ustawy Izba nie stwierdziła dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie



najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania i zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 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 ze zmianami).

Uwzględniając powyższe Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

**Przewodniczący:** .....