

Sygn. akt: KIO 1543/15

WYROK

z dnia 4 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 sierpnia 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 20 lipca 2015 r. przez **DekoBau Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie,**

w postępowaniu prowadzonym **Muzeum Miejskie w Żorach,**

przy udziale wykonawcy **Grupa CLUE s.c. R. J., S. J.,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża **DekoBau Sp. z o.o.** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **DekoBau Sp. z o.o.** na rzecz **Muzeum Miejskiego w Żorach** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Muzeum Miejskie w Żorach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Wykonanie, dostawę i montaż gablot ekspozycyjnych, elementów aranżacji scenograficznej ekspozycji wraz z wyposażeniem i sprzętem multimedialnym dla Muzeum Miejskiego w Żorach.*

W dniu 20 lipca 2015 r. wykonawca DekoBau Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Grupa Clue Spółka cywilna R. J. S. J. oraz/lub odrzucenia oferty tego wykonawcy, a także wobec zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 w zw. z art. 22 ust 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a także art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 96 ust. 3 i art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, że w punkcie 5 A ppkt 2 SIWZ Zamawiający określił warunek posiadania wiedzy i doświadczenia stanowiąc, że uzna ww. warunek za spełniony, jeśli Wykonawca wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie:

- a) co najmniej dwa zamówienia obejmujące realizację scenografii muzealnych dla wystaw o powierzchni powyżej 100 m² o wartości nie mniejszej niż 78 000,00 zł brutto każde (Zamawiający dopuścił, aby warunek ten został wykazany w ramach zamówienia o którym mowa w punkcie a lub c),
- b) co najmniej dwa zamówienia obejmujące wykonanie i montaż gablot muzealnych zgodnych z wymaganiami załącznika nr 1 do Rozporządzenia Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 2 września 2014 r. w sprawie zabezpieczania zbiorów muzeum przed pożarem, kradzieżą i innym niebezpieczeństwem grożącym ich zniszczeniem lub utratą (Dz. U. z 2014 r., poz. 1240) o wartości nie mniejszej niż 82 000,00 zł brutto każde, (Zamawiający dopuszcza aby warunek ten został wykazany w ramach zamówienia o którym mowa w punkcie a lub c),
- c) co najmniej dwa zamówienia obejmujące dostawę, montaż i uruchomienie sprzętu AV i IT o wartości nie mniejszej niż 190 000,00 zł brutto każde (Zamawiający dopuszcza aby warunek ten został wykazany w ramach zamówienia o którym mowa w punkcie a lub b).

Odwołujący podniósł, że wykonawca Grupa Clue s.c., którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, nie spełnia warunku wiedzy i doświadczenia.

Po pierwsze Odwołujący wskazał, że na potwierdzenie, spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 5 A ppkt 2a oraz pkt 2b ww. wykonawca przedstawił usługi wykonywane przez MG System Sp. z o.o. na rzecz MS Investment Sp. z o.o. Zdaniem Odwołującego, na podstawie danych powszechnie dostępnych należy stwierdzić, że MS Investment Sp. z o.o. prowadzi działalność w zakresie doradztwa inwestycyjnego i w żaden sposób nie zajmuje się zamawianiem usług jak w przedstawionych referencjach. Dodatkowo Odwołujący podniósł, że wykonawca Grupa Clue s.c., składając dokumenty dotyczące usług wykonywanych przez MG System Sp. z o.o. na rzecz MS Investment Sp. z o.o., zastrzegł ww. informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Takie zastrzeżenie uniemożliwia Odwołującemu zapoznawanie się z dokumentami oraz kwestionowanie przedłożonych oświadczeń i dokumentów. W tym zakresie Zamawiający powinien ujawnić ww. informacje, a co najmniej rozważyć zasadność ich zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ponadto Odwołujący wskazał, że wykonawca Grupa Clue s.c. na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 5 A ppkt 2a przedstawił usługi wykonywane przez MG System Sp. z o.o. na rzecz SEB-MED S. S. . Odwołujący podniósł, że SEB-MED jest jednoosobową działalnością gospodarczą o profilu usługi fizjoterapeutyczne. Podmiot ten prowadził działalność gospodarczą w okresie od 9 maja 2014 r. do 12 maja 2015 r. Natomiast, w wykazie usług wykonawca wskazał, że realizacja usługi była wykonywana w okresie marzec 2014-kwiecień 2014. a więc w okresie, w którym SEB-MED S. S. nie prowadził działalności gospodarczej. Odwołujący wskazał, że zakup przez SEB-MED usługi/dostawy dotyczył czynności (według oświadczenia wykonawcy) o wartości 738 000,00 złotych brutto (w tym wartość scenografii muzealnej 150 000,00 złotych brutto). Tym samym była to czynność, która bezwzględnie wymagała prowadzenia działalności gospodarczej. W związku z tym Odwołujący stwierdził, że powstają uzasadnione wątpliwości odnośnie do wiarygodności przedstawionych referencji, albowiem w przedstawionych referencjach brak jest chociażby miejsca oraz terminu wykonania usługi. Odwołujący podniósł również, że podmiot SEB-MED nie jest zarejestrowany jako czynny podatnik VAT, a odwołujący posiada informację, że podmiot ten nie był zarejestrowany jako czynny podatnik VAT również w 2014 r., tj.: okresie, w którym zgodnie z referencjami zlecał wykonanie usług/dostaw. Na okoliczność potwierdzenia tego faktu Odwołujący wystąpił do odpowiedniego US w celu uzyskania oficjalnego potwierdzenia ww. informacji.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający skrupulatnie i należycie badał dokumenty wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, z wyjątkiem dokumentów złożonych w postępowaniu przez Grupę Clue. W ofercie tego wykonawcy można zauważyć także inne nieprawidłowości, które podają w wątpliwość rzetelność wykonawcy i jego podwykonawcy. Dla przykładu zaświadczenie ZUS o niezaleganiu MG

System Sp. z o.o. zostało przedstawione bez pieczętki ZUS oraz bez podpisu osoby wystawiającej zaświadczenie.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odtajnienia i udostępnienia dokumentów oraz oświadczeń związanych z ofertą wykonawcy Grupa Clue s.c. Odwołujący podniósł, że wynikające z nich informacje powinny zostać odtajnione, bowiem stanowią one dowody potwierdzające należyte wykonanie usług, o których mowa w punkcie 5 A ppkt 2 SIWZ. Odwołujący wskazał, że art. 8 ust. 1 ustawy Pzp wyraża generalną zasadę jawności postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, a na Zamawiającym, jako gospodarzu postępowania, ciąży obowiązek przeprowadzenia postępowania zgodnie z zasadami określonymi w ustawie. Z przepisów ustawy Pzp wynika dla Zamawiającego obowiązek zbadania, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w rzeczywistości stanowią tajemnicę w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający jest zobligowany każdorazowo do dokonania oceny indywidualnej danego dokumentu zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa, w celu zbadania, czy zawiera on informacje spełniające kryteria uznania dokumentu za tajemnicę i uzasadniające utajnienie. Zamawiający powinien stosować tutaj należyłą staranność, stąd w przypadku gdy dany dokument lub oświadczenie jedynie w części spełnia przesłanki utajnienia, powinien on podjąć czynności zmierzające do odtajnienia oraz udostępnienia tych treści oświadczeń i dokumentów, których nie można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Odwołującego, zastrzeżone przez wykonawcę Grupa Clue s.c. dokumenty i oświadczenia nie spełniają przesłanek wynikających z art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a ich zastrzeżenie ma na celu wyłącznie uniemożliwienie innym wykonawcom weryfikację oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- dokonanie czynności odtajnienia oraz udostępnienia Odwołującemu oferty wykonawcy Grupa Clue s.c. w zakresie wszystkich dokumentów i oświadczeń potwierdzających należyte wykonanie usług wykazywanych na potrzeby potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- dokonania ponownego badania i oceny ofert, wykluczenia wykonawcy Grupa Clue s.c. z postępowania oraz/lub odrzucenia oferty tego wykonawcy
- dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Grupa CLUE s.c. R. J., S. J., wnosząc o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem 5.A. SIWZ ppkt 2, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia Zamawiający wymagał wykazania, że wykonawca wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie:

- a) co najmniej dwa zamówienia obejmujące realizację scenografii muzealnych dla wystaw o powierzchni powyżej 100 m² o wartości nie mniejszej niż 78 000,00 zł brutto każde (Zamawiający dopuszcza aby warunek ten został wykazany w ramach zamówienia o którym mowa w punkcie b lub c),
- b) co najmniej dwa zamówienia obejmujące wykonanie i montaż gablot muzealnych zgodnych z wymaganiami załącznika nr 1 do Rozporządzenia Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 2 września 2014 r. w sprawie zabezpieczania zbiorów muzeum przed pożarem, kradzieżą i innym niebezpieczeństwem grożącym ich zniszczeniem lub utratą (Dz. U. z 2014 r., poz. 1240) o wartości nie mniejszej niż 82 000,00 zł brutto każde, (Zamawiający dopuszcza aby warunek ten został wykazany w ramach zamówienia o którym mowa w punkcie a lub c),
- c) co najmniej dwa zamówienia obejmujące dostawę, montaż i uruchomienie sprzętu AV i IT o wartości nie mniejszej niż 190 000,00 zł brutto każde (Zamawiający dopuszcza aby warunek ten został wykazany w ramach zamówienia o którym mowa w punkcie a lub b),

oraz załączy dowody dotyczące głównych dostaw lub usług potwierdzające czy dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Przystępujący załączył do oferty wykaz usług, w których wskazał następujące usługi:

- 1) Realizacja scenografii muzealnej o powierzchni powyżej 1200 m², wykonanie i montaż gablot muzealnych zgodnych z wymaganiami załącznika nr 1 do rozporządzenia Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 2 września 2014 r. – zadanie o wartości 615.000 zł brutto, wykonane przez MG System Sp. z o.o. na rzecz MS INVESTMENT w okresie marzec 2014-maj 2014,
- 2) Wykonanie i montaż gablot muzealnych zgodnych z wymaganiami załącznika nr 1 do rozporządzenia Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 2 września 2014 r. – zadanie o wartości 178.315 zł brutto, wykonane przez MG System Sp.

z o.o. na rzecz Muzeum Zamkowego w Pszczynie w okresie październik 2013-
grudzień 2013,

- 3) Dostawa, montaż i uruchomienie sprzętu AV i IT wykonane przez Przystępującego na rzecz Muzeum Historycznego Miasta Krakowa w okresie od października 2014 r. do listopada 2014 r., o wartości 856.00,02 zł brutto,
- 4) Dostawa, montaż i uruchomienie sprzętu AV i IT, realizacja scenografii muzealnej o powierzchni ponad 1.700 m², o wartości 1.500.000 zł brutto, wykonane przez Przystępującego na rzecz Dek-Bau Sp. z o.o. w okresie od lipca do października 2012 r.

Do wykazu załączono dokumenty potwierdzające należyte wykonanie ww. zadań oraz zobowiązanie MG System Sp. z o.o. do udostępnienia wiedzy i doświadczenia w formie podwykonawstwa.

W dniu 11 czerwca 2015 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy. Zamawiający wskazał, że do oferty Przystępującego został dołączony wykaz usług, w którym przedstawiono m.in. usługę zaprojektowania i wykonania instalacji i systemów audiowizualnych oraz części prac projektowo-wykonawczych przy budowie ekspozycji dla Muzeum Armii Krajowej im. gen. Emila Fieldorfa „Nila” w Krakowie, wykonaną dla firmy Deko-Bau Sp. z o.o. W wykazie oświadczone, że w ramach tego zadania została wykonana dostawa, montaż i uruchomienie sprzętu AV i IT oraz realizacja scenografii muzealnej o powierzchni ponad 1700 m². Zamawiający stwierdził rozbieżność pomiędzy wykazem a listem referencyjnym, ponieważ według referencji wykonywane były różne prace, ale nie ma wśród nich realizacji scenografii muzealnej. Ponadto firma Deko-Bau Sp. z o.o. oświadczyła, że w ramach tego zadania wykonawca nie wykonał na ich rzecz usługi w zakresie realizacji scenografii.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący złożył wyjaśnienia, w których wskazał, że przedstawione referencje pochodzące od Deko-Bau Sp. z o.o. zostały omyłkowo zinterpretowane i dołączone do oferty przez pracownika, który ze względu na krótki staż pracy nie znał szczegółów ww. robót. Powyższe referencje powinny zostać przedstawione tylko w zakresie spełnienia warunku jakim jest dostawa, montaż i uruchomienie sprzętu AV i IT. Jednocześnie przystępujący poinformował, że na potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, jakim jest realizacja scenografii muzealnej dla wystaw o powierzchni powyżej 100 m², posiada referencje pochodzące od innego podmiotu i jest gotowy jest je przedstawić na wezwanie Zamawiającego.

W dniu 23 czerwca 2015 r. Zamawiający zwrócił się do MS INVESTMENT Sp. z o.o. z prośbą o udzielenie informacji na temat zamówienia wykonanego przez MG SYSTEM Sp. z o.o. Zamawiający zwrócił się o następujące informacje:

- kto był bezpośrednim odbiorcą ekspozycji stałej,
- jaka jest nazwa wystawy, dla której było realizowane zamówienie polegające na dostawie ekspozycji stałej i gdzie można ją zwiedzać,
- w jakim okresie MG SYSTEM Sp. z o.o. realizował zamówienie,
- czy w ramach zadania były wykonane gabloty muzealne zgodne z wymaganiami załącznika nr 1 do rozporządzenia Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 2 września 2014 r. w sprawie zabezpieczania zbiorów muzeum przed pożarem, kradzieżą i innym niebezpieczeństwem grożącym ich zniszczeniem lub utratą za kwotę co najmniej 82.000 zł brutto,
- czy w ramach zadania wykonywano realizację scenografii muzealnej dla wystawy o powierzchni powyżej 100 m² za kwotę co najmniej 78.000 zł brutto.

W odpowiedzi MS INVESTMENT Sp. z o.o. złożył pismo z dnia 25 czerwca 2015 r., w której udzielił odpowiedzi na zadane pytania. Jednocześnie poinformował, że jest zobowiązany umową do zachowania w poufności tajemnicy współpracy, a złamanie umowy wiąże się z koniecznością zapłaty kar umownych. Poinformował, że ww. informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, są udzielane dobrowolnie i nie mogą być ujawnione osobom trzecim.

W dniu 29 czerwca 2015 r. Zamawiający skierował do Przystępującego kolejne wezwanie do wyjaśnień, w zakresie usługi wykonanej przez MG SYSTEM Sp. z o.o. dla MS INVESTMENT, co do której wykonawca oświadczył, że zadanie realizowane było w okresie od marca 2014 r. do maja 2014 r. Zamawiający poinformował, że z informacji uzyskanych od MS INVESTMENT wynika, że termin rozpoczęcia i zakończenia zadania to czerwiec 2014-sierpień 2014. W odpowiedzi wykonawca wyjaśnił, że przedmiotowe zadanie faktycznie zostało wykonane w okresie od czerwca do sierpnia 2014 r., a podany termin marzec-maj 2014 r. został omyłkowo wskazany przez firmę MG System Sp. z o.o. w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów, a omyłka ta została powielona w wykazie załączonym do oferty.

W dniu 29 czerwca 2015 r. Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku opisanego w pkt 5A ppkt 2a SIWZ. Zamawiający wskazał, że w złożonym wykazie Przystępujący przedstawił dwa zadania, m.in. zadanie wykonane dla Deko-Bau Sp. z o.o.,

w którym omyłkowo przedstawione zostało, że dotyczyło ono również realizacji scenografii muzealnej.

Wykonawca złożył następujące dokumenty:

- zaktualizowany wykaz usług, uzupełniony o zamówienie potwierdzające realizację scenografii muzealnej dla wystawy o powierzchni powyżej 100 m² o wartości nie mniejszej niż 78.000 zł brutto,
- referencje.
- zaktualizowane pisemne zobowiązanie do udostępnienia zasobów.

W nowym wykazie, obok zadań przedstawionych wcześniej, wykonawca przedstawił zadanie zrealizowane przez MG SYSTEM Sp. z o.o. na rzecz SEB-MED S. S., dotyczące realizacji scenografii muzealnej o powierzchni 1.500 m², na kwotę 150.000 zł brutto, wykonane w okresie marzec 2014-maj 2014. Jednocześnie wykonawca przedstawił referencje wystawione przez ww. podmiot, w których stwierdza się należyte wykonanie zadania.

W dniu 10 lipca 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania, w tym o wyborze – jako najkorzystniejszej – oferty złożonej przez Przystępującego. Zamawiający stwierdził, że wybrana oferta spełnia warunki formalne i merytoryczne udziału w postępowaniu oraz uzyskała największą ilość punktów w oparciu o podane kryteria oceny ofert. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, którego oferta, w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, może zostać wybrana jako najkorzystniejsza – spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Po pierwsze, nie potwierdziły się zarzut zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Powyższy przepis, ze względu na sankcję, którą ustanawia, nie podlega rozszerzającej wykładni, a określone okoliczności faktyczne, aby mogły stanowić podstawę wykluczenia z postępowania, muszą zostać udowodnione. Ciężar udowodnienia tych okoliczności w postępowaniu odwoławczym spoczywa na Odwołującym, który ze swoich twierdzeń wywodzi określone skutki prawne (art. 190 ust. 1 ustawy Pzp). Niewystarczające do wykazania zasadności wykluczenia wykonawcy jest zgłoszenie wątpliwości co do dokumentów mających potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Izby odwołanie opiera się wyłącznie na takich wątpliwościach, nie zaś na dowodach. Odwołujący zakwestionował fakt wykonania określonych usług, wywodząc swoje twierdzenia wyłącznie z zakresu działalności gospodarczej podmiotów, na rzecz których miały być one wykonane lub na zaprzeczeniu, że działalność gospodarcza była prowadzona w całym okresie świadczenia usługi.

Odnosząc się do usług wykonanych na rzecz MS Investment stwierdzić należy, że Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu potwierdzającego, iż usługi objęte wystawionymi przez tę spółkę referencjami nie zostały wykonane. Jedynym argumentem podniesionym w odwołaniu jest to, że ww. spółka działa w branży doradztwa inwestycyjnego, który to fakt nie dowodzi, ani nawet nie uprawdopodobnia w wysokim stopniu, że podmiot ten nie mógł być odbiorcą usług i że w rzeczywistości takie usługi nie zostały na jego rzecz wykonane. Twierdzenie Odwołującego, oparte wyłącznie na wskazaniu profilu działalności spółki MS Investment, nie może być uznane za uzasadniające podniesiony przez niego zarzut.

W odniesieniu do usługi wykonanej na rzecz pana S. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą SEB-MED S. S., Odwołujący przedstawił dowody (wydruk z CEIDG oraz zaświadczenie Naczelnika Pierwszego Urzędu Skarbowego w Lublinie), z których wynika tylko i wyłącznie to, że ww. osoba prowadziła działalność gospodarczą w określonym okresie oraz że nie była w tym czasie podatnikiem podatku od towarów i usług zarejestrowanym w Pierwszym Urzędzie Skarbowym w Lublinie. Odnosząc się do tego stwierdzić należy, że fakt nieprowadzenia działalności w całym okresie wskazanym jako okres realizacji zadania objętego treścią referencji nie może być uznany za dowód tego, że usługa nie została wykonana. Tym bardziej nie może być takim dowodem fakt, że przedsiębiorca nie był podatnikiem podatku od towarów i usług (choć w tym zakresie zostało wykazane jedynie to, że nie był podatnikiem zarejestrowanym w konkretnym urzędzie skarbowym). Nie można podzielić wynikającej z odwołania tezy, jakoby doświadczenie w realizacji zadań potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu mogło

dotyczyć wyłącznie zadań wykonanych na rzecz podmiotów gospodarczych, zwłaszcza że – jak słusznie zauważył Zamawiający – możliwe jest świadczenie usług przez osobę fizyczną nieprowadzącą działalności gospodarczej (art. 10 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych). Nie sposób również podzielić przedstawionego przez Odwołującego (a mającego zanegować fakt wykonania usług) wniosku, zgodnie z którym wartość usługi wynikająca z referencji powoduje, że jej odbiorcą mógł być wyłącznie przedsiębiorca, a skoro wystawca referencji nie był przedsiębiorcą już w momencie rozpoczęcia wykonywania zadania, to oznacza, że usługa nie została wykonana. Odwołujący nie tylko nie przedstawił na tę okoliczność dowodów, ale również nie zaprezentował żadnej argumentacji prawnej. Zasygnalizował jedynie swoje wątpliwości, które – jak wyżej wskazano – nie mogą stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania. Niezależnie od tego stwierdzić należy, że usługa została ostatecznie zrealizowana i odebrana w czasie, w którym bezspornie pan S. S. prowadził działalność gospodarczą, w związku z czym wystawca referencji został określony jako podmiot gospodarczy – SEB-MED S. S. .

Nie mogą stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy takie okoliczności, jak niewskazanie w treści referencji czasu i miejsca świadczenia usługi. Referencje są dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie usług, mają więc identyfikować usługę i zawierać ocenę jakości jej wykonania, czas ich świadczenia natomiast należało podać w wykazie załączonym do oferty, co Przystępujący uczynił. Z kolei miejsce wykonania usługi jest okolicznością obojętną z punktu widzenia oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że nie zaistniały podstawy do wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, nie zostało bowiem wykazane, że Przystępujący usług będących przedmiotem sporu nie wykonał. Tym bardziej brak jest podstaw do uwzględnienia zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut dotyczący zaniechania ujawnienia przez Zamawiającego treści pisma spółki MS Investment.

Art. 8 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że w postępowaniu nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Dyspozycja

powyższego przepisu nie obejmuje informacji innych niż składane przez wykonawców. Podkreślić należy, że nie jest zgodne ze stanem faktycznym przedstawione w odwołaniu twierdzenie, że *wykonawca składając dokumenty dotyczące usług wykonywanych przez MG System Sp. z o.o. na rzecz MS Investment Sp. z o.o. zastrzegł ww. informacje jako tajemnice przedsiębiorstwa*. Dokument, którego ujawnienia Odwołujący żąda, nie jest częścią oferty Przystępującego, nie został złożony ani zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa przez tego wykonawcę. Jest to dokument pochodzący od podmiotu trzeciego, niebiorącego udziału w postępowaniu, który to podmiot na prośbę Zamawiającego przedstawił określone informacje, wskazując jednocześnie, że stanowią one jego tajemnicę przedsiębiorstwa i wyjaśniając, dlaczego informacje te objął ochroną. Podmiot ten pozostaje poza postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, a złożone przez niego informacje nie są częścią oferty Przystępującego. W związku z tym należy stwierdzić, że art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie znajduje w tym przypadku zastosowania, dotyczy on bowiem informacji zastrzeżonych przez wykonawcę. Z przepisu tego nie wynika dla Zamawiającego obowiązek zbadania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez podmiot niebiorący udziału w postępowaniu, który przekazał Zamawiającemu informacje o usługach, których był odbiorcą. Tym niemniej Zamawiający oświadczył, że analizy takiej dokonał i stwierdził zasadność zastrzeżenia informacji. Odwołujący tymczasem oparł swój zarzut wyłącznie na stwierdzeniach, że po pierwsze zastrzeżony dokument nie spełnia przesłanek wynikających z art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a po drugie – że powinien zostać odtajniony, bowiem stanowi dowód należytego wykonania usług. Odnosząc się do powyższego należy zauważyć, że pierwsza z przywołanych tez pozostała całkowicie gołosłowna, druga natomiast – przy braku wykazania konkretnych okoliczności uzasadniających ujawnienie – nie przesądza o niezasadności zastrzeżenia. W ocenie Izby Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania niespełnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz istnienia po stronie Zamawiającego obowiązku ujawnienia takich informacji.

W związku z powyższym niezasadny jest zarzut zaniechania przez Zamawiającego ujawnienia informacji przedstawionych przez MS Investment.

Niezależnie od powyższego, Izba dokonała analizy informacji przedstawionych przez MS Investment i ustaliła, że na ich podstawie Zamawiający zasadnie przyjął, iż usługa wykonana na rzecz tej spółki potwierdzała spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Nie potwierdził się również zarzut prowadzenia postępowania w sposób niezgodny z zasadami określonymi w art. 7 ustawy Pzp. W zakresie, w jakim zarzut ten został w odwołaniu skonkretyzowany przez wskazanie okoliczności faktycznych mających potwierdzać nieprawidłową ocenę oferty Przystępującego, Izba stwierdziła, że był to zarzut niezasadny (co wykazano we wcześniejszej części uzasadnienia). W pozostałym zakresie zarzut ten został sformułowany wadliwy, bez określenia jego podstawy faktycznej. Nieprawidłowe jest formułowanie zarzutu w sposób, w jaki zrobił to Odwołujący, wskazując, że w ofercie znajdują się *także inne nieprawidłowości* i wskazanie tytułem przykładu jednej z nich. Jest to zarzut określony blankietowo, co nie pozwala Izbie na jego ocenę. Nie jest bowiem rzeczą Izby ustalanie we własnym zakresie, jakie to inne nieprawidłowości wystąpiły w ofercie Przystępującego czy domyślanie się zastrzeżeń dostrzeżonych przez Odwołującego. Wadliwość tak określonego zarzutu powoduje, że nie może on być przedmiotem rozstrzygnięcia, nie jest bowiem wiadome Izbie, jakie inne nieprawidłowości miał na myśli Odwołujący. Nie można takiego zarzutu ocenić jedynie przez pryzmat nieprawidłowości wskazanej jedynie jako przykład, jednakże odnosząc się do podanego przez Odwołującego przykładu, stwierdzić należy, iż okolicznością przyznaną przez niego jest, że zaświadczenie z ZUS dotyczące podmiotu trzeciego nie było przez Zamawiającego wymagane. Nie sposób więc stwierdzić, jakie znaczenie dla przebiegu postępowania i jego wyniku miałyby mieć podniesiona okoliczność braku podpisu i pieczętki na tym zaświadczeniu.

Na marginesie jedynie, odnosząc się do skrupulatności badania oferty Przystępującego wskazać należy, że Zamawiający dwukrotnie skorzystał z możliwości wyjaśnienia treści złożonych przez wykonawcę dokumentów, których dotyczą zarzuty odwołania, wezwał go do ich uzupełnienia, jak również zasięgał informacji od podmiotu trzeciego. Analiza dokumentacji postępowania nie potwierdza, aby Zamawiający niewystarczająco dokładnie zbadał złożoną ofertę i załączone do niej dokumenty.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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).

Przewodniczący: