

Sygn. akt: KIO/UZP 1093 /09

**WYROK**  
z dnia 3 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Członkowie: Luiza Łamejko**  
**Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant: Jadwiga Ząbek**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: BlueSoft Sp. z o.o., BIATEL S.A., UHC Sp. z o.o., ul. Emilii Plater 28, 00 - 688 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Środowiska Departament Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko ul. Wawelska 52/54, 00 - 922 Warszawa** protestu z dnia 4 lipca 2009 r.

przy udziale wykonawcy xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,  
przy udziale wykonawcy xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: BlueSoft Sp. z o.o., BIATEL S.A., UHC Sp. z o.o., ul. Emilii Plater 28, 00 - 688 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: BlueSoft Sp. z o.o., BIATEL S.A., UHC Sp. z o.o., ul. Emilii Plater 28, 00 - 688 Warszawa**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: BlueSoft Sp. z o.o., BIATEL S.A., UHC Sp. z o.o., ul. Emilii Plater 28, 00 - 688 Warszawa**.

## Uzasadnienie

Zamawiający: Ministerstwo Środowiska Departament Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego na: „Zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie Lokalnego Systemu Informatycznego obsługującego Instytucję Pośredniczącą oraz Instytucje Wdrażające Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dniu 2 maja 2009 r. w poz. 2009/S 84-121431.

W dniu 24 czerwca 2009 r. Konsorcjum BlueSoft Sp. z o.o., BIATEL S.A. i UHC Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwane dalej w skrócie Konsorcjum BlueSoft) otrzymało od zamawiającego informację o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Konsorcjum BlueSoft wniosło protest wobec ww. czynności, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej Pzp, poprzez dokonanie oceny, złożonego przez odwołującego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, art. 26 ust 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie Wykazu wykonanych usług, art. 51 ust. 1 i 2 Pzp, poprzez zaniechanie zaproszenia odwołującego do udziału w dialogu pomimo, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, a liczba punktów, jaką powinien uzyskać, jest wystarczająca do zakwalifikowania się do dalszego postępowania i otrzymania zaproszenia do dialogu. Odwołujący wniósł o powtórzenie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zakwalifikowanie odwołującego do dalszego postępowania i zaproszenie go do dialogu konkurencyjnego.

W uzasadnieniu protestu odwołujący podniósł, iż zamawiający dokonując oceny wniosków bezprawnie zaniżył punktację wniosku odwołującego, czego efektem było uzyskanie liczby punktów niepozwalającej na zakwalifikowanie się do dalszego etapu postępowania. W dniu 30 czerwca 2009 r. odwołujący otrzymał częściową ocenę złożonego przez niego wniosku, z której wynika, że uzyskał 14 punktów za osiem pozycji wykazu wykonanych zamówień. Odwołujący wyjaśnił, że złożony wykaz podzielił na część jawną i część zawierającą informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Część jawna zawierała 5 zrealizowanych usług, z których trzy pierwsze były punktowane z uwagi na wartość – „co najmniej 1 200 000 zł”, a dwie o wartości „co najmniej 700 000 zł” punktowane niżej. Część zastrzeżona zawierała 9 usług, w tym 7 o wartości „co najmniej 1 200 000 zł” i 2

o wartości „co najmniej 700 000 zł”. Usługi zostały ponumerowane oddzielnie dla każdej części. Oceniając wniosek zamawiający rozpatrzył złożone części wykazu oddzielnie i w efekcie do oceny przyjął wszystkie usługi wskazane w części jawnej wykazu oraz 3 usługi wskazane na pozycji 1-3 części tajnej Wykazu. Zdaniem odwołującego mimo, iż Wykaz został złożony w dwóch częściach, informacje w nim zawarte stanowią jedną całość - jeden wykaz, który potwierdza łączne doświadczenie odwołującego. Przyjął więc należy, że odwołujący wykazał łącznie 14 usług, z czego 10 o wartości „co najmniej 1 200 000 zł” (brutto) i 4 o wartości „co najmniej 700 000 zł” (brutto).

Odwołujący podniósł, iż w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający nie sprecyzował znaczenia pojęcia „8 pierwszych usług” użytego w opisie sposobu dokonywania oceny, w szczególności, iż chodziło o 8 pierwszych usług wg kolejności wskazanej w Wykazie w poz. 1-8. Powyższe zamawiający wyjaśnił już po dokonaniu kwalifikacji wniosków. Odwołujący składając wykaz przyjął, że ocenie zostanie poddanych 8 pierwszych usług biorąc pod uwagę ich wartość, a nie kolejność umieszczenia w Wykazie. W efekcie konsekwencje niedoprecyzowania zapisów ogłoszenia przez zamawiającego w sposób bezprawny obciążąły odwołującego.

Ponadto, zamawiający nie podał w ogłoszeniu informacji jak będą kwalifikowane wnioski zawierające zastrzeżoną część Wykazu. Dokonanie oceny w pierwszej kolejności części jawnej, a następnie części utajnionej było zatem nieuprawnione.

Odwołujący wskazał także, że zamawiający powinien był wezwać go do złożenia wyjaśnień treści Wykazu w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, co jest obowiązkiem zamawiającego w przypadku jakichkolwiek wątpliwości.

Zamawiający oddalił powyższy protest stwierdzając, że zarzuty są bezzasadne. Wyjaśnił, że bardzo precyzyjnie określił w ogłoszeniu o zamówieniu warunki, na podstawie których dokona oceny punktowej wniosków i dokonując tej oceny postępował jednakowo wobec wszystkich wykonawców. Wskazał, że pozostali wykonawcy nie zgłosili jakichkolwiek wątpliwości co do sposobu przyznawania punktów. Odwołujący również nie występował o wyjaśnienie treści siwz w powyższym zakresie. Zamawiający wyjaśnił, że nie widział potrzeby wyjaśniania Wykazu odwołującego, gdyż wobec postanowień dotyczących oceny nie miał żadnych wątpliwości co do interpretacji zwrotu „tylko 8 pierwszych usług”. Podkreślił, że wykonawca nie może żądać, aby zamawiający sam dokonał wyboru usług, które podda ocenie. Wskazanie tych usług należało do wykonawców. Stwierdził, że kierował się też kolejnością dokumentów zamieszczonych w ofercie odwołującego. Uznał zarzut naruszenia art. 51 ust. 1 i 2 Pzp za bezpodstawny, gdyż ww. przepis dotyczy innego trybu postępowania. Wyjaśnił, że nie występował jeszcze do wykonawców z zaproszeniem do

dialogu, a w przypadku odwołującego nastąpiło wykluczenie z postępowania, a nie zaniechanie zaproszenia do dialogu.

Konsorcjum BlueSoft wniosło odwołanie od oddalenia protestu, zarzucając zamawiającemu naruszenie, tak jak w proteście, art. 7 ust. 1 Pzp, art. 26 ust. 4 Pzp oraz podniosło nowy zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 10 w zw. z art. 22 ust. 1 Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania. W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie:

1. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania, że odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu,
2. powtórzenia czynności oceny wniosku odwołującego,
3. w razie nieuwzględnienia ww. żądań - unieważnienia postępowania.

Odwołujący podniósł, że postępowanie zamawiającego prowadzi do ograniczenia wykonawcom dostępu do wykonania zamówienia. Przy zastosowanym przez zamawiającego opisie zasad oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu istnieje ryzyko dowolnego, a w związku z tym nieobiektywnego wyboru wykonawców, którzy będą dopuszczeni do dalszej części postępowania. Zdaniem odwołującego zamawiający nie doprecyzował kryteriów oceny wniosków, w szczególności nie przewidział możliwości złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zawierającego część tajną oraz sposobu interpretacji takiego wniosku. Ponadto podkreślił, że spełnia wymogi zamawiającego, a czynności podjęte przez zamawiającego były w istocie nieuprawnioną modyfikacją treści ogłoszenia o zamówieniu.

W ocenie odwołującego, jedynie z powodu nieprecyzyjnego sformułowania treści ogłoszenia w części dotyczącej zasad dopuszczania do udziału w postępowaniu, doszło do niezgodnej z Pzp czynności, polegającej na błędnej ocenie wniosku odwołującego, a w następstwie do wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu. Nieprecyzyjne sformułowanie sposobu oceny spełnienia przez wykonawcę warunków określonych w ogłoszeniu narusza art. 48 ust. 2 pkt. 6 Pzp i prowadzi do sytuacji, w której nie jest możliwe dokonanie obiektywnej oceny, czy wykonawcy warunki określone w ogłoszeniu spełnili. Na poparcie swojego stanowiska przywołał wyrok KIO z dnia 24 września 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 963/08) oraz postanowienie Zespołu Arbitrów przy UZP z dnia 10 sierpnia 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2251/06).

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Biorąc pod uwagę, iż odwołujący nie podlega wykluczeniu z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz złożył prawidłowy wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w przypadku uwzględnienia zarzutów wskazanych w odwołaniu, wniosek odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu uprawniałby odwołującego do otrzymania zaproszenia do udziału w kolejnym etapie postępowania. W konsekwencji uwzględnienia odwołania odwołujący mógłby zostać zaproszony do dialogu konkurencyjnego, a oferta Odwołującego mogłaby w dalszej kolejności zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu.

W ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający określił zasady kwalifikacji wykonawców do udziału w postępowaniu. W pkt IV.1.2 ogłoszenia wprowadził m.in. postanowienie o treści: „Ocenie będzie podlegało maksymalnie 8 zamówień. W przypadku wskazania w wykazie, którego wzór stanowi załącznik nr 3 ogłoszenia więcej niż 8 zamówień tj. prac zrealizowanych przez wykonawcę, ocenie podlegać będzie tylko 8 pierwszych usług”.

W ocenie Izby, powyższe postanowienie jest zrozumiałe i nie budzi wątpliwości interpretacyjnych. Zgodnie z jego treścią, ocenie podlega wyłącznie 8 usług zawartych w Wykazie wykonanych zamówień w kolejności od 1 do 8. Wskazuje na to wprost wyrażenie „tylko 8 pierwszych” usług, określające zarówno zakres ilościowy i porządkowy ocenianych pozycji Wykazu, jak również początek listy usług, które będą brane pod uwagę.

Podnoszony w odwołaniu zarzut, iż zamawiający nie doprecyzował znaczenia pojęcia „8 pierwszych usług”, użytego w opisie zasad kwalifikacji wykonawców i sposobu dokonywania oceny wniosków na tyle aby je interpretować jako „8 pierwszych usług wg kolejności wskazanej w Wykazie w poz. 1-8” Izba uznała za niezasadny. Powyższe wynika bowiem jasno z treści użytych sformułowań. Jednocześnie Izba uznała, że brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że w ramach ww. postanowienia, o omawianej treści, ocenie mogło być poddanych również 8 pierwszych usług, wybranych według kryterium wartości, a nie kolejności umieszczenia w Wykazie, co twierdził odwołujący. W ocenie Izby, w takim przypadku konieczna byłaby zasadnicza zmiana treści tego postanowienia, poprzez odniesienie oceny do wartości usług i wskazanie kolejności usług, w jakiej będą one brane pod uwagę tj. od wartości najwyższej do najniższej.

Ponadto, zarzuty dotyczące treści ogłoszenia o zamówieniu, w szczególności nieprecyzyjnego sformułowania postanowień dotyczących sposobu kwalifikacji wykonawców do udziału w postępowaniu i sposobu oceny spełnienia tych warunków przez wykonawcę należy uznać za spóźnione. Protest, a w konsekwencji odwołanie, w zakresie dotyczącym treści ogłoszenia w przedmiotowym postępowaniu zostały wniesione z uchybieniem ustawowych terminów, o których mowa w art. 180 ust. 3 pkt 2 i art. 184 ust. 2 Pzp.

Odwołujący złożył we wniosku (pkt 8 wniosku pn. „Informacja o doświadczeniu zawodowym wykonawcy”, str. 84) dwa Wykazy wykonanych usług, oznaczone kolejno - w pkt 8.1 „Wykaz wykonanych usług – część jawna” (str.84 – 87 wniosku) i w pkt 8.2 „Wykaz wykonanych usług – część zastrzeżona” (str. 97 wniosku) wraz z adnotacją, iż informacje zastrzeżone zostały złożone w oddzielnej, zamkniętej kopercie. Część jawna zawiera 5 zrealizowanych usług, z których 3 pierwsze były punktowane 2 punktami z uwagi na wartość – „co najmniej 1 200 000 zł” oraz dwie o wartości „co najmniej 700 000 zł” punktowane 1 pkt. Część zastrzeżona zawierała 9 usług, w tym siedem o wartości „co najmniej 1 200 000 zł” i dwie o wartości „co najmniej 700 000 zł”. Usługi zostały ponumerowane oddzielnie dla każdej części Wykazu.

Wniosek złożony przez odwołującego uzyskał 14 punktów za osiem zrealizowanych zamówień opisanych w Wykazie. Oceniając wniosek zamawiający przyjął do oceny 8 usług, które odwołujący wykazał w pozycjach 1-5 wykazu 8.1 (część jawna) i 3 pierwsze usługi wykazane w pozycjach 1-3 wykazu 8.2 (część zastrzeżona). W wyniku tej oceny wniosek złożony przez odwołującego uzyskał 7 lokatę w rankingu wykonawców. Oceniane 8 pierwszych pozycji Wykazu wykonanych usług, zostały ustalone przez zamawiającego według kolejności – po pierwsze wynikającej z kolejności dokumentów (Wykazów) złożonych we wniosku, przyjętej i oznaczonej przez odwołującego, - po drugie z uwzględnieniem kolejności (numeracji pozycji) usług w obu Wykazach.

W ocenie Izby, działanie zamawiającego w powyższym zakresie należy uznać za prawidłowe i zgodne z treścią omawianego postanowienia, zawartego w ogłoszeniu. Izba zważyła, że odwołujący miał prawo zastrzec we wniosku informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, stosownie do treści art. 8 ust. 3 Pzp. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie określają ani sposobu, ani też formy dokonania takiego zastrzeżenia, pozostawiając to inwencji wykonawcy, a zakreślają jedynie termin dokonania zastrzeżenia. Żaden przepis ustawy Prawo zamówień publicznych nie nakazuje zamawiającemu podania w ogłoszeniu o zamówieniu informacji w jaki sposób będą kwalifikowane wnioski zawierające zastrzeżoną część wykazu. Należy zatem przyjąć, zgodnie z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, iż wobec wszystkich wykonawców w danym postępowaniu powinny być stosowane te same kryteria oceny wniosków, w tym kryteria oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu

i zasady kwalifikacji wykonawców, niezależnie od tego czy informacje zawarte we wnioskach są jawne czy też zastrzeżone. Podkreślić należy, że zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa nie zmienia tej informacji w żaden sposób, a jedynie ogranicza dostęp do niej osobom trzecim. Zastrzegając część informacji w Wykazie wykonanych usług odwołujący powinien wziąć również pod uwagę i uwzględnić wymóg określony w ogłoszeniu o zamówieniu, dotyczący poddania przez zamawiającego ocenie tylko ośmiu pierwszych pozycji Wykazu. Zarówno należyta staranność jak i dbałość o interes odwołującego tego wymagają. Prezentacji wybranych usług – jawnych czy zastrzeżonych - można dokonać na wiele sposobów. Jednym z nich jest np. opatrzenie określonych pozycji wykazu, objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, adnotacją, iż szczegółowe informacje znajdują się w dołączonej kopercie. W świetle treści postanowienia, istotne było bowiem wskazanie przez wykonawcę usług, które miały być oceniane przez zamawiającego – w kolejnych pozycjach od 1 do 8 Wykazu. Należy zauważyć, iż 7 innych wykonawców również złożyło we wnioskach Wykazy usług zawierające informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, przy czym usługi zostały wykazane w jednym dokumencie. W żadnym razie nie można przyjąć, że w przypadku zastrzeżenia części informacji przez wykonawcę, zamawiający powinien odstąpić od zasady określonej w ogłoszeniu i stosowanej wobec wszystkich pozostałych wykonawców. Zważywszy, że do wszystkich wykonawców zamawiający zastosował te same zasady kwalifikacji określone w ogłoszeniu, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że zamawiający nie zachował w tym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w aspekcie podnoszonym przez odwołującego. W świetle omawianego postanowienia ogłoszenia o zamówieniu nie może mieć znaczenia dla oceny wniosku odwołującego okoliczność, co podnosił odwołujący, że wykazał łącznie 14 usług, z czego 10 o wartości „co najmniej 1 200 000 zł” (brutto) i 4 o wartości „co najmniej 700 000 zł” (brutto), co przy wybiórczej ocenie 8 usług o najwyższej wartości uprawniało go do uzyskania ilości punktów, pozwalającej na zakwalifikowanie się do dalszego etapu postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że zamawiający nie naruszył przepisu art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie oceny złożonego przez odwołującego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w sposób niezgodny z zasadami przyjętymi w ogłoszeniu, a w konsekwencji - naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zarzucił także w odwołaniu zaniechanie przez zamawiającego wezwania go do złożenia wyjaśnień dotyczących treści Wykazu - w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Zarzut powyższy nie potwierdził się. Izba ustaliła, że odwołujący złożył Wykazy usług według wzoru zawartego w załączniku nr 3 do ogłoszenia na kolejnych stronach wniosku, opatrzone



oznaczeniem ich kolejności (8.1 i 8.2), zawierające ponumerowane pozycje, a zatem - w sposób prawidłowy i zgodnie z wymaganiami zamawiającego, określonymi w ogłoszeniu. Treść złożonych przez odwołującego Wykazów nie budzi wątpliwości, nie zawiera sprzecznych oświadczeń czy też informacji, co uprawniałoby i zobowiązywało zarazem zamawiającego do ich wyjaśniania, zgodnie z dyspozycją przepisu art. 26 ust. 4 Pzp.

Nie można podzielić zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 10 w zw. z art. 22 ust. 1 Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu. Zgodnie z treścią protokołu postępowania i wyjaśnień złożonych przez zamawiającego na rozprawie, którym odwołujący nie zaprzeczył, zamawiający uznał w przedmiotowym postępowaniu, że odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie dokonał wykluczenia odwołującego. Na etapie składania protestu zamawiający nie dokonał jeszcze zaproszenia wykonawców do dialogu, wobec czego stosownie do treści art. 60d ust. 3 Pzp odwołujący nie mógł być także traktowany jak wykonawca wykluczony z postępowania. Zaproszenie wykonawców do udziału w dialogu nastąpiło dopiero w dniu 10 lipca 2009 r., o czym odwołujący również został poinformowany przez zamawiającego.

Izba nie rozpoznawała zarzutu dotyczącego naruszenia art. 48 ust. 2 pkt. 6 Pzp, który nie został podniesiony w proteście. Stosownie do dyspozycji art. 191 ust. 3 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów niezawartych w proteście.

Nie potwierdzenie się zarzutów podniesionych w odwołaniu uzasadniało oddalenie odwołania. Biorąc zatem za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art.191 ust.1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....