

Sygn. akt: KIO 2086/10

**WYROK**  
**z dnia 5 października 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kawa**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **IT.expert Sp. z o.o., 02-486 Warszawa, al. Jerozolimskie 172** W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Zakład Informatyki Lasów Państwowych, 95-020 Andrespol, Nowy Bedoń, ul. Sienkiewicza 19**

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża IT.expert Sp. z o.o., 02-486 Warszawa, al. Jerozolimskie 172**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczony przez **IT.expert Sp. z o.o., 02-486 Warszawa, al. Jerozolimskie 172**

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

**Przewodniczący:**

.....

## UZASADNIENIE

Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowi Zakład Informatyki Lasów Państwowych Nowy Bedoń ul. Sienkiewicza 19, 95-020 Andrespol zwany dalej "zamawiającym" prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Zakup usługi utrzymania i rozwoju Portalu Korporacyjnego Lasów Państwowych (znak sprawy: ZP-2710-2/4/10).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych: nr 261692 - 2010; data zamieszczenia: 24.08.2010. Wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. (Dz. U. z 2009 r. nr 224, poz. 1795). Pismem z dnia 20 września 2010 roku zamawiający poinformował oferentów, że działając na podstawie art. 93 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113 poz. 759) zwanej dalej ustawą Pzp, unieważnia w/w postępowanie, ze względu, iż w postępowaniu tym nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Oferty w przedmiotowym postępowaniu złożyło 3 wykonawców którzy wskutek nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu zostali z postępowania wykluczeni, a ich oferty w oparciu o art. 24 ust. 4 zostały odrzucone.

W dniu 24 września 2010 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez IT expert Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 172, 02-466 Warszawa zwany dalej „odwołującym”. W złożonym odwołaniu odwołujący zarzucił naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 5 Ustawy poprzez wykluczenie odwołującego i odrzucenie jego oferty pomimo, iż nie podlegał wykluczeniu a jego oferta nie podlegała odrzuceniu.

Wobec powyższego wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego, unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego oraz dokonania ponownej oceny ofert złożonych z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania wskazał, że w dniu 10.09.2010 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów potwierdzających

spełnienie warunków wymienionych w pkt 9 b) 1 i pkt 9 b) 3 SIWZ. W dniu 15.09.2010 r. odwołujący dostarczył zamawiającemu dokumenty potwierdzające spełnianie w/w warunków. W dniu 20.09.2010 r. zamawiający wykluczył odwołującego ponieważ, jego zdaniem, odwołujący nie wskazał wartości 2 usług w uzupełnionym przez niego wykazie, a tym samym nie potwierdził warunków wymienionych w pkt 9 b) 1 SIWZ.

Z postanowień SIWZ wynika, że odwołujący miał obowiązek określić wartość 2 usług przez podanie „*ich wartości (w wysokości nie mniejszej niż 50% całkowitej ceny oferty brutto każda)*”. Odwołujący podkreśla, że Zamawiający oparł swoje żądanie dotyczące określenia wartości wskazanych usług na podstawie: z § 1 ust. 1 pkt 3<sup>1</sup> Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 31 grudnia 2009 r.) - dalej „Rozporządzenie”. Z Rozporządzenia wynika, że wykaz opiera się wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy biorącego udział w postępowaniu. Stąd każdy z wykonawców ma pewną swobodą w określaniu treści takiego wykazu, pod warunkiem zamieszczenia wszystkich elementów, które wynikają z Rozporządzenia bądź SIWZ. Ani z § 1 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia, ani z pkt 9 b) 1 SIWZ nie wynika precyzyjnie, co należy rozumieć przez „podanie wartości”, ani nie wynika z nich, że przez „podanie wartości” należy rozumieć wyłącznie liczbowe określenie wartości danej usługi. Dlatego też odwołujący w sposób następujący wskazał wartość wykonanych usług ,które wykazał jako uzasadnienie legitymowania się nabytym doświadczeniem cyt. *”wartość usług opartych o technologie portalowe odpowiadające swoim rodzajem usługom stanowiących przedmiot niniejszego postępowania przekraczała 50 % całkowitej ceny brutto oferty złożonej przez IT,Expert”*.

Ponadto odwołujący wskazał ,że całkowita cena oferty brutto zaoferowana przez odwołującego wynosiła 116.876,00 zł. Na tej podstawie zamawiający bez żadnych wątpliwości winien był uznać, że każda wymienionych przez odwołującego usług przekraczała wartość progową żadaną przez zamawiającego. Ponadto, na podstawie tych danych można było ściśle określić dolną wartość liczbową każdej z tych usług, tj.: 58.438,00 zł brutto. Oznacza to, że zamawiający dysponował wystarczającą wiedzą na temat dokładnej wartości usług wykonanych przez odwołującego, ponieważ miał świadomość, że każda z usług wykonanych przez odwołującego

przekraczała wartość 58.438,00 zł brutto. Nadto wskazał, że nie mógł podać zamawiającemu dokładnej wartości liczbowej 2 wykonanych przez niego usług, ponieważ umowy handlowe wiążące go z jego kontrahentami nie pozwalały mu na to, poprzez zapisy zobowiązujące odwołującego do zachowania w poufności tych informacji. Ponadto wskazuje, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp wykonawca tylko wtedy podlega wykluczeniu, jeżeli w ogóle nie wykaże spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W rozpatrywanej sprawie odwołujący podał wartość wykonanych usług, przez co wykazał spełnienie tych warunków, ponieważ bez żadnych wątpliwości dało się na ich podstawie ustalić ich wartość. Zamawiający w odpowiedzi na zarzuty odwołującego wskazał, że w pkt. 9 SIWZ ppkt. b.1 zamawiający zażądał: „w celu potwierdzenia posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia do wykonania zamówienia, wykonawca winien załączyć do oferty wykaz co najmniej 3 usług opartych o technologie portalowe odpowiadające swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości (w wysokości nie mniejszej niż 50% całkowitej oferty brutto każda), przedmiotu, dat wykonania i odbiorców (wg wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ) oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego (np. referencje, protokoły odbioru), że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie.” Odwołujący wraz z ofertą nie złożył żądanego wykazu. Podał, że zamawiający w sposób jasny i wyraźny żądał wskazania wartości wskazanych usług. Podał jeszcze w nawiasie wskazówkę, że mają to być usługi przekraczające 50% całkowitej oferty brutto. Trudno zatem przyjąć za skarżącym, że przepisanie wskazówki zawartej w SIWZ wypełnia dyspozycję co do żądanego oświadczenia. Zamawiający w SIWZ postawił konkretny wymóg i nie zakładał, że będzie przeprowadzał jakiegokolwiek działania rachunkowe lub stosował kryteria domyślne. Również za chybiony uznał argument odwołującego, że związany był tajemnicą, co do zawartych umów. Postępowanie o zamówienie publiczne ma charakter jawny. Dostęp do tych postępowań jest powszechny, zatem nie można podnosić, iż wartość oferty oraz rozstrzygnięcie przetargu jest objęte tajemnicą. Wobec tego odwołujący zdaniem zamawiającego nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, nie zastosował się do zapisów specyfikacji, mimo, że zamawiający

wezwał go do uzupełnienia informacji co do danych dotyczących wykazania wiedzy i doświadczenia w przedmiocie zadania będącego przedmiotem zamówienia.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy ustaliła i zaważyła co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W zakresie podstawowego zarzutu dotyczącego czy wartość zamówienia winna być podana w konkretnej kwocie pieniężnej, czy też może zostać dokonana poprzez porównanie pewnych wielkości nie mających bezpośredniego wskazania wartości w określonej walucie, Izba stwierdza, że w zakresie zamówień publicznych wskazanie wartości przedmiotu zamówienia i innych danych związanych z wartością np. wykonanych zamówień winna następować poprzez podanie konkretnej kwoty pieniężnej. Za takim stanowiskiem przemawia uregulowanie pojęć podane w art. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 2 pkt.1 ustawy przez „cenę” należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust.1 pkt.1 Ustawa o cenach z dnia 5 lipca 2001 r. (Dz. U. 97, poz. 1050). Ceną jest to **wartość** wyrażoną w jednostkach pieniężnych. Tak więc odwołujący nie wskazując wartości wykonanych zamówień nie wykazał, że spełnił warunek udziału w postępowaniu. Próba narzucenia zamawiającemu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez dokonywanie porównań wartości złożonej oferty z bliżej nieokreśloną wartością wcześniej wykonanych przez odwołującego umów jest niedopuszczalna. Naruszałoby to zasadę równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz jawności postępowania. Izba nie uznaje za zasadne twierdzenie odwołującego, że zamawiający nie wskazał w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp iż oczekuje podania wartości w konkretnej kwocie pieniężnej. Postępowanie o zamówienie publiczne jest postępowaniem sformalizowanym i wymagającym od jego uczestników profesjonalizmu, w tym znajomości co najmniej podstaw przepisów

ustawy prawo zamówień publicznych. Chybiony jest również zarzut ,ze tylko brak uzupełnienia dokumentów może być powodem wykluczenia wykonawcy. Takim samym powodem jest również nieprawidłowe ich uzupełnienie pod warunkiem ,ze zamawiający w sposób prawidłowy dokonał wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp.

Niezasadnym jest również zasłanianie się przez odwołującego niemożliwością podania konkretnej wartości wykonanych umów z powodu konieczności zachowania w poufności informacji dotyczących wartości wykonanych umów. Z tego stwierdzenia odwołującego można wywieść informację, że odwołujący zdawał sobie sprawę o potrzebie podania wartości w określonej kwocie pieniężnej wykonanych umów, a tylko z sobie znanych powodów nie chciał tego uczynić. Ponadto gdyby faktycznie istniały jakiegokolwiek uzasadnione powody w zakresie zachowania tych danych w tajemnicy, to odwołujący winien był skorzystać z możliwości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przewidzianej w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 pkt. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz. U. 2003 r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.) Zgodnie z tym przepisem 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. Jednakże to zastrzeżenie nie jest nie wzruszalne. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na zamawiającym ciąży obowiązek badania zasadności dokonanego przez wykonawcę na podstawie art. 94 ust. 4 ustawy zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji ze względu na zakwalifikowanie ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne dopiero w sytuacji gdy zamawiający w wyniku przeprowadzenia odpowiedniego badania pozytywnie przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący, jak każdy inny wykonawca chcący brać udział w uzyskiwaniu robót w trybie zamówień publicznych zobowiązany jest do bezwzględnego poddania się trybowi przewidzianemu przez ustawę Pzp.

Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma ten skutek, że w razie pozytywnej dla wykonawcy weryfikacji tego zastrzeżenia przez zamawiającego, zastrzeżone dokumenty nie są udostępniane innym uczestnikom postępowania, a także komisja przetargowa jest zobowiązana do zachowania w tajemnicy zastrzeżonych informacji.

Wobec powyższego Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów powołanych w odwołaniu przez odwołującego.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, **które miało wpływ** lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsca w analizowanej sprawie.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1 i 2 p.pkt. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 .....**