

Sygn. akt: KIO/UZP 371/10

WYROK
z dnia 13 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Członkowie: Agnieszka Bartczak - Żuraw
Barbara Bettman

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Grupa Gumułka – Audyt Sp. z o.o., 40-077 Katowice, ul. J. Matejki 4, Euro-In i Partnerzy, Audytorzy, Konsultanci i Księgowi Sp. z o.o., 03-731 Warszawa, ul. Targowa 22**, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, 00-926 Warszawa, ul. Wspólna 2/4** protestu z dnia 12 lutego 2010 r.

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu odtajnienie wykazu usług

2. kosztami postępowania obciąża Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, 00-926 Warszawa, ul. Wspólna 2/4

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Konsorcjum: Grupa Gumułka – Audyt Sp. z**

o.o., 40-077 Katowice, ul. J. Matejki 4, Euro-In i Partnerzy, Audytorzy, Konsultanci i Księgowi Sp. z o.o., 03-731 Warszawa, ul. Targowa 22,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, 00-926 Warszawa, ul. Wspólna 2/4** na rzecz **Konsorcjum: Grupa Gumułka – Audyt Sp. z o.o., 40-077 Katowice, ul. J. Matejki 4, Euro-In i Partnerzy, Audytorzy, Konsultanci i Księgowi Sp. z o.o., 03-731 Warszawa, ul. Targowa 22** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać zwrotu kwoty **10556 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Grupa Gumułka – Audyt Sp. z o.o., 40-077 Katowice, ul. J. Matejki 4, Euro-In i Partnerzy, Audytorzy, Konsultanci i Księgowi Sp. z o.o., 03-731 Warszawa, ul. Targowa 22.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Ministerstwo Rozwoju Regionalnego z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Wykonanie usługi kontroli krzyżowych realizowanych w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki”

Pismem z dnia 4 lutego 2010 r. r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Grupa Gumułka — Audyt Sp. z o.o. w Katowicach oraz Euro-In i Partnerzy, Audytorzy, Konsultanci i Księgowi Sp. z o.o. w Warszawie w dniu 12 lutego 2010 r. wniósł protest, wobec czynności Zamawiającego, polegających na:

- 1) Zaniechaniu wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TPA, Horwath Horodko Audit Sp. z o.o. w Poznaniu i TPA Horwath Sztuba Kaczmarek Sp. z o.o. w Poznaniu - wbrew art. 24 ust. 1 pkt 10 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. - pomimo niespełnienia warunków udziału w postępowaniu względnie art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. - pomimo złożenia dokumentu zawierającego błędy, a którego nie uzupełniono w trybie art 26 ust. 3 p.z.p.,

- 2) zaniechaniu wykluczenia wybranego wykonawcy wbrew art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p. — pomimo złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
- 3) zaniechaniu ujawnienia informacji bezpodstawnie zastrzeżonych przez wybranego wykonawcę – wbrew art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 p.z.p. i art. 96 ust. 3 w zw. z ust. 2 p.z.p., co w efekcie uniemożliwiło zaskarżenie oferty w sytuacji gdyby zastrzeżone dokumenty nie potwierdzały spełnienia przez wykonawcę innych podmiotowych warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający żądał unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, jak również ujawnienia dokumentów bezpodstawnie zastrzeżonych.

W uzasadnieniu odwołujący podał, iż wybrany wykonawca winien zostać wykluczony z postępowania z uwagi na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał, iż zamawiający, jako jeden z warunków udziału, zażądał wyznaczenia do realizacji zamówienia zespołu, w skład którego wejdą osoby, z których każda będzie posiadać w szczególności doświadczenie zawodowe w:

- a) korzystaniu z arkusza kalkulacyjnego na poziomie zaawansowanym,
- b) zakresie rozliczania finansowego (w tym sporządzania wniosków o płatność) co najmniej 3 projektów finansowanych ze środków UE.

Równocześnie, jak wyjaśnił zamawiający, ocena spełnienia tych warunków odbywać się będzie na podstawie wykazu osób sporządzonego zgodnie z załącznikiem nr 4 do SIWZ. Wybrany wykonawca wraz z ofertą złożył wymagany wykaz jednakże w ocenie odwołującego nie ujął w nim jakichkolwiek informacji, które mogłyby potwierdzić posiadanie przez poszczególnych członków zespołu doświadczenia w korzystaniu z arkusza kalkulacyjnego MS Excel na poziomie zaawansowanym ani w zakresie sporządzania wniosków o płatność. Do konkluzji takiej doszedł również sam zamawiający i w związku z taką oceną w dniu 8 stycznia skierował do wybranego wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 wezwanie do uzupełnienia dokumentów, wyznaczając w tym celu stosowny termin.

Wybrany wykonawca terminowo uzupełnił żądany wykaz jednakże w ocenie odwołującego wciąż nie potwierdza on spełnienia przez wykonawcę wymaganych warunków. Ponadto odwołujący podniósł, iż w wybranej przez zamawiającego, jako najkorzystniejszej ofercie brak jest potwierdzenia doświadczenia w zakresie rozliczania finansowego (w tym sporządzania wniosków o płatność).

Jak podaje odwołujący wybrany wykonawca do realizacji zamówienia przewidział 5 osób, w tym m.in. Pana Marcina M oraz Panią Edytę D. Osoby te w ocenie odwołującego nie spełniają jednak warunku posiadania doświadczenia w sporządzaniu wniosków o płatność

dla 3 projektów finansowanych ze środków UE. W odniesieniu do p. Marcina M wybrany wykonawca „wykazał” doświadczenie w zakresie rozliczania finansowego „4” projektów jednakże doświadczenie w zakresie sporządzania wniosków o płatność zostało wykazane co najwyżej dla 2 projektów.

Odwołujący nie kwestionuje doświadczenia w zakresie przygotowywania wniosków o płatność dla wykazanego projektu pn. „Zakup sprzętu dla ratownictwa medycznego”.

Jak podaje odwołujący, nie ulega również wątpliwości, że doświadczenia w zakresie sporządzania wniosków o płatność p. Marcin M nie posiada w odniesieniu do projektu pn. URBS PANDENS - w zakresie czynności, które p. M wykonywał w ramach rozliczeń finansowych wykonawca wskazał jedynie monitoring i sprawozdawczość, w żaden sposób nie potwierdzając sporządzania wniosków o płatność.

Ponadto w omawianym wykazie wybrany wykonawca wskazał doświadczenie w zakresie sporządzania wniosków o płatność w odniesieniu do projektu pn. „Rozwój Umiejętności Życiowych Młodych Intelaktualnie Sprawnych Ale Ruchowo Niepełnosprawnych”. Doświadczenia tego odwołujący nie kwestionuje jednakże jest to tylko 1 projekt, (co łącznie z uznanym uprzednio projektem pn. „Zakup sprzętu dla ratownictwa medycznego” daje liczbę projektów 2 zamiast wymaganych 3. W odniesieniu do p. Edyty D zarzut odwołującego jest, co do zasady tożsamy: wykonawca „wykazał” doświadczenie w zakresie rozliczania finansowego „3” projektów jednakże doświadczenie w zakresie sporządzania wniosków o płatność zostało wykazane co najwyżej dla 2 projektów.

Ponadto, mając na uwadze, że wybrany wykonawca udowodnił posiadanie stosownego doświadczenia w zakresie sporządzania wniosków o płatność jedynie dla 3 osób (spośród wykazanych 5), nie tylko nie udowodnił posiadania doświadczenia przez każdą z zaproponowanych osób, ale również nie wykazał, że zamówienie będzie realizowane przez 4-osobowy zespół posiadający łącznie wymagane doświadczenie.

W konsekwencji powyższego w ocenie odwołującego, nie ulega wątpliwości, że wybrany wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu a zamawiający ignorując tę okoliczność i zaniechując wykluczenia tego wykonawcy naruszył art. 24 ust. 1 pkt 10 p.z.p.

Z kolei mając na uwadze, że wybrany wykonawca był dokładnie w tym zakresie wzywany do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p., zamawiający winien był zastosować również normę art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p.

Ponadto w uzasadnieniu odwołujący podał, że wybrany wykonawca winien zostać wykluczony, jako że złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, w odniesieniu do spełniania wymogu posiadania doświadczenia w zakresie rozliczania finansowego (w tym sporządzania wniosków o płatność), co najmniej 3 projektów finansowanych ze środków UE przez Pana Leszka K.

W załączonym pierwotnie do oferty „wykazie osób”, wybrany wykonawca odnosząc się do doświadczenia p. L. K. oznajmił, iż był on zatrudniony w Ministerstwie Finansów i posiada doświadczenie w certyfikowaniu wydatków zgłaszanych w ramach płatności pośrednich. Na wezwanie zamawiającego zgłoszone w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. z kolei wybrany wykonawca w uzupełnionym wykazie zmodyfikował te stwierdzenie w ten sposób, że zaświadczył, iż p. L. K. wykonywał czynności polegające m.in. na „sporządzaniu wniosków o płatności pośrednie i zaliczkowe”. Zdaniem odwołującego nie jest to prawdą, gdyż sporządzanie wniosków o płatność (w przeciwieństwie do ich certyfikacji) nie jest realizowane przez Ministerstwo Finansów, a więc nie mogło też być wykonane przez p. L. K. Wnioski o płatność wprawdzie przekazywane są przez Instytucję Płatniczą, do Komisji Europejskiej jednak sporządzane są one przez beneficjentów względnie przez Instytucję Pośredniczącą.

W odniesieniu do zarzutu 3 odwołujący podał, iż zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 p.z.p. i art. 96 ust. 3 w zw. z ust. 2 p.z.p. poprzez bezzasadną odmowę udostępnienia całości oferty wykonawcy na skutek błędnego uznania przez zamawiającego, iż zachodzą przesłanki do skutecznego, zgodnego z ustawą utajnienia wykazu wykonanych usług oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług. Tym samym zamawiający naruszył zasady równości i uczciwej konkurencji poprzez odmowę dostępu do oferty wykonawcy i w konsekwencji uniemożliwił skuteczne zaskarżenia tej oferty, gdyby ta ewentualnie okazała się wadliwa w tym zakresie.

Rozstrzygnięciem z dnia 25 lutego 2010 r. zamawiający protest oddalił. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia zamawiający podał, iż odnośnie zarzutu braku doświadczenia zawodowego w zakresie korzystania z arkusza kalkulacyjnego na poziomie zaawansowanym, wybrany wykonawca - w uzupełnionym i załączonym do oferty „wykazie osób” - złożył oświadczenie, zgodnie, z którym każda z osób przewidzianych do realizacji zamówienia posiada doświadczenie w zakresie korzystania z arkusza kalkulacyjnego na poziomie zaawansowanym. Poza stwierdzeniem, że każda z wymienionych osób posiada wymagane przez zamawiającego doświadczenie w tym zakresie, wybrany wykonawca uzupełnił je stwierdzeniem, że przedmiotowe doświadczenie jest wynikiem wykonywania przez wymienione w wykazie osoby obowiązków służbowych, bezpośrednio związanych z pozostałymi wymaganiami zawartymi w SIWZ, a dotyczącymi posiadania doświadczenia w zakresie rozliczania finansowego, monitoringu oraz sprawozdawczości projektów finansowanych ze środków UE.

Zamawiający podał, iż przy określaniu kryteriów wobec potencjalnego wykonawcy w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zastosował podejścia dowodowego i nie wymagał przedstawienia certyfikatów lub innych zaświadczeń potwierdzających posiadanie przedmiotowych umiejętności, a jedynie złożenie oświadczenia w tym zakresie. Dlatego też,

zamawiający uważa, że złożone w tym zakresie oświadczenie - zarówno w przypadku wybranego wykonawcy, jak i odwołującego, jest wystarczające.

Odnosnie zarzutu braku potwierdzenia doświadczenia w zakresie rozliczania finansowego (w tym sporządzania wniosków o płatność) zamawiający przyznał, że projekty w ramach PIW EQUAL rzeczywiście były realizowane w partnerstwie. Jednakże, zgodnie z jednym z najważniejszych aktów prawnych, regulujących zasady wdrażania funduszy unijnych w perspektywie 2004-2006, czyli ustawą z dnia 20 kwietnia 2004 r. o Narodowym Planie Rozwoju (NPR), określenie „projekt” należy rozumieć jako *przedsięwzięcie realizowane w ramach działania, będące przedmiotem umowy o dofinansowanie projektu między beneficjentem a instytucją zarządzającą, instytucją wdrażającą albo działającą w imieniu instytucji zarządzającej instytucją pośredniczącą, albo decyzji, o której mowa w art. 11 ust. 7, lub współfinansowane ze środków pochodzących z Funduszu Spójności* (art. 2 pkt. 9).

Dodatkowo jak podał zamawiający, wdrażanie PIW EQUAL regulowało przede wszystkim rozporządzenie Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 11 sierpnia 2004 r. w sprawie przyjęcia programu operacyjnego - Program Inicjatywy Wspólnotowej EQUAL dla Polski 2004-2006 (Dz. U. nr 189, poz. 1948 z późn. zm.). Zgodnie z zapisami przedmiotowego rozporządzenia, *Program EQUAL będzie finansować działania, podejmowane przez Partnerstwa na Rzecz Rozwoju, które będą składać się z trzech odrębnych etapów wdrożeniowych (tzw. Działań), rozumianych jako projekty, o których mowa w ustawie z dnia 20 kwietnia 2004 r. o Narodowym Planie Rozwoju.*

Wymieniony przez wybranego wykonawcę projekt MISARN, zgodnie z przedstawionymi przez tegoż wykonawcę wyjaśnieniami zawartymi w przystąpieniu do protestu, realizowany był w podziale na Działania, na podstawie złożenia trzech odrębnych wniosków o dofinansowanie, każdy o odrębnej zawartości merytorycznej, a finansowanie poszczególnych Działań odbywało się na podstawie odrębnych umów o dofinansowanie. W związku z tym, każde Działanie wymagało podpisania oddzielnej umowy, przyznania oddzielnego dofinansowania, a także było realizowane w różnym czasie przez różnych Administratorów Projektu.

Wykonawca, w załączonym do oferty „wykazie osób”, wymieniając poszczególne osoby przewidziane do realizacji zamówienia, wskazuje, że były one zatrudnione przy realizacji projektu MISARN, jednak przy różnych Działaniach. Zamawiający podał, iż traktuje poszczególne Działania w ramach realizacji PIW EQUAL, jako odrębne projekty. Tym samym, zamawiający uznał, że zarówno pan M. M, jak i pani E. D, jako osoby sporządzające wnioski o płatność we wszystkich trzech wymienionych projektach MISARN - zgodnie z oświadczeniem złożonym przez wykonawcę w „wykazie osób” - posiadają wymagane doświadczenie w zakresie rozliczania finansowego, w tym sporządzania wniosków o płatność.

Odnośnie zarzutu nr 2 zamawiający wskazał, iż w ramach uzupełnienia wybrany wykonawca złożył nowy „wykaz osób” wykazując dodatkowo (poza wymagane w warunku 4 osoby) piątą osobę w składzie zespołu. W ramach weryfikowania prawidłowości uzupełnień zamawiający stwierdził, iż wykonawca spełnia warunek postawiony w pkt. 3.1.3 SIWZ poprzez wskazanie w „wykazie osób” 4 osób (p. M. M, p. J.O, p. J. M, oraz p. E. D), z których każda spełnia poniższe warunki:

- a) posiada doświadczenie w korzystaniu z arkusza kalkulacyjnego MS Excel na poziomie zaawansowanym;
- b) posiada doświadczenie zawodowe w zakresie rozliczania finansowego (w tym sporządzania wniosków o płatność), co najmniej 3 projektów finansowanych ze środków UE o wartości nie mniejszej niż 100 000 tys. zł każdy;
- c) posiada doświadczenie zawodowe w zakresie monitorowania i sprawozdawczości, co najmniej 1 projektu finansowanego ze środków UE o wartości nie mniejszej niż 100 000 zł.

W związku z powyższym zamawiający w ocenie posiadania wymaganego doświadczenia przez zaproponowany zespół (wymagany zespół 4-osobowy) nie odnosił się do doświadczenia Pana L. K. Oznacza to, iż informacje podane odnośnie doświadczenia Pana L. K nie miały wpływu na wynik prowadzonego postępowania, co wyklucza możliwość uznania ich jako podstawy do wykluczenia wybranego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p.

Odnośnie zarzutu nie odtajnienia informacji zastrzeżonych przez wybranego wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa tj utajnienia wykazu wykonanych usług oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług zamawiający wskazał, iż w trakcie badania zasadności zastrzeżenia informacji, zamawiający stwierdził, iż przedłożony „wykaz usług” nie zawiera usług wykonanych na rzecz podmiotów zobowiązanych do stosowania przepisów w zakresie zamówień publicznych, stąd nie są one jawne automatycznie (co sugeruje odwołujący) na podstawie art. 33 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2009 Nr 157, poz. 1240.) oraz art. 96 ust. 2 ustawy, a co za tym idzie nie znalazł przesłanek do odtajnienia informacji zawartych w „wykazie usług”. W związku z powyższym utajnienie przez wybranego wykonawcę części uznanej jako tajemnica przedsiębiorstwa należało według zamawiającego uznać jako zasadne.

Od takiego rozstrzygnięcia pismem z dnia 2 marca 2010 r. (data nadania 04.03.2010r.) odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Grupa Gumułka — Audyt Sp. z o.o. w Katowicach oraz Euro-In i Partnerzy, Audytorzy, Konsultanci i Księgowi Sp. z o.o. w Warszawie.

Odwołujący ponowił zarzuty i żądania zawarte w proteście jak też przytoczoną argumentację zarzucając zamawiającemu:

- 1) zaniechanie wykluczenia wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia TPA, Horwath Horodko Audit Sp. z o.o. w Poznaniu i TPA Horwath Sztuba Kaczmarek Sp. z o.o. w Poznaniu - wbrew 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p.- pomimo złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
- 2) zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy wbrew art. 24 ust. 1 pkt 10 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p.— pomimo niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, względnie art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. – pomimo złożenia dokumentu zawierającego błędy, a którego nie uzupełniono w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p.,
- 3) zaniechanie ujawnienia informacji bezpodstawnie zastrzeżonych przez wybranego wykonawcę – wbrew art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 p.z.p. i art. 96 ust. 3 w zw. z ust. 2 p.z.p., co w efekcie uniemożliwiło zaskarżenie oferty w sytuacji gdyby zastrzeżone dokumenty nie potwierdzały spełnienia przez wykonawcę innych podmiotowych warunków udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła co następuje:

Zamawiający – Ministerstwo Rozwoju Regionalnego z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Wykonanie usługi kontroli krzyżowych realizowanych w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki”

Zgodnie z pkt 3.1.2 oraz pkt 3.1.3 SIWZ, „Opis warunków udziału w postępowaniu: o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy którzy:

3.1.2. w okresie ostatnich 3 lat przed wszczęciem niniejszego postępowania lub w okresie prowadzenia działalności, jeżeli okres ten jest krótszy niż trzy lata, należycie wykonali 4 usługi o wartości nie mniejszej niż 40 000,00 zł brutto każda, których przedmiotem było zbadanie sprawozdań finansowych w rozumieniu ustawy o rachunkowości;

3.1.3 wyznaczają do realizacji zamówienia, co najmniej 4-osobowy zespół, w skład którego wejdą osoby, z których każda spełniać będzie poniższe warunki:

- a) posiada doświadczenie w korzystaniu z arkusza kalkulacyjnego MS Excel na poziomie zaawansowanym;

- b) posiada doświadczenie zawodowe w zakresie rozliczania finansowego (w tym sporządzania wniosków o płatność) co najmniej 3 projektów finansowych ze środków UE o wartości nie mniejszej niż 100 000,00 zł każdy;
- c) posiada doświadczenie zawodowe w zakresie monitorowania i sprawozdawczości co najmniej 1 projektu finansowanego ze środków UE o wartości nie mniejszej niż 100 000,00zł”

Na potwierdzenie spełniania postawionych warunków zamawiający żądał przedłożenia m.in. wykazu wykonanych usług oraz wykazu osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca.

Do upływu terminu składania ofert złożono trzy oferty. Pismem z dnia 4 lutego 2010 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – TPA Horwath Horodko Audit Sp. z o. o. z siedzibą w Poznaniu oraz TPA Horwath Sztuba Kaczmarek Sp. z o. o. z siedzibą w Poznaniu. Ponadto zamawiający poinformował, iż z postępowania nie wykluczono żadnego wykonawcy i żadna z ofert nie została odrzucona.

W następstwie wniosku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Grupa Gumułka — Audyt Sp. z o.o. w Katowicach oraz Euro-In i Partnerzy, Audytorzy, Konsultanci i Księgowi Sp. z o.o. w Warszawie o przesłanie kopii oferty wybranego wykonawcy, zamawiający przesłał kopię oferty z zastrzeżeniem, iż kopia ta nie zawiera części oferty zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Wobec takich czynności wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Grupa Gumułka — Audyt Sp. z o.o. w Katowicach oraz Euro-In i Partnerzy, Audytorzy, Konsultanci i Księgowi Sp. z o.o. w Warszawie w dniu 12 lutego 2010 r. wniósł protest a następnie odwołanie zarzucając zamawiającemu:

- 1) zaniechanie wykluczenia wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia TPA, Horwath Horodko Audit Sp. z o.o. w Poznaniu i TPA Horwath Sztuba Kaczmarek Sp. z o.o. w Poznaniu - wbrew 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p.- pomimo złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
- 2) zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy wbrew art. 24 ust. 1 pkt 10 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p.— pomimo niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, względnie art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. – pomimo złożenia dokumentu zawierającego błędy, a którego nie uzupełniono w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p.,
- 3) zaniechanie ujawnienia informacji bezpodstawnie zastrzeżonych przez wybranego wykonawcę – wbrew art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 p.z.p. i art. 96 ust. 3 w zw. z ust. 2 p.z.p., co w efekcie uniemożliwiło zaskarżenie oferty w sytuacji gdyby

zastrzeżone dokumenty nie potwierdzały spełnienia przez wykonawcę innych podmiotowych warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący żądał unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, jak również ujawnienia dokumentów bezpodstawnie zastrzeżonych.

Wobec powyższych ustaleń Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy p.z.p. w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Ponadto skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 ustawy p.z.p., skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 p.z.p., uprawniający go do złożenia protestu i odwołania i żądania wykluczenia wybranego wykonawcy gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania oferta odwołującego sklasyfikowana jako druga mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Ponadto istnienie interesu prawnego do wniesienia środków ochrony prawnej i żądania odtajnienia elementów oferty zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Brak możliwości zweryfikowania informacji mogących mieć wpływ na ocenę oferty zastrzeżonej, jako niejawna, ma bezpośrednie znaczenie dla późniejszej kontroli prawidłowości decyzji Zamawiającego o wyborze, wykluczeniu, czy też odrzuceniu oferty. Zaniechanie oprotestowania utajnienia części oferty, w przypadku, gdy wykonawca zapoznał się z treścią oferty, prowadziłoby na dalszym etapie postępowania do pozbawienia wykonawcy prawa, jako zgłoszonego po terminie, do podniesienia zarzutu względem oferty wybranej, jako najkorzystniejsza.

Zarzuty zgłoszone przez Odwołującego się dotyczą:

- 1) zaniechanie wykluczenia wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia TPA, Horwath Horodko Audit Sp. z o.o. w Poznaniu i TPA Horwath Sztuba Kaczmarek Sp. z o.o. w Poznaniu - wbrew 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p. w zw. z art. 7

ust. 1 p.z.p.- pomimo złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania,

- 2) zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy wbrew art. 24 ust. 1 pkt 10 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p.— pomimo niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, względnie art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. – pomimo złożenia dokumentu zawierającego błędy, a którego nie uzupełniono w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p.,
- 3) zaniechanie ujawnienia informacji bezpodstawnie zastrzeżonych przez wybranego wykonawcę – wbrew art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 p.z.p. i art. 96 ust. 3 w zw. z ust. 2 p.z.p., co w efekcie uniemożliwiło zaskarżenie oferty w sytuacji gdyby zastrzeżone dokumenty nie potwierdzały spełnienia przez wykonawcę innych podmiotowych warunków udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do twierdzeń zawartych w pkt 1(zarzut nr 1) Izba nie uznała tego zarzutu za zasadny. Należy wskazać, iż zarzuty odwołującego oparte były na twierdzeniach, że wybrany wykonawca winien być wykluczony z postępowania gdyż złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania w odniesieniu do posiadania wymaganego postanowieniami SIWZ doświadczenia Pana Leszka K – jednej z osób wskazanych w wykazie osób na potwierdzenie warunku określonego w pkt 3.1.3 SIWZ.

Izba stwierdziła, iż w następstwie wezwania zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p., wybrany wykonawca złożył ponownie „wykaz osób” na potwierdzenie spełniania warunku określonego w pkt. 3.1.3 SIWZ tj. dysponowanie, co najmniej 4-osobowym zespołem, w skład, którego wejdą osoby, z których każda:

- a) posiada doświadczenie w korzystaniu z arkusza kalkulacyjnego MS Excel na poziomie zaawansowanym;
- b) posiada doświadczenie zawodowe w zakresie rozliczania finansowego (w tym sporządzania wniosków o płatność) co najmniej 3 projektów finansowych ze środków UE o wartości nie mniejszej niż 100 000,00 zł każdy;
- c) posiada doświadczenie zawodowe w zakresie monitorowania i sprawozdawczości co najmniej 1 projektu finansowanego ze środków UE o wartości nie mniejszej niż 100 000,00zł”.

Wykonawca przedłożył wykaz składający się z 5 osób. Wobec, twierdzeń zamawiającego zawartych w rozstrzygnięciu protestu jak też oświadczeń złożonych na rozprawie, iż wobec złożenia przez wybranego wykonawcę nowego „wykazu osób” (pięciosobowego) zamawiający nie odnosił się do doświadczenia Pana Leszka K i informacje te nie miały wpływu na wynik postępowania Izba zarzut pierwszy oddaliła. Izba nie podzieliła poglądu odwołującego, iż wobec wskazania w wykazie 5 osób to każda z nich winna spełniać wszystkie postawione wymagania. Przyjęcie takiego rozumowania prowadziłoby do

naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Warunki stawiane wykonawcom w postępowaniu o udzielenie zamówienia winny być wobec wszystkich równe i takie same. Uznanie, przy warunku wykazania się co najmniej 4-osobowym zespołem, w skład którego wejdą osoby, z których każda musi posiadać wymagane specyfikacją doświadczenie, iż wykonawca wykazujący np. zespół 10-osobowy, winien wykazać wymagane doświadczenie wszystkich 10 osób prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i dopuszczeniu oceny spełniania warunków na podstawie różnych warunków.

Odnosnie zarzutu 2 Izba uznała ten zarzutu za bezzasadny. Należy wskazać, iż zarzuty odwołującego oparte były na twierdzeniach, że wybrany wykonawca winien być wykluczony z postępowania gdyż nie wykazał, że osoby wykazane w „wykazie osób” posiadają doświadczenie w korzystaniu z arkusza kalkulacyjnego MS Excel na poziomie zaawansowanym. Izba nie podzieliła tej argumentacji. Jak wynika z przedłożonego na wezwanie zamawiającego „wykazu osób” wybrany wykonawca złożył oświadczenie, zgodnie z którym każda z osób przewidzianych do realizacji zamówienia posiada doświadczenie w zakresie korzystania z arkusza kalkulacyjnego MS Excel na poziomie zaawansowanym uzupełniając to stwierdzeniem, że doświadczenie to można potwierdzić w oparciu o posiadanie wieloletniego doświadczenia zawodowego na stanowisku gdzie tenże (zaawansowany) poziom umiejętności był wymogiem bezwzględnym narzuconym przez instytucje wdrażające programy pomocowe/nadzorujące realizację projektów. W ocenie Izby „wykazowi osób” złożonemu w wezwaniu do uzupełnienia jak i wszystkim zawartym w nim stwierdzeniom nie sposób odmówić przymiotu oświadczenia składanego przez wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunku określonego przez zamawiającego. Nie bez znaczenie pozostaje również fakt, iż „wykaz osób” był jedynym dokumentem żądanym na potwierdzenie warunku określonego w pkt 3.1.3 SIWZ.

Odnosnie zarzutu 3 Izba uznała ten zarzutu za zasadny.

Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta została w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), zgodnie z którym 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 zapewnienia ich poufności.

Izba ustaliła, iż ochroną objęto informacje podane przez wybranego wykonawcę na załączniku nr 3 do SIWZ – wykaz usług. Zgodnie z treścią tego załącznika wykonawca podał m.in. przedmiot usługi, datę wykonania, wartość brutto usługi oraz nazwę odbiorcy usługi.

Mając na uwadze stanowisko zamawiającego przedstawione w rozstrzygnięciu protestu szerzej przedstawione na rozprawie, skład orzekający uznał, iż zamawiający nie dokonał prawidłowej i rzetelnej weryfikacji co do skuteczności dokonanego zastrzeżenia jako niejawnych informacji podanych w ofercie wybranego wykonawcy. Ponadto na rozprawie zamawiający oświadczył, iż nie przeprowadzał postępowania wyjaśniającego zasadność utajnienia informacji zawartych w „wykazie usług”.

Zgodnie z pkt 3.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający wymagał od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, aby wykazali się doświadczeniem w wykonaniu 4 usług o wartości nie mniejszej niż 40 000,00 zł brutto każda, których przedmiotem było zbadanie sprawozdań finansowych w rozumieniu ustawy o rachunkowości. W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykonawcy mieli przedłożyć odpowiedni wykaz wykonanych usług z podaniem m.in. ich wartości brutto jak też nazwy odbiorcy (wg załącznika nr 3 do siwz) wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie. W rozstrzygnięciu protestu jak też w trakcie rozprawy Zamawiający stwierdził, iż przedłożony „wykaz usług” nie zawiera usług wykonanych na rzecz podmiotów zobowiązanych do stosowania przepisów w zakresie zamówień publicznych, stąd nie są one jawne automatycznie.

W ocenie Izby fakt, iż przedłożony „wykaz usług” nie zawiera usług wykonanych na rzecz podmiotów zobowiązanych do stosowania przepisów p.z.p. nie stanowi automatycznie o tym, że są one objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. W ocenie Izby zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa lecz winien żądać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony. Zdaniem Izby aby można było mówić o uprawnionym bądź nieuprawnionym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa zamawiający winien dokonać oceny czy łącznie zostały spełnione przesłanki art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby działniom zamawiającego należy przypisać brak należytej staranności w weryfikacji czy dokonane przez wybranego wykonawcę zastrzeżenie jest zasadne i wyczerpuje przesłanki w/w przepisu.

Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. (sygn. III CZP 74/05), zamawiający zobowiązany jest zbadać, czy w konkretnej sytuacji wystąpiła ustawowa przesłanka, przesądzająca o aktualizacji zakazu ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z ustawą z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2009 r. Nr 152, poz. 1223 ze zm.), art. 45 ust. 2 sprawozdanie finansowe składa się z:

- 1) bilansu,
- 2) rachunku zysków i strat,

3) informacji dodatkowej, obejmującej wprowadzenie do sprawozdania finansowego oraz dodatkowe informacje i objaśnienia.

Zgodnie art. 48 ust. 2 ustawy o rachunkowości zakres informacji dodatkowej(...)określa załącznik nr 1 do ustawy. Izba stwierdziła, iż zgodnie z tym załącznikiem częścią „Dodatkowe informacje i objaśnienia”, pkt 4.6) dodatkowe informacje i objaśnienia obejmują w szczególności „(...)informacje o wynagrodzeniu biegłego rewidenta lub podmiotu uprawnionego do badania sprawozdań finansowych, wypłaconych lub należnych za rok obrotowy(...)”.

Ponadto zgodnie z art. 64 ust. 1 ustawy o rachunkowości sprawozdania finansowe podlegają badaniu i ogłaszaniu.

Mając na względzie powyższe, Izba ustaliła, iż załączony przez wybranego wykonawcę „wykaz usług”, zawarte w nim informacje na temat przedmiotu usługi, daty wykonania a w szczególności wartości brutto usług i nazwy odbiorców nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa gdyż łącznie nie zostały spełnione przesłanki art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby zastrzeżone informacje nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa gdyż zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a ponadto przedsiębiorca nie podjął niezbędnych działań w celu zapewnienia ich poufności.

W ocenie Izby wyklucza się objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej dozwolonej drodze. Informacje na temat kto i za ile dokonał badania sprawozdania finansowego w rozumieniu ustawy o rachunkowości, gdyż takiego doświadczenia wymagał zamawiający, można uznać za ogólnie dostępne i jawne.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

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 zm.) 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:

.....

.....