

Sygn. akt: KIO 823/20

WYROK
z dnia 6 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 kwietnia 2020 r. przez wykonawcę **NBQ Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie** w postępowaniu prowadzonym przez **109 Szpital Wojskowy z Przychodnią Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Szczecinie**,

przy udziale wykonawcy **Portico Project Management Sp. z o.o. i Wspólnicy Sp. k. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 823/20 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym:
 - 1.1. przyznanie ofercie Odwołującego w kryterium oceny ofert „jakość, organizacja i system zarządzania inwestycją” maksymalnej liczby punktów;
 - 1.2. wezwanie wykonawcy Portico Project Management Sp. z o.o. i Wspólnicy Sp. k. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert;
 - 1.3. ujawnienie złożonego przez wykonawcę Portico Project Management Sp. z o.o. i Wspólnicy Sp. k. z siedzibą w Warszawie wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia z wyłączeniem danych dotyczących imienia i nazwiska.
2. Pozostałe zarzuty odwołania oddala.

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego w części 3/5 oraz Odwołującego w części 2/5 i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 18 795 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy siedemset dziewięćdziesiąt pięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz kosztów noclegu (zakwaterowania);
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11 277 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy dwieście siedemdziesiąt siedem złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – 109 Szpital Wojskowy z Przychodnią SP ZOZ w Szczecinie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *usługę pełnienia funkcji Inżyniera kontraktu dla modernizacji rozbudowy i doposażenia 109 Szpitala Wojskowego SP ZOZ w Szczecinie – etap I* (znak postępowania: RPoZP 32/2019).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 stycznia 2020 r. pod numerem 2020/S 019-041895.

W dniu 16 kwietnia 2020 r. wykonawca NBQ Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2d ustawy Pzp - poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie, przejawiające się w dokonaniu nieprawidłowej i niezgodnej ze SIWZ oceny oferty NBQ w zakresie kryterium jakość - pomimo, że oferta Odwołującego, w rozpatrywanym kryterium - spełniała wszystkie szczegółowe wymagania SIWZ, a Zamawiający nie przewidział dodatkowych warunków dla zróżnicowania punktacji przyznawanej za poszczególne elementy metodologii, przyznana zatem ofercie Odwołującego się punktacja jest zaniżona;

2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2d w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 12,13,16 ustawy Pzp - poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie przejawiające się w dokonaniu nieprawidłowej oceny oferty Odwołującego w zakresie kryterium doświadczenia (dot. technologa medycznego) - pomimo, że oferta Wykonawcy odpowiadała wymaganiom SIWZ, Odwołujący wskazał osobę spełniającą warunki i kryteria ustalone przez Zamawiającego w zakresie doświadczenia takiej osoby, a nadto wyprowadzony przez Zamawiającego warunek konieczności rozdzielenie funkcji nie stanowił warunku obowiązującego na etapie oceny ofert - przez co oferta Odwołującego się uzyskała w sposób nieuprawniony mniejszą ilość punktów niż to wynikało z postanowień SIWZ;

3. art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2 w zw. z art. 7 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp - poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie przejawiające się uznaniem, że wyłoniony w ramach postępowania wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. posiadania umowy ubezpieczenia odpowiedzialności OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, podczas gdy przedłożonego przez Portico Project Management Sp. z o.o. i Wspólnicy Sp. k. z siedzibą

w Warszawie [dalej „Portico”] dokumentu polisy OC wynika, iż zawarta przez tego wykonawcę umowa nie obejmuje wymaganego przez Zamawiającego i wyraźnie wskazanego w SIWZ ryzyka związanego z rozliczaniem inwestycji - co z kolei skutkowało brakiem wykluczenia Portico z udziału w postępowaniu oraz nieodrzczeniem oferty tego wykonawcy, jako wykonawcy podlegającego wykluczeniu;

4. art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2 w zw. z art. 7 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp - poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie przejawiające się uznaniem, że wyłoniony w ramach niniejszego postępowania wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. posiada środki finansowe lub zdolność kredytową nie mniejszą niż 500.000,00 zł podczas, gdy przedłożone przez Portico zaświadczenie bankowe wskazuje, iż wykonawca ten nie spełnia określonych przez Zamawiającego w SIWZ warunków w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej co do zasady, co z kolei skutkowało brakiem wykluczenia Portico z udziału w postępowaniu oraz nieodrzczeniem oferty tego wykonawcy, jako wykonawcy podlegającego wykluczeniu;

5. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 1 i 5 ustawy Pzp - polegające na jego nieprawidłowym zastosowaniu przejawiające się uznaniem, że oferta wykonawcy Portico jest ofertą najkorzystniejszą, oferta zaś złożona przez NBQ Sp. z o.o. jest ofertą mniej korzystną, podczas, gdy prawidłowo dokonana ocena ofert odpowiadająca zasadom oceny oferty wynikającym z ustawy Pzp nie pozostawia wątpliwości co do tego, że oferta NBQ Sp. z o.o. jest ofertą najkorzystniejszą;

6. art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1010, z późn. zm.), [dalej „uznk”] oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie polegające na nieuzasadnionym przyjęciu, że informacje zastrzeżone przez Portico, tj. wykaz personelu oraz sporządzona zgodnie z SIWZ metodologia wykonania przedmiotu zamówienia, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i w ślad za tym zaniechanie udostępnienia przedmiotowych dokumentów Odwołującemu, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia naczelnej zasady prawa zamówień publicznych, tj. zasady jawności postępowania, a także utrudnia Odwołującemu się udział w postępowaniu, pozbawiając go faktycznej możliwości weryfikacji poprawności oferty złożonej przez wyłonionego wykonawcę oraz skuteczne skorzystanie z przysługujących mu środków ochrony prawnej.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. uchylenie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej;
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

4. nakazanie Zamawiającemu odtajnienie;
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego się zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego - według spisu przedstawionego na rozprawie, wraz z dowodami potwierdzającymi poniesienie tych kosztów.

W zakresie zarzutu 1. Odwołujący wskazał, iż Zamawiający dokonując oceny ofert, w tym w szczególności oferty Odwołującego naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co przejawiało się w nieprzyznaniu Odwołującemu odpowiedniej liczby punktów, zaniżaniu ilości otrzymanych punktów, a także niekonsekwencję przyznawania punktów w zakresie tych samych parametrów przewidzianych w tzw. dokumencie metodologii, w kryterium „jakość” opisanych na podstawie wytycznych przedstawionych w SIWZ.

Odwołujący przywołał brzmienie rozdziału XXI pkt 3 SIWZ. Uzasadniał, iż w ocenie Odwołującego, Zamawiający w SIWZ przewidział zero - jedynkowy sposób punktacji wymaganego dokumentu w ramach jego poszczególnych elementów. Zamawiający bowiem wskazał liczbę punktów maksymalną i minimalną „zero” - jeśli dany element nie zostanie przez Wykonawcy w ww. dokumencie ujęty. Zauważyć należy, iż w zakresie kryterium jakości Zamawiający bardzo szczegółowo opisał wymagane przez siebie elementy tzw. metodologii, bez jednoczesnego wskazania ewentualnych zasad oceniania poszczególnych jego elementów.

Wskazał, iż z protokołu posiedzenia komisji oceniającej oferty oraz z załączonych do tego protokołu formularzy oceny ofert dokonanej przez poszczególnych członków komisji wynika, że przedłożony przez NBQ dokument posiada wszystkie wymienione w SIWZ elementy. Świadczy o tym przyznanie ofercie Odwołującego się określonej liczby punktów (większej niż zero) za wszystkie przewidziane przez Zamawiającego elementy dokumentu. Powinien zatem w kryterium jakości uzyskać maksymalną ilość punktów. Tymczasem, oferta Odwołującego nie uzyskała maksymalnej ilości punktów, przy czym ani SIWZ ani tym bardziej formularz ofert nie daje podstaw dla ustalenia dlaczego - poszczególne elementy dokumentu złożonego przez NBQ uzyskały określoną ilość punktów, w miejsce maksymalnej.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający zobowiązany jest prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie SIWZ, czyli dokumentu, w którym określa swoje wymagania i potrzeby, w szczególności opisuje kryteria, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Zgodnie z pzp kryteria powinny być opisane w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiając sprawdzenie informacji przedstawionych przez wykonawców. Z istoty kryteriów oceny ofert wynika dodatkowo, że mają one prowadzić do wyboru oferty najkorzystniejszej (zob. art. 91 ust. 1 w

zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp), wobec czego przyznawanie punktów w poszczególnych kryteriach musi być wyrazem stwierdzenia konkretnej przewagi oferty najwyższej w danym kryterium ocenionej nad pozostałymi, przy czym przewaga ta ma być obiektywna i weryfikowalna. Przyznawanie bowiem punktacji w ramach kryteriów oceny ofert nie może prowadzić do naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i zachwiania pomiędzy nimi uczciwej konkurencji.

Odwołujący przywołał również fragmenty orzeczenia KIO sygn. akt: 2178/17 z dnia 27 października 2017 r. oraz KIO sygn. akt 2045/17 z dnia 18 października 2017 r. dotyczące sposobu i określenia kryteriów oceny ofert.

W ocenie Odwołującego nie ma wątpliwości co do tego, że dokonana przez Zamawiającego ocena oferty NBQ Sp. z o.o. pozostaje w sprzeczności zarówno z przepisami prawa, jak i postanowieniami SIWZ.

W zakresie przedmiotowego zarzutu podniósł także, iż zgodnie z SIWZ Zamawiający przewidział, że oceny w zakresie kryterium jakość dokona dwóch członków Komisji, tymczasem z załączonych do protokołu posiedzenia komisji załączników wynika, że każdy z członków tej komisji dokonał oceny ofert złożonych w ramach niniejszego postępowania. W ocenie Odwołującego się dokonana przez Zamawiającego ocena narusza wskazane w ramach niniejszego zarzutu przepisy Pzp.

Odnosnie zarzutu 2. Odwołujący przywołał brzmienie rozdziału XIII pkt 2.2 lit. j) oraz rozdziału XXI pkt 2 lit. c) SIWZ. Wskazał, że Zamawiający nie wprowadził innych warunków, kryteriów lub opisu wymagań od których uzależnia przyznanie punktacji w ramach kryterium „doświadczenie” w zakresie funkcji technologa medycznego (poza wskazanymi w rozdziale XXI pkt 2 lit. c) SIWZ).

Odwołujący podał, że w ofercie złożonej dnia 28 lutego 2020 r. w ramach tabeli nr 5 wskazał na stanowisku p. U. T. do pełnienia funkcji zarówno w zakresie technologa medycznego, jak i kierownika zespołu weryfikacji dokumentów. Wskazana przez odwołującego się osoba spełniała zarówno określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, jak i warunki dodatkowe - w ramach obu funkcji - umożliwiające zdobycie Odwołującemu się maksymalnej ilości punktów w ramach oceny ofert w zakresie kryterium „doświadczenie”, o których mowa w rozdziale XXI pkt 2 lit c i d SIWZ.

Pismem z dnia 13 marca 2020 r. w ramach pkt 8 wezwania Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów i informacji w zakresie wyżej wskazanym. W uzasadnieniu wezwania Zamawiający wskazał, że zgodnie z SIWZ, w tym zgodnie ze wzorem umowy, Zamawiający nie dopuszcza możliwości łączenia więcej niż jednej funkcji przez jedną osobę spełniającą jednocześnie więcej niż jedno z wymagań podanych w SIWZ. Taki zapis Zamawiający zawarł w §6 ust. 2 wzoru umowy stanowiącym załącznik nr 10 do SIWZ.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący się wskazał, że w postanowieniach SIWZ Zamawiający nie zastrzegł, że nie dopuszcza możliwości łączenia więcej niż jednej funkcji przez jedną osobę spełniającą jednocześnie więcej niż jedno z wymagań podanych w SIWZ, na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołujący podkreślił, że takie zastrzeżenie znajduje się wyłącznie w zapisach umowy - załącznik nr 10 do SIWZ. Odwołujący wskazał, że w jego ocenie przedmiotowe zastrzeżenie obowiązuje Wykonawcę od podpisania umowy.

W związku z wezwaniem Odwołujący się na stanowisko technologa medycznego wskazał p. K. D., której doświadczenie było analogiczne, jak p. U. T. . Panią U. T. wskazał jako kierownika zespołu weryfikacji dokumentacji projektowej.

Dokonując oceny oferty Odwołującego się Zamawiający wskazał, iż wykonawca nie uzyskał punktacji w omawianym zakresie, bowiem zgodnie z zapisami SIWZ doświadczenie zespołu Inżyniera Kontraktu stanowiło kryterium badania ofert pod względem jakościowym, a zgodnie z orzecznictwem przyjmuje się, że dokumenty mające charakter jakościowy mają cechy oferty i nie podlegają uzupełnieniu. Dalej Zamawiający wskazał, że Odwołujący się pierwotnie w ramach warunków udziału w postępowaniu wskazał osobę, która miała pełnić dwojaką funkcję, co nie było dopuszczalne zapisami SIWZ tym samym doświadczenie tej osoby nie mogło stać się przedmiotem oceny w ramach kryterium dla dwóch ocenianych funkcji. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący na wezwanie wskazał nową osobę, przy czym Zamawiający nie wziął pod uwagę tej osoby przy ocenie ofert, przyznając w tym zakresie ofercie Odwołującego się zero punktów.

Takie stanowisko Zamawiającego zostało wskazane w ramach pisma z dnia 10 kwietnia 2020 r. skierowanego do Odwołującego się w odpowiedzi na wezwanie do wskazania uzasadnienia punktacji przyznanej jego ofercie.

Odwołujący kwestionował zgodność z prawem oceny Zamawiającego dokonanej w powyższym zakresie. Wskazał, iż Zamawiający zobowiązany jest prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie SIWZ, czyli dokumentu, w którym określa swoje wymagania i potrzeby, w szczególności opisuje kryteria, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Zgodnie z PZP kryteria powinny być opisane w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiające sprawdzenie informacji przedstawionych przez wykonawców. Kryteriów oceny ofert wykonawca nie może się domyślać, podejrzewać lub wnioskować z zapisów SIWZ. Odwołujący przywołał również orzecznictwo KIO dotyczące problematyki kryteriów oceny ofert.

W ocenie Odwołującego się Zamawiający dokonując oceny ofert zastosował wymóg, którego nie przewidział w SIWZ w ramach kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wskazał, iż nie kwestionuje, że zapisy umowy stanowiącej integralną część SIWZ są dla wykonawców wiążące, jednakże postanowienia umowy dotyczą warunków wykonywania umowy, a więc ich przestrzeganie aktualizuje się dla wykonawców dopiero z

chwila podpisania tej umowy. Nie można w ocenie Odwołującego przenosić warunków związanych z realizacją przedmiotu umowy po wyborze oferty najkorzystniejszej - a do tego etapu realizacji zamówienia odnosi się umowa - na warunki udziału w postępowaniu lub tym bardziej kryteria oceny ofert. Takie działanie Zamawiającego jest działaniem naruszającym nie tylko przepisy art. 7 ust. 1, art. 91 ust. 1 i art. 91 ust. 2d ale także art. 36 ust. 1 pkt 12,13,16 ustawy Pzp, które to przepisy w ramach odrębnych zapisów SIWZ kreują poszczególne elementy postępowania. Etapy oceny oferty i wykonywania zamówienia nie są tożsame i nie aktualizują się w tym samym momencie. Tak jest chociażby z obowiązkiem zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Wykonawca przystępując do postępowania zna warunki określone przez Zamawiającego w zakresie realizacji zamówienia i akceptuje je już na etapie ogłaszania przetargu, jednakże obowiązki te aktualizują się dla wykonawcy dopiero z chwilą podpisania umowy.

Odwołujący wskazał, iż rozumienie zapisów SIWZ w sposób prezentowany przez Odwołującego się nie było w ramach niniejszego postępowania rozumieniem odosobnionym. Zwracał uwagę, iż ECM Group Polska z siedzibą w Warszawie złożyła ofertę, w której osoba Kierownika Zespołu pokrywała się z osobą Inspektora Nadzoru Inwestorskiego branży konstrukcyjno - budowlanej oraz osoba technologa medycznego z osobą Kierownika Zespołu weryfikacji dokumentacji. Nawet zatem w przypadku nie podzielenia argumentacji Odwołującego się co do zastosowania w ramach kryteriów oceny ofert wymogu niewskazanego w SIWZ, niewątpliwym jest, że Zamawiający nie ustalił tych kryteriów w sposób jasny, przejrzysty i zachowaniem zasady uczciwej konkurencji. To zaś samo w sobie czyni czynność Zamawiającego niezgodną z PZP. Zapisy SIWZ w takim wypadku i ich nieprecyzyjność winny obciążać Zamawiającego, a nie wykonawcę co z kolei skutkuje koniecznością przyjęcia, że Zamawiający nie przewidział w SIWZ warunku którym posłużył się przy ocenie ofert w ramach kryterium „doświadczenia” a oferta wykonawcy winna uzyskać maksymalną ilość punktów w ramach kryterium „doświadczenie” w zakresie technologa medycznego.

W przedmiocie zarzutu 3. Odwołujący przywołał brzmienie rozdziału XIII pkt 2.1 tiret pierwsze oraz rozdziału XIV pkt 12 SIWZ. Uzasadniał, że mając tak skonstruowane warunki postanowienia SIWZ w ramach omawianego warunku Zamawiający wyraźnie wskazał ryzyka od jakich w związku z działalnością wykonawca ma posiadać ubezpieczenie. Portico przedłożyło do oferty polisę OC, z której wynika, że ryzyko w zakresie rozliczania inwestycji nie zostało uwzględnione. Innymi słowy, polisa wyłonionego w przetargu wykonawcy nie spełnia warunków określonych w SIWZ, bowiem wykonawca ten nie posiada ubezpieczenia OC w zakresie rozliczania inwestycji.

Wskazał, iż z przedłożonego dokumentu polisy wynika, że ubezpieczoną działalnością wykonawcy jest działalność Konsultingu Inżynieryjno - Technicznego, zwana dalej działalność

konsultingowa. Działalność konsultingowa przy tym jest terminem zdefiniowanym w przedłożonej polisie OC. Z definicji tego terminu wynika, że działalność konsultingowa nie jest równoważna zakresem działalności Inżyniera Kontraktu/Inwestora Zastępczego. O tym świadczy użycie zwrotu „w tym w ramach pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu”.

Dalej z przedłożonego dokumentu polisy wynika, że działalność konsultingowa obejmuje wyłącznie wskazane w polisie obszary, definiowane jako odrębne ryzyka. Polisa wskazuje 11 obszarów działalności konsultingowej przy czym żaden z nich nie obejmuje swoim zakresem rozliczania finansowego inwestycji.

Odwołujący zauważył, iż przedłożona przez Odwołującego się polisa OC zawiera w swej treści wskazanie, że jej zakresem objęte są usługi w zakresie zarządzania finansami projektu. Okoliczność ta potwierdza, że ryzyko ubezpieczeniowe związane z nadzorem nad rozliczaniem inwestycji jest odrębnym ryzykiem ubezpieczeniowym i musi zostać wyraźnie w polisie przewidziane. Brak wymienienia takiego ryzyka jest w ocenie Odwołującego jednoznaczne z nieobjęciem go zawartą umową OC.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający winien był uznać, że wykonawca nie spełnił określonych w SIWZ warunków udziału w postępowaniu, co zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp winno skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania, a dalej odrzuceniem oferty Portico, zgodnie z art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Podniósł dalej, iż nawet w przypadku niepodzielania podglądu Odwołującego się co do konieczności wykluczenia Portico z postępowania, z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu nie ma wątpliwości co do tego, że przedłożona przez Portico polisa OC nie wskazuje w sposób jednoznaczny, że jej zakresem objęty jest nadzór finansowy nad inwestycją, czego Zamawiający wyraźnie w SIWZ zażądał. Podkreślenia w tym miejscu wymaga fakt, iż Zamawiający nie może domniemywać spełnienia warunków przez wykonawcę, czy dokonywać w tym zakresie subiektywnej interpretacji przedłożonych dokumentów. Warunki udziału w postępowaniu winny być wykazane w sposób obiektywny i niezaprzeczalny, czego w niniejszym postępowaniu zabrakło. Niewątpliwym w ocenie Odwołującego się jest, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający, nawet jeżeli nie podziela poglądu co do wykluczenia Portico, winien był wezwać go do uzupełnienia oferty lub co najmniej złożenia wyjaśnień. Brak aktywności Zamawiającego w tym zakresie stanowi naruszenie art. 26 ust. 1 i 3, ewentualnie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu 4. Odwołujący przywołał brzmienie rozdziału XIII pkt 2.1 tiret drugie oraz rozdziału XIV pkt 11 SIWZ. Wskazał, że wykonawca Portico złożył ofertę, do której załączył zaświadczenie z banku Santander. Zaświadczenie wystawione zostało przez bank dnia 29 stycznia 2020 r. W zaświadczeniu w ramach każdego z instrumentów wskazany został stan środków finansowych aktualny na dzień 24 stycznia 2020 r. Zgodnie

z rozdziałem XIX ust. 1 SIWZ Zamawiający ustalił termin składania ofert na dzień 28 lutego 2020 r.

Wskazał, iż przywołany powyżej zapis SIWZ (rozdział XIV pkt 11) jest zgodny z §2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. 2016, poz. 1126, z późn. zm.). Przedmiotowe zapisy SIWZ i rozporządzenia nie pozostawiają żadnych wątpliwości co do tego, że dokument potwierdzający spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej wykonawcy musi potwierdzać tę sytuację na dzień nie wcześniejszy niż miesiąc przed upływem terminu składania ofert. Podkreślał, iż decydujące znaczenie w tym zakresie należy nadać dacie potwierdzającej sytuację finansową wykonawcy, a nie dacie wystawienia dokumentu taką sytuację potwierdzającą.

W związku z powyższym wykonawca zobowiązany był do przedłożenia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej na dzień nie później niż 28 stycznia 2020 r. Tymczasem przedłożony w toku postępowania dokument potwierdza tę sytuację odnośnie Portico na dzień 24 stycznia 2020 r., co jest niezgodne z warunkami udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający winien był uznać, że wykonawca nie spełnił określonych w SIWZ warunków udziału w postępowaniu, co zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp winno skutkować wykluczeniem Wykonawcy z postępowania, a dalej odrzuceniem oferty Portico, zgodnie z art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, iż nawet w przypadku niepodzielenia podglądu Odwołującego się co do konieczności wykluczenia Portico z postępowania, z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu nie ma wątpliwości co do tego, że przedłożone przez Portico zaświadczenie bankowe nie wskazuje spełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Niewątpliwym zatem w ocenie Odwołującego się jest, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający, nawet przy nie podzieleniu poglądu co do wykluczenia Portico i odrzucenia oferty, winien był wezwać go do uzupełnienia oferty. Brak aktywności Zamawiającego w tym zakresie stanowi naruszenie art. 26 ust. 1 i 3, ewentualnie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego Odwołujący się wskazał dodatkowo, iż z zaświadczenia bankowego złożonego przez Portico wynika, że:

1. saldo na pierwszym rachunku bieżącym na dzień 24 stycznia 2020 r. razem z kredytem to kwota 182.142,60 zł;
2. saldo na drugim rachunku bieżącym na dzień 24 stycznia 2020r. to kwota 608,99 zł;
3. zdolność kredytowa tego wykonawcy jest na poziomie 700.000,00 zł z czego 517.857,40 zł zostało już przez tego wykonawcę wykorzystane - realna zdolność kredytowa zatem tego

wykonawcy jest na poziomie 182.142,60 zł (jest to zatem potwierdzenie, że kwota na rachunku bieżącym - pkt 1 niniejszego zaświadczenia jest kwotą łącznych środków finansowych jakimi rzeczywiście dysponuje Wykonawca – Portico);

4. wykonawcy przysługuje multilinia wyłącznie na gwarancje, które nie są rozpatrywane w kategoriach „środków finansowych, którymi Wykonawca dysponuje” ani „zdolnością kredytową”.

W ocenie Odwołującego się nie ma wątpliwości co do tego, że zdolność kredytową wykonawcy należy rozumieć, jako zdolność do pozyskania kredytu w wysokości umożliwiającej sfinansowanie zamówienia. Nie może to być zdolność rozumiana jako możliwość uzyskania gwarancji bankowych (linia gwarancyjna). Tym samym wykazanie się posiadaniem linii gwarancyjnej nie może być utożsamiane z posiadaniem określonej zdolności kredytowej. Dalej, zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 13 kwietnia 2016 r., sygn. akt 468/16 - zdolność kredytową ocenia się niejako na przyszłość, tj. w stosunku do kredytów, które dopiero mają zostać udzielone. Natomiast kredyty udzielone już wcześniej tę zdolność co najwyżej zmniejszają, gdyż mieszczą się po stronie pasywów wykonawcy jako jego zadłużenie. Zdolność kredytowa musi być zdolnością realną, aktualną na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a nie zdolnością na dzień przyznawania kredytu. Zresztą sam przepis rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane wskazuje, że „aktualność” oceny zdolności kredytowej to jedynie miesiąc przed upływem terminu składania ofert. Nie ma wątpliwości zatem, że zdolności kredytowej nie można obliczać, według maksymalnej kwoty kredytu w rachunku bieżącym.

W powyższym zakresie Odwołujący wezwał Zamawiającego do uchylenia niezgodnej z ustawą Pzp czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający pismem z dnia 15 kwietnia 2020 r. wskazał, iż w jego ocenie zdolność kredytowa Portico została wykazana, bowiem z załączonego zaświadczenia wynika, że Portico posiada kredyt w wysokości 700.000,00 zł oraz korzysta z multilini na kwotę 750.000,00 zł czyli w wysokości większej niż wymagania określone w SIWZ. Zdaniem Zamawiającego przedłożone zaświadczenie bankowe jest zgodne z SIWZ i potwierdza spełnienie przez Portico warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego się, stanowisko Zamawiającego narusza przepisy Pzp w tym w szczególności art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2 ustawy Pzp. Nie ma bowiem wątpliwości co do tego, że wyłoniony przez Zamawiającego wykonawca, na dzień złożenia oferty nie posiadał już zdolności kredytowej w tym zakresie na kwotę 700.000,00 zł, jak to wynika z zaświadczenia, lecz jedynie na kwotę 182.142,60 zł - tym samym wyłoniony wykonawca nie spełniał warunków udziału w postępowaniu. Oceny w tym zakresie nie zmienia wzięta pod uwagę przez Zamawiającego okoliczność przyznania multilinii.

Odwołujący podniósł, iż z zaświadczenia Santander Bank nie wynika na jakich warunkach multilinia została udzielona, w tym w szczególności czy korzystanie z jednego z instrumentów finansowych skutkuje modyfikacją prawa do skorzystania z drugiego instrumentu tzn. czy wykorzystanie środków w ramach jednej umowy obniża zdolność i prawo Wykonawcy do korzystania z drugiego instrumentu. Interpretowanie zatem przez Zamawiającego, w powołaniu na orzecznictwo KIO, odnoszące się do innego stanu faktycznego, jest niezasadne.

Nawet bowiem w przypadku nie podzielenia poglądu Odwołującego się co do istnienia przesłanek do wykluczenia Portico z postępowania, nie ma wątpliwości co do tego, że Zamawiający nie może domniemywać spełnienia warunków przez wykonawcę, czy dokonywać w tym zakresie subiektywnej interpretacji przedłożonych dokumentów. Warunki udziału w postępowaniu winny być wykazane w sposób obiektywny i niezaprzeczalny, czego w niniejszym postępowaniu zabrakło. Niewątpliwym w ocenie Odwołującego się jest, iż załączone przez Portico zaświadczenie nie potwierdza w sposób jednoznaczny spełniania przez tego wykonawcę udziału w postępowaniu, co obliguje Zamawiającego do wezwania wykonawcy do uzupełnienia oferty lub co najmniej złożenia wyjaśnień. Brak aktywności Zamawiającego w tym zakresie stanowi naruszenie art. 26 ust. 1 i 3, ewentualnie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Następnie odnośnie zarzutu 5. Odwołujący wskazał, że z uwagi na zasadność podniesionych w niniejszym odwołaniu zastrzeżeń co do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Portico oraz co do niezgodnej z SIWZ oceny ofert, czynność Zamawiającego polegająca na uznaniu, że oferta wykonawcy Portico jest ofertą najkorzystniejszą, oferta zaś złożona przez NBQ Sp. z o.o. jest ofertą mniej korzystną jest czynnością naruszającą przepis art. 91 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 1 i 5 ustawy Pzp. Brak naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w ramach zarzutów określonych w pkt 1-4 i 6 odwołania skutkowałoby dokonaniem prawidłowej oceny ofert odpowiadającej zasadom oceny oferty wynikającym z ustawy Pzp i doprowadziłoby do wyłonienia oferty Odwołującego się jako oferty najkorzystniejszej.

W zakresie zarzutu 6. Odwołujący podał, iż wezwał Zamawiającego do udostępnienia wykazu osób, którymi Portico będzie posługiwało się przy realizacji zamówienia oraz do udostępnienia przedłożonej przez ww. wykonawcę metodologii celem zweryfikowania zasadności oceny dokonanej przez Zamawiającego oraz prawidłowości oceny spełniania przez ww. wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający w odpowiedzi na wezwanie Odwołującego się wskazał, iż informacje te i dokumenty zostały zastrzeżone przez Portico jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze stanowisko Zamawiającego Odwołujący się wskazał, iż z uwagi na odmowę udostępniania wymienionych wyżej dokumentów nie jest w stanie sformułować

zarzutów dalej idących niż wskazane w niniejszym odwołaniu. Odwołujący się bowiem nie ma dostępu do utajnionych informacji związanych z oceną oferty Portico w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert i pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Dopiero po rozstrzygnięciu przez Izbę zarzutów dotyczących niezasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i odtajnieniu przez Zamawiającego informacji nieskutecznie zastrzeżonych, Odwołujący będzie w stanie zapoznać się z okolicznościami faktycznymi mogącymi stanowić podstawę nowych zarzutów i ocenić, czy na ich podstawie zasadne jest wnoszenie odwołania. Wymóg, aby Odwołujący wyprzedzająco formułował zarzuty, nie znając okoliczności faktycznych leżących u ich podstaw, byłby nie do pogodzenia z podstawowymi zasadami ustanowienia środków odwoławczych w przepisach Pzp. W celu realizacji uprawnień procesowych Odwołującego konieczne jest więc nakazanie przez Izbę Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, także w przypadku uwzględnienia odwołania jedynie w zakresie zarzutu zaniechania ujawnienia informacji zastrzeżonych przez Portico, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Uwzględnienie tego zarzutu może więc mieć zdaniem Odwołującego wpływ na wynik postępowania, niezależnie od zasadności innych poniesionych w ramach niniejszego odwołania zarzutów.

Uzasadniał, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest, co do zasady, jawne. Przepis Pzp dający wykonawcy prawo zastrzeżenia pewnych informacji zawartych w ofercie za tajemnicę przedsiębiorstwa, jest wyjątkiem od tej zasady, a co za tym idzie powinien on być stosowany tylko w wyjątkowych i uzasadnionych okolicznościach (wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2014 r., sygn. akt: KIO 1535/14).

Obowiązkiem Zamawiającego - w toku udzielania zamówienia - jest zweryfikowanie, czy informacje zastrzeżone przez wykonawcę rzeczywiście posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. uznk (uchwała SN z dnia 21 października 2005 r., III CZP 74/05).

W ocenie Odwołującego się Zamawiający nie wywiązał się z tego obowiązku, przyjmując za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy bez żadnych dowodów w tym zakresie oraz bez wykazania przez Portico, że złożona w ramach postępowania metodologia oraz wykaz osób mają jakąkolwiek wartość gospodarczą.

Odwołujący zauważył, iż dane personalne osób wskazywanych w ramach niniejszego postępowania będą informacjami jawnymi na etapie realizacji przedmiotu zamówienia nie tylko dla wykonawców, ale także dla każdej osoby, która o udostępnienie takich danych zawnioskuje.

Podniósł, iż Portico komponuje zespół osobowy na potrzeby niniejszego postępowania - informacje zatem w tym zakresie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa choćby już tylko z tego powodu, że tajemnica jest wartością chronioną przez cały czas, a nie tylko na etapie od

dnia złożenia oferty do zawarcia umowy (wyrok KIO z dnia 8 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 879/16).

Analogicznie do oceny utajnienia informacji co do wykazu osób ocenić należy utajnienie tzw. metodologii działania, która przez każdego z wykonawców stworzona była na potrzeby niniejszego postępowania w sposób celowany. Przypomnieć należy, iż treść tego dokumentu w sposób wyjątkowo szczegółowo wskazywała SIWZ, w niektórych miejscach nawet ze sposobem prezentacji treści. Każdy z Wykonawców przystępujący do przetargu dokumenty dotyczące sposobu i jakości wykonania zamówienia sporządzał w sposób celowany na potrzeby niniejszego przetargu. Zawartość tego dokumentu co do zasady odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia bez żadnych innowacyjnych i autorskich ze strony Wykonawców rozwiązań, bowiem Zamawiający wymagał, aby dokument ten w pełni był zgodny z opisem przedmiotu zamówienia. Brak jest zatem zupełnie podstaw dla objęcia tego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstw, w szczególności jedynie na podstawie zastrzeżenia takiej tajemnicy przez wykonawcę składającego taki dokument.

W końcu Odwołujący podniósł, iż zastrzeżone przez Portico informacje odnoszą się do kryterium oceny ofert, co oznacza, że dotyczą kluczowej sfery postępowania, mającej bezpośrednie przełożenie na wybór oferty najkorzystniejszej i potencjalnie sferę skuteczności środków ochrony prawnej, czyli fundamentalnej reguły zamówień publicznych. Utajnienie kluczowych elementów oferty pozbawia pozostałych wykonawców możliwości weryfikacji prawidłowości innych ofert. Konkurenci mają prawo zweryfikować personel pozostałych wykonawców, żeby ustalić, czy odpowiada to wymogom Zamawiającego i czy ten prawidłowo przyznał punkty. Potwierdziła to Izba w wyroku z dnia 19 sierpnia 2015 r., sygn. akt 1697/15 (dodatkowo KIO 860/19).

W związku z powyższym, działanie Zamawiającego polegające na zaniechaniu odtajnienia i udostępnienia oferty Portico w zakresie dotyczącym doświadczenia zespołu Inżyniera Kontraktu podlegającego ocenie zarówno w ramach warunków udziału w postępowaniu jaki i w ramach kryteriów oceny ofert oraz dokumentu pn. „Organizacja i system zarządzania kontraktem”, jest czynnością Zamawiającego sprzeczną z przepisami Pzp i jako taka powinna zostać uchylona.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 30 kwietnia 2020 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie zarzutu 1. Zamawiający wskazał, iż jednoznacznie określił w SIWZ sposób dokonania oceny w zakresie kryterium jakości. Zgodnie z opisem zawartym w SIWZ Zamawiający dokonywał oceny przedłożonych przez Oferentów dokumentów pn. „Organizacja i system zarządzania kontraktem” w poszczególnych, wskazanych w SIWZ kryteriach dotyczących jakości zarządzania projektem przez Oferentów. Każde z kryteriów,

w zależności od jego przyjętej wagi dla jakości całego przedsięwzięcia, posiadało określoną ilość punktów, przyjętą w zakresie widełek 0 pkt (Oferent nie przedstawił organizacji systemu zarządzania kontraktem w danym elemencie) do max ilości punktów (w sytuacji gdy Oferent przedstawił dane zagadnienie jakościowe i zarządzania w sposób kompletny, spójny, czytelny i potwierdzający ujęcie pełnego zakresu działań Inżyniera). Liczba maksymalnych do uzyskania punktów w tym kryterium wynosiła 320 pkt, a punktacja była przeprowadzana niezależnie przez merytorycznych członków komisji w oparciu o przedłożone przez Oferentów dokumenty zawarte w dokumentacji „Organizacji i systemu zarządzania kontraktem”. Każdy z członków niezależnie oceniał dla poszczególnych elementów zarządzania kontraktem, określonych w SIWZ i w ramach ustanowionych tam widełek punktowych, dokumenty przedstawione przez każdego z Oferentów. Ocena poszczególnych ofert została wyliczona jako średnia z ocen poszczególnych członków Komisji, zgodnie z zapisami SIWZ i określiła liczbę punktów uzyskanych przez każdego z Oferentów.

Opis poszczególnych elementów wraz z punktacją zawarty w SIWZ określa konieczność przedstawienia odpowiednich procedur, procesów, struktur organizacji projektu z przedstawieniem zakresów odpowiedzialności, kompetencji i zależności, ze szczególnym uwzględnieniem istotnej roli Inżyniera Kontraktu i Zamawiającego.

Całkowicie błędna jest swobodna interpretacja zapisów SIWZ przez NBQ Sp. z o.o., określająca sposób przyznawania punktacji w kryterium jakości w systemie zero-jedynkowym tzn. 0 pkt za nie przedłożenie dokumentu do danego ocenianego elementu i maksymalną liczbę punktów za przedłożenie dokumentów w tym zakresie. Taki sposób punktacji nie odpowiadałby ani wagowo przyjętym poszczególnym kryterium cząstkowym w ilości punktów (przyjętymi w odniesieniu do wpływu danego zakresu zarządzania na całość przedsięwzięcia) ani nie odpowiadałby jakiegokolwiek ocenie kryterium jakości. Zamawiający dokonywał tu oceny merytorycznej, biorąc pod uwagę wszystkie dokumenty przedłożone przez Oferentów w wymaganym dokumencie, w tym opis procedur wraz z wykazaniem efektów końcowych działań, udział uczestników procesów w tym Zamawiającego i Inżyniera Kontraktu, wzory stosowanych dokumentów, plan procesu i zarządzania poszczególnymi zadaniami i elementami, spójność dokumentów itd. Każda z ofert punktowana była merytorycznie dla każdego z kryteriów zgodnie z zasadami oceny jakości, nie jak sugeruje odwołujący się, ilości. Opisywane przez Oferentów procedury znacząco różniły się merytorycznie oraz stopniem opisu działań Inżyniera dla realizacji poszczególnych elementów kryteriów jakości zadania inwestycyjnego, co zostało odzwierciedlone w ilościach przyznawanych punktów cząstkowych. Oferent, który opisał dane zagadnienie w sposób jasny, kompletny, z podaniem przebiegu procedur, określeniem dokumentów powstających w poszczególnych etapach, zaangażowania poszczególnych stron procesu inwestycyjnego w zgodzie z założeniami SIWZ i Umowy na pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu, otrzymywał odpowiednio wyższą ilość

punktów częściowych od oferenta, który opisał ogólnie zagadnienie, bez określenia metod, narzędzi, efektów czy zakresów odpowiedzialności poszczególnych uczestników, ze szczególnym uwzględnieniem roli przypisanej Inżynierowi Kontraktu.

Zamawiający podniósł, że ocena była przeprowadzana przez członków komisji niezależnie a ich wyniki indywidualne uśrednione zostały wyliczone jako średnia z ocen jednostkowych do oceny końcowej oferentów, co pozwala na uniknięcie stronniczego lub niesprawiedliwego punktowania poszczególnych oferentów. Oceny poszczególnych członków komisji były indywidualne, ale ich wyniki potwierdzają całościową ocenę jakościową przyjętego kryterium. Oferta NBQ Sp. z o.o. odbiegała tu od pozostałych ofert, uzyskując 11,86 pkt, odpowiednio przy 19,36 pkt (SMCE Europe) i 18,96 pkt (Portico Project Management). W ogólnym podsumowaniu dokument przedstawiony przez NBQ Sp. z o.o. stanowił w znaczącej części kopię zakresu działań Inżyniera Kontraktu, wskazanym i opisanym przez Zamawiającego w Załączniku nr 1 do SIWZ, stanowiącym Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia, określając w sposób bardzo ogólny co ma być wykonane (zakres działania) ale bez podania metodologii (jak zostanie to wykonane, jak zostanie to oceniane, jakie dokumenty powstaną) oraz bez podziału zakresów odpowiedzialności pomiędzy poszczególnych członków zespołu Inżyniera Kontraktu.

Z uwagi na stopień skomplikowania planowanej inwestycji, stanowiącej projekt i budowę obiektu szpitalnego wraz z wyposażeniem, przy wykorzystaniu dotacji celowych MON, kryterium oceny jakości działań Inżyniera Kontraktu zostało przez Zamawiającego potraktowane jako bardzo istotne i zostały ocenione w sposób obiektywny w oparciu o kryteria wskazane w SIWZ. Przyjęcie stanowiska odwołującego za prawidłowe, że kryterium jakości ofert sprowadzone by zostało do oceny typu przedłożył/nie przedłożył, powodowało by jedynie ocenę ilościową oferty w tym zakresie, która w żadnej mierze nie może być potraktowana jako ocena jakości proponowanej usługi. Podnoszenie w odwołaniu takich zastrzeżeń, potwierdza w ocenie Zamawiającego, że firma NBQ Sp. z o.o. przejawia brak zrozumienia i profesjonalnego podejścia do jakości oferowanej usługi w ramach niniejszego postępowania. Odwołujący błędnie interpretuje także zapisy SIWZ w zakresie sposobu oceny kryterium i sposobu przyznawania punktów, co zostało jasno określone w treści SIWZ i w taki sposób przeprowadzone przez Zamawiającego.

Zamawiający wskazał, że waga kryterium, w stopniu szczegółowości dla poszczególnych ocenianych zagadnień wraz z przyporządkowaniem ilości punktów dla poszczególnych zakresów oceny, została jasno i czytelnie opisana w SIWZ. W oparciu o te kryteria ilości punktów zakresie ustanowionych widełek min-max Zamawiający dokonał oceny poszczególnych ofert. Każdy z oferentów punktowany był w tym kryterium niezależnie, w oparciu o złożone oferty przez merytorycznych członków komisji. Ocena była w pełni obiektywna i weryfikowalna w oparciu o przyjęte kryteria punktowe. Chybiony jest zatem zarzut

nierównego traktowania oferentów, gdyż odwołujący się nie wykazał w żadnej mierze braku obiektywności, mierzalności czy nierównego traktowania każdego z Oferentów czy naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Ocena Odwołującego się sprowadza się do lakonicznego stwierdzenia, że nie zgadza się z ilością przyznanych mu punktów, podczas gdy przedstawiając w jakikolwiek sposób spełnienie zakresów oceny kryterium jakości powinien on dostać maksymalną ilość punktów za samo przedstawienie zakresu, bez jego oceny zgodnie z SIWZ.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie podnosił kwestii nieobiektywności i sprzeczności z przepisami prawa przyjętego sposobu oceny ofert w kryterium jakości na etapie postępowania, przed składaniem ofert, a podnosi je po dokonaniu oceny ofert nie zgadzając się z oceną Zamawiającego. W istocie więc nie kwestionuje samego kryterium, sposobu jego oceny w sposób zobiektywizowany, mierzalny i uwzględniający równe traktowanie oferentów, ale samą ilość punktów przyznaną mu w ramach oceny ofert.

Odnosnie zarzutu 2. Zamawiający podał, że zarzut nie znajduje uzasadnienia. Stosownie do zapisów SIWZ doświadczenie zespołu Inżyniera Kontraktu stanowiło kryterium badania ofert pod względem jakościowym, a zgodnie z orzecznictwem przyjmuje się, że dokumenty mające charakter jakościowy mają cechy oferty i nie podlegają uzupełnieniu. Wykonawca pierwotnie w ramach warunku udziału w postępowaniu wskazał osobę, która miała pełnić dwojaką funkcję, co nie było dopuszczalne zapisami SIWZ, tym samym doświadczenie tej osoby nie mogło stać się przedmiotem oceny w ramach kryterium dla dwóch ocenianych funkcji. Firma NBQ Sp. z o.o. została wezwana do uzupełnienia w/w dokumentów jedynie w zakresie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca uzupełnił dokument - wskazał nową osobę posiadającą wymagane uprawnienia przy czym Zamawiający nie wziął tej osoby pod uwagę przy ocenie oferty z zastosowaniem ustalonych w postępowaniu kryteriów oceny ofert, przyznając 0 pkt. Zamawiający uznał, że wykonawca wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu, jednakże nie uznał nowo wskazanej osoby przy dokonywaniu oceny ofert z zastosowaniem ustalonego kryterium oceny ofert.

Zamawiający wskazał, że należy oddzielić od siebie dokumenty składane na potwierdzenie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu od dokumentów dotyczących kwalifikacji podmiotowej i tak samo należy odróżniać od siebie te dwie procedury, tj. kwalifikację podmiotową wykonawców i kwalifikację przedmiotową ofert.

Na potwierdzenie ww. stanowiska przywołał wyrok KIO z dnia 5 września 2018 r. sygn. akt: KIO 1688/18 oraz z 4 maja 2017 r. sygn. akt: 763/17.

Ocenie Zamawiającego podlegały wyłącznie dokumenty, które zostały dołączone do oferty. Ocena dodatkowego doświadczenia po uzupełnieniu naruszałaby fundamentalną zasadę art. 7 ustawy Pzp.

W przedmiocie zarzutu 3. Zamawiający wskazał, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego przedstawiona przez Portico polisa ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej zawiera pełen zakres czynności Inżyniera Kontraktu określonych w SIWZ i wzorze umowy. Poszczególne zakresy ochrony ubezpieczeniowej zostały zawarte w całej polisie i nie mogą być zawężane jedynie do jej wycinkowego zakresu, jak to sugeruje Odwołujący. Polisa, w ocenie Zamawiającego, obejmuje całość działań Inżyniera Kontraktu/Inwestora Zastępczego wskazanego przez Zamawiającego. Nie ma tu znaczenia przyjęta nomenklatura pojęcia „Inżynier Kontraktu”, bowiem funkcja ta określana jest różnorodnie, w tym jako Inżynier Kontraktu, inwestor zastępczy, Project manager, itp. i w rzeczywistości zakres realizowanych czynności określa jej rolę. Przedstawiona przez Portico polisa obejmuje wszelkie zakresy uwzględnione przez Zamawiającego, tj. odpowiadające etapom projektowym, przetargowym, realizacji robót we wszystkich fazach realizacji. Z uwagi na niezdefiniowanie w przepisach prawa pojęcia „Inżynier Kontraktu” zawierane przez podmioty polisy ubezpieczeniowe różnią się w tym zakresie znacząco w sposobie opisu bądź wykluczeń poszczególnych zakresów usług, w zależności od zawartej polisy.

Przedłożona polisa firmy Portico nr 908210799087 zawiera, w ocenie Zamawiającego, wszelkie wymagane elementy, w tym szeroko rozumiane doradztwo w zakresie projektów czy świadczenie usług konsultingu inżynieryjno-technicznego. Szeroko rozumiane doradztwo czy konsulting obejmują szereg czynności, w tym także związanych z rozliczeniami inwestycji, nadzorem nad budżetem inwestycji czy w inny sposób opisywany przez poszczególne towarzystwa ubezpieczeniowe. Polisy w zakresie szkód nieobjętych danym ubezpieczeniem zawierają raczej wykluczenia, jasno opisane w dokumentach. Przedmiotowa polisa nie zawiera takich wykluczeń, potwierdza pełen zakres usługi objętych pojęciem „Inżyniera Kontraktu” a działania finansowe nie muszą być w żaden sposób wyodrębnione i kryją się z reguły pod pojęciami „doradztwo”, „analizy”, „ocena”. Przedmiotowa polisa zawiera szereg takich czynności, jak chociażby pkt 7 „czynności związane z zakończeniem inwestycji budowlanych”, którym istotnym elementem jest zawsze rozliczenie kontraktu czy pkt 10 „reprezentacja zlecającego w stosunkach zewnętrznych w zakresie zagadnień inżynieryjnotechnicznych”, których istotną częścią w każdej inwestycji są także kwestie czasowe i finansowe, oprócz jakościowych. Polisa nie zawęża nigdzie tego pojęcia, nie zawiera wykluczeń w kwestiach finansowych i rozliczeń do przedstawionych zakresów czynności.

Zamawiający podkreślił, że w postanowieniach dodatkowych (str. 4 polisy firmy Portico) pkt 1 wprost zawiera zakres ochrony ubezpieczeniowej obejmujący „szkody wynikłe w związku z przekroczeniem ustalonych kosztów, o ile stanowią one następstwo szkody wynikłej z uchybienia Ubezpieczonego, objętej zakresem ubezpieczenia”. Zatem zakres nadzoru nad budżetem i rozliczeniami inwestycji jest w przedmiotowej polisie wprost ujęty

w powyższym zapisie oraz zgodnie z zakresem ogólnym polisy nie posiadającej wyłączeń w tym zakresie. Rozliczenia inwestycji stanowią zaledwie część całego procesu zarządzania budżetem (ustalonymi kosztami inwestycji), zdefiniowanie zatem odpowiedzialności za przekroczenie ustalonych kosztów w pełni obejmuje działania zatwierdzania płatności, odbioru rzeczowo-finansowego robót, rozliczeń, monitorowania kosztów itp. właściwych dla pełnienia kompleksowej funkcji Inżyniera Kontraktu.

Zamawiający podniósł, że funkcja zarządzającego projektem/Inżyniera kontraktu jest na tyle szeroką funkcją, obejmującą bardzo duże zakresy różnych czynności w prowadzeniu inwestycji w imieniu Zamawiającego, że ich szczegółowe opisanie w dokumencie polisy jest wręcz niemożliwe, stąd literalne wykluczenia w dokumentach polisy.

W związku z powyższym, w ocenie Zamawiającego, oferent spełnia warunki przedstawione w SIWZ w zakresie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Zamawiający wskazał na niekonsekwencję Odwołującego, który w przedstawionej przez siebie polisie ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej zawodowej przez PZU S.A. nr 10088618001 zawiera właśnie wskazywane przez Zamawiającego wykluczenia, tj. w zakresie pkt 8 Polisy w Klauzuli Nr 74 zawiera, „PZU nie ponosi odpowiedzialności za szkody:

3) wynikłe z niedotrzymania lub przekroczenia ustalonych lub szacowanych kosztów,
6) wynikłe w związku ze świadczeniem doradztwo inwestycyjnego; przy czym przez doradztwo inwestycyjne należy rozumieć zobowiązanie do przygotowania i przedstawienia rekomendacji dokonania określonej transakcji albo powstrzymania się od dokonania określonej transakcji”.

Powyższe zapisy oznaczają, że faktycznie polisa Odwołującego nie obejmuje właśnie kwestii rozliczeń projektu, nadzoru nad budżetem, rozliczeń Wykonawców itp. czynności wymaganych przez Zamawiającego, które sam Odwołujący podnosi w niniejszym odwołaniu.

W zakresie zarzutu 4. Zamawiający wskazał, że wykonawca Portico przedstawił opinię bankową, zgodnie z którą posiada kredyt na kwotę 700.000,00 zł oraz dodatkowo korzysta z multilinii na kwotę 750.000,00 zł, czyli w wysokości większej niż wymagania określone przez Zamawiającego. Zastrzeżenia odnośnie wydanej opinii dotyczą tylko fizycznych środków finansowych jakie posiada obecnie Wykonawca. W ocenie Zamawiającego opinia ta spełnia warunki określone w SIWZ. Zamawiający podał, że celem złożenia opinii z banku w postępowaniu przetargowym jest uzyskanie informacji o potencjalnej możliwości uzyskania przez dany podmiot środków finansowych na wymaganym przez zamawiającego poziomie a nie udzielenie konkretnego kredytu. Na potwierdzenie prezentowanego stanowiska Zamawiający przywołał wyrok KIO z dnia 9 marca 2017 r., sygn. akt KIO 352/17.

Odnosząc się do zarzutu 6. Zamawiający wskazał, że części oferty firmy Portico stanowią część zastrzeżoną i zgodnie z przepisami ustawy Pzp nie mogą zostać udostępnione

podmiotom trzecim. Wykonawca Portico wykazał zasadność zastrzeżenia dokumentu „Organizacja i system zarządzania kontraktem” oraz „Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego” wskazując, że Informacje zawarte w w/w dokumencie mają charakter informacji organizacyjnych przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk bowiem dokument ten prezentuje, wypracowane przez Wykonawcę w toku wieloletniej działalności gospodarczej, sposoby efektywnej organizacji czasu pracy i zarządzania pracą personelu przy wykonywaniu czynności objętych zamówieniem oraz dane co do struktury organizacyjnej przedsiębiorstwa w ramach której zamówienie ma być wykonywane.

W dokumencie tym wskazano w szczególności sprofilowane na potrzeby przedmiotowego zamówienia strukturę organizacji projektu oraz strukturę organizacji zespołu Inżyniera Kontraktu, a także dostosowany harmonogram pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu z zasadami jego uszczegóławiania.

Dokument zawiera także wykaz zidentyfikowanych na podstawie doświadczeń Wykonawcy działań Inżyniera Kontraktu, które mają służyć sprawnemu nadzorowi nad prowadzonymi pracami budowlanymi oraz szczegółowe informacje co do proponowanego sposobu zarządzania Projektem, w tym autorskie rozwiązania w zakresie zarządzania kosztami i ryzykami w toku realizacji nadzorowanych prac.

Powyższe informacje posiadają wartość gospodarczą w rozumieniu orzecznictwa z zakresu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz zamówień publicznych, zgodnie z którym w szczególności „wartość gospodarcza przejawia się w tym, że taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów” - tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 listopada 2018 r. sygn. akt: KIO 2166/18.

Procedury zawarte w powyższym dokumencie stanowiły kryterium oceny ofert, w znacznym stopniu decydującym o wyborze danej oferty przez Zamawiającego, co potwierdza ich istotny charakter stanowiący know-how każdego z Oferentów.

Wskazane w w/w wykazie osób informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż podobnie jak w odniesieniu do dokumentu „Organizacja i system zarządzania kontraktem” zawierają nieujawnione do wiadomości publicznej informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Wykonawca na potrzeby realizacji tego zamówienia, ale także na potrzeby realizacji innych inwestycji dokonał bowiem indywidualnego doboru zespołu ekspertów, a informacja co do składu osobowego tego zespołu to informacja o szczególnym potencjale ekonomicznym i gospodarczym. Skompletowanie grupy osób o szczególnych i bardzo wysokich kwalifikacjach w tak konkurencyjnej branży stanowi know-how Wykonawcy. Jednocześnie doświadczenie oraz zdolności techniczne osób, które zdecydowały się na uczestniczenie w realizacji

zamówienia mają duży wpływ na pozycję wykonawcy także w przyszłych postępowaniach, których liczba o podobnym charakterze i skali jest ograniczona.

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

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 17 kwietnia 2020 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Portico Project Management Sp. z o.o. i Wspólnicy Sp. k. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 20 kwietnia 2020 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia, informację z otwarcia ofert, ofertę wykonawcy Portico, ofertę wykonawcy NBQ, wezwanie skierowane do wykonawcy NBQ na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z dnia 13 marca 2020 r., wyjaśnienia i uzupełnienia wykonawcy NBQ zawarte w piśmie z dnia 18 marca 2020 r. oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 6 kwietnia 2020 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 30 czerwca 2020 r.

Ponadto Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowód złożony przez Przystępującego, tj. wyjaśnienia Ubezpieczyciela zawarte w korespondencji elektronicznej z dnia 29 maja 2020 r.

Na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp Izba oddaliła wniosek Przystępującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu ubezpieczeń na okoliczność wykazania, że polisa ubezpieczeniowa przedstawiona przez Przystępującego odpowiada wymogom wskazanym w SIWZ dotyczącym ryzyka związanego z rozliczeniem inwestycji

uznając, iż ww. dowód został powołany dla zwłoki. Zdaniem Izby zgromadzony w sprawie materiał dowodowy był wystarczający dla rozstrzygnięcia spornej między Stronami postępowania odwoławczego kwestii oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1b pkt 2 ustawy Pzp przez wykonawcę Portico.

Izba ustaliła, co następuje:

W rozdziale XIII pkt 2.1 SIWZ Zamawiający przewidział, że o udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej wykaże, że:

- jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu/ Inwestora Zastępczego wraz z nadzorem inwestorskim i nadzorem nad rozliczeniami inwestycji na kwotę nie mniejszą niż 5.000.000,00 zł,
- posiada środki finansowe lub zdolność kredytową na kwotę nie mniejszą niż 500.000,00 zł.

Zgodnie z rozdziałem XIII SIWZ pkt 2.2 Zamawiający w ramach warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wymagał, aby Wykonawca dysponował m.in.

- lit. b) 1 osobą (Kierownik Zespołu weryfikacji dokumentacji projektowej) posiadającą uprawnienia budowlane bez ograniczeń do projektowania w specjalności architektonicznej oraz posiadającą doświadczenie zawodowe w zakresie zaprojektowania lub sprawdzania projektu budynków określonych symbolem PKOB nr 1264 „Budynki szpitali i zakładów opieki medycznej” (zgodnie z Polska Klasyfikacja Obiektów Budowlanych wprowadzona rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. (DzU.112.1316) dla co najmniej dwóch budynków o kubaturze nie mniejszej niż 20.000m³;
- lit. j) - 1 osobą (technologiem medycznym) - projektantem posiadającym wykształcenie wyższe i doświadczenie w projektowaniu (samodzielnym zaprojektowaniu) technologii medycznej dla minimum 2 inwestycji obejmujących technologię szpitala, która dodatkowo na swojej powierzchni zawierała sale operacyjne, lub osobę posiadającą wykształcenie wyższe i co najmniej 2 letnie doświadczenie w nadzorowaniu inwestycji w zakresie technologii medycznej przy minimum dwóch inwestycjach obejmujących technologię szpitala, która na swojej powierzchni zawierała sale operacyjne.

Zgodnie z rozdziałem XIV pkt 11 i 12 SIWZ celem wykazania spełniania ww. warunków udziału w postępowaniu Wykonawca zobowiązany był do przedłożenia:

- wykaz osób, które będą uczestniczyły w wykonywaniu zamówienia w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia,

a także zakresu wykonywanych przez nie czynności – załącznik nr 5 do SIWZ;

- informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż miesiąc przed upływem terminu składania ofert;

- dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia (pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu/Inwestora Zastępczego wraz z nadzorem inwestorskim i nadzorem nad rozliczeniem inwestycji) na sumę gwarancyjną w wysokości minimum 5.000.000,00 zł.

Zgodnie z rozdziałem XXI SIWZ, kryteriami ofert w niniejszym postępowaniu były:

1) cena o wadze 60%, 2) doświadczenie zespołu Inżyniera Kontraktu o wadze 20% oraz 3) jakość, organizacja i system zarządzania inwestycją o wadze 20%.

Zgodnie z punktem 2 lit. c ww. rozdziału Zamawiający przewidział dodatkowe doświadczenie zawodowe Technologa medycznego - jako kryterium „Doświadczenie zespołu Inżyniera Kontraktu”.

Zamawiający wskazał, że Wykonawca, który wskaże na stanowisko:

- technologa medycznego legitymującego się doświadczeniem w pełnieniu tej funkcji przy:

1. 3 (trzech) zadaniach obejmujących budowę lub przebudowę obiektu szpitalnego mającego w zakresie blok operacyjny wraz z ich wyposażeniem i oddaniem do użytkowania otrzyma 3 punkty,

2. więcej niż 3 (trzech) zadaniach obejmujących budowę lub przebudowę obiektu szpitalnego mającego w zakresie blok operacyjny wraz z ich wyposażeniem i oddaniem do użytkowania - otrzyma w ramach oceny ofert 4 pkt.

Zamawiający określił warunki doświadczenia technologa medycznego punktowane w ramach kryterium oceny oferty w ten sposób, że dodatkowe doświadczenie Technologa medycznego winno być nabyte (uzyskane) okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert. Potwierdzeniem posiadania przez Technologa medycznego dodatkowego doświadczenia jest wykaz zadań inwestycyjnych zawierający wszystkie informacje (dane wymienione w tabeli), które pozwolą Zamawiającemu ocenić to doświadczenie (m.in. nazwa i adres inwestycji, zakres robót, nazwa i adres zamawiającego, wartość zadania, terminy realizacji, stan zaawansowania, itp.).

- Kierownika Zespołu weryfikacji dokumentacji projektowej (Architekt) legitymującego się pełnieniem funkcji projektanta lub weryfikatora dokumentacji projektowej przy:

1. 3 (trzech) zadaniach dla budowy lub przebudowy obiektu służby zdrowia otrzyma 3 punkty,

2. więcej niż 3 (trzech) zadaniach dla budowy lub przebudowy obiektu służby zdrowia otrzyma 4 punkty.

Zamawiający wskazał, że dodatkowe doświadczenie Kierownika Zespołu weryfikacji dokumentacji projektowej winno być nabyte (uzyskane) w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert.

Potwierdzeniem posiadania przez Architekta dodatkowego doświadczenia jest wykaz zadań inwestycyjnych zawierający wszystkie informacje (dane wymienione w tabeli powyżej), które pozwolą Zamawiającemu ocenić to doświadczenie (m.in. nazwa i adres inwestycji, zakres robót, nazwa i adres zamawiającego, wartość zadania, terminy realizacji, stan zaawansowania, itp.).

Z kolei zgodnie z pkt 3 ww. rozdziału, punktacja za kryterium „Jakość” (J) dokonana będzie na podstawie oceny załączonego do oferty dokumentu pn. „Organizacja i system zarządzania kontraktem”, w którym Wykonawca przedstawi organizację Zespołu Inżyniera oraz organizację całego systemu zarządzania przedsięwzięciem inwestycyjnym w tym m.in. wykaz proponowanych działań Inżyniera związanych z kontrolą jakości i postępu prac projektowych i robót oraz kontrolą finansową przedsięwzięcia oraz zakres proponowanego współdziałania ze stroną Zamawiającego. Dokument pn. „Organizacja i system zarządzania kontraktem” powinien być wykonany w formie opisowej i w pełni zgodny z zapisami SIWZ.

Dalej, Zamawiający wskazał elementy wymagane i związaną z nimi punktację:

- a) Wykonawca opisał sposób wykonania usługi Inżyniera, w tym wskazał podstawową strukturę organizacyjną obejmującą wszystkie zakresy Nadzoru objęte SIWZ, tj. opis podstawowych zakresów odpowiedzialności, kompetencji i zależności w formie schematu i opisu - 20 pkt.
- b) Wykonawca opisał sposób koordynacji realizacji inwestycji przez Kierownika Inżyniera - 10 pkt.
- c) Wykonawca przedstawił harmonogram pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu - 10 pkt.
- d) Wykonawca przedstawił opis sposobu zarządzania zespołem oraz dokumentami projektu - 10 pkt.
- e) Wykonawca opisał proces rozwiązywania potencjalnych ryzyk i zagrożeń dla właściwej realizacji zadania ze wskazaniem stron odpowiedzialnych - 10 pkt.
- f) Wykonawca przedstawił sposób podziału odpowiedzialności między Zamawiającego a Inżyniera - 10 pkt.
- g) Wykonawca określił i opisał sposób i zakres współpracy z Zamawiającym - 10 pkt.
- h) Wykonawca przedstawił procedury analizy dokumentacji przetargowej (SIWZ, pytania) - 20 pkt.
- i) Wykonawca przedstawił opis sposobu obiegu dokumentacji i dokumentów - 10 pkt.
- j) Wykonawca przedstawił wykaz proponowanych działań Inżyniera, związanych z kontrolą jakości i postępu robót i kontrolą finansową przedsięwzięcia - 20 pkt.
- k) Wykonawca zaproponował i opisał procedury dotyczące:

- Zapewnienia bezpieczeństwa na budowie w odniesieniu do charakteru i miejsca realizacji inwestycji - 10 pkt
- Planu zapewnienia jakości - 10 pkt.
- Zatwierdzenia i przekazywania do realizacji dokumentacji projektowej - 10 pkt.
- Zatwierdzenia i przekazania Zamawiającemu dokumentacji powykonawczej - 10 pkt.
- Weryfikacji i zatwierdzania podwykonawców robót - 10 pkt.
- Zatwierdzenia do wbudowania materiałów i urządzeń - 10 pkt.
- Procedury inspekcji robót - 10 pkt.
- Planowania i zarządzania harmonogramem rzeczowo-finansowym - 10 pkt.
- Procedury płatności - 10 pkt.
- Zmian projektowych i rozwiązywania kolizji - 10 pkt.
- Procedury odbiorowej - 10 pkt.
- Planu zarządzania ryzykiem (działania zapobiegawcze, działania minimalizujące ryzyko, zadania przygotowawcze do minimalizowania skutków, opis metody informowania Zamawiającego o występowaniu/pojawieniu się ryzyka) - 20 pkt.
- Raportowania w odniesieniu do wymagań Zamawiającego - 10 pkt.
- Wykonawca przedstawił dokument pn. „Organizacja i System Zarządzania Kontraktem” w sposób kompletny, spójny i czytelny - 50 pkt.

Podane ilości punktów są wartościami maksymalnymi dla oceny danego zagadnienia. W przypadku braku wymaganego zakresu Wykonawca otrzyma 0 punktów. Sumaryczna, maksymalna liczba punktów to 320. Dwóch merytorycznych członków Komisji na podstawie indywidualnej oceny przyzna danemu elementowi punkty.

Zgodnie z § 6 ust. 2 wzoru umowy (załącznik nr 10 do SIWZ), Inżynier Kontraktu do realizacji obowiązków umownych kieruje Personel wskazany w etapie postępowania przetargowego, tj. Zespół składający się zosób, wskazanych w załączniku nr do SIWZ (wykaz osób). Zamawiający nie dopuszcza możliwość łączenia więcej niż jednej funkcji przez jedną osobę spełniającą jednocześnie więcej niż jedno z wymagań podanych w SIWZ. Skład Zespołu:.....

Termin składania ofert upłynął w dniu 28 lutego 2020 r.

Wykonawca Portico wraz z ofertą złożył m.in.:

1. zaświadczenie banku Santander Bank Polska S.A. z siedzibą we Wrocławiu z dnia 29 stycznia 2020 r. stanowiące, że Portico posiada w Oddziale Banku w Warszawie rachunki bankowe w tym:

- Rachunek bieżący o numerze (...) prowadzony w walucie PLN, na którym w okresie od 01.06.2019 do 30.12.2019 r. obroty z tytułu:

a) wpływów wyrażały się kwotą siedmiocyfrową,

- b) wpływów wyrażały się kwotą siedmiocyfrową,
- c) saldo dostępnych środków łącznie z kredytem w rachunku bieżącym na dzień 24.01.2020 r. wynosiło: 182 142,60 zł.

- Rachunek bieżący o numerze (...) prowadzony w walucie PLN, na którym w okresie od 01.06.2019 do 30.12.2019 r. obroty z tytułu:

- a) wpływów wyrażały się: brak,
- b) wpływów wyrażały się: brak,
- c) saldo na koniec dnia 24.01.2020 r. wynosiło: 608,99 zł.

- Rachunek VAT o numerze (...) prowadzony w walucie PLN, na którym w okresie od 01.06.2019 do 30.12.2019 r. obroty z tytułu:

- a) wpływów wyrażały się: brak,
- b) wpływów wyrażały się: brak,
- c) saldo na koniec dnia 24.01.2020 r. wynosiło: 33 824,05 zł.

Ponadto w ww. zaświadczeniu stwierdzono, że Portico korzysta z usług kredytowych w zakresie finansowania działalności gospodarczej:

1. kredyt w rachunku na podstawie umowy nr (...) z dnia 2.06.2015 r. wraz z późniejszymi zmianami:

- Kwota kredytu 700 000,00 PLN
- Data spłaty 04.09.2020
- Saldo zadłużenia na dzień 24.01.2020: 517 857,40 PLN

2. Multilinii na podstawie umowy nr (...) z dnia 03.10.2019 r. w ramach której Klient może korzystać z:

- Limitu na Gwarancje
- Kwota limitu 750 000,00 PLN
- Okres dostępności 05.09.2021
- Dzień wygaśnięcia 05.09.2022

Zobowiązania z tytułu gwarancji – saldo 172 200 zł, data otwarcia gwarancji 2017 – 07 – 05, termin ważności gwarancji 2020 – 01 – 30.

Jednocześnie wskazano, iż „powyższe zaświadczenie wydaje się na prośbę Klienta, według stanu na dzień 24.01.2020 r.”.

2. polisę OC nr 908210799087, z której wynika, iż przedmiotem ubezpieczenia jest m.in. pełnienie funkcji Bankowego Inspektora Nadzoru/Project Monitora oraz świadczenie usług Konsultingu Inżynieryjno – Technicznego w tym w ramach pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu/Inwestora Zastępczego. Dalej wskazano, iż Konsulting Inżynieryjno – Techniczny obejmuje wyłącznie:

- 1) przeprowadzanie studiów i analiz inżyniersko – technicznych poprzedzających inwestycje budowlane, analizy typu techniczne due diligence działek i obiektów budowlanych,
- 2) czynności związane z fazą przygotowawczą inwestycji budowlanych w tym pomoc w uzyskiwaniu stosowanych decyzji i pozwoleń oraz ocena i analiza ofert dotyczących inwestycji budowlanych na rzecz zlecającego,
- 3) doradztwo i czynności związane z przygotowaniem przetargów w zakresie inwestycji budowlanych,
- 4) nadzór techniczny w tym czynności inspektora nadzoru inwestorskiego oraz koordynowanie czynności inspektorów nadzoru inwestorskiego,
- 5) asysta i pomoc techniczna,
- 6) koordynacja inwestycji budowlanej,
- 7) czynności związane z zakończeniem inwestycji budowlanych, w tym pomoc w uzyskaniu stosownych decyzji i pozwoleń, doradztwo w zakresie komercjalizacji powierzchni biurowych i handlowych oraz uczestnictwo w procesie odbioru obiektów,
- 8) szkolenie personelu,
- 9) doradztwo w zakresie projektów dotyczących wyposażenia obiektów i ocena wyposażenia obiektów,
- 10) reprezentacja zlecającego w stosunkach zewnętrznych w zakresie zagadnień inżyniersko – technicznych,
- 11) czynności rozjemcze pomiędzy zlecającym usługi a jego kontrahentami w kwestiach powstałych na tle inwestycji budowlanej oraz analizy oraz obsługa roszczeń w aspekcie technicznym.

Jednocześnie w ww. polisie (pkt 1 strona 4) wskazano, iż „ochrona ubezpieczeniowa obejmuje szkody wynikłe w związku z przekroczeniem ustalonych kosztów, o ile stanowią one następstwo szkody wynikłej z uchybienia Ubezpieczonego, objętej zakresem ubezpieczenia. Wyłączenie § 3 ust. 1 pkt 2) klauzuli Odpowiedzialność cywilna architektów, projektantów i osób wykonujących zawody techniczne C dotyczy przekroczenia ustalonych kosztów jako takich.”

3. dokument „Organizacja i system zarządzania kontraktem” oraz „Wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego”, które wykonawca zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Ww. dokumenty nie zostały odtajnione przez Zamawiającego.

Ponadto Odwołujący złożył wraz z ofertą wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego (załącznik nr 5 do SIWZ), w którym na stanowisko Kierownika Zespołu weryfikacji dokumentacji projektowej oraz Technologa medycznego wskazał p. U. T. . W ww. wykazie wykonawca podał również dodatkowe realizacje, w których doświadczenie zdobyła ww. osoba punktowane w ramach kryterium pozacenowego - „Doświadczenie zespołu Inżyniera Kontraktu” odnoszącego się do doświadczenia

zawodowego Technologa medycznego oraz Kierownika Zespołu weryfikacji dokumentacji projektowej.

Pismem z dnia 13 marca 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów m.in. w zakresie wykazania się dysponowaniem:

- 1 osobą (Kierownik Zespołu weryfikacji dokumentacji projektowej) posiadającą uprawnienia budowlane bez ograniczeń do projektowania w specjalności architektonicznej oraz posiadającą doświadczenie zawodowe w zakresie zaprojektowania lub sprawdzania projektu budynków określonych symbolem PKOB nr 1264 „Budynki szpitali i zakładów opieki medycznej” (zgodnie z PKOB wprowadzoną rozporządzeniem RM z dnia 30 grudnia 1999 r. Dz.U. 112.1316)

oraz

- 1 osobą (technologiem medycznym) – projektantem posiadającym wykształcenie wyższe i doświadczenie w projektowaniu (samodzielnym zaprojektowaniu) technologii medycznej dla minimum 2 inwestycji obejmujących technologię szpitala, która dodatkowo na swojej powierzchni zawierała sale operacyjne, lub osobą posiadającą wykształcenie wyższe i co najmniej 2 letnie doświadczenie w nadzorowaniu inwestycji w zakresie technologii medycznej przy minimum dwóch inwestycjach obejmujących technologię szpitala, która na swojej powierzchni zawierała sale operacyjne.

Zamawiający wskazał, iż Odwołujący w tabeli nr 5 w wykazie osób wskazał tylko 1 osobę - p. U. T. z zakresem czynności dwóch osób – zarówno jako technologa medycznego oraz kierownika zespołu weryfikacji dokumentacji projektowej. Z kolei zgodnie z zapisami SIWZ, w tym wzoru umowy, Zamawiający nie dopuszczał możliwości łączenia więcej niż jednej funkcji przez jedną osobę spełniającą jednocześnie więcej niż jedno z wymagań podanych w SIWZ.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący w piśmie z dnia 18 marca 2020 r. wskazał, iż w postanowieniach SIWZ Zamawiający nie zastrzegł, że nie dopuszcza możliwości łączenia więcej niż jednej funkcji przez jedną osobę spełniającą jednocześnie więcej niż jedno z wymagań podanych w SIWZ, na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Takie zastrzeżenie znajduje się wyłącznie w zapisach umowy – załącznik nr 10 do SIWZ. W ocenie Wykonawcy przedmiotowe zastrzeżenie obowiązuje Wykonawcę od podpisania umowy.

Wykonawca wskazał, iż z uwagi na wezwanie Zamawiającego zgłaszamy Panią U. T. na stanowisko Kierownika zespołu weryfikacji dokumentacji projektowej. Na stanowisko technologa medycznego zaś wskazujemy p. K. D., która spełnia wymagania postawione przez Zamawiającego w SIWZ. Jednocześnie Odwołujący przedłożył uzupełniony wykaz osób (załącznik nr 5) w zakresie p. K. D. przedstawiając doświadczenie ww. osoby przy dwóch inwestycjach w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego

zdolności technicznej lub zawodowej oraz 4 dodatkowe realizacje punktowane w ramach kryterium pozacenowego dotyczącego doświadczenia technologa medycznego.

W dniu 6 kwietnia 2020 r. za najkorzystniejszą Zamawiający uznał ofertę wykonawcy Portico, która otrzymała łącznie 85,83 pkt, w tym w kryterium: cena – 49,57 pkt, doświadczenie zespołu Inżyniera Kontraktu – 17 pkt oraz jakość, organizacja i system zarządzania inwestycją – 19,36 pkt. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta Odwołującego z punktacją 75,86 pkt, z czego w zakresie ceny – 60 pkt, doświadczenia zespołu Inżyniera Kontraktu – 4 pkt oraz jakość, organizacja i system zarządzania inwestycją – 11,86 pkt.

Izba zważyła, co następuje:

Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2d ustawy Pzp poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie, przejawiające się w dokonaniu nieprawidłowej i niezgodnej z SIWZ oceny oferty Odwołującego w kryterium jakość pomimo, że oferta Odwołującego, w rozpatrywanym kryterium spełniała wszystkie szczegółowe wymagania SIWZ, a Zamawiający nie przewidział dodatkowych warunków dla zróżnicowania punktacji przyznawanej za poszczególne elementy metodologii, przyznana zatem ofercie Odwołującego się punktacja jest zaniżona.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ust. 2 art. 91 ustawy Pzp określono otwarty katalog kryteriów oceny ofert, które winny być związane z przedmiotem zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 91 ust. 2d ustawy Pzp, zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiającą sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców. Inaczej rzecz ujmując określony przez zamawiającego sposób oceny ofert powinien być tak skonstruowany, aby wynik tej oceny był dla wykonawców przewidywalny. Nadto kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej (art. 91 ust. 3 ustawy Pzp). Stosownie zaś do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Jak wynika zatem z powyższego, celem kryteriów oceny ofert, dobieranych przez zamawiającego dla konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, jest wybór oferty najkorzystniejszej. Kryteria oceny ofert powinny też preferować rzeczy istotne dla zamawiającego, uwzględniające jego potrzeby.

Izba wskazuje, iż opis sposobu oceny ofert kryterium pozacenowego pn. „jakość, organizacja i system zarządzania inwestycją” ocenianego na podstawie załączonego do oferty

dokumentu pn. „Organizacja i system zarządzania kontraktem” [dalej „metodologia”] potwierdza, że mamy do czynienia z kryterium jakościowym o charakterze ocennym. Powyższe w żadnej mierze nie oznacza, że takie kryterium może być stosowane w oderwaniu od obowiązujących przepisów i zasad ich stosowania określonych przez Zamawiającego w SIWZ. W kontekście powyższego Izba wskazuje, iż nieprawidłowe było działanie Zamawiającego polegające na dokonaniu oceny oferty Odwołującego w ramach ww. kryterium przez trzech członków komisji, podczas gdy z treści SIWZ wynikało, że ocena taka będzie dokonywana przez dwóch merytorycznych członków komisji na podstawie indywidualnej oceny. Podkreślić trzeba, iż po upływie terminu składania ofert niedopuszczalne jest odstępowanie, czy też modyfikowanie zasad określonych przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania, w tym dotyczących sposobu oceny ofert. Przyjęcie odmiennego stanowiska godziłoby w naczelne zasady udzielania zamówień publicznych wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie Izba wskazuje, iż słusznie wskazywał Odwołujący, iż w omawianym kryterium oceny ofert Zamawiający nie przewidział szczegółowych zasad przyznawania punktów za poszczególne elementy metodologii. Z treści ww. kryterium wynikało jedynie, że za opisanie/przedstawienie/zaproponowanie danego elementu metodologii wykonawca miał otrzymać konkretną, tj. maksymalną ilość punktów. Izba wskazuje, iż gdyby nawet podzielić stanowisko Zamawiającego, iż z określenia „maksymalna” wartość dla danego zagadnienia wynika, że wykonawca może otrzymać mniejszą liczbę punktów aniżeli maksymalna za poszczególne elementy metodologii, to dostrzec należy, że z treści SIWZ nie wynikały żadne reguły dotyczące gradacji punktów za poszczególne elementy składowe metodologii. Zamawiający nie określił żadnych zasad dotyczących przyznania punktów za dany element metodologii. Nie określił jakimi miernikami i wytycznymi będzie się kierował podczas oceny metodologii. Nie opisał też jakie czynniki będą wpływać na obniżenie punktacji przewidzianej za dany element. Wskazać należy, iż brak jakichkolwiek wytycznych Zamawiającego w ww. zakresie doprowadził do sytuacji dowolnej oceny ofert złożonych w niniejszym postępowaniu przez poszczególnych członków komisji przetargowej, uniemożliwiając wykonawcom rzeczową polemikę w zakresie przyznanej punktacji.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wynika, by w ramach oceny ofert w świetle kryterium dotyczącego jakości, Zamawiający oceniał sposób ujęcia pełnego zakresu działań Inżyniera, tj. czy dane zagadnienie zostało opisane w sposób kompletny, spójny, czytelny. Zamawiający nie określił, że wyżej będzie punktowana oferta wykonawcy, który szczegółowo określił metody, narzędzia, efekty czy zakres odpowiedzialności poszczególnych uczestników, z uwzględnieniem roli przypisanej Inżynierowi Kontraktu. Powyższe stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie nie miało żadnego odzwierciedlenia w postanowieniach specyfikacji.

Tym samym nawet jeśli celem Zamawiającego był wybór oferty najkorzystniejszej zgodnie z ww. zasadami, to winny one znaleźć odzwierciedlenie w treści SIWZ.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne, jak również że uchybienia Zamawiającego wynikające z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia nie mogą obciążać wykonawców, Izba nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym przyznanie ofercie Odwołującego w kryterium „jakość, organizacja i system zarządzania inwestycją” maksymalnej liczby punktów. W okolicznościach przedmiotowej sprawy nie było sporne, że wykonawca NBQ Sp. z o.o. złożył metodologię zawierającą wszystkie przewidziane przez Zamawiającego elementy, zatem jego oferta winna otrzymać w tym kryterium maksymalną liczbę punktów. W tym miejscu wskazać należy, iż słusznie podnosił Przystępujący, że w sytuacji uznania przedmiotowego zarzutu za zasadny, także oferta Portico winna otrzymać maksymalną liczbę punktów w ramach ww. kryterium, bowiem metodologia złożona przez wykonawcę zawierała wszystkie punktowane przez Zamawiającego elementy. Powyższa reguła – w świetle zasady równego traktowania wykonawców - winna zresztą znaleźć zastosowanie w odniesieniu do wszystkich ofert złożonych w niniejszym postępowaniu, o ile złożone metodologie zawierały wszystkie punktowane elementy.

Podsumowując powyższe Izba stwierdziła, że przeprowadzona przez Zamawiającego czynność oceny oferty Odwołującego była wadliwa, gdyż Zamawiający ocenił ofertę wykonawcy w sposób dowolny i niezgodny z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2d w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 12,13,16 ustawy Pzp poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie przejawiające się w dokonaniu nieprawidłowej oceny oferty Odwołującego w zakresie kryterium doświadczenia (dotyczącego technologa medycznego) pomimo, że oferta wykonawcy odpowiadała wymaganiom SIWZ, Odwołujący wskazał osobę spełniającą warunki i kryteria ustalone przez Zamawiającego w zakresie doświadczenia takiej osoby, a nadto wyprowadzony przez Zamawiającego warunek konieczności rozdzielenia funkcji nie stanowił warunku obowiązującego na etapie oceny ofert, przez co oferta Odwołującego się uzyskała w sposób nieuprawniony mniejszą ilość punktów niż to wynikało z postanowień SIWZ.

Nie było sporu między Stronami, iż w pierwotnie złożonym przez Odwołującego wykazie osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia (załącznik nr 5 do SIWZ) na stanowisko technologa medycznego oraz kierownika zespołu weryfikacji dokumentacji projektowej została wskazana ta sama osoba – p. U. T. . Doświadczenie osób wskazanych na ww. stanowiska było dodatkowo punktowane w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert dotyczącego doświadczenia zespołu Inżyniera Kontraktu.

W zakresie przedmiotowego zarzutu podzieliła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego. Za bez znaczenia w okolicznościach niniejszej sprawy Izba uznała rozważania Odwołującego dotyczące wskazywanego przez Zamawiającego warunku rozdzielenia funkcji przez jedną osobę spełniającą jednocześnie więcej niż jedno z wymagań podanych w SIWZ.

Skoro Odwołujący zastosował się do wezwania Zamawiającego z dnia 13 marca 2020 r. wystosowanego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału kadrowego w zakresie kierownika zespołu weryfikacji dokumentacji projektowej oraz technologa medycznego i wskazał na stanowisko technologa medycznego p. K. D. – nową osobę, a na stanowisko kierownika zespołu weryfikacji projektu p. U. T., to na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia zbędne są rozważania w przedmiocie zasadności wezwania Odwołującego do uzupełnienia wykazu osób, które legły u podstaw decyzji Zamawiającego. Wskazać należy, iż jeżeli wykonawca NBQ nie zgadzał się z ww. czynnością Zamawiającego, to mógł skorzystać z przysługujących mu środków ochrony prawnej określonych w Dziale VI ustawy Pzp.

Konsekwencją dokonanej przez Odwołującego zmiany treści wykazu osób, skierowanych do realizacji zamówienia w zakresie osób dedykowanych na stanowisko technologa medycznego oraz kierownika zespołu weryfikacji dokumentacji projektowej, których doświadczenie było punktowane także w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert było to, iż Zamawiający nie mógł wziąć pod uwagę podczas oceny oferty Odwołującego doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko technologa medycznego. Tym samym czynność Zamawiającego polegająca na nieprzyznaniu ofercie Odwołującego punktów w kryterium doświadczenia zespołu Inżyniera Kontraktu w zakresie technologa medycznego była prawidłowa.

W ocenie Izby nie ma wątpliwości, że w sytuacji, gdy doświadczenie danej osoby jest oceniane w ramach kryteriów oceny ofert, to nie może być ono przedmiotem modyfikacji czy uzupełnienia po upływie terminu składania ofert. Taka sytuacja stanowiłaby bowiem niedopuszczalną po upływie terminu składania ofert zmianę treści oferty.

Wobec powyższego Izba uznała, iż przedmiotowy zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2 w zw. z art. 7 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie przejawiające się uznaniem, że wyłoniony w ramach postępowania wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. posiada umowę

ubezpieczenia odpowiedzialności OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, podczas gdy z przedłożonego przez Portico dokumentu polisy OC wynika, iż zawarta przez tego wykonawcę umowa nie obejmuje wymaganego przez Zamawiającego i wyraźnie wskazanego w SIWZ ryzyka związanego z rozliczaniem inwestycji, co z kolei skutkowało brakiem wykluczenia Portico z udziału w postępowaniu oraz nieodrzuconiem oferty tego wykonawcy, jako wykonawcy podlegającego wykluczeniu.

Osią sporu w zakresie ww. zarzutu było to, czy przedłożona przez wykonawcę Portico polisa ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej obejmowała nadzór nad rozliczeniami inwestycji, zgodnie z wymogami Zamawiającego wynikającymi z rozdziału XIII pkt 2.1 tiret pierwsze SIWZ.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Zgodnie zaś z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

W zakresie przedmiotowego zarzutu Izba uznała, iż Odwołujący nie udźwignął ciężaru dowodowego, o którym mowa w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. W szczególności Izba wskazuje, że Odwołujący nie odniósł się do przedłożonej przez Przystępującego korespondencji elektronicznej z TUIR Warta z dnia 29 maja 2020 r., z której wynika, iż przedmiotem ochrony ubezpieczeniowej objęto funkcję Project Monitora, która w powszechnym rozumieniu dotyczy m.in. kontroli kosztów i rozliczania inwestycji budowlanych. Jak wynika z ww. wiadomości elektronicznej, w ramach tej funkcji, tj. funkcji Bankowego Inspektora Nadzoru/Project Monitora ochroną ubezpieczeniową na warunkach zawartych w polisie objęte są typowe dla tej funkcji czynności polegające na monitorowaniu w imieniu instytucji finansującej projekt przebiegu inwestycji oraz wydatkowania środków finansowych i sporządzaniu stosownych raportów w tym zakresie. Powyższe twierdzenia wykonawcy Portico, poparte stosowną korespondencją elektroniczną, nie zostały odparte przez Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że Odwołujący nie podważył treści złożonej przez Przystępującego polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej wystawionej przez Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji „WARTA” S.A., z której wynika, że przedmiotem ubezpieczonej działalności jest m.in. pełnienie funkcji Bankowego Inspektora Nadzoru/Project Monitora w rozumieniu wskazanym powyżej. W konsekwencji Izba nie znalazła podstaw do nakazania Zamawiającemu wezwania wykonawcy Portico do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, tj. pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu/Inwestora Zastępczego wraz

z nadzorem inwestorskim i nadzorem nad rozliczeniami inwestycji na kwotę nie mniejszą niż 5.000.000,00 zł.

Z uwagi na powyższe okoliczności Izba nie uwzględniła ww. zarzutu.

Za uzasadniony Izba uznała zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2 w zw. z art. 7 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie przejawiające się uznaniem, że wyłoniony w ramach niniejszego postępowania wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. posiada środki finansowe lub zdolność kredytową nie mniejszą niż 500.000,00 zł podczas, gdy przedłożone przez Portico zaświadczenie bankowe wskazuje, iż wykonawca ten nie spełnia określonych przez Zamawiającego w SIWZ warunków w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej co do zasady, co z kolei skutkowało brakiem wykluczenia Portico z udziału w postępowaniu oraz nieodrzuconiem oferty tego wykonawcy, jako wykonawcy podlegającego wykluczeniu.

Zgodnie z § 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W tym miejscu wskazać należy, iż treść ww. przepisu Zamawiający wiernie odzwierciedlił w postanowieniu punktu 11 rozdziału XIV SIWZ.

Z powyższego przepisu w sposób jednoznaczny wynika, że informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej winna potwierdzać wysokość posiadanych przez wykonawcę środków lub zdolność kredytową wykonawcy w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert. Inaczej rzecz biorąc, data wystawienia ww. dokumentu ma znaczenie wtórne, o ile dokument złożony przez wykonawcę w sposób niebudzący wątpliwości potwierdza, że w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert wykonawca posiada wymagane przez zamawiającego środki lub zdolność kredytową. Wbrew argumentom Zamawiającego podnoszonym w toku rozprawy omawiany przepis nie wskazuje na datę „wystawienia” informacji banku lub kasy oszczędnościowo – kredytowej.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na okoliczności faktyczne rozpoznawanej przez Izbę sprawy wskazać należy, iż z treści złożonej przez Portico informacji banku z dnia 29 stycznia 2020 r. - z końcowej części dokumentu - jednoznacznie wynika, iż „powyższe zaświadczenie wydaje się na prośbę Klienta, według stanu na dzień 24.01.2020 r.” Skoro zatem termin składania ofert w niniejszym postępowaniu upłynął w dniu 28 lutego 2020 r., to

złożona przez Portico informacja banku nie potwierdzała wysokości posiadanych przez wykonawcę środków lub zdolności kredytowej wykonawcy w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert.

Ponadto wskazać należy, iż treść złożonej przez Portico informacji banku nie potwierdza, że wykonawca w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert posiadał środki w kwocie nie mniejszej niż 500 000 zł. Omawiany dokument nie potwierdza również wprost, że wykonawca w określonym przez przepisy prawa okresie posiadał zdolność kredytową na kwotę nie mniejszą niż 500 000 zł. Okoliczność, iż wykonawca korzysta już z kredytu w kwocie 700 000 zł, wykorzystanego do kwoty 517 857,40 zł, nie oznacza, że wykonawca Portico w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert znajdował się w sytuacji, w której potencjalnie uzyskałby środki finansowe na wymaganym przez Zamawiającego poziomie. Słusznie podnosił Zamawiający, że celem złożenia opinii banku w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest uzyskanie informacji o potencjalnej możliwości uzyskania przez dany podmiot środków finansowych w kwocie wymaganej przez Zamawiającego. Ze złożonej przez wykonawcę Portico informacji banku nie można jednak takich informacji wyczytać, w szczególności takich wniosków nie można wyciągnąć z okoliczności dysponowania przez wykonawcę kredytem w kwocie 700 000 zł, którego udzielenie co najwyżej obniża potencjalną zdolność kredytową wykonawcy. Wbrew twierdzeniom Przystępującego z treści złożonego zaświadczenia banku z dnia 29 stycznia 2020 r. nie wynika, że linia kredytowa na rachunku bieżącym o numerze 28 1910 (...) jest odnawialna oraz że limit w wysokości 700 000 zł ma stały poziom.

Co się z kolei tyczy przysługującej wykonawcy Portico multilinii na gwarancje w kwocie limitu 750 000 zł (zobowiązania z tytułu gwarancji w kwocie 172 200 zł) wskazać należy, iż Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, jakoby zdolność kredytowa wykonawcy nie mogła być rozumiana jako możliwość uzyskania linii gwarancyjnej. Dostrzec należy, iż przyznanie linii gwarancyjnej w drodze umowy między wykonawcą a bankiem poprzedzone jest oceną zdolności kredytowej klienta. Tym samym przyznanie linii gwarancyjnej potwierdza, że klient banku posiada zdolność do spłaty danego produktu kredytowego w kwocie wynikającej z limitu. Rację miał jednak Odwołujący, że z treści złożonego przez wykonawcę Portico zaświadczenia banku nie wynika na jakich warunkach multilinia gwarancyjna została udzielona, w tym czy skorzystanie z jednego z instrumentów finansowych wpływa na modyfikację prawa do skorzystania z drugiego instrumentu. Co więcej, mając na uwadze, iż zaświadczenie zostało wydane na dzień 24 stycznia 2020 r., nie sposób wykluczyć, iż w okresie między datą wystawienia zaświadczenia, tj. 29 stycznia 2020 r. a datą 24 stycznia 2020 r., nie doszło do pomniejszenia limitu na gwarancje o kolejne zobowiązanie. Powyższe kwestie winny być przedmiotem ewentualnych wyjaśnień Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Izba nie nakazała Zamawiającemu wezwania wykonawcy do

złożenia wyjaśnień w odnośnym zakresie, jako że i ten produkt kredytowy był oceniany przez bank na dzień 24 stycznia 2020 r., zatem w okresie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert.

Podsumowując powyższe Izba stwierdziła, że z uwagi na to, iż złożona przez Portico informacja banku nie odpowiadała obowiązującym przepisom, tj. § 2 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów oraz zważywszy na okoliczność, iż Zamawiający dotychczas nie wzywał ww. wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia rzeczonoego dokumentu, zasadnym było nakazanie Zamawiającemu wezwania Przystępującego do uzupełnienia ww. dokumentu celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1b pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 11 ust. 2 uznk oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie polegające na nieuzasadnionym przyjęciu, że informacje zastrzeżone przez Portico, tj. wykaz personelu oraz sporządzona zgodnie z SIWZ metodologia wykonania przedmiotu zamówienia, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i w ślad za tym zaniechanie udostępnienia przedmiotowych dokumentów Odwołującemu, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia naczelnej zasady prawa zamówień publicznych, tj. zasady jawności postępowania, a także utrudnia Odwołującemu się udział w postępowaniu, pozbawiając go faktycznej możliwości weryfikacji poprawności oferty złożonej przez wyłonionego wykonawcę oraz skuteczne skorzystanie z przysługujących mu środków ochrony prawnej Izba uznała za zasadny.

Izba wskazuje, iż art. 8 ust. 1 ustawy Pzp normuje fundamentalną zasadę udzielania zamówień publicznych, tj. zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 8 ust. 2 ustawy Pzp). Ww. zasada doznaje ograniczenia w ust. 3 ww. przepisu, który stanowi, że 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.

Przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, określa również moment, w którym wykonawca obowiązany jest zastrzec i wykazać zasadność utajnienia danych informacji zawartych w ofercie, wskazując, iż powinno to nastąpić najpóźniej do upływu terminu składania ofert. W odniesieniu do dokumentów przedstawianych na późniejszych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy przyjąć, że zasadność zastrzeżenia zawartych w nich informacji musi być wykazana wraz ze złożeniem takiego dokumentu. Podkreślić

należy, iż *ratio legis* ww. przepisu, który uprawnia wykonawców do zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa z jednej strony, ale z drugiej nakłada obowiązek w postaci wykazania skuteczności takiego zastrzeżenia, było ograniczenie nadużywania przez wykonawców ww. instytucji w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów spełniania wymagań postawionych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak wynika z przywołanego przepisu, na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z kolei obowiązkiem zamawiającego jest zbadanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę i podjęcie stosownych działań w zależności od wyniku tej analizy. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba podziela stanowisko zaprezentowane w wyroku KIO z dnia 2 grudnia 2019 r. sygn. akt: KIO 2284/19 oraz KIO 2288/19, iż użyte w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przez ustawodawcę sformułowanie „wykazania”, nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia”. Nie ulega również wątpliwości, iż za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się *de facto* do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z art. 11 ust. 2 uznk i deklaracja, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. I tak zgodnie z ww. przepisem, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W końcu wskazać należy, iż zaniedbanie wykonawcy przejawiające się w braku łącznego wykazania przesłanek, o których mowa powyżej, obciąża wykonawcę zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa i zwalnia tym samym zamawiającego z obowiązku zachowania określonych informacji w poufności.

W ocenie Izby dokonując analizy uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczącego metodologii oraz wykazu osób, skierowanych do realizacji zamówienia wykonawca Portico nie sprostął ciężarowi wykazania przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 uznk.

Izba wskazuje, iż Przystępujący nie wykazał jakie działania zostały podjęte celem zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. Z przepisu art. 11 ust. 2 uznk wynika, iż podmiot uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi, przy zachowaniu należytej staranności, ma podjąć działania w celu utrzymania ich w poufności. Z ww. przepisu, jak i z treści art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie wynika, iż wykonawca obowiązany jest wykazać zamawiającemu wszystkie stosowane środki gwarantujące poufność, ale takie, które stanowią realną gwarancję utrzymania danych informacji w poufności.

Wykonawca Portico wykazując ww. przesłankę w zakresie obu dokumentów wskazał jedynie, że „wszystkie dane objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa przechowywane są w siedzibie Wykonawcy w niedostępnych dla osób niepowołanych pomieszczeniach i nośnikach informacji oraz posiadają stosowne zabezpieczenia przed ich ujawnianiem”. Ponadto odnośnie zastrzeżenia metodologii wykonawca Portico wskazał, że „podjął działania w celu zachowania w/w informacji w poufności, w szczególności przez ograniczenie, zgodnie z wewnętrzną polityką ochrony poufności, kręgu osób posiadających do nich dostęp do osób zarządzających spółką Wykonawcy oraz osób zaangażowanych w przygotowanie i realizację poszczególnych projektów.” Z kolei w zakresie zastrzeżenia wykazu osób wykonawca Portico dodał, że „w umowach z osobami, które wyraziły zgodę na udział w realizacji zamówienia zastrzeżono wprost, fakt zawarcia umowy oraz jej szczegółowe dane, w tym skierowanie osób do pracy”.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że wykonawca nie załączył do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa żadnych dowodów. Wykonawca Portico nie podał także w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa brzmienia stosowanych klauzul umownych, w tym w umowach zawartych z osobami, które wyraziły zgodę na udział w realizacji zamówienia. Na tej podstawie nie sposób stwierdzić, czy zostały one przewidziane, a jeśli tak to jaka była ich treść oraz jakie były sankcje za ich naruszenie. Brak jest również informacji, czy wykonawca zastosował w umowach z ww. podmiotami klauzule o zachowaniu poufności informacji. Przystępujący nie przedstawił choćby stosownych fragmentów obowiązujących w jego przedsiębiorstwie polityk ochrony poufności danych, na które się powoływał. Nie wiadomo także, jakie stosowne zabezpieczenia przed ujawnianiem zastrzeżonych dokumentów miał na względzie wykonawca Portico.

W świetle ww. okoliczności nie sposób uznać, że Przystępujący opisał i wykazał metody oraz podejmowane przez niego środki w celu zachowania określonych informacji jako poufnych. Powyższe zaniechania Przystępującego uniemożliwiły ustalenie, czy środki stosowane przez Przystępującego są skuteczne i rzeczywiście mogły być uznane za wystarczające do zachowania zastrzeżonych informacji w poufności.

Dalej Izba wskazuje, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej.

Nie wystarczy więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Zgodnie z zasadą jawności wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z tym, iż ich oferty co do zasady będą jawne, w szczególności w zakresie, w jakim będą podlegały ocenie co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego oraz w ramach kryteriów oceny ofert. Wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, co oznacza że samo przekonanie o wartości posiadanych przez danego wykonawcę informacji jest niewystarczające.

W odniesieniu do zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa ww. dokumentów wykonawca Portico nie wykazał również przesłanki dotyczącej „wartości gospodarczej” zastrzeżonych danych.

W zakresie wykazu osób Przystępujący powoływał się na praktykę „przejmowania” pracowników i współpracowników o wysokich kompetencjach oraz że skompletowanie grupy osób o szczególnych kwalifikacjach stanowi know – how wykonawcy w przedmiotowej branży. Ponadto wskazał, że dokonał indywidualnego doboru zespołu ekspertów oraz że doświadczenie i zdolności techniczne osób mają duży wpływ na pozycję wykonawcy w przyszłych postępowaniach.

Odnosząc się do powyższego wskazać należy, że podnoszona przez Przystępującego teza o istnieniu praktyki przejmowania personelu przez konkurencję nie została w żaden sposób udowodniona. Jeżeli wykonawca Portico wywodził podstawy do zastrzeżenia informacji dotyczących personelu, którym dysponuje, jako tajemnicy przedsiębiorstwa z ryzyka podkupienia tego personelu, to nie powinien poprzestać na powołaniu się na tę okoliczność, lecz wykazać, że takie ryzyko faktycznie występuje - wyjaśnić czy w ogóle zetknął się z taką praktyką, jakiej liczby osób w jego firmie to dotyczyło (por. m.in. wyrok KIO z dnia 19 maja 2017 r., sygn. akt KIO 863/17). Co więcej, wykonawca Portico w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa winien wykazać, czy doświadczenie i wykształcenie osób skierowanych do realizacji zamówienia miało charakter unikalny, wyjątkowo specjalistyczny, usprawiedliwiający przypuszczenie, że na rynku może istnieć praktyka pozyskiwania takich osób, czy istotnie ograniczona na rynku jest liczba osób z doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego. Za zbyt ogólne Izba uznała stanowisko Portico, który podnosił, że doświadczenie i zdolności techniczne osób, które zdecydowały się na udział w realizacji zamówienia mają duży wpływ na pozycję wykonawcy w przyszłych postępowaniach. Z powyższego nie wynika jakie

konkretnie doświadczenie i zdolności techniczne i których osób wykonawca miał na względzie, przez co nie można odnieść się do ewentualnego ich wpływu na pozycję wykonawcy na rynku.

Z uwagi na powyższe, Izba zgodnie z żądaniem Odwołującego doprecyzowanym podczas rozprawy, nakazała Zamawiającemu ujawnienie złożonego przez wykonawcę Portico wykazu osób z wyłączeniem imion i nazwisk personelu.

Przechodząc następnie do wartości gospodarczej zastrzeżonej przez Portico metodologii wskazać należy, iż uzasadnienie przedstawione przez wykonawcę sprowadzało się w istocie do zdobytego przez wykonawcę doświadczenia w zakresie efektywnej organizacji czasu pracy i zarządzania pracą personelu, efektywnych, oszczędnych metod zarządzania personelem oraz realizacji projektów, która to wiedza przekłada się na możliwość zastosowania atrakcyjnych kosztów wykonania usług przez wykonawcę, a jej ujawnienie naraża wykonawcę na wymierne straty kosztowe wynikające z utraty przewagi konkurencyjnej. W ocenie Izby uzasadnienie wykonawcy w ww. zakresie było na tyle ogólne, że mogłoby znaleźć zastosowanie niemalże w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wskazywanie na know – how wykonawcy oraz budowanie pozycji i konkurencyjności na rynku, nie przesądza *per se* o wartości gospodarczej zastrzeżonych danych, zwłaszcza gdy stwierdzenie takie pozbawione jest szerszego wywodu myślowego.

Izba wskazuje, iż nie nakazała Zamawiającemu odtajnienia metodologii złożonej przez Portico, mimo że wykonawca nie wykazał, że spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk z uwagi na okoliczność, iż ewentualne odtajnienie ww. dokumentu nie miałyby wpływu na wynik przedmiotowego postępowania. Jak już wskazano powyżej, wadliwość opisu sposobu oceny ofert w ramach kryterium „jakość, organizacja i system zarządzania inwestycją” winna skutkować przyznaniem maksymalnej liczby punktów ofertom tych wykonawców, którzy złożyli metodologię zawierającą wszystkie punktowane elementy. Skoro zatem wykonawca Portico złożył kompletny dokument, co potwierdza zarówno treść metodologii oraz dokonana przez Zamawiającego ocena tego dokumentu, to winien otrzymać maksymalną liczbę punktów w ww. kryterium, a jego ewentualne ujawnienie nie mogłoby wpłynąć na zmianę punktacji oferty wykonawcy Portico w ww. kryterium.

W konsekwencji powyższego Izba stwierdziła, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Portico.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

W przedmiotowej sprawie Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku 3/5 (zarzut zawarty w punkcie 1, 4 oraz 6 *petitum* odwołania – w zakresie wykazu osób, skierowanych do realizacji zamówienia oraz w części a)

i bezzasadne w pozostałej części 2/5. Kosztami postępowania obciążono zatem Zamawiającego w części 3/5 oraz Odwołującego w części 2/5. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15 000 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izba w kwocie 3 600 zł, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł oraz koszty noclegu w kwocie 178 zł. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18 795 zł tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz noclegu (15 000 zł + 3 600 zł + 17 zł + 178 zł), tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 7 518 zł (18 795 zł x 2/5). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11 277 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 i § 5 ust. 4 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. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: