

Sygn. akt KIO 2576/19

WYROK
z dnia 3 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Infra Centrum Doradztwa Sp. z o.o. w Warszawie, LPW Sp. z o.o. w Katowicach, Atmoterm S. A. w Opolu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Centrum Unijnych Projektów Transportowych w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia International Management Services Sp. z o. o. w Krakowie, W. Sp. z o. o. w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.1. uwzględnia odwołanie co do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp i art. 92 ust. 1 Pzp oraz będącego ich następstwem zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp i nakazuje Centrum Unijnych Projektów Transportowych w Warszawie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie tej czynności, a w jej ramach udostępnienie następujących oświadczeń i dokumentów złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia International Management Services Sp. z o. o. w Krakowie, W. Sp. z o. o. w Warszawie

- wykazu osób złożonego wraz z ofertą,
- metodyki - złożonej wraz z ofertą;
- wykazu osób złożonego z pismem z 3.11.2019 r.,
- wyjaśnień i uzupełnień dotyczących wykazów osób w zakresie dotychczas nieudostępnionym;

— informację o ocenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia International Management Services Sp. z o. o. w Krakowie, W. Sp. z o. o. w Warszawie.

1.2. oddala odwołanie co do pozostałych zarzutów;

2. kosztami postępowania obciąża Centrum Unijnych Projektów Transportowych w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Infra Centrum Doradztwa Sp. z o.o. w Warszawie, LPW Sp. z o.o. w Katowicach, Atmoterm S. A. w Opolu MOSTMARPAL w Zarzeczu tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Centrum Unijnych Projektów Transportowych w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Infra Centrum Doradztwa Sp. z o.o. w Warszawie, LPW Sp. z o.o. w Katowicach, Atmoterm S. A. w Opolu kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Unijnych Projektów Transportowych w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest świadczenie usług doradztwa dla potencjalnych beneficjentów środków unijnych PO liś 2014-2020 w zakresie działań związanych z przygotowaniem i wdrożeniem Planów Zrównoważonej Mobilności Miejskiej. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **pod numerem**. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

19 grudnia 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Infra Centrum Doradztwa Sp. z o.o. w Warszawie, LPW Sp. z o.o. w Katowicach, Atmoterm S. A. w Opolu wnieśli odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 ustawy przez wybranie jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia International Management Services Sp. z o. o. w Krakowie, W. Sp. z o. o. w Warszawie, dalej jako: „Konsorcjum IMS”;
2. art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1 - 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez Konsorcjum IMS, jako niejawnych następujących dokumentów:
 - a) wykazu osób - Zał. 6 złożonego wraz z ofertą,
 - b) metodyki - złożonej wraz z ofertą;
 - c) uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa - złożonej wraz z ofertą,
 - d) wykazu osób złożonego w dniu 4.11.2019r.,
 - e) wyjaśnień i/lub uzupełnień dotyczących wykazów osób - o ile zostały złożone.

pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa oraz nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa;

3. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum IMS z postępowania, pomimo iż Konsorcjum IMS nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu, przedstawiło informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego oraz wprowadził w błąd zamawiającego przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jednocześnie nie złożył samooczystczenia w trybie przepisu art. 24 ust. 8 ustawy;
4. art. 92 ust. 1 ustawy przez zaniechanie podania uzasadnienia punktacji przyznanej poszczególnym ofertom;

5. art. 91 ust. 1 i 2 ustawy w związku z art. 7 ustawy przez przyznanie ofercie odwołującego nieprawidłowej ilości punktów w kryterium „Metodyka” z naruszeniem kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, tj. przyznanie zbyt małej ilości punktów;
6. art. 91 ust. 1 i 2 ustawy w związku z art. 7 ustawy przez zaniechanie oceny oferty odwołującego w kryterium „Metodyka” we wszystkich jej elementach.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert;
2. udostępnienia pełnej dokumentacji postępowania, w tym podania uzasadnienia punktacji przyznanej poszczególnym ofertom;
3. odtajnienia dokumentów wskazanych w odwołaniu;
4. przyznania ofercie odwołującego większej ilości punktów w kryterium „Metodyka” zgodnie z uzasadnieniem odwołania;
5. dokonania oceny odwołującego we wszystkich elementach w kryterium „Metodyka”;
6. dokonania ponownej oceny ofert, uwzględniającej kryteria oceny ofert oraz zasady oceny ofert zgodne z SIWZ;
7. wykluczenia wykonawcy Konsorcjum IMS;
8. odrzucenia oferty Konsorcjum IMS;
9. dokonania ponownej oceny ofert.

Konsorcjum IMS przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi z 31 grudnia 2019 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania ze wskazaniem, że udostępnienie pism zawierających uzasadnienie zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa powoduje bezprzedmiotowość zarzutu w tym zakresie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że oferta odwołującego nie została uznana za najkorzystniejszą, co grozi odwołującemu poniesieniem szkody.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty znalazły potwierdzenie.

Ad. 2. Zarzut naruszenia przepisów ustawy przez nieskuteczne zastrzeżenie informacji jako

tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego Izba uznała za potwierdzony.

Izba ustaliła, że odwołujący zastrzegł, jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa następujące oświadczenia i dokumenty

- a) wykaz osób - złożony wraz z ofertą,
- b) metodykę – stanowiącą część oferty, za którą zamawiający przyznawał punkty w kryteriach innych niż cena; wraz z ofertą;
- c) uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa - złożone wraz z ofertą,
- d) wykaz osób złożony - 4.11.2019 r.,
- e) wyjaśnienia i uzupełnienia dotyczących wykazu osób.

Na posiedzeniu przystępujący ujawnił zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa złożone wraz z ofertą. Zgodnie z treścią tego oświadczenia, „oferta została przygotowana na podstawie wieloletnich doświadczeń zdobytych podczas realizacji dotychczasowych badań i analizy zakresu merytorycznego przedmiotowego badania oraz przy uwzględnieniu specyfiki instytucji zamawiającej badanie. W związku ze znacznym wyrównaniem cen, jakie wykonawcy oferują za realizację poszczególnych badań, oraz ze stosowaniem przez instytucje zamawiające badania kryterium merytorycznego na etapie oceny ofert (przy jednoczesnym stopniowym zwiększaniu jego wagi/istotności) oferty merytoryczne są kluczowym elementem stanowiącym o konkurencyjności poszczególnych oferentów oraz decydującym o faktycznym sukcesie, jakim z perspektywy oferenta jest pozyskiwanie zamówień i w następnym etapie ich sprawna i terminowa realizacja. Oferty merytoryczne stanowią jako całość istotną wartość gospodarczą oferentów i są kluczowym narzędziem decydującym o ich ewentualnej przewadze konkurencyjnej. W związku z faktem, że merytoryczny poziom ofert merytorycznych jest często bardzo wyrównany, oraz że ocena ofert realizowana jest przez poszczególnych przedstawicieli Zamawiającego w oparciu o ich indywidualną wiedzę, doświadczenie oraz, co ważne, subiektywną ocenę oferty jako całości, istotny z perspektywy uzyskania wysokiej oceny jest nie tylko zaproponowany zakres, ale również sposób omówienia i prezentacji poszczególnych elementów składających się na ofertę merytoryczną. Należy zatem przyjąć, iż prezentacja oraz struktura oferty posiadają wymierną wartość gospodarczą, tzn. elementy te mogą być kluczowe z perspektywy podjęcia przez Zamawiającego decyzji o wyborze oferty.

Podobnie wykaz osób jest efektem wieloletniego doświadczenia Wykonawcy w zakresie rekrutacji odpowiednich specjalistów, którzy gwarantują spełnienie oczekiwań Zamawiającego zarówno w kwestii wymogów formalnych, jak i odpowiedniej terminowości, kultury, czy jakości pracy, przy zachowaniu racjonalnego poziomu kosztów. Udostępnienie tego wykazu konkurencji ułatwi jej rekrutację odpowiednich osób do wykonywania analogicznych zleceń, a zatem również posiada wymierną wartość gospodarczą.

Zgodnie z zapisem ustawy tajemnicę-przedsiębiorstwa mogą stanowić wyłącznie informacje poufne. Informacjami takimi będą więc wszelkie informacje, które nie znajdują się w domenie publicznej, tzn. nie istnieje legalny sposób zapoznania się z nimi bez wyraźnej zgody dysponenta.

Niniejsza oferta spełnia tę przesłankę.

Ponadto w stosunku do niniejszej oferty Wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności takich informacji, tj.:

- klasyfikacja i znakowanie poufnych informacji;
- ograniczenie dostępu oraz fizyczna ochrona miejsc przechowania informacji;
- zabezpieczenie nośników, na których zapisane są dane w postaci elektronicznej;
- zastosowanie zabezpieczeń informatycznych;
- zobowiązanie pracowników do zachowania poufności udostępnionych informacji;
- wprowadzenie klauzul o zachowaniu poufności do umów z kontrahentami.”

Po ocenie ofert zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wykazu osób w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Do złożonego wykazu zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa przystępujący dołączył uzasadnienie. Stanowi ono, że „w związku z kluczowym znaczeniem zasobów ludzkich przy świadczeniu usług doradczych, wybór odpowiednich osób do realizacji projektu - spełniających bardzo specyficzne warunki Zamawiającego, posiadających racjonalne oczekiwania finansowe, dyspozycyjnych, komunikatywnych oraz wywiązujących się ze zobowiązań - decyduje o faktycznym sukcesie, jakim z perspektywy oferenta jest pozyskiwanie zamówień i w następnym etapie ich sprawna i terminowa realizacja w założonym budżecie i zgodnie z najwyższymi standardami jakości. Należy zatem przyjąć, iż wykaz osób posiada wymierną wartość gospodarczą, tzn. elementy te mogą być kluczowe z perspektywy podjęcia przez Zamawiającego decyzji o wyborze oferty. Równocześnie ujawnienie wykazu na jakimkolwiek etapie postępowania mogłoby doprowadzić do zrekrutowania części personelu wykonawcy przez konkurencję.

Niniejszy wykaz osób nie został ujawniony do wiadomości publicznej (nie wszystkie osoby i nie całe ich doświadczenie są prezentowane na stronach internetowych wykonawcy).

W stosunku do wykazu i jego elementów Wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności informacji, tj.

- klasyfikacja i znakowanie poufnych informacji;
- ograniczenie dostępu oraz fizyczna ochrona miejsc przechowania informacji;
- zabezpieczenie nośników, na których zapisane są dane w postaci elektronicznej;
- zastosowanie zabezpieczeń informatycznych;
- zobowiązanie pracowników do zachowania poufności udostępnionych informacji;
- wprowadzenie klauzul o zachowaniu poufności do umów z kontrahentami.”

Zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne. Wyjątek od tej zasady został opisany w art. 8 ust. 3 Pzp stanowiącym, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą one być udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę

przedsiębiorstwa. Z brzmienia tego przepisu wynika zatem, że aby dane informacje mogły zostać zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa wykonawcy muszą spełniać dwa kryteria. Pierwsze z nich ma charakter materialny – zastrzegane informacje muszą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 9 lutego 2018 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Kryterium drugie ma charakter formalny – wykonawca musi dokonać zastrzeżenia tych informacji oraz wykazać zamawiającemu zasadność zastrzeżenia. W związku z tym sam fakt, że dane informacje mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa danego wykonawcy nie wystarcza dla dokonania zastrzeżenia, jeśli wykonawca nie uzasadnił należycie, że przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 4 uznk zostały spełnione. Art. 8 ust. 3 Pzp nie nakłada wprawdzie na wykonawcę *expressis verbis* obowiązku dowodowego, a obowiązek wykazania, jednak nie może być wątpliwości, że uzasadniając dokonane zastrzeżenie wykonawca powinien dołożyć szczególnej staranności. Nie może przede wszystkim poprzestać na ogólnych stwierdzeniach i odstępować od przedstawienia dowodów na poparcie swoich twierdzeń, w sytuacji, gdy ich złożenie jest możliwe. Restrykcyjne spojrzenie na powinności wykonawcy uzasadnione jest wyjątkowym charakterem art. 8 ust. 3 Pzp (*exceptiones non sunt extendendae*) oraz ścisłym związkiem naruszenia zasady jawności z możliwością naruszenia podstawowych zasad zawartych w art. 7 ust. 1 Pzp – uczciwej konkurencji i przejrzystości.

Odniesienie przedstawionych poglądów do okoliczności faktycznych sprawy prowadzi do przekonania, że przystępujący niezasadnie zastrzegł metodykę, wykazy osób oraz wyjaśnienia jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa, a zamawiający odmawiając ich udostępnienia naruszył przepisy ustawy.

Oba uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożone zamawiającemu mają charakter bardzo ogólny i wyłącznie teoretyczny. Jest to szczególnie widoczne w odniesieniu do metodyki – przystępujący nawet nie posługuje się tym słowem. Samo wskazanie na znaczenie ofert z powodu stosowania kryteriów pozacenowych z całą pewnością nie wskazuje na charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny, ani tym bardziej na jej wartość gospodarczą. Przesłanka „wartości gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej (*vide*: wyroki Izby w sprawie KIO 131/19, KIO 2339/19). Innymi słowy skuteczne wykazanie tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga koniunkcji przesłanek określonego charakteru informacji oraz wartości gospodarczej informacji. Całkowicie gołosłownie przystępujący twierdzi, że podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Samo gołosłowne wymienienie tych działań jest niewystarczające, gdyż twierdzenia zawarte w oświadczeniu w tym zakresie odwołujący mógł i powinien był wykazać stosownymi dokumentami.

Zastrzeżenie oraz wykazanie, o których mowa w art. 8 ust. 3 Pzp, dotyczą co do zasady danej informacji, a nie danego rodzaju informacji lub dokumentu, zatem brak jest podstaw ku temu, aby dwa oświadczenia złożone przez przystępującego badać jak jedno, dotyczą bowiem innych informacji – zawartych w metodyce i wykazie osób wskazanych dla uzyskania punktów w kryterium

pozacenowym oraz wykazie złożonym dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ponadto nie można pominąć, że z treści tych oświadczeń nie wynika, aby miałyby być czytane łącznie.

Brak należytej staranności przystępującego w tym zakresie jest szczególnie widoczny wobec faktu, że zamawiający poświęcił zastrzeganiu informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa rozdział X ust. 10 SIWZ, gdzie szczegółowo i konkretnie opisał obowiązki związane z dokonaniem zastrzeżenia.

Twierdzenie, że zamawiający podobnie ocenił zastrzeżenia dokonane przez odwołującego wskazuje jedynie, że zamawiający dokonał oceny z zachowaniem zasady równości, natomiast jest całkowicie bez znaczenia dla oceny przesłanek wynikających z art. 8 ust. 3 Pzp.

Udostępnienie przez przystępującego uzasadnienia zastrzeżenia informacji złożonego z ofertą Izba uznała za przyznanie przez niego racji odwołującemu. Oznacza to brak obowiązku przeprowadzania postępowania dowodowego (art. 190 ust. 5 zd. 2 Pzp) oraz odstąpienie od zawarcia w sentencji wyroku nakazu udostępnienia tego dokumentu. Wobec obowiązującego stanu prawnego nie może to być uznane jako uwzględnienie zarzutu przez zamawiającego.

Dla porządku stwierdzić zatem należy, że uznanie przez zamawiającego dokumentu zawierającego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego narusza art. 8 ust. 3 Pzp. Zdaniem składu orzekającego uzasadnienie takie powinno być jawne w każdym przypadku. Dokument złożony wraz z ofertą przez przystępującego, nie zawiera żadnych treści zasługujących na ochronę po myśli art. 11 ust. 2 uznk.

Ad. 3. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum IMS z postępowania nie znalazł potwierdzenia.

W rozdziale V ust. 1 pkt 2.3.1. SIWZ zamawiający ustalił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy na dzień składania ofert wykażą, że zrealizowali lub nadal realizują, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej 3 (trzy) usługi polegające na świadczeniu przez okres co najmniej 12 miesięcy, usług doradczych w zakresie planowania i rozwoju transportu, o wartości co najmniej 500 000,00 PLN brutto każda.

W odpowiedzi przystępujący złożył wykaz, w którym jako doświadczenie własne wskazał m.in. usługę wykonaną na rzecz Związku Gmin i Powiatów Subregionu Centralnego Województwa Śląskiego. Z dołączonej referencji wynika, że usługa wykonywana była przez konsorcjum w składzie: PBS Sp. z o.o. Lider Konsorcjum, Biuro Inżynierii Transportu Pracowni Projektowe C. & K. Sp. j. oraz International Management Services Sp. z o. o.

Izba uznała zarzuty odwołania za niepotwierdzone i uznała, że zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17) Pzp. Przepisy ten nakazują odpowiednio wykluczenie wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te

informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów (pkt 16) i w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (pkt 17). Przesłanką *sin qua non* zastosowania obu powołanych przepisów jest przedstawienie informacji wprowadzających w błąd, czyli skierowanych na wywołanie u zamawiającego przeświadczenia, że stan rzeczy jest inny niż w rzeczywistości. Co do zasady zatem informacje te powinny dotyczyć faktów (*vide* wyroki Izby m.in. w sprawach o sygn. akt: KIO 268/18, KIO 1865/18, KIO 2529/18, KIO 100/19). Tymczasem w odniesieniu do usługi powołanej przez przystępującego niesporne fakty nie były przedstawiane niezgodnie z rzeczywistością. Odwołujący nie twierdził bowiem, że sporną usługę wykonał samodzielnie.

Zasadniczą osią sporu jest natomiast to, czy przystępujący może powołać się na doświadczenie w wykonaniu usługi, którą zrealizował w ramach konsorcjum. Pogląd odwołującego sprowadza się do tezy, że w sytuacji wspólnego wykonania umowy możliwość powołania dotyczy wyłącznie zakresu zrealizowanego przez wykonawcę. Izba nie zgadza się z taką tezą. Dostrzec warto, że TSUE w wyroku z 4 maja 2017 r. C-131/14 Esaprojekt opowiadając się za oceną realnego zaangażowania w wykonanie umowy przez poszczególnych wykonawców tworzących konsorcjum, nie zdefiniował kryteriów oceny tego zaangażowania, ani tym bardziej nie wyłączył możliwości powołania się przez wykonawców na całość prac zrealizowanych przez nich w ramach konsorcjum. Trybunał wskazał, że możliwość ta jest uzależniona od bezpośredniego udziału w realizacji przynajmniej jednej części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców. TSUE sprzeciwił się tym samym możliwości powołania się członków konsorcjum na umowę, w których udział danego wykonawcy miał charakter jedynie formalny, stwierdzając, że nie można uznać uzyskania doświadczenia przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców. Tymczasem w okolicznościach sporu nie budzi wątpliwości realny i rzeczywisty udział przystępującego w wykonaniu umowy referencyjnej. Takiego twierdzenia nie zgłaszał odwołujący. W tej sytuacji, wobec braku jakichkolwiek dowodów wskazujących, że realny udział przystępującego, ze względu na swój rodzaj i zakres, był znikomy Izba uznała, że może on powołać się na całą wykonaną umowę.

Powyższe jest wystarczające dla rozstrzygnięcia zarzutu, jednak nie można pominąć, że odwołujący całkowicie pominął niezbędne przesłanki zawarte w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp odnoszące się do winy wykonawcy.

Skoro Konsorcjum IMS wykazało spełnianie warunków udziału w postępowaniu, i nie przedstawiło informacji wprowadzające w błąd zamawiającego brak jest podstaw do przypisywania mu obowiązku samooczyszczenia, o którym stanowi art. 24 ust. 8 Pzp.

Ad. 4. art. 92 ust. 1 ustawy przez zaniechanie podania uzasadnienia punktacji przyznanej poszczególnym ofertom;

W rozdziale XVI ust. 3. SIWZ zamawiający przedstawił kryteria oceny ofert oraz ich wagi:

1. Cena brutto – 45 %;

2. Metodyka zarządzania realizacją Usługi – 40 %;
3. Doświadczenie osób realizujących zamówienie – 10 %;
4. Wykorzystanie papieru wyprodukowanego co najmniej w 85% z włókien recyklingowych, pochodzący ze zrównoważonej gospodarki leśnej, certyfikowanego oznakowaniem "FSC Recycled" lub równoważnym - 5%.

Zamawiający podał również sposób oceny ofert w poszczególnych kryteriach, w tym liczbę punktów w poszczególnych kryteriach pozacenowych oraz sposób przyznawania tych punktów.

Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wynikach postępowania, w której zamieścił tabelę zawierającą liczbę punktów w poszczególnych kryteriach. Nie zostały podane powody przyznania wskazanej liczby punktów.

Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego, że jego obowiązek informacyjny związany z zakończeniem postępowania ogranicza się do przekazania wykonawcom informacji na temat punktacji. Art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp stanowi wprawdzie, że zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, jednak sam przepis art. 92 ust. 1 Pzp *in fine* nakazuje podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Takiego uzasadnienia zamawiający nie podał, czym naruszył przepisy ustawy. Niezasadnie powołuje się zamawiający na zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji mających znaczenie dla oceny w kryterium metodyka i doświadczenie osób realizujących zamówienie. Po pierwsze, uznanie nieskuteczności zastrzeżenia tych informacji skutkuje obowiązkiem ich ujawnienia, co oznacza, że można je powołać w informacji o wyniku postępowania. Po drugie, zamawiający uznając zastrzeżone informacje, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, powinien był swoje stanowisko sformułować w sposób chroniący te informacje, z pominięciem indywidualnych i konkretnych danych np. danych osobowych personelu. Oświadczenia zamawiającego składane na części niejawniej rozprawy jasno dowiodły, że było to możliwe.

Zgodzić się należy z odwołującym, że brak przekazania przez zamawiającego informacji dotyczącej oceny ofert jest sprzeczne z zasadami zawartymi w art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, gdyż brak możliwości kontroli czynności oceny ofert przez zamawiającego, stawia w uprzywilejowanej sytuacji wykonawcę, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Działanie zamawiającego jest nietransparentne, podczas gdy zasada przejrzystości wymaga, aby czynności zamawiającego dokumentowane były w sposób jasny i zrozumiały, umożliwiając poddanie ich ocenie.

Pogląd ten jest wyrażany w orzecznictwie Izby (*vide* wyroki w sprawach KIO 860/19, KIO 2050/18 i 2069/18.)

Ad. 5 i 6. Zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 ustawy w związku z art. 7 ustawy przez przyznanie ofercie odwołującego zbyt małej liczby punktów w kryterium „Metodyka” oraz przez zaniechanie oceny oferty odwołującego w kryterium „Metodyka” we wszystkich jej elementach.

W rozdziale XVI ust. 3 SIWZ zamawiający ustalił, że punkty w kryterium „Metodyka

zarządzania realizacją Usługi” zostaną przyznane na podstawie załączonego przez wykonawcę do Oferty Dokumentu „Metodyka zarządzania realizacją Usługi”, skali punktowej do 60 pkt, z uwzględnieniem podkryteriów:

1) Organizacja zespołu Doradców

a) wykonawca zapewnia bardzo dobre metody koordynacji pracy Zespołu Doradców i bardzo dobry przepływ informacji w ramach zespołu oraz z Zamawiającym – 20 pkt,

b) wykonawca zapewnia dobre metody koordynacji pracy Zespołu Doradców i dobry przepływ informacji w ramach zespołu oraz z Zamawiającym – 10 pkt,

c) Wykonawca zapewnia niewystarczające metody koordynacji pracy Zespołu Doradców lub mierny przepływ informacji w ramach zespołu lub z Zamawiającym – 0 pkt.

2) Znajomość interesariuszy właściwych do opracowania i wdrożenia Planów Zrównoważonej Mobilności Miejskiej wraz z otoczeniem instytucjonalnym i prawnym

a) Wykonawca wymienia i opisuje co najmniej 15 interesariuszy właściwych do opracowania i wdrożenia Planów Zrównoważonej Mobilności Miejskiej wraz z otoczeniem instytucjonalnym i prawnym – 20 pkt,

b) Wykonawca wymienia i opisuje co najmniej 10 interesariuszy właściwych do opracowania i wdrożenia Planów Zrównoważonej Mobilności Miejskiej wraz z otoczeniem instytucjonalnym i prawnym – 10 pkt,

c) Wykonawca wymienia i opisuje mniej niż 10 interesariuszy właściwych do opracowania i wdrożenia Planów Zrównoważonej Mobilności Miejskiej wraz z otoczeniem instytucjonalnym i prawnym – 0 pkt.

3) Program zapewnienia jakości świadczenia Usługi

a) Wykonawca proponuje program zapewnienia jakości świadczenia Usługi, który w bardzo dobrym stopniu zapewnia terminowość i jakość świadczonych usług – 20 pkt,

b) Wykonawca proponuje program zapewnienia jakości świadczenia Usługi, który w dobrym stopniu zapewnia terminowość i jakość świadczonych usług – 10 pkt,

c) Wykonawca proponuje program zapewnienia jakości świadczenia Usługi, który w dostatecznym stopniu zapewnia terminowość i jakość świadczonych usług – 0 pkt.

Zamawiający wymaga, aby przygotowany przez Wykonawcę Dokument „Metodyka zarządzania realizacją Usługi”, umożliwiał identyfikację poszczególnych elementów podlegających ocenie.

Odwołujący i przystępujący otrzymali taką samą liczbę punktów w kryterium Metodyka 26,67.

Izba zważyła, że zarzuty odwołania nie znalazły potwierdzenia. Zarówno stanowiska stron prezentowane na niejawnej części rozprawy, jak i analiza pisemnych stanowisk zamawiającego i odwołującego złożonych do akt sprawy (zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa) potwierdziły zasadność stanowiska zamawiającego. Oferta odwołującego nie mogła otrzymać maksymalnej liczby punktów.

Z uwagi na niejawnosć metodyki złożonej przez odwołującego szczegółowe odniesienie się do

argumentacji stron nie jest możliwe. Uzasadnienie orzeczenia Izby powinno być bowiem jednakowe dla wszystkich stron i uczestników postępowania odwoławczego.

Nie naruszając dokonanego zastrzeżenia można jedynie stwierdzić, że eksponowane przez odwołującego w złożonym dokumencie wszystkich wymagań wynikających z SIWZ nie uzasadnia zwiększenia liczby punktów przyznanych ofercie odwołującego. Brak spełnienia wymagań SIWZ spowodowałby bowiem odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Objęcie zakresem zobowiązania merytorycznych wymagań zamawiającego jest warunkiem koniecznym dopuszczenia oferty do oceny z uwzględnieniem kryteriów oceny ofert. Kryteria oceny metodyki są natomiast kryteriami co do zasady jakościowymi.

Konkludując Izba uznała, że naruszenie przez zamawiającego art. 8 ust. 3 oraz art. 92 ust. 1 Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Brak dostatecznej informacji na temat oceny ofert oraz niezasadne zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa uniemożliwiają wykonawcom ocenę czynności zamawiającego. Ograniczają możliwość wniesienia odwołania, a w konsekwencji stoją na przeszkodzie ochrony swoich praw wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Powaga tych naruszeń prowadzi do konstatacji, że zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp i uwzględnienia odwołania. Naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy mogą mieć bowiem istotny wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający powinien powtórzyć czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, a w jej ramach umożliwić wykonawcom zapoznanie się z dokumentami niezasadnie zastrzeżonymi jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz prawidłowo poinformować o wyniku postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 poz. 972).

Przewodniczący: