

Sygn. akt: KIO/UZP 949/10

WYROK
z dnia 7 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Członkowie: Andrzej Niwicki

Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SENER Sp. z o.o. ul. Marszałkowska 76 00-517 Warszawa, Polska; SENER INGENIERIA Y SISTEMAS S.A. 48930 Las Arenas, Avenida de Zugazarte 56 Vizcaya, Hiszpania; Centralne Biuro Projektowo-Badawcze Budownictwa Kolejowego "KOLPROJEKT" ul. Boremnlowska 40A, 04-338 Warszawa, Polska; EGIS Poland Sp. z o.o. ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa, Polska; EGIS RAIL S.A. 25 Crs Emile Zola 69625 Villeurbanne, Francja, reprezentowanych przez pełnomocnika: Lope Seco Gonzales, adres dla doręczeń: ul. Żelazna 28/30, 00-832 Warszawa od rozstrzygnięcia przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74 protestu z dnia 23 kwietnia 2010 roku**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ingenieria IDOM Internacional S.A., c/José Abascal 4, 28003 Madryt, Hiszpania; Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o., ul. Kościuszki 68, 61-891 Poznań, reprezentowanych przez pełnomocnika: Oscar Rico Garcia, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SENER Sp. z o.o. ul. Marszałkowska 76 00-517 Warszawa, Polska; SENER INGENIERIA Y SISTEMAS S.A. 48930 Las Arenas, Avenida de Zugazarte 56 Vizcaya, Hiszpania; Centralne Biuro Projektowo-Badawcze Budownictwa Kolejowego "KOLPROJEKT" ul. Boremnlowska 40A, 04-338 Warszawa, Polska; EGIS Poland Sp. z o.o. ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa, Polska; EGIS RAIŁ S.A. 25 Crs Emile Zola 69625 Villeurbanne, Francja, reprezentowanych przez pełnomocnika: Lope Seco Gonzales, adres dla doręczeń: ul. Żelazna 28/30, 00-832 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SENER Sp. z o.o. ul. Marszałkowska 76 00-517 Warszawa, Polska; SENER INGENIERIA Y SISTEMAS S.A. 48930 Las Arenas, Avenida de Zugazarte 56 Vizcaya, Hiszpania; Centralne Biuro Projektowo-Badawcze Budownictwa Kolejowego "KOLPROJEKT" ul. Boremnlowska 40A, 04-338 Warszawa, Polska; EGIS Poland Sp. z o.o. ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa, Polska; EGIS RAIŁ S.A. 25 Crs Emile Zola 69625 Villeurbanne, Francja, reprezentowanych przez pełnomocnika: Lope Seco Gonzales, adres dla doręczeń: ul. Żelazna 28/30, 00-832 Warszawa**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SENER Sp. z o.o. ul. Marszałkowska 76 00-517 Warszawa, Polska; SENER INGENIERIA Y SISTEMAS S.A. 48930 Las Arenas, Avenida de Zugazarte 56 Vizcaya, Hiszpania; Centralne Biuro Projektowo-Badawcze Budownictwa Kolejowego "KOLPROJEKT" ul. Boremnlowska 40A, 04-338 Warszawa, Polska; EGIS Poland Sp. z o.o. ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa, Polska; EGIS RAIŁ S.A. 25 Crs Emile Zola 69625 Villeurbanne, Francja, reprezentowanych przez pełnomocnika: Lope Seco Gonzales, adres dla doręczeń: ul. Żelazna 28/30, 00-832 Warszawa** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SENER Sp. z o.o. ul. Marszałkowska 76 00-517 Warszawa, Polska; SENER INGENIERIA Y SISTEMAS S.A. 48930 Las Arenas, Avenida de Zugazarte 56 Vizcaya, Hiszpania; Centralne Biuro Projektowo-Badawcze Budownictwa Kolejowego "KOLPROJEKT" ul. Boremnlowska 40A, 04-338 Warszawa, Polska; EGIS Poland Sp. z o.o. ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa, Polska; EGIS RAIL S.A. 25 Crs Emile Zola 69625 Villeurbanne, Francja, reprezentowanych przez pełnomocnika: Lope Seco Gonzales, adres dla doręczeń: ul. Żelazna 28/30, 00-832 Warszawa.**

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest usługa pn. *Opracowanie Studium Wykonalności dla budowy linii kolejowej dużych prędkości Wrocław/Poznań – Łódź – Warszawa.*

14 kwietnia 2010 r. Zamawiający poinformował o wynikach postępowania – wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ingeniería IDOM Internacional S.A., c/José Abascal 4, 28003 Madryt, Hiszpania; Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o., ul. Kościuszki 68, 61-891 Poznań, reprezentowanych przez pełnomocnika: Oscar Rico Garcia, (zwanego dalej „Przystępującym”) oraz odrzuceniu między innymi oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SENER Sp. z o.o. ul. Marszałkowska 76 00-517 Warszawa, Polska; SENER INGENIERIA Y SISTEMAS S.A. 48930 Las Arenas, Avenida de Zugazarte 56 Vizcaya, Hiszpania; Centralne Biuro Projektowo-Badawcze Budownictwa Kolejowego "KOLPROJEKT" ul. Boremnlowska 40A, 04-338 Warszawa, Polska; EGIS Poland Sp. z o.o. ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa, Polska; EGIS RAIL S.A. 25 Crs Emile Zola 69625 Villeurbanne, Francja, reprezentowanych przez pełnomocnika: Lope Seco Gonzales, adres dla doręczeń: ul. Żelazna 28/30, 00-832 Warszawa (zwanego dalej „Konsorcjum”, lub „Odwołującym”).

Pismem z 22 kwietnia 2010 roku Odwołujący 23 kwietnia 2010 rok wniósł protest wobec: zaniechania Zamawiającego polegające na braku unieważnienia postępowania i zachowanie Zamawiającego polegające na bezprawnym kontynuowaniu postępowania pomimo tego, iż Zamawiający naruszył w jego trakcie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, oraz wynikający z nich nakaz prowadzenia postępowania zgodnie z zasadą przejrzystości.

Konsorcjum zarzuciło Zamawiającemu naruszenie:

1. *art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy - poprzez brak zachowania przez Zamawiającego uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców polegający na odrzuceniu wybranych ofert i braku odrzucenia innych w sytuacji, gdy występują w nich identyczne lub porównywalne błędy;*
2. *art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy - poprzez brak zachowania przejrzystości prowadzonego postępowania na skutek braku szczegółowego określenia warunków i przesłanek odrzucenia oferty;*
3. *art. 87 ust. 1a Ustawy - poprzez zaniechanie w toku badania i oceny ofert zwrócenia się do Konsorcjum z żądaniem o sprecyzowanie i dopracowanie treści ofert oraz przedstawienie informacji dodatkowych dotyczących złożonej oferty;*
4. *art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy - poprzez zaniechanie poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, co nie powodowałoby istotnych zmian w treści oferty;*
5. *art. 91 ust. 1 Ustawy - poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie ze wskazanymi w Ogłoszeniu i SIWZ kryteriami oceny ofert;*
6. *art. 93 ust. 1 pkt 7 Ustawy - poprzez brak unieważnienia Postępowania, mimo że obarczone jest ono wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego;*

Odwołujący wniósł o: unieważnienie postępowania.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł, iż:

Konsorcjum złożyło protest, bowiem jego interes prawny w ubieganiu się o przedmiotowe zamówienie, doznał uszczerbku w wyniku niezgodnych z prawem działań i zaniechań Zamawiającego. Uszczerbek Konsorcjum polega na tym – jak zostało uzasadnione

w proteście, że postępowanie prowadzone jest z naruszeniem podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, w szczególności z zasadą przejrzystości. W konsekwencji powinno ono zostać unieważnione, ponieważ dokonanie wyboru wykonawcy obarczone będzie wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Dodatkowo Konsorcjum, wskutek jego bezprawnego wykluczenia z kontynuowanego do chwili obecnej postępowania, nie może ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący uzasadnia, że zachowuje interes prawny we wniesieniu środków ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Ustawy, bowiem pojęcie „interesu prawnego” powinno być rozpatrywane w kontekście uregulowań prawa europejskiego. Zgodnie z postanowieniami art. 1 ust 3 dyrektywy 89/665/EWG (odpowiednio art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13/EWG) „odwołanie może wnieść co najmniej każdy podmiot, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego”. Odmierna interpretacja „interesu prawnego” na tle dyrektywy Rady 89/665/EWG nie znajduje uzasadnienia - przesłanką do wniesienia odwołania może być naruszenie w trakcie postępowania przez Zamawiającego uregulowań prawa. Znajduje to również odzwierciedlenie w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, który wskazuje, że na podstawie art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG, państwa członkowskie zapewniają, że ustanowione przez nie procedury odwoławcze dostępne są „co najmniej” każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego lub w przypadku, gdy taki podmiot doznał uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych albo krajowych przepisów wykonujących to prawo.

Odwołujący wskazuje, że jedną z najistotniejszych kwestii dotyczących składanych ofert jest spoczywający na wykonawcy obowiązek przedstawienia oferty odpowiadającej wymaganiom Zamawiającego. Obowiązek ten wynika z celu prowadzenia postępowania i został podkreślony w art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednocześnie jednak Ustawa w tym samym przepisie wskazuje, że odrzucenie oferty nie jest automatyczne i może nastąpić po uprzednim dokonaniu przez zamawiającego czynności określonych w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy. W ocenie Odwołującego ustawa dopuszcza poprawianie omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy). Poprawianie omyłek na podstawie tego przepisu dotyczy omyłek nie mających charakteru oczywistego oraz niekoniecznie odnosi się do ceny, a więc może dotyczyć również innych elementów złożonej oferty. Odwołujący dowodzi, iż uzasadnione będzie twierdzenie, że Zamawiający ma również możliwość określenia w dokumentacji zamówienia także szczegółowych warunków i przesłanek odrzucenia oferty (przytacza fragment uzasadnienie

do nowelizacji ustawy: *proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą się pojawić w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.*) Jednocześnie Odwołujący wskazuje, iż nie jest to obowiązkiem Zamawiającego, a przynajmniej nie wynika to bezpośrednio z przepisów Ustawy, jednak rozwiązanie takie wydaje się uzasadnione, w szczególności w świetle obowiązku zachowania przejrzystości postępowania oraz przestrzegania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W tym kontekście należy zwrócić uwagę na następujące okoliczności, które wskazują na niejednoznaczne, z punktu widzenia naczelnych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, zachowanie Zamawiającego w trakcie postępowania. Zamawiający prowadzi Postępowanie w trybie dialogu konkurencyjnego, który jest trybem wyjątkowym i może być zastosowany w ściśle określonych przypadkach, o których mowa w art. 60b ust. 1 Ustawy. Prowadzenie postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego wiąże się z koniecznością przestrzegania przepisów Ustawy, które przewidują specyficzne, właściwe wyłącznie dla tego trybu regulacje.

W zakresie okoliczności odrzucenia oferty Konsorcjum Odwołujący wskazuje:

- Zamawiający w piśmie z 14 kwietnia 2010 r. (wynik postępowania, informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego) wyliczył enumeratywnie sześć przykładów uzasadniających odrzucenie oferty Konsorcjum, jako – w ocenie Odwołującego – rzekomo niespełniającej postanowień SIWZ, zdaniem Konsorcjum, wszystkie podnoszone przez Zamawiającego przykłady, dotyczą przypadków, które nie mają jakiegokolwiek wpływu ani na stronę merytoryczną złożonej oferty, ani na kryteria podlegające ocenie,
- w ocenie Odwołującego, Odrzucenie oferty Konsorcjum nie nastąpiło, więc z powodów, które można by zakwalifikować, jako spełniające przesłankę wskazaną w art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy, na którą powołuje się Zamawiający.

Ustawa, przewiduje dla tego szczególnego trybu, specyficzną procedurę dotyczącą - szeroko pojmowanego dostosowywania ofert do wymogów SIWZ, w art. 87 ust. 1a dopuszcza sytuacje, w których Zamawiający w toku badania i oceny ofert żąda od wykonawców sprecyzowania i dopracowania treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych. Warunkiem jest przy tym, aby dokonywane „dostosowania” nie wprowadzały istotnych zmian w treści ofert oraz zmian do wymagań zawartych w SIWZ. Wykładnie terminu „istotne zmiany” należy w tym kontekście interpretować zgodnie z wykładnią, która nadaje mu

Europejski Trybunał Sprawiedliwości. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału zmiana może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona. Zmiana może zostać uznana za istotną również wówczas, gdy modyfikuje równowagę ekonomiczną zamówienia na korzyść danego wykonawcy usługodawcy w sposób, który nie był przewidziany w pierwotnie określonych warunkach. Inaczej mówiąc można wskazać, że zmiany istotne to takie, które zmuszałyby do modyfikacji elementów przedmiotowo istotnych danego kontraktu (*essentialia negotii*). Konsorcjum podnosi, że Zamawiający nie podjął jakiegokolwiek działania zmierzającego do usunięcia rzekomych nieprawidłowości w złożonej przez Konsorcjum ofercie, bowiem z jednej strony nie wezwał Zamawiający Konsorcjum do dokonania stosownych „dostosowań” złożonej oferty na podstawie art. 87 ust. 1a Ustawy, z drugiej nie dokonał ich z własnej woli, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy. Jednocześnie, Zamawiający nie przewidział w jakichkolwiek dokumentach postępowania sytuacji i warunków określających przypadki odrzucenia oferty z powodu tego typu nieścisłości. Niezwykle istotne w tym kontekście jest również to, że w przypadku, gdyby Zamawiający przewidział w dokumentacji postępowania, że dla oceny oferty najistotniejsze będą dla Zamawiającego jej czysto formalne aspekty, a nie zawartość merytoryczna, Konsorcjum z całą pewnością podeszłoby w inny sposób do jej przygotowania, kładąc nacisk właśnie na te elementy. Tymczasem, ze szczegółowo opisanych kryteriów oceny ofert jednoznacznie wynika, że to właśnie metodologia i jej poszczególne aspekty miały być przez Zamawiającego oceniane. W związku z tym Konsorcjum zarzuca Zamawiającemu kierowanie się przy wyborze oferty najkorzystniejszej kryteriami innymi niż przewidziane w dokumentacji postępowania, w tym Ogłoszeniu o zamówieniu i w SIWZ.

Odwołujący podnosi również, że gdyby nawet przyjąć (czemu Konsorcjum zdecydowanie oponuje), że wskazane przez Zamawiającego nieścisłości mogłyby powodować odrzucenie oferty Konsorcjum, to Zamawiający - czyniąc zadość przywołanej zasadzie przejrzystości - powinien był wskazać taki warunek w dokumentacji postępowania. Informacja taka nie została wprowadzona do żadnego z dokumentów na żadnym etapie procedury, stąd oczywistym było dla Konsorcjum, że ocena rzetelności sporządzonych ofert będzie się odbywać na zasadach przewidzianych w Ustawie.

Odwołujący wskazuje również, że przedmiotowe postępowanie dotyczy projektu absolutnie nowatorskiego w Polsce, wymagającego zastosowania nieznanych w naszym kraju technicznie i technologicznie rozwiązań i w stosunku do którego brak jest jakichkolwiek doświadczeń, a cała dostępna dotychczas wiedza pochodzi nie z praktyki, ale z literatury fachowej. Wydaje się, że to właśnie z tego powodu Zamawiający zdecydował się na prowadzenie długotrwałej i kosztownej procedury jaką jest dialog konkurencyjny. Jak wynika z przepisów Ustawy, *celem*

dialogu jest bowiem uzyskanie rozwiązania lub rozwiązań najbardziej spełniających jego potrzeby. Oznacza to staranny i precyzyjny dialog z potencjalnymi wykonawcami celem uzyskania pełnej jasności w przedmiocie i charakterze zamówienia, w wyniku którego ustalone zostaną jednoznacznie wszelkie istotne elementy Postępowania zarówno z punktu widzenia Zamawiającego jak i wykonawców. W związku z tym podstawową kwestią, zarówno przy formułowaniu warunków Zamówienia, w tym istotnych elementów SIWZ, jak i przy określaniu kryteriów oceny ofert, która powinna być brana pod uwagę przez Zamawiającego jest całość zobowiązań oraz przyjęty i zaoferowany sposób ich wykonania przez danego wykonawcę.

W zakresie oceny oferty złożonej przez Konsorcjum IDOM Odwołujący wskazuje:

Zamawiający w piśmie z 14 kwietnia 2010 r. jednoznacznie stwierdził, że oferta złożona przez Konsorcjum IDOM spełnia wszystkie postanowienia zawarte w SIWZ. Tymczasem analiza tej oferty wskazuje na nieścisłości podobnego rodzaju, jak stwierdzone u Konsorcjum. Jako przykład można wskazać wymóg dotyczący pkt 4.3.3.2. ppkt 4) Rozdziału II - Opis przedmiotu zamówienia informacji odnosząca się do Raportu nr 12 - Raport o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko, zgodnie z którym wykonawca wykona wszystkie pomiary i badania środowiskowe w czasie nie krótszym niż jeden pełny rok (całoroczny cykl biologiczny). Zamawiający nie stwierdził uchybienia mimo, że z oferty tej jednoznacznie wynika, że okres prowadzenia pomiarów i badań będzie krótszy niż jeden pełny rok - zgodnie z treścią oferty będzie bowiem wynosił jedynie 51 tygodni licząc od 28 maja 2010 r. do 19 maja 2011 r. Jednocześnie w tym samym zakresie Zamawiający stwierdził, że z harmonogramu przedstawionego przez Konsorcjum nie wynika, że warunek powyżej wskazany został spełniony.

W zakresie oceny oferty złożonej przez Konsorcjum Systra Odwołujący wskazuje:

Pomimo braku dostępu do oferty Konsorcjum Systra, również w stosunku do niej wydają się zachodzić przesłanki odrzucenia – w ocenie Odwołującego, na podstawie sposobu postępowania Zamawiającego w stosunku do Konsorcjum jak i do pozostałych odrzuconych ofert.

Z dostępnych na druku ZP-20 informacji dotyczących oceny oferty Konsorcjum Systra, w szczególności z Kart Indywidualnej Oceny Ofert wynika, że członkowie komisji przetargowej stwierdzili w odniesieniu do kryterium oceny w zakresie Koncepcji harmonogramu, że Konsorcjum Systra nie uwzględniło w swym harmonogramie wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ elementów dotyczących obowiązkowych *uzgodnień z interesariuszami*. Dodatkowo, nie jest zdaniem Konsorcjum - zgodnie z zasadą przejrzystości oraz z obowiązującymi przepisami Ustawy, w szczególności z jej art. 8 oraz art. 96, zachowanie Zamawiającego, dotyczące braku ujawnienia części oferty złożonej przez

Konsorcjum Systra, co sprawia, że nie jest możliwe przeprowadzenie dokładnej weryfikacji również tej oferty pod kątem jej zgodności z SIWZ, co w ocenie Odwołującego narusza zasadę przejrzystości. Na wniosek Odwołującego z 23 kwietnia 2010 roku o wgląd do oferty Konsorcjum Systra Zamawiający wskazał, że *chodzi o tę część oferty Konsorcjum Systra, która zawiera informacje stanowiące „Tajemnicę przedsiębiorstwa” (tj. koncepcja realizacji zamówienia)*. Zdaniem Zamawiającego Konsorcjum Systra miało prawo zastrzec tę część oferty, co jak twierdzi Odwołujący, rzekomo wynika z przepisów prawa oraz treści Rozdziału I SIWZ - Instrukcja dla Wykonawców. Zgodnie z przywołanym pkt 7.3.67-Rozdziału I SIWZ - Instrukcja dla Wykonawców, *w przypadku, gdyby oferta lub załączone do niej dokumenty, w szczególności część zawierającą oferowaną koncepcję realizacji zamówienia, zawierały informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Wykonawca powinien w sposób niebudzący wątpliwości zastrzec, które spośród przedstawionych informacji stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa*. W ocenie Odwołującego, z przytoczonego fragmentu jednoznacznie wynika, że Wykonawca może zastrzec, jako niepodlegające ujawnieniu, wyłącznie te informacje, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie obejmuje to więc z całą pewnością całego dokumentu, a jedynie jego wybrane fragmenty. Zdaniem Odwołującego, takie postępowanie Zamawiającego stanowi kolejny dowód na naruszenie zasady przejrzystości prowadzonego postępowania, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem to na Zamawiającym spoczywa obowiązek badania skuteczności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 roku III CZP 74/05: *„skoro więc zamawiający może z woli ustawodawcy ograniczyć dostęp do informacji tylko w ustawowo określonych przypadkach, to aby móc skorzystać z tego uprawnienia zgodnie z ustawą, musi uprzednio stwierdzić, że zaistniały okoliczności odpowiadające przypadkom określonym w ustawie. Z oczywistych względów wymaga to podjęcia przez Zamawiającego określonych badań.”*)

Zdaniem Odwołującego drobiazgowość Zamawiającego w wyznajdowaniu rzekomych błędów w ofertach u niektórych wykonawców i niedostrzeganie porównywalnych u innych, budzi uzasadnione wątpliwości, co do zachowania zasad równego traktowania wykonawców i przejrzystości prowadzonego postępowania. Wątpliwości te są tym większe, gdy weźmie się pod uwagę okoliczności będące u podstaw prowadzenia postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego. Uwzględniając przytoczone argumenty prawne oraz okoliczności faktyczne, nie ulega zdaniem Odwołującego wątpliwości, że Postępowanie powinno zostać unieważnione, jako obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 Ustawy.

29 kwietnia 2010 roku do postępowania protestacyjnego przystąpili po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ingeniería IDOM Internacional S.A., c/José Abascal 4, 28003 Madryt, Hiszpania; Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o., ul. Kościuszki 68, 61-891 Poznań, reprezentowanych przez pełnomocnika: Oscar Rico Garcia, (dalej: „Przystępujący”). Przystępujący jest wykonawcą w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i ma interes prawny w rozstrzygnięciu protestu na korzyść Zamawiającego, bowiem oferta przystępującego stanowi ofertę najkorzystniejszą, wybrana przez Zamawiającego w postępowaniu a żądanie Odwołującego zawarte w proteście dąży do unieważnienia postępowania. Przystępujący wskazuje, iż Odwołujący nie posiadał interesu prawnego, dlatego też żąda oddalenia protestu. Uzasadnia to następująco: wykonawca korzystający ze środków ochrony prawnej nie może mieć interesu polegającego tylko na unieważnieniu postępowania – interes prawny powinien dotyczyć tego postępowania, do którego zgłoszono środki odwoławcze i polegać na tym, że Wykonawca traci możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą (wskazuje wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 23 czerwca 2006 roku sygn. akt II Ca 342/06). Zdaniem Przystępującego, jeśli wykonawca żąda unieważnienia postępowania, oznacza to, że przyjął on, że jego oferta nie może być uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, nie ma zatem interesu w uzyskaniu zamówienia (wskazuje wyrok Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 21 marca 2006 roku sygn. akt V Ca 2402/05).

4 maja 2010 roku Zamawiający rozstrzygnął protest - protest oddalić w zakresie wszystkich zarzutów jako całkowicie niezasadny.

Zamawiający uzasadnia swoje stanowisko następująco: w informacji na temat wyników postępowania wskazał, że oferta złożona przez Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), a Zamawiający nie mógł, na mocy art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, poprawić występujących w tej ofercie niezgodności z SIWZ i uznać, że są to inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, bowiem ich poprawienie prowadziłoby do istotnych zmian w treści oferty. W uzasadnieniu swej decyzji Zamawiający stwierdził, że Wykonawca nie spełnia postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w następującym zakresie:

1) Zgodnie z pkt 4.3.4.2 ppkt 1 Rozdziału II - Opis przedmiotu zamówienia, Wykonawca jest zobowiązany do: „monitorowania przebiegu procedury oceny oddziaływania na środowisko i składania Zamawiającemu miesięcznych informacji z przebiegu postępowania, aż do zakończenia postępowania w sprawie wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach”. Natomiast zgodnie z pkt 4.3.5.3. Część II Rozdziału II - Opis przedmiotu

zamówienia Wykonawca jest zobowiązany do sporządzenia: „dokumentacji z przebiegu postępowania oceny oddziaływania na środowisko prowadzonej przez organ administracyjny (...)”. Z harmonogramu przedstawionego przez Wykonawcę w ofercie nie wynika, że warunek powyższy jest spełniony.

2) Zgodnie z pkt 5.1.2.6. Rozdziału II - Opis przedmiotu zamówienia, odnoszącym się do Raportu nr 8 - Analizy finansowe i ekonomiczne: Przed przystąpieniem do analiz wielokryterialnych Wykonawca przedstawi Raport nr 8 zawierający analizę struktury finansowania projektu budowy LDP, analizy finansowe i ekonomiczne wraz z analizą wrażliwości ryzyka zgodnie z pkt 4.5. niniejszego Rozdziału SIWZ." W harmonogramie stanowiącym integralną część oferty Wykonawca zaoferował przedstawienie Raportu nr 8 w terminie 7.03.2011 r., (str. 94 wiersz 195) lub 8.03.2011 r. (str. -91 wiersz 7), a rozpoczęcie wykonania analiz wielokryterialnych w terminie 24.01.2011 r. (str. 95 wiersz 238). Tym samym warunek określony w OPZ w przytoczonym wyżej punkcie nie jest spełniony.

3) Zgodnie z pkt 5.1.2.5 Rozdziału II - Opis przedmiotu zamówienia", odnoszącym się do Raportu nr 7 - Dokumentacja środowiskowa: „przed przystąpieniem do analizy wielokryterialnej wyboru wariantu przebiegu trasy LDP Wykonawca przedstawi Raport nr 7 zawierający:

- a) inwentaryzację środowiskową przeprowadzoną zgodnie z „ opisem,, w pkt 4.3.1. niniejszego Rozdziału SIWZ (w tym inwentaryzacje obszarów przyrodniczych wykonana w takim zakresie jaki będzie możliwy do wykonania ze względu na pory roku, w których będą wykonywane) oraz
- b) analizę środowiskową przeprowadzoną zgodnie z opisem w pkt 4.3.2. niniejszego Rozdziału SIWZ.

W harmonogramie stanowiącym integralną część oferty Wykonawca zaoferował przedstawienie Raportu nr 7 w terminie 28.02.2011 r., (str. 91 oferty wiersz 6) lub 07.03.2011 r. (str. 92 oferty wiersz 68), a przystąpienie do wykonania analiz wielokryterialnych w terminie 24.01.2011 r. (str. 95 wiersz 238). Tym samym warunek określony w OPZ w przytoczonym wyżej punkcie nie jest spełniony.

4) Zgodnie z pkt 5.1.2.4 Rozdziału II - Opis przedmiotu zamówienia, odnoszącym się do Raportu nr 6 - Analizy techniczne: „Przed przystąpieniem do analiz finansowych i ekonomicznych Wykonawca przedstawi Raport Nr 6 zawierający, zgodnie z pkt 4.4. oraz pkt 4.2.4.3. Części I ppkt 1) lit. e) niniejszego Rozdziału SIWZ analizy techniczne, określenie przebiegu trasy linii w poszczególnych fazach trasowania, sposobu jej wprowadzenia do węzłów kolejowych oraz połączeń z linią CMK, zbiorcze zestawienie kosztów z podziałem na poszczególne branże oraz harmonogram rzeczowo - finansowy realizacji budowy LDP dla wszystkich 3 wariantów przebiegu trasy.

W harmonogramie stanowiącym integralną część oferty Wykonawca zaoferował przedstawienie Raportu nr 6 w terminie 28.02.2011 r. (str. 92 oferty wiersz 96) lub 1.03.2011 r. (str. 91 oferty wiersz 5), a przystąpienie do wykonania analiz ekonomicznych i finansowych w terminie 27.12.2010 r. (str. 94 wiersz 195). Dodatkowo należy wskazać, że Wykonawca deklaruje zakończenie analiz ekonomicznych i finansowych z punktu widzenia zarządcy infrastruktury w terminie 18.02.2011 r. (str. 95 wiersz 207) tj. przed zakończeniem analiz technicznych w terminie 28.02.2011 r. (str. 92 wiersz 96). Tym samym warunek określony w OPZ w przytoczonym wyżej punkcie nie jest spełniony.

5) Zgodnie z pkt 4.3.3.2. ppkt 4) Rozdziału II - Opis przedmiotu zamówienia, odnoszącym się do Raportu nr 12 - Raport o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko Wykonawca wykona wszystkie pomiary i badania środowiskowe w czasie nie krótszym niż jeden pełny rok (całoroczny cykl biologiczny). Z harmonogramu przedstawionego przez Wykonawcę w ofercie nie wynika, że warunek powyższy jest spełniony.

6) Zamawiający stwierdza, że przedstawiony harmonogram na stronie 85 oferty jest sprzeczny z harmonogramem na stronach 87-100.

Na tak postawione zarzuty odnoszące się do niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ, Odwołujący nie przedstawia żadnych argumentów merytorycznych, stwierdzając jedynie, że Zamawiający winien był wezwać go do sprostowania treści oferty i poczynienia w niej stosownych dopracowań i doprecyzowań. Odwołujący w złożonym przez siebie proteście zarzuca Zamawiającemu niezgodne z przepisami Pzp i postanowieniami SIWZ odrzucenie oferty Odwołującego, wskazując, że zawarte w piśmie informującym o wynikach postępowania przesłanki odrzucenia oferty są niezgodne z przepisami i orzecznictwem. Zamawiający podnosi, że dokonał rzetelnej oceny i badania ofert pod kątem zgodności z postanowieniami SIWZ, rozważając, w przypadku zauważonych niezgodności, czy można je usunąć, czy to poprzez wezwanie do złożenia wyjaśnień, czy to poprawienie omyłki zawartej w ofercie. W ocenie Zamawiającego granicą nieprzekraczalną, jaką wyznacza próg stosowania przepisów umożliwiających dokonanie odpowiednich poprawek w ofercie jest orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (C-454/06 z dnia 19 czerwca. 2008 r.), z którego płynie następujący wniosek: nie wolno dokonywać (także umożliwiać dokonywania) takich zmian w treści oferty (także umowy), które gdyby zostały poczynione wpłynąć by mogły na krąg podmiotów mogących otrzymać zamówienie. Zatem granicę dopuszczalności dokonywania zmian w ofercie wyznacza fakt czy dokonanie zmiany wpływa na uznanie że oferta podlega odrzuceniu ze względu na istotną niezgodność jej treści z treścią SIWZ, bądź czy wykonawca otrzyma w danym kryterium większą czy mniejszą liczbę punktów. Nie można dopuścić zatem do dokonania przez wykonawcę takiej interpretacji oferty, która gdyby nie została poczyniona, to musiałaby to spowodować odrzucenie oferty ze względu na niezgodność jej treści z treścią SIWZ. Nie można przychylić się do twierdzenia Odwołującego jakoby uchybienia wykazane przez Zamawiającego, a dotyczące jego oferty nie były istotne. Jak wskazał

Zamawiający w rozstrzygnięciu postępowania oferta złożona przez Protestującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a Zamawiający nie mógł, na mocy art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, poprawić występujących w tej ofercie niezgodności z SIWZ i uznać, że są to inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, bowiem ich poprawienie prowadziłoby do istotnych zmian w treści oferty.

Zamawiający wskazuje, że wiele spośród opisanych przez Zamawiającego czynności stanowiących przedmiot zamówienia nie zostało w ogóle uwzględnionych w ofercie Odwołującego. Wbrew twierdzeniom Odwołującego nie można przyjąć, że podjął on się wszystkich czynności wskazanych w SIWZ tylko na podstawie tego, że wypełnił formularz oferty i zadeklarował wykonanie przedmiotu zamówienia - dowodem jest choćby treść samego protestu, w którym Odwołujący niejako potwierdza, że nie wie o sporządzenie jakiej dokumentacji z przebiegu postępowania oceny oddziaływania na środowisko prowadzonej przez organ administracyjny chodziło Zamawiającemu. W razie sporu co do treści oferty Odwołujący z całym przekonaniem twierdziłby, że czynności te nie były objęte przedmiotem oferty. Takie sformułowania zawarte w ofercie bądź ich brak, które jednoznacznie wskazują, że Odwołujący nie objął przedmiotem oferty całości przedmiotu zamówienia nie mogą stanowić przedmiotu żadnego doprecyzowania, bowiem w istocie prowadzą do istotnej, a zatem niedozwolonej zmiany treści oferty. Także orzecznictwo, a szczególności wyroki KIO/UZP 1142/08, KIO/UZP 840/08, KIO/UZP 1144/08, KIO/UZP 767/08, KIO/UZP 777/08, KIO/UZP 1093/08, KIO/UZP 524/08, jako zasadę formułują tezę, że ogólne, stwierdzenie zawarte w ofercie nie wystarczy do uznania, że Wykonawca objął ofertą całość prac, gdy z innych części oferty takie zapewnienie nie wynika oraz tezę, że informacje stanowiące treść oferty nie podlegają uzupełnieniu. W ofercie Odwołującego kwestionowane braki dotyczą zakresu zamówienia a więc kwestii przedmiotowo istotnych i nie ma mowy o nieistotnych zmianach lecz o zmianach dotyczących istoty przedmiotu oferty czy to w odniesieniu do jakże ważnej logicznej kolejności wykonywania poszczególnych analiz, czy też w odniesieniu do zakresu oferty.

W zakresie oceny oferty złożonej przez Przystępującego Zamawiający wskazuje:

Zarzut podniesiony w proteście odnoszący się do oferty Przystępującego dotyczący opracowywania raportu oddziaływania na środowisko w ciągu 51 tygodni, zamiast wymaganych pełnych 12 miesięcy należy uznać za niezasadny, bowiem Przystępujący zadeklarował wykonywanie pomiarów i badań środowiskowych na potrzeby raportu w terminie począwszy od 28 maja 2010 r. do 19 maja 2011 r., czyli przez 51 tygodni oraz uszczegółowienie inwentaryzacji szczegółowej w terminie od 28 września 2011 r. do 26 czerwca 2012 r., czyli przez następne 39 tygodni. Tym samym wymóg SIWZ jest spełniony.

W zakresie oceny oferty złożonej przez Konsorcjum Systra Zamawiający wskazuje

Zarzut podniesiony w proteście odnoszący się do oferty konsorcjum Systra w kryterium Koncepcja realizacji zamówienia części dotyczącej uzgodnień z interesariuszami projektu należy uznać za niezasadny bowiem zawarte w kartach oceny ofert sformułowania powodują jedynie brak przyznania punktów, a nie niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, co jednoznacznie wynika z pkt 13.3.4 ad. 1 lit. e Rozdziału I SIWZ.

Ostatnim zarzutem przedstawionym w proteście jest rzekome zaniechanie przez Zamawiającego czynności weryfikacji zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa części oferty konsorcjum Systra, co świadczyć ma, wg Odwołującego, o naruszeniu zasady przejrzystości. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż nie zbadał czy zawarte w ofercie informacje mogą stanowić, zgodnie z obowiązującymi przepisami, tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający stanowczo zaprzecza jakoby nie poddał przedmiotowej kwestii dogłębnej analizie prawnej i faktycznej.

Wyniki analizy przeprowadzonej przez Zamawiającego:

Ustawa Prawo zamówień publicznych (Pzp) obowiązująca od 2 marca 2004 r. wprowadza przepis, według którego: *„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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w ań. 86 ust. 4 Pzp (art. 8 ust. 3 Pzp).* Przywoływana w cytowanym przepisie ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uznk) zawiera legalną definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, stanowiąc, że są to: *„nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności”*. Definicja legalna tajemnicy przedsiębiorstwa została zmieniona i w treści przytoczonej obowiązuje od 10 listopada 2002 r. W poprzedniej wersji mowa była o wartości handlowej, a nie - jak obecnie - o wartości gospodarczej. Obowiązująca dziś definicja, rozszerzająca zakres tajemnicy na wartość .gospodarczą, wypełnia zobowiązania międzynarodowe Polski wynikające z podpisanego przez nasz kraj „Porozumienia w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej” (TRIPS).

Za tajemnicę przedsiębiorstwa, stosownie do postanowień art. 55¹ kc, uznać można - pod warunkiem spełnienia przesłanek uznk, o których mowa wyżej - mający wartość gospodarczą niematerialny składnik przedsiębiorstwa, który, tak jak i pozostałe jego składniki, służyć ma przedsiębiorcy do realizacji określonych zadań gospodarczych. Przy tym to przedsiębiorca w trakcie realizacji owych zadań podejmuje decyzję, czy i w stosunku do jakich informacji podejmuje działania zmierzające do zachowania poufności. Zastrzeżenie poufności nie może wynikać jedynie ze swobodnego uznania składającego takie oświadczenie przedsiębiorcy.

Informacja dotycząca "samego przedsiębiorstwa lub związana z działalnością tego przedsiębiorstwa, aby mogła stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji musi spełniać jednocześnie trzy warunki:

- 1) nie może zostać ujawniona do wiadomości publicznej,
- 2) musi posiadać wartość gospodarczą,
- 3) muszą zostać podjęte w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa można jedynie informacje, które nie były jeszcze publicznie znane. Informacja (wiadomość) „nieujawniona do wiadomości publicznej” to informacja nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacje znane publicznie to nie tylko informacje znane powszechnie (ogółowi społeczeństwa). Informacjami znanymi publicznie są również informacje, których uzyskanie wymaga specjalistycznej wiedzy, co powoduje, iż w praktyce są one dostępne tylko wysoko wyspecjalizowanym fachowcom z danej branży. Informacje, które wchodzą w zakres wiedzy powszechnie dostępnej, nawet jeśli jest to wiedza specjalistyczna, nie mogą być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Granica między specjalistyczną, acz powszechnie dostępną wiedzą fachową, a informacją mogącą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa jest, oczywiście, nieostra. Rozstrzygające wtedy może być stwierdzenie, czy przedsiębiorca podjął stosowne kroki w celu zachowania poufności tych informacji. Nie ulega jednak wątpliwości, że zakresem tajemnicy nie mogą być objęte informacje powszechnie znane lub takie, o których treści każdy nimi zainteresowany może się legalnie dowiedzieć. Jak trafnie stwierdził Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00 (OSNC 2001, nr 4, poz. 59), informacja nieujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną, a więc np. gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub gdy z towaru wystawionego na widok publiczny każdy fachowiec poznać może, jaką metodę produkcji zastosowano. Pewnym wyznacznikiem zakresu tajemnicy przedsiębiorstwa są panujące wśród przedsiębiorców danej branży zwyczaje (o ile da się je zidentyfikować). To, co w jednej branży jest ściśle chronionym *know-how*, w innej może być postrzegane jako pozbawione jakiegokolwiek wartości gospodarczej. Zastosowane w ustawowej definicji sformułowania należy interpretować szeroko. Powszechnie przyjmuje się, że tajemnicą przedsiębiorstwa mogą być objęte następujące informacje:

- 1) Informacje techniczne i technologiczne mogą dotyczyć technologii wytwarzania, stosowanych sposobów produkcji, systemu kontroli jakości, wzorów użytkowych i zdobniczych, wynalazków nadających się do opatentowania, formuł chemicznych, metod działania, poufnego know-how itp. Tajemnicę przedsiębiorstwa mogą stanowić nie tylko rozwiązania nadające się do zastosowania, lecz także dane o zakończonych.

negatywnym wynikiem, próbach i badaniach, których przekazanie konkurentowi może mu zaoszczędzić kosztownych prac rozwojowych.

- 2) informacje organizacyjne mogą obejmować wiadomości przydatne do prowadzenia przedsiębiorstwa (choć niezwiązane bezpośrednio z cyklem produkcyjnym), w szczególności:
 - a) Źródła zaopatrzenia (źródła pozyskiwania surowców, materiałów, półproduktów, wykaz dostawców, podwykonawców.-koszty zaopatrzenia i usług obcych itp.),
 - b) Strukturę organizacyjną (w tym również zasady finansowania działalności, wysokość wynagrodzeń pracowników i współpracowników itp.),
 - c) Rynki zbytu (działalność marketingowa, organizowanie rynków zbytu, sieć" dystrybucji, dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, wykaz odbiorców, wykaz hurtowni i składów fabrycznych, wykaz punktów serwisowych itp.)
- 3) W obecnym stanie prawnym rozszerzono katalog informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa o ogólną kategorię „innych informacji posiadających wartość gospodarczą". W rezultacie, w miejsce doprecyzowanego katalogu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wprowadzono katalog otwarty. Za tajemnicę przedsiębiorstwa uznaje się, jak wcześniej wspomniano, wszystkie informacje posiadające wartość gospodarczą (w szczególności informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne) jeżeli przedsiębiorca spełni wymagania z art. 11 ust. 4 *in fine*.

Zamawiający uznał, że element oferty taki jak koncepcja realizacji zamówienia, będącego absolutnie jednostkowym i niepowtarzalnym może być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa i jako taka została zastrzeżona w sposób uprawniony. Do czasu udzielenia przedmiotowego zamówienia koncepcja realizacji zamówienia rozumiana jako indywidualne podejście do sposobu organizacji prac, przewidywani podwykonawcy, cechy narzędzi, jakimi posługiwać będzie się wykonawca przy wykonywaniu prac są informacjami posiadającymi bardzo istotną wartość gospodarczą. Ich ujawnienie do wiadomości choćby pozostałych uczestników postępowania z pewnością powoduje możliwość zdobycia przez pozostałych wiedzy, jaka może wpłynąć w sposób istotny na ich pozycje konkurencyjną np. w przypadku gdyby postępowanie zostało unieważnione, a następnie zaistniałaby konieczność jego powtórzenia.

Ponadto Zamawiający wskazuje, że żądania zawarte w proteście są wzajemnie sprzeczne, bowiem Protestujący żąda z jednej strony unieważnienia postępowania, zaś z drugiej domaga się wezwania go do uzupełnienia oferty.

14 maja 2010 roku wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od rozstrzygnięcia protestu w przedmiotowym postępowaniu złożone przez Odwołującego.

Odwołujący podtrzymuje wszystkie zarzuty podniesione w proteście oraz aktualne pozostaje żądanie Konsorcjum dotyczące unieważnienia postępowania.

Odwołujący czynnościami oraz zaniechaniu Zamawiającemu zarzuca naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy - poprzez brak zachowania przez Zamawiającego uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców polegający na odrzuceniu wybranych ofert i braku odrzucenia innych w sytuacji, gdy występują w nich identyczne lub porównywalne błędy;
2. art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy - poprzez brak zachowania przejrzystości prowadzonego postępowania na skutek wskazania tytułem uzasadnienia odrzucenia m.in. oferty Konsorcjum w oderwaniu od przesłanek odrzucenia oferty, które uregulowane zostały przepisami Ustawy;
3. art. 87 ust. 1a Ustawy - poprzez zaniechanie w toku badania i oceny ofert zwrócenia się do Konsorcjum z żądaniem o sprecyzowanie i dopracowanie treści ofert oraz przedstawienie informacji dodatkowych dotyczących złożonej oferty;
4. art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy - poprzez zaniechanie poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, co nie powodowałoby istotnych zmian w treści oferty;
5. art. 91 ust. 1 Ustawy - poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie ze wskazanymi w Ogłoszeniu i SIWZ kryteriami oceny ofert;
6. art. 93 ust. 1 pkt 7 Ustawy - poprzez brak unieważnienia Postępowania, mimo że obarczone jest ono wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego;

Odwołujący wniósł w odwołaniu o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania.

Uzasadnienie zawarte w Odwołaniu jest tożsame z uzasadnieniem zawartym w proteście. Odwołujący podnosi dodatkowo w uzasadnieniu odwołania, że dokonana przez Zamawiającego ocena jest subiektywna i biorąc pod uwagę okoliczności związane z prowadzonym Postępowaniem oraz przepisy obowiązującego prawa nie znajduje

uzasadnienia. Odwołujący stoi na stanowisku, że nawet w przypadku wystąpienia ewentualnych nieścisłości w treści oferty z postanowieniami SIWZ, to konsekwencje, które Zamawiający z nich wyciąga są nieproporcjonalne w stosunku do ewentualnych uchybień Konsorcjum. Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający przy wykładni postanowień art. 87 ust. 1 a Ustawy powinien uwzględniać również odpowiednie przepisy prawa europejskiego. Wskazuje, że zgodnie z art. 29 ust. 6 dyrektywy 2004/18/WE oferty mogą być wyjaśniane, precyzowane i dopracowywane na żądanie zamawiającego, co oczywiście nie może zakłócać konkurencji. Odwołujący nie podnosi w uzasadnieniu odwołania zarzutów w zakresie oceny oferty złożonej przez Przystępującego, natomiast w zakresie oceny oferty złożonej przez Konsorcjum Systra Odwołujący wskazuje tylko na niezgodne z zasadą przejrzystości oraz z obowiązującymi przepisami Ustawy, w szczególności z jej art. 8 oraz art. 96, zachowanie Zamawiającego, dotyczące braku ujawnienia części oferty tegoż wykonawcy, co sprawia, że nie jest możliwe przeprowadzenie dokładnej weryfikacji tej oferty pod kątem jej zgodności z SIWZ. Przytoczone przez Zamawiającego w odrzuceniu protestu argumenty przemawiające jakoby za możliwością utajnienia treści oferty przez Konsorcjum Systra w żaden sposób nie wpływają na fakt, że takie postępowanie Zamawiającego uniemożliwia wykonawcom, w tym Odwołującemu, dokonanie weryfikacji prawidłowości treści oferty złożonej przez konkurencyjnego wykonawcę. W ocenie Odwołującego takie postępowanie prowadzi do naruszenia zasady przejrzystości.

20 maja 2010 roku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożone przez Przystępującego. Przystępujący uzasadnia przystąpienie do postępowania odwoławczego: Przystępujący jest uczestnikiem postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu – przystąpił do protestu pismem z dnia 29 kwietnia 2010 roku. Przystępuje do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystępujący jest wykonawcą w rozumieniu przepisów ustawy Pzp i ma interes prawny w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego (tj. oddaleniu odwołania), bowiem oferta Przystępującego stanowi ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu, wybraną przez Zamawiającego, a zarzuty Odwołującego dążą do unieważnienia Postępowania, a zatem godzą bezpośrednio w interes prawny Przystępującego w uzyskaniu zamówienia. Przystępujący stwierdza, że zarzuty podnoszone przez Odwołującego są niezasadne a ponadto Odwołujący nie legitymuje się wymaganym interesem prawnym.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania złożonych w trakcie rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 9 grudnia 2008 r. pod numerem 2008/S 239-318298 (ogłoszenie wysłano 5 grudnia 2009 r.), w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie w swojej siedzibie na tablicy informacyjnej oraz na swojej stronie internetowej (www.plk-sa.pl).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 ustawy pzp i wynosi 70 168 800,00 zł, co stanowi równowartość 18 098 269,36 euro.

Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny obowiązujący na dzień wszczęcia postępowania, to jest w szczególności sprzed wejścia w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), zgodnie odpowiednio: z art. 3 ust. 1 oraz z art. 4 ust. 1 przywołanych ustaw nowelizujących.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania oraz, że wypełniono przesłankę interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, dowód ze stanowisk oraz oświadczeń Stron i Uczestnika postępowania złożonych ustnie do protokołu, a także pisma procesowe złożone przez pełnomocnika Zamawiającego w trakcie prowadzonej rozprawy.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Odnosząc się do zakresu zarzutów podniesionych w proteście i podtrzymanych w odwołaniu, Izba zważyła, że przepis art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku (dalej: „ustawa” lub „Pzp”) dopuszcza rozpoznanie przez Izbę

jedynie zarzutów poprzedzonych protestem. Analiza treści protestu oraz treści odwołania w zakresie postawionych zarzutów skłania do twierdzenia, że przedmiotem rozpoznania przez Izbę są następujące zarzuty:

1. *art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy - poprzez brak zachowania przez Zamawiającego uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców polegający na odrzuceniu wybranych ofert i braku odrzucenia innych w sytuacji, gdy występują w nich identyczne lub porównywalne błędy;*
2. *art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy - poprzez brak zachowania przejrzystości prowadzonego postępowania na skutek braku szczegółowego określenia warunków i przesłanek odrzucenia oferty;*
3. *art. 87 ust. 1a Ustawy - poprzez zaniechanie w toku badania i oceny ofert zwrócenia się do Konsorcjum z żądaniem o sprecyzowanie i dopracowanie treści ofert oraz przedstawienie informacji dodatkowych dotyczących złożonej oferty;*
4. *art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy - poprzez zaniechanie poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, co nie powodowałoby istotnych zmian w treści oferty;*
5. *art. 91 ust. 1 Ustawy - poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie ze wskazanymi w Ogłoszeniu i SIWZ kryteriami oceny ofert;*
6. *art. 93 ust. 1 pkt 7 Ustawy - poprzez brak unieważnienia Postępowania, mimo że obarczone jest ono wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego;*

Izba ustaliła, iż na rozprawie Odwołujący zmodyfikował wniosek zawarty zarówno w proteście jak i odwołaniu poprzez złożenie wniosku alternatywnego: unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 14 kwietnia 2010r - wynik postępowania.

Izba ustaliła, iż nie została podniesiona przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania argumentacja w zakresie oferty Przystępującego oraz oferty złożonej przez Konsorcjum Systra w zakresie nieuwzględnienia w harmonogramie obowiązkowych uzgodnień z interesariuszami, co było podnoszone na etapie protestu.

Na wstępie Izba zwraca uwagę, że zarzuty jakie stawia Odwołujący winny być sformułowane w sposób precyzyjny, ze wskazaniem konkretnych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ustawy, które potwierdzają wskazane podstawy prawne zarzutu.

Zarzuty prawne konkretyzują się bowiem, przez podanie kwestionowanych czynności Zamawiającego lub zaniechania czynności przez Zamawiającego. Sformułowanie zarzutów w sposób ogólny, poprzez jedynie podanie podstawy prawnej (artykułu) oraz częściowego przytoczenia treści powoływanego przepisu nie stanowi skonkretyzowania uchybień, z których Odwołujący chce wysnuwać dla siebie korzystne wnioski. Odwołanie powinno zawierać przedstawienie zarzutów, wniosek co do rozstrzygnięcia odwołania oraz uzasadnienie faktyczne i prawne odwołania – niemniej najistotniejszym z elementów odwołania są zarzuty, to one stanowią uzewnętrzniony przez odwołującego katalog naruszeń dokonanych przez Zamawiającego i są niezbędne aby możliwe było skarżenie podejmowanych decyzji Zamawiającego.

Celem postępowania protestacyjno – odwoławczego, spełniającego rolę prewencyjną, jest szybkie reagowanie na podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu czynności lub zaniechania czynności oraz ich korekta w przypadku stwierdzenia ich wadliwości, jednakże jest to możliwe gdy zarzuty określone przez Odwołującego są precyzyjne.

Izba ustaliła w odniesieniu do przedstawionych przez Odwołującego zarzutów:

W zakresie zarzutu: art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy - poprzez brak zachowania przez Zamawiającego uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców polegający na odrzuceniu wybranych ofert i braku odrzucenia innych w sytuacji, gdy występują w nich identyczne lub porównywalne błędy,

nie zostało przez Odwołującego ani wskazane ani udowodnione naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący nie wskazał różnic w sposobie oceny ofert, które miały prowadzić do naruszenia zasad zamówień publicznych poprzez odrzucenie „wybranych ofert” oraz brak odrzucenia innych ofert z powodu błędów jakie zawierały oferty. Jednocześnie Odwołujący nie podaje, nie wskazuje na czym miały polegać owe błędy w poszczególnych ofertach oraz w jakim stopniu są one identyczne lub porównywalne w poszczególnych ofertach. Należy zaznaczyć w tym miejscu, że Odwołujący nie wskazał nawet ofert co do których się odwoływał w zarzucie, a ich ogólnikowe nieprecyzyjne podanie nie pozwalana na odniesienie się, do i tak niewskazanych uchybień w badaniu i ocenie ofert dokonanej przez Zamawiającego.

W zakresie zarzutu: art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy - poprzez brak zachowania przejrzystości prowadzonego postępowania na skutek braku szczegółowego określenia warunków i przesłanek odrzucenia oferty,

zawarty w uzasadnieniu do odwołania wywód Odwołującego dotyczący obowiązku przestrzegania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i wywodzonej na tej podstawie zasady przejrzystości sprowadza się do stwierdzenia

Odwołującego: „że Zamawiający ma również możliwość określenia w dokumentacji zamówienia także szczegółowych warunków i przesłanek odrzucenia oferty” a uzasadnienie takiego działania choć nie wynikające wprost z ustawy wypływa z zasad prawa zamówień publicznych. Odwoływanie się do braków w dokumentacji postępowania na etapie oceny ofert jest żądaniem spóźnionym i niezależnie od tego czy rodzi konsekwencje na późniejszych etapach postępowania czy też takowych nie rodzi nie może podlegać ocenie w kontekście ewentualnego uchybienia Zamawiającego.

W zakresie zarzutów:

- art. 87 ust. 1a Ustawy - poprzez zaniechanie w toku badania i oceny ofert zwrócenia się do Konsorcjum z żądaniem o sprecyzowanie i dopracowanie treści ofert oraz przedstawienie informacji dodatkowych dotyczących złożonej oferty,

- art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy - poprzez zaniechanie poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, co nie powodowałoby istotnych zmian w treści oferty.

Odwołujący podnosząc jedynie zaniechanie Zamawiającego żądania sprecyzowania i dopracowania treści oferty oraz przedstawienie informacji dodatkowych nie wskazał na czym miało ono polegać; nie podaje tych zakresów oferty, które w jego ocenie powinny zostać dopracowane i sprecyzowane a także nie określa elementów oferty, które w jego ocenie wymagały przedstawienia informacji dodatkowych. Podniesienie przez Odwołującego, iż obowiązek taki ciążył na Zamawiającym z uwagi na specyfikę trybu w jakim prowadzone jest postępowanie – dialog konkurencyjny – nie stanowi dookreślenia postawionego zarzutu.

Podnosząc jednocześnie, iż Zamawiający nie dokonał poprawy omyłek polegających na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, które to nie powodują istotnych zmian treści oferty doprowadził do odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nie wskazuje jakie elementy oferty miały być poprawione.

W treści pisma z 14 kwietnia 2010 roku – wynik postępowania Zamawiający enumeratywnie wskazał przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy, które w ocenie Zamawiającego nie podlegały poprawie. Odwołujący nie podniósł żadnej argumentacji obalającej twierdzenie, iż oferta podlega odrzuceniu z uwagi na niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia; nie wykazał w jaki sposób Zamawiający naruszył regulacje prawne wskazane przez Odwołującego w powyżej przytoczonych zarzutach.

Zgodnie z punktem 7.1 Rozdziału I SIWZ zawartość oferty stanowi zarówno (1) wypełniony formularz pod nazwą „Oferta” zamieszczony w Rozdziale III SIWZ wraz z Opisem koncepcji

realizacji przedmiotu zamówienia zawierającym: 1) harmonogram realizacji Części I będący szczegółowym harmonogramem rzeczowo – finansowym (wykres Gantta) realizacji Części I zamówienia, z podziałem na dwa zasadnicze etapy, opisane w Rozdziale II SIWZ przy uwzględnieniu, że nieprzekraczalny termin tej części upływa 31 marca 2011 roku; harmonogram Części I winien przedstawiać czas realizacji poszczególnych analiz opisanych w Rozdziale II SIWZ w układzie tygodniowym z zaznaczeniem zależności pomiędzy poszczególnymi analizami wraz ze wskazaniem, które produkty jednych analiz będą danym wyjściowymi dla innych analiz oraz przewidywanych uzgodnień w trakcie wykonywania poszczególnych analiz, wymaganych przez Zamawiającego. Zamawiający dookreślił szczegółowo wymagania opisując w wielu przypadkach nie tylko zakres poszczególnych analiz bądź powstających w wyniku ich wykonania produktów, lecz również kolejność ich wykonania. Kolejność wykonania poszczególnych analiz spowodowana jest koniecznością uwzględniania w określonych analizach wyników i wniosków płynących z innych analiz. W niektórych miejscach, gdzie nie jest wymagane z punktu widzenia prawidłowości wykonania „Studium Wykonalności” ścisłe określenie wymogu sekwencyjności, dopuszczalne jest a czasem konieczne równoczesne prowadzenie prac analitycznych; tam też Zamawiający nie formułował wymogów odnoszących się do sekwencyjności poszczególnych działań. Tak został określony zakres i kolejność poszczególnych prac stanowiący przedmiot zamówienia. Wymagania Zamawiającego co do ukończenia jednych części „Studium Wykonalności” w określonym terminie, stanowiące niewątpliwie przedmiot zamówienia, są uzasadnione z uwagi na możliwość analizy, ocenę i ewentualną korektę opracowanych analiz. Jednocześnie nie należy zapominać, iż poszczególne analizy stanowią „wsad” do kolejnych następujących po nich. Treść oferty Odwołującego we wskazanych przez Zamawiającego punktach (pismo z 14 kwietnia 2010 roku – wynik postępowania) nie odpowiada wymaganiom zawartego w dokumentacji postępowania opisu przedmiotu zamówienia. Miedzy innymi (przykład) Odwołujący podał w ofercie, iż analiza finansowa z punktu widzenia zarządcy infrastruktury zakończona zostanie przed analizami technicznymi, co z punktu widzenia realizacji tych analiz, ich celowości i przydatności jest błędne.

Zgodnie z pkt 5.1.2.4 Rozdziału II - Opis przedmiotu zamówienia, odnoszącym się do Raportu nr 6 - Analizy techniczne: „Przed przystąpieniem do analiz finansowych i ekonomicznych Wykonawca przedstawi Raport Nr 6 zawierający, zgodnie z pkt 4.4. oraz pkt 4.2.4.3. Części I ppkt 1) lit. e) niniejszego Rozdziału SIWZ analizy techniczne, określenie przebiegu trasy linii w poszczególnych fazach trasowania, sposobu jej wprowadzenia do węzłów kolejowych oraz połączeń z linią CMK, zbiorcze zestawienie kosztów z podziałem na poszczególne branże oraz harmonogram rzeczowo - finansowy realizacji budowy LDP dla wszystkich 3 wariantów przebiegu trasy.

W harmonogramie stanowiącym integralną część oferty Wykonawca zaferował przedstawienie Raportu nr 6 w terminie 28.02.2011 r. (str. 92 oferty wiersz 96) lub 1.03.2011 r. (str. 91 oferty wiersz 5), a przystąpienie do wykonania analiz ekonomicznych i finansowych w terminie 27.12.2010 r. (str. 94 wiersz 195). Dodatkowo należy wskazać, że Wykonawca deklaruje zakończenie analiz ekonomicznych i finansowych z punktu widzenia zarządcy infrastruktury w terminie 18.02.2011 r. (str. 95 wiersz 207) tj. przed zakończeniem analiz technicznych w terminie 28.02.2011 r. (str. 92 wiersz 96). Tym samym warunek określony w OPZ w przytoczonym wyżej punkcie nie jest spełniony.

W zakresie powyżej wskazanej niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i w zakresie pozostałych wykazanych przez Zamawiającego Odwołujący nie zgłosił przeciwdowodów uprawdopodobniających zobowiązanie Zamawiającego zastosowania art. 87 ust 1a lub art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy w stosunku do oferty Odwołującego.

Niezależnie od braku sprecyzowania zarzutu w zakresie niezastosowania przez Zamawiającego art. 87 ust 1a lub art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy w stosunku do oferty Odwołującego, należy wskazać, że *w przeciwieństwie do poprawiania innych omyłek, które zamawiający jest obowiązany poprawić we własnym zakresie, wyłącznie na podstawie dotychczasowej treści oferty – w dialogu konkurencyjnym wyjątkowo dopuszczono w ograniczonym zakresie dokonanie zmiany oferty przez samego wykonawcę, który może sprecyzować złożoną ofertę, dopracować jej treść oraz przedstawić nowe informacje. Uchybienia oferty możliwe do sanowania w trybie art. 87 ust. 1a nie muszą mieć charakteru omyłki, lecz mogą wynikać z braku precyzji przy uwzględnianiu wymagań s.i.w.z. Dopracowanie treści oferty w nieunikniony sposób musi oznaczać dopuszczalność wytworzenia w ograniczonym zakresie nowej treści oświadczenia woli. Granicą dokonywania zmian w złożonej ofercie jest tu zakaz dokonywania istotnych zmian treści oferty, a więc dopuszczalna możliwość zmian jest nieco większa niż w przypadku poprawiania innych omyłek, niepowodujących istotnych zmian oferty (porównaj wyrok KIO z dnia 31 maja 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 887/10, KIO/UZP 905/10).* Niemniej w ocenie Izby, ewentualna zmiana w zakresie terminów realizacji poszczególnych, wymaganych analiz a także złożenie brakujących oświadczeń dotyczących realizacji części przedmiotu zamówienia stanowi istotną zmianę treści oferty.

W zakresie zarzutu: *art. 91 ust. 1 Ustawy - poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie ze wskazanymi w Ogłoszeniu i SIWZ kryteriami oceny ofert;* Odwołujący nie przedstawia celem uzasadnienia wskazanego zarzutu żadnej argumentacji, wskazuje, że Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej kierując się kryteriami

innymi niż przewidziane w dokumentacji postępowania. Odwołujący nie podniósł w jaki sposób i którym kryteriom oceny ofert Zamawiający uchybił. Zamawiający uzasadnił, iż kryteria oceny oferty określone jako cena (60%) i koncepcja realizacji zamówienia (40%) gdzie jednym z podkryteriów było *wskazanie zależności pomiędzy poszczególnymi analizami (oceniane TAK – 12 pkt, NIE -0 pkt., w przypadku wskazania jedynie części zależności od 1 do 11 pkt.)* znane były wykonawcom a ocena ofert w postępowaniu dokonana była w oparciu o te kryteria.

W zakresie zarzutu art. 93 ust. 1 pkt 7 Ustawy - poprzez brak unieważnienia Postępowania, mimo, że obarczone jest ono wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie Odwołującego, wskazane powyżej zarzuty oraz ich uzasadnienie zawarte w treści odwołania wskazują na konieczność unieważnienia postępowania. Pomiędzy wadą postępowania a niemożliwością zawarcia ważnej umowy musi istnieć adekwatny związek przyczynowy. Przez wadę, na potrzeby niniejszej regulacji prawnej, należy rozumieć nieusuwalną wadę postępowania, która powoduje bezwzględną nieważność umowy oraz jej prawną bezskuteczność. Odwołujący nie wykazał wad postępowania, nieusuwalnych powodujących konieczność unieważnienia postępowania z uwagi na niemożliwość zawarcia ważnej umowy. Jednocześnie, należy wskazać, iż na rozprawie Odwołujący zmodyfikował wniosek o unieważnienie postępowania (zawarty zarówno w proteście jak i odwołaniu) poprzez złożenie wniosku alternatywnego: unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 14 kwietnia 2010r - wynik postępowania.

Zarzut, stawiany w treści uzasadnienia odwołania, iż nie jest zgodne z zasadą przejrzystości oraz z obowiązującymi przepisami ustawy, w szczególności z jej art. 8 oraz art. 96, zachowanie Zamawiającego, dotyczące braku ujawnienia części oferty złożonej przez Konsorcjum Systra, co sprawia, że nie jest możliwe przeprowadzenie dokładnej weryfikacji tej oferty pod kątem jej zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, jest spóźniony. Zarzut ten został podniesiony dopiero 23 kwietnia 2010 roku w proteście Odwołującego, tymczasem o fakcie respektowania przez Zamawiającego zastrzeżenia przez Konsorcjum SYSTRA tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący mógł powziąć wiadomość już 15 lutego 2010 roku, kiedy w czasie publicznego otwarcia ofert Zamawiający nie otworzył koperty zawierającej część oferty dotyczącej koncepcji realizacji zamówienia. Respektowanie przez Zamawiającego tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum SYSTRA nie narusza przy tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż nie ma podstaw do antycypowania, że Zamawiający potraktowałby odmiennie innych wykonawców gdyby objęli koncepcję realizacji zamówienia tajemnicą przedsiębiorstwa.

Do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o sądzie polubownym, jeżeli ustawa Prawo zamówień publicznych nie stanowi inaczej. W uchwale Sądu Najwyższego (porównaj: uchwała SN z 26 listopada 2003 roku, III CZP -83 /03) został wyrażony pogląd, iż (wtedy) przed Zespołem Arbitrów, dzisiaj przed Krajową Izbą Odwoławczą, w razie potrzeby można stosować odpowiednio także inne przepisy Kodeksu postępowania cywilnego, niż przepisy dotyczące sądu polubownego. Przemawia za tym to, iż Krajowa Izba Odwoławcza nie pełni funkcji sądu polubownego, lecz jako organ państwowy rozpoznaje sprawę w kontradyktoryjnym procesie. W procesie kontradyktoryjnym to Strony postępowania mają obowiązek wykazania wszystkich istotnych okoliczności i faktów, z których to wywodzą określone skutki prawne (art. 6 Kodeksu cywilnego). Z uwagi na powyższe w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą możliwe jest stosowanie przepisów kodeksu postępowania cywilnego o postępowaniu dowodowym. W przedmiotowej sprawie Odwołujący wskazał w odwołaniu i jego uzasadnieniu jedynie ogólne zarzuty, nie uzasadnił ich w żaden sposób oraz nie podparł ich żadnymi dowodami. Zgodnie z art. 188 ustawy prawo zamówień publicznych Strony postępowania są obowiązane wykazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne i są uprawnione do tego, aż do zamknięcia rozprawy. Ciężar udowodnienia faktów spoczywa na Stronie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

W ocenie Izby Odwołujący, nie korzystając z regulacji art. 188 ustawy oraz pomijając kontradyktoryjny charakter postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, nie wykazał, nie udowodnił, iż doszło do naruszeń w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które zrodziły określone przez Odwołującego skutki prawne. Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia żądania Odwołującego sprowadzającego się do unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne alternatywnie unieważnienia czynności Zamawiającego z dnia 14 kwietnia 2010r - wynik postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

