

sygn. akt: KIO 1227/16

sygn. akt: KIO 1236/16

WYROK

z dnia 26 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Emil Kuriata**
Sylwester Kuchnio
Izabela Kuciak

Protokolant: **Aneta Górniak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lipca 2016 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 8 lipca 2016 roku, przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **FBSerwis S.A., Ferroser Infraestructuras S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa,**
- B. w dniu 8 lipca 2016 roku, przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Saferoad Grawil Sp. z o.o., Saferoad Kabex Sp. z o.o., ul. Komunalna 7, 87-800 Włocławek,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Generalną Dyрекcją Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, ul. Siemiradzkiego 5a, 60-763 Poznań,**

przy udziale:

- a. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Saferoad Grawil Sp. z o.o., Saferoad Kabex Sp. z o.o., ul. Komunalna 7, 87-800 Włocławek,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1227/16 po stronie zamawiającego,
- b. wykonawcy **Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1227/16 i KIO 1236/16 - po stronie zamawiającego,

- c. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **FBSerwis S.A., Ferroser Infraestructuras S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1236/16 - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołania i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, uznania za nieskuteczne zastrzeżenia wykonawcy ZABERD jako tajemnicy przedsiębiorstwa i ujawnienia zastrzeżonych informacji w zakresie koncepcji działań, bezzwłoczne przekazanie żądanej przez odwołujących dokumentacji postępowania, ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem, iż informacja o przyznanej punktacji w ramach kryterium „Jakość” winna odzwierciedlać rzeczywistą ocenę ze szczegółowym opisaniem kryteriów jakimi kierował się zamawiający przy ocenie koncepcji działań każdej ocenionej oferty.**
- 1a. **W pozostałym zakresie odwołania oddala.**
2. **Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Skarb Państwa - Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, ul. Siemiradzkiego 5a, 60-763 Poznań i:**
 - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołujących tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. **zasądza od zamawiającego Skarbu Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, ul. Siemiradzkiego 5a, 60-763 Poznań na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: FBSerwis S.A., Ferroser Infraestructuras S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa kwotę 18 600 zł 00 groszy (osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa prawnego,**
 - 2.3. **zasądza od zamawiającego Skarbu Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, ul. Siemiradzkiego 5a, 60-763 Poznań na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Saferoad Grawil Sp. z o.o., Saferoad Kabex Sp. z o.o., ul. Komunalna 7, 87-800 Włocławek kwotę 18 600 zł 00 groszy (osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa prawnego.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

sygn. akt: **KIO 1227/16**

sygn. akt: **KIO 1236/16**

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, ul. Siemiradzkiego 5a, 60-763 Poznań, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Całoroczne, kompleksowe utrzymanie w systemie „Utrzymaj Standard” drogi ekspresowej S11 na odcinku Węzeł Poznań Północ - Węzeł Poznań Zachód km 0+000 - 25+694 (S11c), km 0+000 - km 1+605 (S5e) oraz na odcinku Węzeł Poznań Krzesiny - Węzeł Kórnik Południe od km 0+000 do km 14+810 (S11a) wraz ze wszystkimi jej elementami”*.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dnia 29 czerwca 2016 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

KIO 1227/16

Dnia 8 lipca 2016 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: FBSerwis S.A., Ferroser Infraestructuras S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa (dalej „*Odwołujący*”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZABERD z postępowania, pomimo iż wykonawca ten nie wniósł wadium w pełnej wysokości i na pełny okres związania ofertą, gdyż w przedłożonym przez niego dokumencie gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej przez TUZ Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych z siedzibą w Warszawie (dalej: „Gwarant TUZ”; gwarancja opiewająca na 300 000,00 zł) zastrzeżono, że podstawą zapłaty sumy gwarancyjnej będzie stanowić wyłącznie pisemne żądanie zapłaty otrzymane w okresie ważności gwarancji, a jednocześnie wskazano, iż gwarancja ta automatycznie wygasa (a wszelkie roszczenia beneficjenta stają się bezskuteczne) w przypadku, gdy upłynął termin związania ofertą, co w związku z niedostępnością placówek Gwaranta TUZ po godz. 16.00 jest równoznaczne z zawężeniem zakresu odpowiedzialności gwaranta, ogranicza możliwość zatrzymania wadium w przypadku zaistnienia zdarzeń uzasadniających takie zatrzymanie w ostatnim dniu związania ofertą (9 grudnia 2015 r. godz. 16.00 - 24.00),

- 2) art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Saferoad z postępowania, pomimo iż wykonawca ten nie wniósł wadium na pełny okres związania ofertą, gdyż w przedłożonym przez niego dokumencie gwarancji wadialnej (bankowej) nr G/251/464/2015/Z wystawionej przez Danske Bank A/S. z siedzibą w Kopenhadze (reprezentowanym przez Danske Bank A/S. Spółka Akcyjna Oddział w Warszawie) zastrzeżono, że żądanie zapłaty z tytułu gwarancji powinno zostać dostarczone do banku najpóźniej, ostatniego dnia terminu jej ważności (przypadającego w dniu upływu terminu związania ofertą, tj. w dniu 9 grudnia 2015 r.) do godziny 16.00, co oznacza zawężenie okresu odpowiedzialności gwaranta w stosunku do okresu związania ofertą, gdyż gwarancja ta:
- a) nie zapewnia możliwości skutecznego dochodzenia roszczeń z tytułu gwarancji w ostatnim dniu terminu związania ofertą po godzinie 16.00, a także
 - b) biorąc pod uwagę, iż zamawiający ma siedzibę w Poznaniu (ul. Siemiradzkiego 5a), a gwarant wyłącznie w Warszawie (jego oddział w Polsce ma siedzibę przy ul. Emilii Plater 28), praktycznie uniemożliwia skuteczne zgłoszenie roszczeń również w czasie poprzedzającym godz. 16 ostatniego dnia ważności gwarancji, niezbędnym do dostarczenia pisemnego żądania zapłaty z Poznania do Warszawy (w praktyce jest to okres minimum 3 godzin), a tym samym powoduje niemożność skutecznego zgłoszenia roszczeń od ostatniego dnia okresu związania ofertą od około godz. 13.00.,
- 3) art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie ujawnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę Zaberd jako tajemnica przedsiębiorstwa (konceptcja wykonania usługi), pomimo iż zastrzeżenie to nie było skuteczne, gdyż ww. wykonawca w terminie składania ofert nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,
- 4) art. 8 ust. 1 oraz art. 93 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 i 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458; dalej: „Rozporządzenie w sprawie Protokołu”) - poprzez zaniechanie udostępnienia załączników do protokołu postępowania - tj. w szczególności całości korespondencji pomiędzy zamawiającym, a wykonawcami oraz sporządzonego przez Zaberd opracowania „konceptcja działań”, pomimo iż odwołujący w dniu 4 lipca 2016 r. wyraźnie wniósł o przekazanie dokumentacji w ww. zakresie, a swój wniosek ponowił w dniu 6 lipca 2016 r., przy czym brak przekazania ww. dokumentów w istotny sposób ograniczył możliwość zweryfikowania przez odwołującego prawidłowości postępowania, w szczególności co do przedłużenia przez innych wykonawców terminu związania ofertą, uzupełnienia lub przedłużenia wadium, wyjaśnienia treści oferty lub przeprowadzenia

procedury wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp),

- 5) art. 90 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty Zaberd, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo iż wykonawca ten winien zostać wykluczony, a jego oferta zostać uznana za odrzuconą.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. nakazanie zamawiającemu wykluczenie wykonawców ZABERD i SAFEROAD,
4. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert oraz wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej,
5. zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie.

Odwołujący wskazał, iż przepisy ustawy Pzp, nie definiują pojęcia wadium. Mając jednak na uwadze treść odesłania zapisanego w art. 14 ustawy Pzp, należy przyjąć za obowiązującą definicję wadium określoną w art. 70⁴ § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2014 r. poz. 121, ze zm.; dalej: „k.c.”; por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 kwietnia 2010 r. sygn. akt I CSK 448/10). Zgodnie z tym przepisem, wadium stanowi wpłacana organizatorowi przetargu określona suma lub ustanawiane odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty, które pod rygorem niedopuszczenia do przetargu uczestnik przetargu ma obowiązek wnieść. W doktrynie prawa cywilnego wskazuje się, że wadium w przetargu pełni zasadnicze funkcje: zabezpieczającą (stanowi zabezpieczenie zawarcia umowy) oraz kompensacyjną (wadium stanowi *de facto* zryczałtowane odszkodowanie na wypadek nie dojścia do celu procedury przetargowej (tak K. Kopaczyńska-Pieniak, komentarz do art. 70⁴ k.c., A. Kidyba (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna, LEX 2016). Ponadto wadium stanowi warunek udziału w postępowaniu (warunek formalny uczestnictwa) - jest przesłanką związania organizatora wobec tego uczestnika ogłoszeniem i warunkami przetargu - zaś w razie niewniesienia wadium organizator nie może dopuścić uczestnika do aukcji lub przetargu - może bez negatywnych konsekwencji prawnych nie reagować na dokonane przez niego czynności (tak prof. dr hab. P. Machnikowski, komentarz do art. 70⁴ k.c., E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, Legalis 2016).

Na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych wadium pełni funkcję analogiczną - jest ono formą zabezpieczenia interesu prawnego zamawiającego w związku z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego z wykonawcą, który złożył ofertę najkorzystniejszą (J. Nowicki, komentarz do art. 45 ustawy PZP, A. Bazan, J.E. Nowicki,

Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX 2016). Wadium stanowi również warunek formalny udziału w postępowaniu - w przypadku jego żądania, niewniesienie wadium do upływu terminu związania ofertą oraz na przedłużony termin związania skutkuje obowiązkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania na zasadzie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Funkcja zabezpieczająca wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest nawet szersza, niż w przetargu lub aukcji prowadzonych na podstawie przepisów k.c. Zabezpiecza ono bowiem także prawidłowy tok postępowania o udzielenie zamówienia i przeciwdziała tzw. znowom przetargowym - zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, zamawiający zatrzymuje wadium w przypadku gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub pełnomocnictw z przyczyn leżących po jego stronie nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej lub gdy wykonawca nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o którym mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Ustawodawca pozostawił do decyzji wykonawcy wybór, w jakiej formie (spośród form wymienionych w art. 45 ust. 6 ustawy Pzp) wniesie wadium w danym postępowaniu. Uzasadnieniem dla takiej swobody jest założenie, że każda z takich form winna w równym stopniu zabezpieczać interesy zamawiającego. Wszystkie prawnie dopuszczalne formy wniesienia i ustanowienia wadium muszą zatem stanowić dla zamawiającego takie samo zabezpieczenie, jak zabezpieczenie wniesione w pieniądzu (muszą stanowić surogat pieniądza). Niezależnie od formy, w jakiej zostanie w danym przypadku wniesione wadium, poziom zabezpieczenia interesu zamawiającego mierzonego, jako szybkość i pewność zaspokojenia się z wadium powinien być tożsamy. W orzecznictwie powszechnie przyjmowana jest również teza, iż wadium wnoszone w innej formie, niż pieniądz, musi odpowiadać wysokim wymaganiom - nie tylko co do wysokości i czasu jego wniesienia (przed terminem składania ofert), ale również co do pełnego zabezpieczenia interesu zamawiającego - wadium nie wniesione przed terminem składania ofert, w wysokości niższej niż wymagana, w formie nieprzewidzianej przez ustawę, a także niezabezpieczające interesów zamawiającego w postaci możliwości uzyskania lub zatrzymania kwoty wadialnej we wszystkich okolicznościach jego przypadku (art. 46 ust. 4a i 5) lub niezgodne z zasadami regulującymi wystawianie gwarancji bankowej winno być zakwalifikowane jako brak wniesienia wadium, będąc przesłanką wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp (por. uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 11 lipca 2013 r. sygn. akt X Ga 189/13).

Utrwalone jest również stanowisko judykatury, zgodnie z którym wadium wnoszone w formie innej, niż pieniężna, musi obejmować cały okres związania ofertą, w którym to okresie musi całkowicie zabezpieczać interes zamawiającego (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 2011 r. sygn. akt I CSK 448/11, ponadto uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 532/15; KIO 534/15, podobnie w uzasadnieniu wyroku z dnia 10 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 604/15, a także wyroku z dnia 24 kwietnia 2014 r. sygn. akt KIO 641/14, wyroku z dnia 11 czerwca 2013 r. sygn. akt KIO 1263/13, z dnia 8 kwietnia 2013 r. sygn. akt KIO 683/13 czy z dnia 21 stycznia 2013 r. sygn. akt KIO 2901/12; KIO 2905/12; KIO 2919/12 oraz z dnia 23 stycznia 2015 r. sygn. akt KIO 10/15; KIO 16/15; KIO 22/15, tak też w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 13 października 2005r. sygn. IV Ca 468/05).

Zdaniem odwołującego, w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy brak jest jakichkolwiek okoliczności uzasadniających ustalenie treści zobowiązania Gwaranta TUZ (w tym przede wszystkim przesłanek jego odpowiedzialności oraz przesłanek i skutków wygaśnięcia zobowiązań gwarancyjnych) na podstawie jakichkolwiek innych okoliczności, aniżeli postanowienia dokumentu gwarancyjnego. Postanowienia te są w omawianym zakresie (pkt 6, 7 i 8 dokumentu gwarancji) całkowicie jasne i posługują się określeniami mającymi w obrocie prawnym zrozumiałe desygnaty (takimi jak „wygaśnięcie gwarancji”, „bezskuteczność roszczeń”, „upływ terminu związania ofertą”). Pozostają one również w zgodzie z pozostałymi postanowieniami dokumentu gwarancji, nie powodując jakichkolwiek sprzeczności lub wątpliwości, co do rzeczywistej woli Gwaranta TUZ. Ponadto, oświadczenie woli zawarte w dokumencie gwarancyjnym było sformułowane przez profesjonalnego uczestnika obrotu prawnego (towarzystwo ubezpieczeń) i skierowane do podmiotu, który w swej działalności jest również profesjonalistą, prowadzącym wiele postępowań przetargowych, w których gwarancje wadialne są mu powszechnie przedstawiane. Ponadto postanowienia gwarancji nie były przez Gwaranta TUZ i zamawiającego indywidualnie negocjowane - gwarancja została zamawiającemu po raz pierwszy przedstawiona wraz z ofertą wykonawcy ZABERD. Brak jest zatem jakichkolwiek podstaw do badania, jak strony gwarancji rozumiały jej treść w chwili zawierania umowy gwarancji ubezpieczeniowej czy w momencie składania oświadczenia woli przez Gwaranta TUZ. Nadto nie sposób przyjąć, aby postanowienia gwarancji ograniczające odpowiedzialność Gwaranta TUZ w czasie czy też względem wymagań formalnych (takich jak sposób, czas czy forma doręczenia Gwarantowi wezwania do zapłaty) pozostawały w sprzeczności z istotą albo celem stosunku gwarancji. Wymaga również zaznaczenia, że dla wykładni treści oświadczenia woli Gwaranta nie mają znaczenia postanowienia ustawy - Prawo zamówień publicznych, stosunek prawny łączący Gwaranta TUZ z ZABERD (zlecenie udzielenia gwarancji) czy też postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia

sporządzonej w postępowaniu przetargowym. W orzecznictwie sądowym ukształtowany jest pogląd, iż zobowiązanie gwaranta wynikające z gwarancji opatrzonej klauzulami „na pierwsze żądanie” i „bezwzględnie” jest zobowiązaniem nieakcesoryjnym i samoistnym, którego istnienie i zakres nie zależy od jakiegokolwiek innego zobowiązania, w szczególności zobowiązania dłużnika - oferenta ze stosunku podstawowego. Istnienie i zakres samodzielnego zobowiązania gwaranta określa zatem sama umowa gwarancji ubezpieczeniowej i gwarant płaci własny, a nie cudzy dług. Natomiast skutkiem braku cechy akcesoryjności zobowiązania gwaranta jest właśnie to, że gwarant i tak nie może wobec beneficjenta podnosić zarzutów z innego stosunku prawnego, w szczególności zarzutów ze stosunku podstawowego, które przysługują dłużnikowi wobec beneficjenta gwarancji - wierzyciela ze stosunku podstawowego (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2010 r. sygn. akt V CSK 233/09, wyroku Sądu Najwyższego z dnia 29 września 2004 r. sygn. akt II CK 17/04 oraz wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 17 stycznia 2013 r. sygn. akt I ACa 728/12).

W konsekwencji za uzasadniony przyjąć należy pogląd, iż ustalenie treści oświadczenia woli zapisanego w dołączonej do oferty ZABERD gwarancji ubezpieczeniowej winno nastąpić w oparciu o jej treść oraz przy zastosowaniu tzw. obiektywnego wzorca wykładni, czyli nadania mu takiego znaczenia, jakie w świetle reguł wynikających z art. 65 § 2 KC powinien mu przypisać adresat. Przy czym należy zauważyć, że chodzi tu o takie znaczenie oświadczenia woli, które jest wynikiem starannych zabiegów interpretacyjnych adresata. Zabiegi te nie obejmują jednak obowiązku zwracania się do nadawcy o wyjaśnienie sensu złożonego oświadczenia woli, decydujący bowiem jest normatywny punkt widzenia odbiorcy, który z należyłą starannością dokonuje wykładni zmierzającej do odtworzenia treści myślowych osoby składającej oświadczenie woli (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 29 kwietnia 2009 r., II CSK 614/08, Biuletyn SN 2009/7/12, por. również uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia w Gdańsku z dnia 30 lipca 2015 r. sygn. akt V ACa 38/14).

Uwzględniając zatem powyższe, biorąc pod uwagę profesjonalny charakter stron stosunku gwarancji, zaostrzoną odpowiedzialność Gwaranta TUZ i jej abstrakcyjny, samoistny i nieakcesoryjny charakter, a także precyzyjność i jasność zapisów gwarancji, uzasadnione jest dokonanie wykładni zapisanego w niej oświadczenia woli gwaranta ściśle w oparciu o treść pisemnego dokumentu gwarancji. Powyższa okoliczność powoduje zatem, iż nie można wywodzić twierdzeń o zobowiązaniu gwaranta - w szczególności takich, które rozszerzałyby zakres jego obowiązków - z jakichkolwiek innych dokumentów, aniżeli treść gwarancji. Zatem wszelkie dalsze oświadczenia ubezpieczyciela, co do hipotetycznej wypłaty sumy gwarancyjnej beneficjentowi nawet po wygaśnięciu stosunku gwarancji nie mogą mieć żadnego znaczenia dla oceny prawidłowości wniesionego wadium - jako nieobjęte treścią

dokumentu pozostają one bowiem bez jakiegokolwiek wpływu na to, czy ubezpieczyciel jest zobowiązany do zapłaty sumy gwarancyjnej.

Analizując treść dokumentu gwarancyjnego załączonego do oferty ZABERD, zdaniem odwołującego należy zauważyć, że Gwarant TUZ ograniczył swoją odpowiedzialność wobec zamawiającego (beneficjenta stosunku gwarancji) poprzez: określenie terminu ważności gwarancji ze wskazaniem, że po upływie tego terminu gwarancja całkowicie i automatycznie wygasa (pkt 6 dokumentu gwarancyjnego - Termin Ważności gwarancji - dzień 10 grudnia 2015 r.), określenie, jako dodatkowego terminu wygaśnięcia gwarancji terminu, w którym upływa okres związania ofertą (pkt 8 ppkt 1 dokumentu gwarancyjnego - termin związania ofertą - dzień 9 grudnia 2015 r.), określenie dodatkowo warunków rozwiązujących - tj. okoliczności wymienionych w pkt 8 ppkt 2-4 dokumentu gwarancyjnego).

Jak wynika z pkt 6 dokumentu gwarancji, miała ona pozostawać ważna w okresie od 11 września 2015 r. do dnia 10 grudnia 2016 r. i tylko pisemne wezwanie do zapłaty otrzymane przez Gwaranta w tym terminie powodowało obowiązek wypłaty z tytułu gwarancji. W pkt 7 gwarancji zostało zaś wskazane, że po upływie ww. okresu gwarancja miała całkowicie i automatycznie wygasnąć, a wszelkie roszczenia beneficjenta (które by do tej daty powstały w okolicznościach wskazanych w pkt 4 ppkt 1-4 dokumentu gwarancji) miałyby stać się bezskuteczne z upływem tego terminu. Zgodnie natomiast z pkt 8 dokumentu gwarancyjnego gwarancja miała wygasnąć również w przypadku, gdyby m.in. upłynął termin związania ofertą (ppkt 1). W tym zakresie posłużenie się przez Gwaranta TUZ określeniem „również” w odniesieniu do wygaśnięcia gwarancji nie może być rozumiane inaczej, aniżeli jako wskazanie, że gwarancja miała wygasnąć zarówno w przypadku upływu okresu jej ważności, jak i w przypadku upływu terminu związania ofertą, a także wówczas, gdyby postępowanie przetargowe zostało unieważnione.

Przewidziane w załączonym do oferty ZABERD dokumencie gwarancyjnym klauzule wygaśnięcia zobowiązania gwaranta winny być zakwalifikowane, odpowiednio jako: nadejście terminu zakończenia stosunku prawnego (pkt 6 i 7 dokumentu gwarancji - w zakresie terminu ważności gwarancji oraz pkt 8 ppkt 1 - w zakresie upływu terminu związania ofertą - co jest zdarzeniem przyszłym i pewnym), spełnienie warunku rozwiązującego, dodanego przez strony do treści zobowiązania (pkt 8 dokumentu gwarancji ppkt 2 - 4 - wskazujące zdarzenia przyszłe i niepewne). Powyższe oznacza, iż w stanie faktycznym sprawy zobowiązanie Gwaranta TUZ zostało ograniczone dwoma terminami: terminem ważności gwarancji - do 10 grudnia 2015 r. oraz niezależnie od tego terminem związania ofertą - przypadającym na koniec dnia 9 grudnia 2015 r. Termin związania ofertą - jako termin bliższy - skracał zatem okres pozostawania Gwaranta w gotowości do zapłaty.

Skutki wygaśnięcia gwarancji ubezpieczeniowej w przypadku upływu terminu związania ofertą należy oceniać tak samo, jak gdyby wygaśnięcie nastąpiło z jakiegokolwiek innej

przyczyny skutkującej wygaśnięciem zobowiązania na gruncie prawa cywilnego. Wygaśnięcie powoduje ustanie stanu związania (ustanie więzi prawnej) gwaranta postanowieniami gwarancji - oznacza zatem, że dłużnik (Gwarant TUZ) nie jest już wobec drugiej strony stosunku gwarancji (beneficjenta) zobowiązany do spełnienia świadczenia zgodnego z treścią gwarancji. Nie może zatem budzić wątpliwości, że istotą zapisanego przez Gwaranta w pkt 7 gwarancji zastrzeżenia dotyczącego „bezskuteczności” roszczeń Beneficjenta po wygaśnięciu gwarancji jest wskazanie, że wszelkie roszczenia, które w okresie ważności gwarancji mogłyby powstać (pkt 4 gwarancji - przesłanki ustawowe zatrzymania wadium na gruncie przepisów ustawy Pzp), z chwilą upływu terminu związania ofertą czy unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie mogłyby doprowadzić do oczekiwanych przez Beneficjenta rezultatów, tj. do uzyskania zapłaty sumy gwarancyjnej. Zatem jeśliby zamawiający w przedmiotowym postępowaniu chciał otrzymać sumę gwarancyjną na podstawie gwarancji udzielonej przez TUZ Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych, musiałby swe roszczenie (wezwanie do zapłaty) doręczyć Gwarantowi TUZ przed upływem terminu związania ofertą. Tym samym, zdaniem odwołującego, nie można twierdzić, aby zobowiązanie Gwaranta TUZ do zapłaty sumy gwarancyjnej pozostawało ważne nawet po upływie terminu związania ofertą, w szczególności w dniu 10 grudnia 2015 r. Gwarant TUZ - otrzymawszy żądanie zapłaty w dniu, w którym nie byłby już związany żadnym z postanowień udzielonej gwarancji, nie miałby żadnego prawnego obowiązku, aby sumę gwarancyjną beneficjentowi wypłacić.

Przywołany automatyzm utraty ważności przez gwarancję w wymienionych przypadkach w powiązaniu z wymogiem doręczenia Gwarantowi TUZ pisemnego wezwania do zapłaty w okresie ważności gwarancji powoduje, że zamawiający - chcąc zaspokoić swe roszczenia z sumy gwarancyjnej - musiałby doręczyć wezwanie do zapłaty Gwarantowi TUZ (Gwarant TUZ musiałby je fizycznie otrzymać w formie pisemnej, nie zaś faksem czy drogą elektroniczną), wraz z dokumentami poświadczającymi podpisy osób umocowanych do reprezentowania zamawiającego (pkt 5 obu gwarancji), najpóźniej przed upływem terminu związania ofertą lub przed unieważnieniem postępowania. Z chwilą bowiem zaistnienia ww. zdarzeń wadium wygaśnie, a wszelkie roszczenia zamawiającego wobec Gwaranta staną się bezskuteczne i tym samym nie będą mogły być skutecznie dochodzone. Biorąc pod uwagę ograniczony czas pracy zamawiającego oraz godziny otwarcia placówek Gwaranta TUZ (wszystkie otwarte są wyłącznie w dni powszednie w godz. 8.00 - 16.00), cytowane zapisy gwarancji ubezpieczeniowych powodują, iż zamawiający pozbawiony jest możliwości uzyskania zapłaty sumy gwarancyjnej w sytuacji, w której przesłanka zatrzymania wadium nastąpiłaby w dniu, w którym upływa termin związania oferta w godz. 16.00 - 24.00.

Powyższe oznacza, że zamawiający pozbawiony został możliwości skutecznego zgłoszenia żądania zapłaty sumy gwarancyjnej z tytułu zdarzeń, które mogłyby nastąpić

w dniu 9 grudnia 2015 od godz. 16.00 do godz. 24.00 (takie zdarzenie mogłoby wystąpić w szczególności wówczas, gdyby zamawiający żądał uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który upływa z końcem dnia 9 grudnia 2015 r.). Tym samym wadium wniesione przez wykonawcę ZABERD we wskazanym okresie nie pełni swojej podstawowej funkcji - dla tego okresu oferta ZABERD nie jest zabezpieczona wadium.

Niezależnie od tego, nawet gdyby placówki Gwaranta TUZ były otwarte w soboty do godziny 24.00 (co jednak według wiedzy odwołującego, a także w świetle przedstawianych dowodów oraz wiedzy powszechnej dotyczącej funkcjonowania placówek handlowych nie ma miejsca), to i tak zamawiający nie miałby pełnej możliwości doręczenia Gwarantowi żądania zapłaty powstałego w związku ze zdarzeniem, które zaistniałoby w ostatnich godzinach dnia, w którym upływa termin związania ofertą. Jest nierealistyczne, aby miał on zapewnioną możliwość zareagowania na sytuację mającą miejsce np. późnym wieczorem, uzyskać podpisy właściwych reprezentantów zamawiającego, dołączyć do żądania zapłaty dokumenty potwierdzające umocowanie ww. osób i fizycznie doręczyć je Gwarantowi TUZ w formie pisemnej przed upływem terminu związania ofertą (w tym przypadku przed godz. 24.00 dnia 9 grudnia 2016 r.). W ocenie odwołującego, nawet przy przyjęciu tak nieprawdopodobnego założenia, rzeczywisty okres ochrony interesu zamawiającego realizowanej przez wadium wniesione przez ZABERD zostałby ograniczony w stosunku do okresu wymaganego prawem (tj. całego terminu związania ofertą, aż do ostatniej jego minuty).

Zdaniem odwołującego, za nieprawidłowe należy również uznać wadium wniesione przez konsorcjum SAFEROAD. Ważność tego wadium - wniesionego w formie gwarancji bankowej wystawionej przez Danske Bank A/S. z siedzibą w Kopenhadze (reprezentowany przez Danske Bank A/S. Spółka Akcyjna Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie; dalej: „Gwarant DB”) została ograniczona terminem równym terminowi związania ofertą, tj. przypadającym na koniec dnia 9 grudnia 2015 r. Jednocześnie jednak w treści tej gwarancji zostało zastrzeżone, że żądanie zapłaty winno być do Gwaranta DB dostarczone najpóźniej do godziny 16 - ostatniego dnia jej terminu ważności, zaś w przypadku nieprzekazania wezwania w tym terminie, wadium to miało wygasnąć nawet gdyby dokument gwarancyjny nie został Gwarantowi DB zwrócony.

W ocenie odwołującego, powyższe oznacza, że oferta SAFEROAD nie została zabezpieczona wadium na pełny okres związania ofertą - nie obejmowała ona bowiem ostatniego dnia tego okresu w godzinach od 16-24. Żądanie takie musiało być dostarczone w formie pisemnej. Dodatkowo odwołujący zwrócił uwagę na okoliczność, iż Gwarant DB ma w Polsce tylko jeden oddział, zlokalizowany w Warszawie przy ul. Emilii Plater 28. Poza tym adresem Gwarant DB nie posiada żadnej placówki w jakimkolwiek innym mieście, w tym w szczególności w Poznaniu, gdzie swoją siedzibę ma zamawiający. Okoliczność ta

dotatkowo ogranicza możliwość skutecznego dochodzenia przez zamawiającego roszczeń z tytułu wystawionej gwarancji - wiąże się bowiem z koniecznością przekazania pisemnego wezwania do zapłaty z Poznania do Warszawy (po uprzednim uzyskaniu potwierdzenia autentyczności podpisów przez bank prowadzący rachunek zamawiającego, co jest wymogiem formalnym określonym w gwarancji). Oznacza to, że zamawiający musiałby takie wezwanie wysłać do Gwaranta DB na co najmniej 3 godziny (tyle bowiem trwa najkrótsza podróż z Poznania, ul. Siemiradzkiego 5a do Warszawy, ul. Emilii Plater 28) przed godziną 16 - ostatniego dnia terminu związania ofertą, tj. przed godziną 13 - dnia 9 grudnia 2015 r.

Odwołujący wskazał, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego jest profesjonalistą, zaś od podmiotów, których działania uznaje się za fachowe, oczekuje się podwyższonej staranności w realizacji podejmowanych zadań. Wykonawca ZABERD zgodnie z oświadczeniem zawartym na stronie opatrzonej odręcznym numerem 10, na stronie tytułowej formularza 2.2., zastrzegł „Koncepcję Działań”, jako informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie dołączył jednak żadnego uzasadnienia, które wykazywałoby, że dokument ten tajemnicę przedsiębiorstwa rzeczywiście zawiera.

Odwołujący podkreślił, że w analogicznej sprawie (sprawa o sygn. akt KIO 1957/15; KIO 1962/15), dotyczącej postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Oddział GDDKiA w Bydgoszczy, Krajowa Izba Odwoławcza nakazała ww. zamawiającemu ujawnienie treści koncepcji działań (zwanej w owym postępowaniu „Koncepcją Wykonania Usługi”), których zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy w dacie składania ofert nie wykazali. Co więcej, w prowadzonym przez samego zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Całoroczne, kompleksowe utrzymanie w systemie „Utrzymaj Standard” drogi ekspresowej S-8e na odcinku Węzeł Syców Wschód (bez węzła) - Węzeł Wieluń (bez węzła) km 83+505 - km 128+896 wraz ze wszystkimi jej elementami” (postępowanie to zostało wszczęte równoległe z niniejszym postępowaniem, a zakończone wcześniej) wykonawca ZABERD w analogiczny sposób zastrzegł poufność „koncepcji działań”, jako dokumentu stanowiącego tajemnicę przedsiębiorstwa (nie przedstawiając uzasadnienia takiego zastrzeżenia). Na gruncie przywołanego postępowania przetargowego odwołujący również zakwestionował skuteczność takiego zastrzeżenia tajemnicy (wniósł w tym zakresie swoje odwołanie), a Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 4 lutego 2016 r. sygn. akt KIO 84/16 uwzględniła żądanie odwołującego i nakazała zamawiającemu odtajnienie przedstawionej przez ZABERD koncepcji działań.

Jednocześnie odwołujący zaznaczył, że zarzut dotyczący zaniechania ujawnienia informacji nieskutecznie zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa jest zarzutem podniesionym w ustawowym terminie. Odwołujący wprawdzie dowiedział się o fakcie zastrzeżenia tajemnicy przez obu ww. wykonawców w dniu 5 października 2015 r. W tym

bowiem dniu zamawiający udostępnił odwołującemu kopie ofert wszystkich wykonawców, nie ujawniając jednocześnie tych fragmentów, których poufność została zastrzeżona. Jednakże udostępniając ww. dokumenty zamawiający poinformował odwołującego, iż na tamten moment treść ofert zastrzeżonych przez firmy była „*analizowana przez pracowników Zamawiającego, między innymi pod kątem skuteczności zastrzeżenia*”, dlatego na tamtą chwilę odmówił ich udostępnienia, wskazując jednocześnie, iż była to „*odmowa tymczasowa*”, zaś ostateczne stanowisko w tym zakresie miało zostać wykonawcom przekazane odrębnym pismem. Powyższe uzasadnia tezę, iż dniem, w którym odwołujący ostatecznie mógł się dowiedzieć o nieujawnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa, był dopiero dzień wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący podniósł również, iż do dnia wniesienia przedmiotowego odwołania zamawiający nie tylko nie przekazał odwołującemu jakiegokolwiek informacji dotyczącej zakończenia badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, ale również nie przekazał jej już po wyborze oferty najkorzystniejszej - pomimo jednoznacznego w swej treści wniosku odwołującego o udostępnienie załączników do protokołu z postępowania. Powyższe sprawia, iż odwołujący nie ma pewności co do tego, czy i w jakim zakresie informacje zastrzeżone przez wykonawcę ZABERD pozostają ujawnione, czy też zostały odtajnione. Stąd też zarzut dotyczący zaniechania uznania zastrzeżenia tajemnicy za nieskuteczne jest podnoszony z ostrożności - co wynika z braku możliwości stwierdzenia przez odwołującego, czy taka czynność zamawiającego miała miejsce, spowodowanego zaniechaniem zamawiającego.

Odwołujący wskazał, iż w dniu 4 lipca 2016 r. zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie mu protokołu postępowania wraz z załącznikami, w szczególności, lecz nie wyłącznie: korespondencji pomiędzy zamawiającym i oferentami w pełnym zakresie, całej dokumentacji potwierdzającej pracę komisji przetargowej przy badaniu i ocenie ofert. Wobec braku reakcji ze strony zamawiającego, odwołujący skontaktował się z zamawiającym telefonicznie w tej sprawie, a następnie w dniu 6 lipca 2016 r. ponownie wysłał tożsamy wniosek o udostępnienie. Pomimo dwukrotnego złożenia ww. wniosków oraz kontaktów telefonicznych ze strony odwołującego, do dnia złożenia odwołania zamawiający wnioskowanej dokumentacji nie udostępnił.

Wobec powyższego, w dniu wniesienia odwołania odwołujący nie ma możliwości stwierdzenia, czy zamawiający przeprowadził postępowanie prawidłowo. W szczególności nie wie, czy i w jakim zakresie była przez zamawiającego wyjaśniana treść ofert konkurentów, czy konkurenci odwołującego uzupełniali jakiegokolwiek dokumenty podmiotowe ani też czy prawidłowo przedłużyli terminy związania swymi ofertami oraz czy przedłużyli ważność wniesionych wadium albo wnieśli nowe wadium, zgodne z treścią s.i.w.z. Tym samym, działanie zamawiającego pozbawiło odwołującego możliwości ewentualnego sformułowania zarzutów w tym zakresie. Działanie takie naruszyło zatem treść przepisów art.

8 ust. 1 oraz art. 93 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP oraz § 5 ust. 1 i 5 rozporządzenia w sprawie protokołu.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem w postępowaniu złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę, która w wyniku badania i oceny ofert została przez zamawiającego sklasyfikowana na trzecim miejscu. Odwołanie zmierza do wykluczenia z postępowania SAFEROAD oraz ZABERD - w przypadku zatem uwzględnienia odwołania, oferta odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą. Ponadto w odwołaniu zostały sformułowane zarzuty dotyczące nieudostępnienia przez zamawiającego dokumentacji postępowania w postaci: korespondencji zamawiającego z wykonawcami po terminie składania ofert oraz nieujawnienia dokumentu nieskutecznie zastrzeżonego przez ZABERD jako tajemnica przedsiębiorstwa. W tym zakresie odwołanie niniejsze zmierza do pozyskania przez odwołującego wiedzy o przebiegu postępowania oraz umożliwienia mu kontroli prawidłowości decyzji zamawiającego, związanych np. z udzielanymi przez wykonawców wyjaśnieniami, uzupełnieniami. Wiedza ta jest kluczowa z punktu widzenia zweryfikowania prawidłowości postępowania oraz ewentualnego sformułowania dalszych zarzutów.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający, w odniesieniu do poszczególnych zarzutów odwołania podniósł, co następuje.

W ocenie zamawiającego, przedstawione przez wykonawcę ZaberD gwarancje są gwarancjami, które zabezpieczają interes zamawiającego w sposób prawidłowy tj. przez cały okres związania ofertą. Termin związania ofertą zgodnie z pkt 15 Instrukcji dla Wykonawców wynosił 90 dni, a bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Otwarcie ofert odbyło się 11.09.2015 r., więc biorąc pod uwagę powyższe, upływ terminu związania ofertą to dzień 9.12.2015 r., czyli wykonawca ZaberD przedstawił gwarancje na cały okres związania ofertą. Ponadto wszelkie wątpliwości, które odwołujący przedstawił w treści odwołania odnosząc się do skutków wygaśnięcia gwarancji oraz o braku ewentualnej możliwości otrzymania sumy gwarancyjnej od gwaranta, w tym przypadku nie mogły mieć miejsca. Kwestionowany zapis gwarancji pkt 8 ppkt 1, tj. „*niniejsza gwarancja wygasa również w przypadku gdy upłynął termin związania ofertą*” w przedmiotowym postępowaniu nie miało zastosowania. Zgodnie z art.182 ust 6 ustawy Pzp, bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia w przypadku, w którym odwołanie wniesiono już po upływie terminu składania ofert. W niniejszym postępowaniu wniesiono dwa odwołania po terminie składania ofert, tj. 11.09.2015 r., wobec

czego bieg terminu związania ofertą dwukrotnie ulegał zawieszeniu, tj. od dnia 19.10.2015 r. do dnia 2.11.2015 r. oraz od dnia 29.1.2016 r. do dnia 12.2.2016 r. Mając na uwadze powyższe, twierdzenia odwołującego dotyczące bezskuteczności ewentualnych roszczeń zamawiającego, nie mogą się ostać.

Dokument gwarancji wadialnej Nr G/251/464/2015/Z z dnia 2.9.2015 r., przedstawiony przez wykonawcę Saferoad wskazywał, że gwarancja jest ważna od dnia 11.9.2015 r. do dnia 9.12.2015 r. Te ramy czasowe zostały zdefiniowane dodatkowo, jako „Termin Ważności”. Treść gwarancji wprost uzależnia jej ważność od upływu Terminu Ważności. Zgodnie z treścią art. 111 ust. 1 k.c. termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia. Upływ ostatniego dnia oznacza upływ ostatniej minuty ostatniej godziny tego dnia tj. 23:59. W związku z powyższym wskazać należy, że data zdefiniowana jako „Termin Ważności” rozpoczyna się o godzinie 00:01 dnia 11 września 2015 r. a kończy o godzinie 23:59 w dniu 9 grudnia 2015 r. W treści gwarancji wskazano, że zobowiązanie z tytułu gwarancji wygasa również z upływem Terminu Ważności nawet w przypadku fizycznego nie zwrócenia dokumentu gwarancji. Bezsprzecznie upływ Terminu Ważności tego dokumentu gwarancji miał zatem nastąpić ostatecznie o godzinie 23:59 dnia 9 grudnia 2015 r.

Zamawiający wskazał jednak, że wykonawca Saferoad przedłużył gwarancję. Saferoad w dniu 7.12.2015 doręczył zamawiającemu Aneks nr 1 z 3.12.2016 r. do gwarancji wadialnej Nr G/251/464/2015/Z z dnia 2.9.2015 r. Z treści tego dokumentu wynika, że Termin Ważności Gwarancji zostaje wydłużony do dnia 8.3.2016 r. Ponadto podkreślono, że Aneks ten stanowi integralną część Gwarancji. Mając na względzie powyższe, zamawiający przyjął, że przed upływem terminu ważności gwarancji określonego, jako Termin Ważności nastąpiła jego modyfikacja w ten sposób, że od dnia 3.12.2015 r. Termin Ważności oznaczał następujące granice czasowe: 11.9.2015 r. - 8.3.2016 r. W związku z tym wykonawca Saferoad wniósł wadium prawidłowo i w sposób umożliwiający realne skorzystanie z niego przez zamawiającego.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa zamawiający wskazał na uprawnienie wykonawcy do zastrzegania w ofercie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 8 ust. 3), które nie naruszają zasady uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1), jak i odpowiadają przepisom normy prawa europejskiego, w szczególności zaś art. 6 oraz art. 41 ust 3 Dyrektywy 2004/18/WE. Trybunał Sprawiedliwości uznał ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa za ogólną zasadę wskazując, iż *„prawo wglądu należy wyważyć względem prawa innych podmiotów gospodarczych do ochrony ich poufnych informacji i tajemnic handlowych”*. Zgodnie z pkt 10.4. oraz pkt 10.4.4 s.i.w.z. ofertę stanowi wypełniony i podpisany formularz „Oferta” oraz Formularz „Koncepcja działań”. Jak wskazuje inne postanowienie s.i.w.z. (pkt.17.1.2) „Koncepcja” stanowi *„istotny element oferty i z tego względu stanowić będzie integralną część umowy zawieranej z Wykonawcą wyłonionym*

w drodze niniejszego postępowania. Deklarowane w „Koncepcji” działania, które będą brane pod uwagę przez Zamawiającego przy ocenie oferty w ramach kryterium „Koncepcja działań” mają charakter wiążący wykonawcę i ich realizacja będzie przez Zamawiającego wymagana i egzekwowana na etapie realizacji zamówienia”.

Z uwagi na to, iż „Koncepcja działań” stanowi integralną część oferty, każdy wykonawca posiada przyznane na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, uprawnienie do zastrzeżenia braku zgody na udostępnienie informacji podanych w ofercie stanowiących jego tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem zamawiającego, uprawnienie wykonawcy wynika nie tylko z zasad ustawy Pzp (art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 3), lecz także z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Prawo do zachowania w tajemnicy informacji posiadającej wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy służy ochronie uczciwej konkurencji urzeczywistniając zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zaś jej nieuprawnione ujawnienie innej osobie lub wykorzystanie we własnej działalności gospodarczej, zgodnie z art. 23 ust. 1 uoznk, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Tym samym, prawo ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa jest traktowane jako gwarancja uczciwej konkurencji w postępowaniu przetargowym. Świadczy o tym orzecznictwo ETS *„Z uwagi na niezwykle poważne szkody mogące wyniknąć z nieprawidłowego ujawnienia niektórych informacji konkurentowi, organ ten powinien przed przekazaniem tych informacji stronie sporu umożliwić zainteresowanemu podmiotowi gospodarczemu zgłoszenie tego, że informacje te mają charakter poufny lub charakter tajemnicy handlowej.”* (Pkt 54 wyroku Trybunału z dnia 14 lutego 2008 r. w sprawie C-450/06 oraz wskazany w nim wyrok w sprawie AKZO Chemie i AKZO Chemie UK przeciwko Komisji, pkt 29). Zamawiający dwukrotnie w treści s.i.w.z., przypomniał wykonawcom o ich ustawowym prawie do zastrzegania informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa i obowiązku wykazania, iż informacje taką tajemnicę przedsiębiorstwa rzeczywiście stanowią (pkt 10.12 oraz pkt 17.1.2 ppkt 5).

Zamawiający wskazał również, iż dopełnił wszelkich starań, aby bez zbędnej zwłoki przekazać odwołującemu wszelkie dokumenty, o które wnioskował.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego skuteczne przystąpienie zgłosili:

- 1) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Saferoad Grawil Sp. z o.o., Saferoad Kabex Sp. z o.o., (dalej: „konsorcjum Saferoad”),
oraz
- 2) wykonawca Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., (dalej „ZABERD”).

Przystępujący - konsorcjum Saferoad wskazał, iż zamawiający jest niewątpliwie zobowiązany do ustalenia treści dokumentu gwarancji bankowej zgodnie z regułami wykładni

oświadczeń woli, wynikającymi z art. 65 § 1 k.c. Zgodnie z tym przepisem oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których oświadczenie zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Potwierdziła to także w swoim orzecznictwie Izba, m.in. w wyroku z 9 lutego 2012 r. (sygn. akt: KIO 150/12), trafnie przywołując także w uzasadnieniu wyroku stanowisko wyrażone przez Sąd Najwyższy w wyroku z 21 czerwca 2007 r. (sygn. akt IV CSK 95/07), w którym Sąd ten odniósł się do zasad wykładni wynikających z art. 65 kc zwracając uwagę, iż *„ustalając znaczenie oświadczenia woli należy zacząć od sensu wynikającego z reguł językowych, z tym, że przede wszystkim należy uwzględnić zasady, zwroty i zwyczaje językowe używane w środowisku, do którego należą strony, a dopiero potem ogólne reguły językowe. Trzeba jednak przy tym mieć na uwadze nie tylko interpretowany zwrot, ale także jego kontekst. Dlatego nie można przyjąć takiego znaczenia interpretowanego zwrotu, który pozostawałby w sprzeczności z pozostałymi składnikami wypowiedzi. Klóciłoby się to bowiem z założeniem o racjonalnym działaniu uczestników obrotu prawnego. Przy wykładni oświadczenia woli należy - poza kontekstem językowym - brać pod uwagę także okoliczności złożenia oświadczenia woli, czyli tzw. kontekst sytuacyjny (art. 65 § 1 kc). Obejmuje on w szczególności przebieg negocjacji, dotychczasowe doświadczenie stron, ich status (wyrażający się, np. prowadzeniem działalności gospodarczej)”*.

Mając na uwadze powyższe, oceniając treść gwarancji wadialnej nie sposób pominąć racjonalności uczestników obrotu, tutaj banku-gwaranta, którego celem jest zagwarantowanie skuteczności realizacji gwarancji wadialnej. Odwołujący dokonując wykładni treści Gwarancji wadialnej, wskazując na godzinę 16.00, jako ostateczną do zgłoszenia roszczeń w wezwaniu do zapłaty, stara się pomijać fakt, że termin obowiązywania Gwarancji wadialnej został w jej treści zdefiniowany. Wskazuje na to następujące sformułowanie: wadialnej *„Gwarancja jest ważna od dnia 11.09.2015 r. do dnia 09.12.2015 r. a jeżeli ten dzień przypadałby w dniu, w którym Bank nie jest otwarty w celu prowadzenia działalności do pierwszego następującego po nim dnia, w którym Bank jest otwarty w określonym powyżej celu („Termin Ważności”)*. Tym samym termin gwarancji wadialnej został określony w pełnych dniach kalendarzowych, a nie godzinowo, jak zdaje się twierdzić odwołujący. Przystępujący podniósł również, że odwołujący kwestionując Gwarancję wadialną przystępującego, z uwagi na rzekome ograniczenie czasowe jej obowiązywania, związane z pracą placówki bankowej, stara się pomijać, że takie sformułowania są standardowymi niejako postanowieniami na rynku, w żaden sposób nie świadczącymi o woli gwaranta do ograniczania skuteczności udzielanych gwarancji. Zamawiający wskazał, że w treści gwarancji bankowej odwołującego również pojawia się sformułowanie, że *„żądanie zapłaty z tytułu niniejszej gwarancji bankowej winno wpłynąć do naszego Oddziału najpóźniej w ostatnim dniu Terminu Ważności Gwarancji do godziny 16.00 czasu*

polskiego. Żądanie może być nam doręczone osobiście, przesyłką kurierską, za pośrednictwem posłańca, lub w formie kluczowego komunikatu SWIFT za pośrednictwem banku Beneficjenta, który potwierdzi, że jest w posiadaniu wystawionego przez Beneficjenta żądania zapłaty oraz że figuruje na nim podpisy zostały złożone przez osoby uprawnione do zaciągania zobowiązań majątkowych w imieniu Beneficjenta oraz, że zawiadomienie przez bank beneficjenta za pośrednictwem komunikatu SWIFT dokładnie oddaje treść żądania. Zarówno komunikat SWIFT wzywający do płatności z gwarancji jak i wskazane powyżej potwierdzenia muszą wpłynąć do naszego oddziału nie później niż do godz. 16.00 w ostatnim dniu Terminu Ważności Gwarancji. Po upływie Terminu Ważności Gwarancji roszczenia nie będą honorowane a niniejsza gwarancja wygaśnie automatycznie i całkowicie”.

Przystępujący Zaberd podniósł, że przedłużał termin związania ofertą, a wraz z nim także przedłużał ważność wadium, zachowując jego ciągłość w całym okresie terminu związania ofertą - niezależnie od zawieszeń biegu terminu jakie w postępowaniu wystąpiły. Dlatego zarzuty w odniesieniu do przystępującego, a w konsekwencji żądanie wykluczenia go z postępowania są zupełnie bezzasadne. Pismem z dnia 9 grudnia 2015 r. przystępujący przedłużył termin związania ofertą oraz okres ważności wadium do dnia 10 marca 2016 r. Wraz z pismem przedłożył gwarancję wystawioną przez TUZ. Gwarancja ta wystawiona została na okres od 11 grudnia 2015 do 10 marca 2016 r. (nr 1502/Wr/3528/2015). Następnie pismem z dnia 8 marca 2016 r. Przystępujący przedłużył termin związania oraz ważność wadium wraz z gwarancją nr 1502/Wr/576/2015 do 10 maja 2016 r. Ostatnie przedłużenie nastąpiło wraz pismem z dnia 9 maja 2016 r. Termin związania ofertą został przedłużony do 9 sierpnia 2016 r. Przedłużenie okresu ważności wadium, także nastąpiło na okres 11 maja 2016 r. do dnia 9 sierpnia 2016 na podstawie gwarancji TUZ nr 1502/Wr/1426/2015. Gwarancja TUZ wraz z wcześniej wymienionymi i niekwestionowanymi gwarancjami zabezpieczyła zatem cały okres związania wadium. Tymczasem zarzut odwołującego sprowadza się do tego, iż jego zdaniem z treści dokumentu gwarancyjnego Gwarancji TUZ załączonego do oferty przystępującego wynikają ograniczenia odpowiedzialność wobec zamawiającego poprzez: określenie terminu ważności gwarancji ze wskazaniem, że po upływie tego terminu gwarancja całkowicie i automatycznie wygasa (pkt 6 dokumentu gwarancyjnego -Termin Ważności gwarancji - dzień 10 grudnia 2015 r.), określenie, jako dodatkowego terminu wygaśnięcia gwarancji terminu, w którym upływa okres związania ofertą (pkt 8 ppkt 1 dokumentu gwarancyjnego - termin związania ofertą - dzień 9 grudnia 2015 r.), określenie dodatkowo warunków rozwiązujących - tj. okoliczności wymienionych w pkt 8 ppkt 2-4 dokumentu gwarancyjnego).

Przystępujący podniósł, iż pismem z dnia 9 grudnia 2015 r., przedłużył termin związania ofertą oraz okres ważności wadium do dnia 10 marca 2016 r. tym samym nie ziszcila się

żadna z przesłanek, która miałaby przesądzić o wygaśnięciu gwarancji ubezpieczeniowej, która stanowiła zabezpieczenie ważności wadium w niniejszym postępowaniu. W szczególności dlatego, że ważność wadium miała o 1 dzień dłuższy termin niż termin związania ofertą, a po drugie w pierwotnym terminie związania ofertą, został przedłużony do 10 marca 2016 r., a zatem nie zakończył się, co oznacza, że w dniu 10 grudnia 2015 r., nie mogła zająć przesłanka, o której pisze odwołujący, a która miałaby mieć umocowanie w pkt 8 dokumentu gwarancyjnego.

Przystępujący (odnośnie tajemnicy przedsiębiorstwa) podniósł, że każde zastrzeżenie musi być badane w kontekście konkretnej oferty i dokonanego zastrzeżenia, a także wartości gospodarczej informacji i możliwej do poniesienia szkody przez wykonawcę. W treści swojej oferty przystępujący wskazał, że wykazał istnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności w zakresie łącznego spełniania przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa: charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, tajemnica nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Przystępujący Zaberd oświadczył, że zawarł oświadczenie na stronie opatrzonej odręcznym numerem 10, na stronie tytułowej formularza 2.2. i zastrzegł Koncepcję Działań jako informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. Wbrew twierdzeniu odwołującego, uzasadnienie znalazło się w dokumencie „Koncepcja Działań”. Żaden przepis Pzp nie nakazuje tego czynić w odrębnym dokumencie. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa samo w sobie może, choć nie musi stanowić taką tajemnicę. Zawarte w dokumencie uzasadnienie wskazuje na spełnienie powyższych przesłanek, w szczególności zwraca uwagę na znaczenie i wartość rozwiązań opisanych w dokumencie oraz skutki ujawnienia informacji i szkodę, jaką ujawnienie informacji mogłoby wyrządzić. Dokument zawiera informacje o charakterze technicznymi i organizacyjnym. Przystępujący podkreślił, iż „Koncepcja Działań Wykonawcy” jest dla każdego z uczestników niniejszego postępowania istotną wartością gospodarczą dla ich przedsiębiorstw decydującą o pozycji, czy wręcz możliwości funkcjonowania na rynku. Przystępujący dodał, że posiadana przez niego unikatowa wiedza i doświadczenie w wykonywaniu usług bieżącego i zimowego utrzymania dróg powodują, że odpowiednio określił założenia, zakresy i metodykę realizacji usług, co także w tym postępowaniu pozwoliło na złożenie najkorzystniejszej oferty. Podmioty, z którymi współpracuje, a także pracownicy firmy, zostali zobowiązani do nieujawniania ww. informacji. Nie ma możliwości, aby osoba z zewnątrz mogła w jakikolwiek oficjalny sposób pozyskać wiedzę w tym zakresie. Istnieją także duże ograniczenia w dostępie do ww. informacji także wśród pracowników. Tylko pracownicy przygotowujący ofertę w postępowaniu, zarówno od strony formalnej, handlowej, jak i technicznej mają wgląd w przyjęte założenia techniczne i kalkulacyjne, a także ustalone warunki handlowe i sposób

wykonania zamówienia i są zobowiązani do zachowania ich w poufności. Również w czasie negocjacji cen materiałów i usług z partnerami przystępujący nie udziela informacji na temat warunków współpracy z nimi innym podmiotom. Są to dla przystępującego dane poufne. Stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przystępujący wskazał również na okoliczność, iż w jego ocenie omawiany zarzut jest spóźniony, ponieważ jeżeli zaniechano ujawnienia informacji nieskutecznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, a odwołujący dowiedział się o fakcie zastrzeżenia tajemnicy w dniu 5 października 2015 r., choć mógł już 11 września 2015 r. W takim razie w terminie 10 dni powinien wnieść odwołania, zgodnie z art. 182 ust. 3 Pzp. Na marginesie przystępujący podkreślił, że trudno wyobrazić sobie zgodę i porównać skutki ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, ze względu na zdaniem odwołującego „niewystarczająco udowodnione” (w szczególności, że Pzp tego nie wymaga), powody nieujawniania zastrzeżonej informacji, wobec - jak sugeruje odwołujący - usprawiedliwionego opóźnienia we wniesieniu odwołania o ok. 9 miesięcy.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie jest częściowo zasadne. Z uwagi na brzmienie przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba uwzględniła odwołanie, albowiem stwierdziła, że naruszenie przepisów przez zamawiającego mogło mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZABERD z postępowania, pomimo iż wykonawca ten nie wniósł wadium w pełnej wysokości i na pełny okres związania ofertą, gdyż w przedłożonym przez niego dokumencie gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej przez TUZ Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych z siedzibą w Warszawie (gwarancja opiewająca na 300 000,00 zł) zastrzeżono, że podstawą zapłaty sumy gwarancyjnej będzie stanowić wyłącznie pisemne żądanie zapłaty otrzymane w okresie ważności gwarancji,

a jednocześnie wskazano, iż gwarancja ta automatycznie wygasa (a wszelkie roszczenia beneficjenta stają się bezskuteczne) w przypadku, gdy upłynął termin związania ofertą, co w związku z niedostępnością placówek Gwaranta TUZ po godz. 16.00 jest równoznaczne z zawężeniem zakresu odpowiedzialności gwaranta - ogranicza możliwość zatrzymania wadium w przypadku zaistnienia zdarzeń uzasadniających takie zatrzymanie w ostatnim dniu związania ofertą (9 grudnia 2015 r. godz. 16.00 - 24.00) oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy SAFEROAD z postępowania, pomimo iż wykonawca ten nie wniósł wadium na pełny okres związania ofertą, gdyż w przedłożonym przez niego dokumencie gwarancji wadialnej (bankowej) nr G/251/464/2015/Z wystawionej przez Danske Bank A/S. z siedzibą w Kopenhadze zastrzeżono, że żądanie zapłaty z tytułu gwarancji powinno zostać dostarczone do banku najpóźniej, ostatniego dnia terminu jej ważności (przypadającego w dniu upływu terminu związania ofertą, tj. w dniu 9 grudnia 2016 r.) do godziny 16.00, co oznacza zawężenie okresu odpowiedzialności gwaranta w stosunku do okresu związania ofertą, Izba stwierdziła, że zarzuty odwołującego są niezasadne. W zakresie omawianego zarzutu, Izba podziela argumentację prezentowaną przez zamawiającego oraz przystępujących Saferoad i Zaberd.

Izba wskazuje, że wykonawca Zaberd, wraz ze swoją ofertą przedłożył zamawiającemu trzy dokumenty gwarancyjne, tj.:

- gwarancję ubezpieczeniową nr 280000111992 z dnia 09.09.2015 wystawioną przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO HESTIA S.A.,
- gwarancję ubezpieczeniową nr 998935105327 z dnia 09.09.2015 r. wystawioną przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna w Łodzi,
- gwarancję ubezpieczeniową nr 1502/Wr/2717/2015 wystawioną przez TUZ Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych w Warszawie.

Dwie pierwsze spośród ww. gwarancji nie budziły zastrzeżeń u odwołującego, odmiennie od ostatniej z ww. gwarancji. Jak wynika z jej treści, pozostawała ona ważna w okresie od 11 września 2015 r. do 10 grudnia 2015 r. i tylko pisemne wezwanie do zapłaty otrzymane przez Gwaranta w okresie jej ważności miało powodować obowiązek wypłaty z tytułu gwarancji (pkt 5 i 6 Gwarancji TUZ). Po tym okresie gwarancje automatycznie wygasała, a wszelkie roszczenia Beneficjenta miały stać się bezskuteczne. Jednocześnie jednak termin ważności został przez Gwaranta istotnie ograniczony. Zgodnie z pkt 8 ww. gwarancji, miały one wygasać również w przypadku, gdy m.in.: upłynął termin związania ofertą (pkt 8 ppkt 1 gwarancji).

W ocenie odwołującego, określenie przesłanek powodujących automatyczne wygaśnięcie gwarancji w przypadku upływu terminu związania ofertą w istocie prowadzi do nieuprawnionego zawężenia prawa zamawiającego do zaspokojenia się z ustanowionego wadium. W praktyce oznacza to bowiem, że zamawiający nie będzie miał możliwości

skutecznego dochodzenia zapłaty wadium w przypadkach, gdy przesłanki zatrzymania wadium wystąpią w końcowej części ostatniego dnia okresu związania ofertą.

Z argumentacją odwołującego nie sposób się zgodzić, co najmniej z dwóch przyczyn.

Po pierwsze, skoro w treści gwarancji gwarant zabezpieczył ofertę wykonawcy do ostatniego dnia związania ofertą, to należy przyjąć, że oferta zabezpieczona jest do tego dnia do godziny 23.59. Okoliczność wskazania przez gwaranta, do której godziny zamawiający winien złożyć pismo uruchamiające gwarancję, należy traktować jako zalecenie instrukcyjne uzależnione godzinami pracy danego oddziału ubezpieczyciela, pozostające bez wpływu na faktyczny okres zabezpieczenia oferty w wadium (zgodny z ustawą Pzp).

W powyższym zakresie Krajowa Izba Odwoławcza w całości akceptuje, uznając za własne stanowisko Izby zaprezentowane w wyroku z dnia 6 lipca 2011 roku, sygn. akt KIO 1313/11, w którym wskazano, iż *„Izba uznaje przedłożoną przez spółkę Pixel Technology gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium za wystarczająco zabezpieczającą interesy zamawiającego w całym okresie związania wykonawców ofertą, którą złożyli. Opisana w ustaleniach Izby gwarancja ubezpieczeniowa, jak wynika § 3 ust. 1 jej treści, obowiązuje przez cały okres związania ofertą. Dodatkowo jako warunek wypłacenia sumy gwarantowanej czyli zaspokojenia gwarantowanych roszczeń beneficjenta wskazano konieczność zgłoszenia tych roszczeń przed upływem daty jej ważności. Powyższe w ocenie Izby, choć stanowić może znaczną niedogodność dla zamawiającego zmuszając go do szybkiej oceny czynności wykonawcy i szybkiego podejmowania decyzji i czynności własnych, to jednak nie przekreśla samego celu wadium jakim jest zabezpieczenie podpisania umowy, wniesienia zabezpieczenia wykonania umowy czy też uzupełnienia dokumentów w trakcie oceny ofert (okoliczności opisane w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp) w całym okresie związania ofertą oraz nie uniemożliwia realnego uzyskania kwoty gwarantowanej w przypadku wystąpienia ww. okoliczności w tym okresie. W każdej chwili, do samego końca okresu gwarancyjnego umocowany przedstawiciel zamawiającego może zawczasu udać się do Gwaranta i przedłożyć mu stosowne żądanie zapłaty, jeśli tylko otrzyma informację, że okoliczności stanowiące podstawę uruchomienia gwarancji właśnie wystąpiły.*

Nie jest zasadne również przyjęcie, iż regularne godziny pracy wskazanego oddziału PZU uniemożliwiają doręczenie wezwania zapłaty do końca okresu obowiązywania gwarancji, tj. jakoby doręczenie wezwania na ww. adres mogło odbyć się tylko w tych godzinach. Można w tym zakresie wyobrazić sobie szereg sposobów dokonania takiego doręczenia również poza godzinami pracy oddziału, chociażby po uprzednim umówieniu się lub przekazanie pisemnego wezwania do zapłaty do wskazanego oddziału w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym, certyfikowanym podpisem elektronicznym, nawet jeżeli adres e-mail do takiego doręczenia w treści gwarancji nie został wskazany. W świetle restrykcyjnych regulacji dotyczących prowadzenia działalności ubezpieczeniowej, zasad współżycia społecznego

i ustalonych zwyczajów handlowych panujące w danej dziedzinie stosunków gospodarczych, nie sposób założyć, iż PZU S.A. wystawiając w dobrej wierze, której domniemanie należy przyjąć, przedmiotową gwarancję na okres do dnia 10.07.2011 r. włącznie oraz wiedząc i wskazując jakiego typu zobowiązania gwarancja ma zabezpieczać, w rzeczywistości skróciła okres jej obowiązywania przez faktyczne uniemożliwienie wykonania czynności, których w gwarancji wymagała i których dopuszczalną datę wskazała.”.

Wskazać również należy, iż przystępujący konsorcjum Saferoad przedłożył dowód – oświadczenie banku (wystawcy gwarancji), który Izba przyjęła w poczet materiału dowodowego, w którym zostało stwierdzone, że „*W imieniu i na rzecz Danske Bank A/S, z siedzibą w Kopenhadze, Holmens Kanał 2-12, DK-1092 Dania, działający w Polsce poprzez Danske Bank A/S Spółka Akcyjna Oddział w Polsce (dalej jako „Bank-gwarant”), oświadczamy, że wskazany w treści ww. Gwarancji wadialnej termin oznaczony jako godzina 16.00 nie stanowi jakiegokolwiek ograniczenia ważności i skuteczności Gwarancji wadialnej. Zgodnie z literalnym brzmieniem Gwarancji wadialnej „gwarancja jest ważna od dnia 11.09.2015 r. do dnia 09.12.2015 r. a jeżeli ten dzień przypadałby w dniu, w którym Bank nie jest otwarty w celu prowadzenia działalności do pierwszego następującego po nim dnia, w którym Bank jest otwarty w określonym powyżej celu (dalej jako „Termin Ważności”). Powyższe jednoznacznie wskazuje, że termin ważności niniejszej Gwarancji wadialnej został określony w postaci pełnych dni kalendarzowych. Wskazany w Gwarancji wadialnej termin dostarczenia żądania zapłaty określony do godziny 16.00 jest terminem instrukcyjnym, wynikającym wyłącznie z działalności placówki bankowej. Bank-gwarant niniejszym potwierdza i oświadcza, że skuteczne zgłoszone przez beneficjenta Gwarancji wadialnej żądanie zapłaty po godz. 16.00 nie spowoduje automatycznie bezskuteczności żądania zapłaty gwarancji. W każdej chwili bowiem, do samego końca okresu gwarancyjnego, tj. do końca dnia 09.12.2015 r., umocowany przedstawiciel zamawiającego może przedłożyć Bankowi-gwarantowi stosowne żądanie zapłaty, jeśli tylko otrzyma informację, że okoliczności stanowiące podstawę uruchomienia gwarancji właśnie wystąpiły. Jednocześnie Bank-gwarant wskazuje, że istnieje szereg sposobów dokonania skutecznego doręczenia wezwania zapłaty również poza godzinami pracy oddziału, chociażby po uprzednim umówieniu się z bankiem-gwarantem i przekazaniu pisemnego wezwania do zapłaty do wskazanego oddziału w ustalonym z Bankiem-gwarantem terminie”.* Oświadczenie powyższe, w ocenie Izby, należy interpretować, jako interpretację (wykładnię literalną) spornych zapisów gwarancji wadialnej. Z powyższego oświadczenia banku-gwaranta jednoznacznie wynika, że bank-gwarant wystawiając Gwarancję wadialną nie miał jakiegokolwiek intencji ograniczać skuteczności (ważności) Gwarancji wadialnej. Takie ewentualne działanie banku mogłoby być uznane za sprzeczne z zasadami współzycia

społecznego i ustalonymi zwyczajami handlowymi panującymi w danej dziedzinie stosunków gospodarczych.

Ponadto, należy przyjąć, że treść dokumentu gwarancyjnego złożonego wraz z ofertą ZABERD należy interpretować w oparciu o postanowienia oferty przystępującego Zaberda, zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz inne wymogi, które winien spełnić wykonawca wnoszący wadium.

Po drugie, niejako na marginesie, zdaniem Izby, zarzuty odwołującego należy ocenić pod kątem, czy znajdują one swoje racjonalne uzasadnienie na dzień przekazania przez zamawiającego informacji o wynikach prowadzonego postępowania. Skoro bowiem zamawiający dopiero w dniu 29 czerwca 2016 roku poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, to irracjonalne jest stawianie zarzutów, które odnoszą się do gwarancji wadialnych, ważnych odpowiednio do dnia 9 i 10 grudnia 2015 roku. Wskazać bowiem należy, że skarżeni wykonawcy, w odpowiednich do tych czynności terminach przedłużali ważność złożonych pierwotnie do oferty gwarancji wadialnych. Tym samym podnoszenie zarzutów, iż dnia 9 grudnia 2015 roku po godzinie 16.00 zamawiający nie będzie mógł zaspokoić się ze złożonej gwarancji pozostaje bez znaczenia dla oceny czynności zamawiającego, albowiem w chwili orzekania (miesiąc lipiec) rzeszone gwarancje są przedłużone w sposób prawidłowy (odwołujący do aneksów zarzutów nie stawiał), co oznacza, że w przypadku woli zamawiającego do uruchomienia gwarancji, zamawiający będzie mógł się z tych gwarancji w sposób prawidłowy zaspokoić. Tym samym podnoszenie zarzutów do stanu historycznego, nieistniejącego w chwili orzekania uznać należało za bezzasadne.

Zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie ujawnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę ZABERD, jako tajemnica przedsiębiorstwa (koncepcja wykonania usługi), pomimo iż zastrzeżenie to nie było skuteczne, gdyż ww. wykonawca w terminie składania ofert nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, Izba uznała za zasadny. Izba w całości popiera stanowisko prezentowane przez odwołującego.

Wskazać należy, iż przystępujący Zaberda w treści swojej oferty, odnośnie oświadczenia i wykazania okoliczności uzasadniających objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych w koncepcji działań podał, cyt. „Z uwagi na fakt, iż przygotowana przez Wykonawcę „Koncepcja” jest dokumentem zawierającym rozwiązania własne firmy, które stanowią o wartości oferty w świetle kryterium oceny oferty, a które po ujawnieniu mogą być w przyszłości wykorzystane przez firmy Konkurencyjne do podniesienia wartości ich własnych ofert składanych w podobnych postępowaniach, zmniejszając nasze szanse – niniejszym zastrzegamy, że ta Koncepcja Działań w całości stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.”. Zauważyć należy, iż jest to jedyna informacja, jaka wraz z ofertą została

przedstawiona zamawiającemu w celu wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa treści ujętych w „Koncepcji Działań”.

Jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej „Do skutecznego zastrzeżenia określonych informacji zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa konieczne jest poczynienie tego zastrzeżenia nie później niż w terminie składania ofert, a także jednoczesne wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. To na wykonawcy, zastrzegającym taką informację, spoczywa obowiązek wykazania przesłanek skuteczności takiego zastrzeżenia. Wykonawca winien uczynić to jednocześnie z samym zastrzeżeniem, nie czekając na decyzję i ewentualne wezwania zamawiającego w tym zakresie” (wyrok z dnia 8 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 997/15). Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 lutego 2016 r. (KIO 84/16), w którym nakazała odtajnienie koncepcji wykonawcy ZABERD z uwagi na brak wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, uzasadniła, iż „W oparciu o powyższe Izba przesądziła, że poprzestanie przez wykonawcę na wskazaniu informacji niepodlegających ujawnieniu, przy braku jednoczesnego wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, powinno być poczytane przez zamawiającego, jako nieskuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. W takiej sytuacji zamawiający ma obowiązek udostępnienia zainteresowanym przekazanych informacji, niezależnie od tego, czy stanowiłyby one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, rozpatrywanego w oderwaniu od art. 8 ust. 3 Pzp. Niewykazanie przez wykonawcę zasadności poczynionego zastrzeżenia oznacza bowiem, co najmniej, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie podjął on niezbędnych działań w celu zachowania w poufności informacji mających dla niego wartość gospodarczą, które uprzednio nie były ujawnione do wiadomości publicznej. Niedochowanie aktu staranności wymaganego na mocy art. 8 ust. 3 Pzp oznacza, że de facto wykonawca rezygnuje w postępowaniu o udzielenie zamówienia z chronienia informacji, które uprzednio, poza tym postępowaniem, mogły spełniać przesłanki z art. 11 ust. 4 uznk. W sytuacji zatem, gdy wykonawca składając ofertę, zastrzegł tajność określonych informacji, ale nie wykazał iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, należy przede wszystkim poddać analizie sposób realizacji wykazywania (udowodniania) przez wykonawcę, że zastrzeżone informację stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w świetle art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Ustawodawca pozostawił wykonawcy dowolność w doborze środków służących realizacji powyższego obowiązku, przy czym, zawarte w treści art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, pojęcia „zastrzeżenie” i „wykazanie” oznaczają, iż w ramach wykazywania istnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 u.z.n.k., w odniesieniu do zastrzeganych informacji, wykonawca powinien przedłożyć określone dowody, nie zaś ograniczyć się do samego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie wskazuje, iż wykazanie tajemnicy przedsiębiorstwa powinno mieć miejsce w szczególności, w odniesieniu do przesłanek

określających charakter zastrzeganych informacji (techniczny, technologiczny, organizacyjny etc.), które powinny być uprawdopodobnione poprzez ustalenie obiektywnych (nawet jeżeli tylko swoistych i odnoszących się tylko do danego wykonawcy) faktów przesądzających o tego typu charakterze zastrzeżonych danych (por. wyrok KIO z dnia 12 września 2012 r., sygn. akt 1921/12). Wykazanie przez wykonawcę, że zastrzegane informacje posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, powinno polegać na złożeniu dowodów mających postać np. oświadczenia uzasadniającego, dlaczego określone informacje mają przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa, np. wyciągu z umów z kontrahentami zawierających postanowienia o zachowaniu określonych okoliczności w poufności. W zakresie wykazania przesłanki podjęcia działań niezbędnych dla zachowania poufności zastrzeganej informacji, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 23 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 528/10, stwierdziła, że „wykonawca powinien wskazać konkretne okoliczności, czy chociażby działania które zostały podjęte przez wykonawcę, tj. np. wykazanie się wewnętrznymi regulaminami, wskazującymi iż powyższa (zastrzeżona - przyp. wł.) informacja nie może zostać w żaden sposób upubliczniona.” Mając na uwadze powyższe, brak należytego zastrzeżenia i wykazania (poprzez przedłożenie stosownych dowodów) przez wykonawcę ZABERD zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w postaci Koncepcji działań powinno skutkować odtajnieniem tej dokumentacji.

W aktualnym stanie prawnym warunkiem koniecznym dla zachowania poufności informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest złożenie przez przedsiębiorcę powołującego się na tajemnicę, nie później, niż w terminie składania ofert lub wniosków dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenia zastrzegającego, iż dana informacja nie może być udostępniana oraz wykazania, iż ta informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Powyższe oznacza, że w dacie przedkładania określonej informacji (co do zasady w dacie składania oferty) wykonawca zastrzegający tajemnicę przedsiębiorstwa musi zaprezentować wywód przedstawiający argumenty przekonujące zamawiającego o tym, iż zastrzegana przez niego informacja zasługuje na ochronę oraz że uzasadnione jest nie ujawnianie jej wobec pozostałych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia. Co do zasady wywód taki powinien szczegółowo wyjaśniać, czy w odniesieniu do zastrzeganej informacji zachodzą wszystkie przesłanki wymienione w przepisie art. 11 ust. 4 ustawy znk. Zgodnie z tym przepisem, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Warunkiem skuteczności zastrzeżenia określonych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest zatem szczegółowe omówienie i wykazanie, że w odniesieniu do danej informacji wszystkie przesłanki zostały spełnione. Sytuacja, w której wykonawca w ogóle nie

wykazuje zasadności uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa lub wprowadzie takie „wykazanie” fizycznie przekazuje, jednak jego treść jest na tyle ogólnikowa, iż na ocenę zasadności stanowiska wykonawcy nie pozwala, winna prowadzić do uznania, iż zastrzeżenie informacji było nieskuteczne. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej przystępujący Zaberd nie wykazał zasadności zastrzeżenia określonych przez siebie informacji. W szczególności Izba wskazuje, iż przystępujący Zaberd nie wykazał, że zastrzeżone przez siebie treści objęte tajemnicą przedsiębiorstwa nie są i nie były ujawnione do wiadomości publicznej oraz nie wykazał jakie wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Z uwagi na okoliczność, iż to wykonawca na etapie składania ofert (wraz z ofertą) musi złożyć wyczerpujące i jednoznaczne oświadczenie, co do zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa określonych w ofercie treści, wykazując jednocześnie, zgodnie z art. 11 ust. 4 uznk, jakie informacje i jakie środki podjął do ich ochrony, to uznać należało, że przystępujący Zaberd w przedmiotowym postępowaniu takim wymaganiom nie sprostał, dlatego też Izba nakazała zamawiającemu udostępnienie informacji zawartych w „Koncepcji działań” (47 stron) wykonawcy Zaberd.

Odnosnie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 8 ust. 1 oraz art. 93 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 i 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458), poprzez zaniechanie udostępnienia załączników do protokołu postępowania, tj. w szczególności całości korespondencji pomiędzy zamawiającym a wykonawcami oraz sporządzonego przez ZABERD opracowania „konceptja działań”, pomimo iż odwołujący w dniu 4 lipca 2016 r. wniósł o przekazanie dokumentacji w ww. zakresie, a swój wniosek ponowił w dniu 6 lipca 2016 r., przy czym brak przekazania ww. dokumentów w istotny sposób ograniczył możliwość zweryfikowania przez odwołującego prawidłowości postępowania, w szczególności co do przedłużenia przez innych wykonawców terminu związania ofertą, uzupełnienia lub przedłużenia wadium, wyjaśnienia treści oferty lub przeprowadzenia procedury wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp), Izba uznała zarzut za zasadny. Izba w całości popiera stanowisko odwołującego.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający, jako gospodarz postępowania, musi w sposób gospodarski tak zarządzać swoimi działaniami, aby nie wywoływały one uszczerbku w działaniu bądź możliwości działania wykonawców biorących udział w danym postępowaniu. Powyższe prowadzi do wniosku, że zamawiający z chwilą ogłoszenia wyników postępowania winien mieć w taki sposób uporządkowaną dokumentację postępowania, która pozwoli bezzwłocznie, na wniosek wykonawców, do przekazania dokumentacji postępowania. Opóźnienie czy wręcz nieprzekazanie dokumentacji postępowania na prośbę wykonawcy, w sposób bezpośredni powoduje naruszenie

przepisów ustawy Pzp i ww. rozporządzenia. Takie działanie zamawiającego ogranicza prawo wykonawcy do skutecznego i terminowego podniesienia zarzutów, co do czynności bądź zaniechań zamawiającego. Dlatego też Izba nakazała zamawiającemu bezzwłoczne udostępnienie żądanych przez odwołującego dokumentów postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła oddalić dowód zgłoszony przez odwołującego, na okoliczność, iż w Poznaniu znajduje się tylko jedna placówka ubezpieczyciela TUZ, tj. wydruk z Internetu z umiejscowieniem placówki oraz zdjęcia, które wskazują na godzinę otwarcia tego punktu stwierdzając, że okoliczność, na którą składany jest przedmiotowy dowód nie jest sporna, tym samym dowód ten jest bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła przyjąć, jako dowody w sprawie: specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, ofertę wykonawców Konsorcjum Saferoad i wykonawcy Zaberd, gwarancje wadialne złożone przez ww. wykonawców, Koncepcję opracowaną przez wykonawcę Zaberd.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

KIO 1236/16

Dnia 8 lipca 2016 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Saferoad Grawil Sp. z o.o., Saferoad Kabex Sp. z o.o., ul. Komunalna 7, 87-800 Włocławek (dalej „Odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie ujawnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. (dalej jako „wykonawca ZABERD”) jako tajemnica przedsiębiorstwa (Koncepcja działań), pomimo iż zastrzeżenia takie nie były skuteczne, gdyż ww. wykonawca w terminie składania ofert nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;

- 2) art. 8 ust. 1 oraz art. 93 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 i 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458; dalej: „Rozporządzenie w sprawie Protokołu”) - poprzez zaniechanie udostępnienia załączników do protokołu postępowania - tj. całości korespondencji pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą ZABERD oraz pełnej treści ofert po wyborze oferty najkorzystniejszej (w tym fragmentów ofert, które ewentualnie zostały odtajnione), pomimo iż odwołujący wniósł o przekazanie dokumentacji w ww. zakresie, przy czym brak przekazania ww. dokumentów w istotny sposób ograniczył możliwość zweryfikowania przez odwołującego oceny skuteczności zastrzeżenia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa; w ocenie odwołującego utajnione przez wykonawcę ZAJBERD uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa podlega także ocenie w zakresie skuteczności jej zastrzeżenia i w przypadku, jeżeli odwołujący w całości nie przedstawia w nich informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to te informacje nie stanowiące tajemnicy powinny podlegać ujawnieniu na wyraźny wniosek wykonawcy,
- 3) art. 91 ust. 1, ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny ofert w ramach kryterium „Jakość”, w sposób sprzeczny z zasadami logiki i doświadczenia życiowego oraz niezgodnie z zasadami wiedzy technicznej z dziedziny utrzymania infrastruktury drogowej oraz przez nieuprawnione zawyżenie punktacji oferty wybranego wykonawcy oraz innych wykonawców, w szczególności przez nieprawidłowe uznanie, że działania proponowane przez *de facto* wszystkich wykonawców w ich Koncepcjach działań, w tym w szczególności wybranego wykonawcy, dotyczące wdrożenia i utrzymania wymaganego standardu utrzymania drogi cechują się równie wysoką efektywnością/skutecznością i zapewniają dostateczny poziom bezpieczeństwa użytkowników dróg oraz minimalizacji strat czasu uczestników ruchu drogowego, w sytuacji, gdy propozycje odwołującego były optymalne i tym samym bardziej efektywne i skuteczne, a poprzez to nieprawidłowe dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, a w związku z powyższymi naruszeniami, również naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie uczciwej konkurencji w postępowaniu,
- 4) art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 8 ust. 1-3 oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przekazania odwołującemu w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej uzasadnienia wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób pozwalający na podjęcie decyzji co do zasadności i ewentualnego sposobu

zakwestionowania oceny dokonanej przez zamawiającego i podniesienia konkretnych, rzeczowych zarzutów wskazujących na konkretne błędy w ocenie ofert w ramach kryterium Jakość (brak uzasadnienia merytorycznego przyznanej punktacji, czyli tak samej punktacji, jak i czynników merytorycznych, które zadecydowały o takiej, a nie innej punktacji),

- 5) art. 1 ust. 1 oraz 2 ust. 1 lit. b Dyrektywy 89/665/EWG Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (D.U.U.E.L.1989.395.33 z późn. zm.; dalej zwanej: „Dyrektywą Odwoławczą”), poprzez odmówienie odwołującemu faktycznego prawa do zakwestionowania decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej z uwagi na brak przekazania uzasadnienia tejże decyzji pozwalającego stwierdzić, w jaki sposób zamawiający oceniał oferty w ramach kryterium Jakość, w tym w szczególności dlaczego oferty w zasadzie wszystkich wykonawców zostały ocenione na takim samym, najwyższym, poziomie w ramach kryterium Jakość (brak uzasadnienia merytorycznego przyznanej punktacji, czyli tak samej punktacji, jak i czynników merytorycznych, które zadecydowały o takiej, a nie innej punktacji),
- 6) art. 96 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 i w zw. z art. 182 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z § 5 ust. 1 i 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458; dalej: „Rozporządzenie w sprawie Protokołu”) - poprzez sporządzenie w toku postępowania, a przekazanie odwołującemu dopiero na 3 (częściowo na 2) dni przed upływem terminu do wniesienia odwołania wobec wyboru oferty najkorzystniejszej, a jednocześnie 6 dni po przekazaniu informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, po złożeniu wniosku o udostępnienie przez odwołującego, dokumentacji dotyczącej oceny ofert tabeli obrazujących ocenę ofert dokonaną komisję oceniającą oferty, przy czym: tak późne przekazanie ww. dokumentacji znacząco ograniczyło odwołującemu możliwość sporządzenia odwołania w tym zakresie i doprowadziło *de facto* do skrócenia ustawowego terminu na wniesienie w tym zakresie środka odwoławczego do zaledwie 2 dni, co jest na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych niedopuszczalne; dokumentacja uzasadniająca przyznanie ofertom punktacji w ramach kryterium „Jakość” w żaden sposób nie uzasadnia powodów przyznania poszczególnym wykonawcom punktacji i w istocie nie pozwala na stwierdzenie, dlaczego *de facto* wszystkie oferty zostały ocenione na jednakowym, maksymalnym poziomie, co nie zapewnia możliwości zweryfikowania decyzji zamawiającego.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) nakazanie zamawiającemu uznania za nieskuteczne zastrzeżenie wykonawcy ZABERD jako tajemnicy przedsiębiorstwa i ujawnienia zastrzeżonych informacji w zakresie koncepcji działań,
- 3) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem wszystkich zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących sposobu oceny ofert w ramach kryterium „Jakość” oraz w oparciu o zasady wiedzy technicznej z dziedziny utrzymania infrastruktury drogowej,
- 4) nakazanie zamawiającemu załączenie do rezultatu powtórzonej czynności badania i oceny ofert uzasadnienia merytorycznego przyznanej punktacji (czyli tak samej punktacji, jak i czynników merytorycznych, które zadecydowały o takiej, a nie innej punktacji), w tym także w zakresie kryteriów pozacenowych z uwzględnieniem nakazanego ujawnienia zastrzeżonej części oferty wykonawcy ZABERD; sposób prezentacji takiego uzasadnienia winien ważyć kwestię transparentności postępowania i kwestię prawa do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż z całą pewnością wykonawcy mają prawo znać czynniki merytoryczne, które zadecydowały o takiej, a nie innej punktacji, tak własnej oferty w tym wypadku koncepcji działań (bez względu na jej zastrzeżenie lub nie), jak i koncepcji działań innych wykonawców (w wypadku skutecznego zastrzeżenia i wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa przy zachowaniu pewnego poziomu ogólności),
- 5) wyłączenie na podstawie art. 189 ust. 8 w zw. z art. 189 ust. 6 ustawy Pzp, jawności rozprawy w zakresie (w części), w jakim będzie ona dotyczyła oceny przedłożonego przez odwołującego dowodu zastrzeżonego, jako tajemnica przedsiębiorstwa odwołującego, wprost odnoszącego się do złożonej przez odwołującego koncepcji, zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, oraz stanowiącego istotną wartość gospodarczą przedsiębiorstwa odwołującego,
- 6) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

Ponadto odwołujący, w zakresie zarzutu dotyczącego dokonania nieprawidłowej oceny wszystkich ofert w ramach kryterium „Jakość”, wniósł o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa w specjalności budownictwo - drogi i autostrady wpisanego na listę biegłych sądowych prowadzoną przez Prezesa Sądu Okręgowego w Warszawie na okoliczność ustalenia: (I) czy w załączonej do oferty odwołującego koncepcja wykonania usługi w zakresie poszczególnych programów zawiera skuteczne działania mogące przynieść efekty w postaci wdrożenia i utrzymania wymaganego standardu dla tego

elementu drogi (przy uwzględnieniu zasad oceny ww. skuteczności przewidzianych w pkt 17.1.2 SIWZ, (II) czy w ofertach złożonych przez innych wykonawców w ramach poszczególnych programów zostały przewidziane działania równie skuteczne, skuteczniejsze czy mniej skuteczne przy realizacji standardu poszczególnych elementów programów, oraz (III) czy któraś z ofert przewiduje najskuteczniejsze działania w tym zakresie w odniesieniu do poszczególnych elementów programów (przy uwzględnieniu zasad oceny ww. skuteczności przewidzianych w pkt 17.1.2. SIWZ). Alternatywnie odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z opinii instytutu naukowego specjalizującego się w dziedzinie budowy oraz utrzymania dróg i autostrad na okoliczność ww. ustaleń (Instytut Badawczy Dróg i Mostów, Stowarzyszenie Inżynierów i Techników Komunikacji Rzeczpospolitej Polskiej Oddział w Warszawie, Politechnika Warszawska).

Odwołujący wskazał, iż stosownie do art. 8 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zasada jawności dotyczy w szczególności ofert składanych w postępowaniu. Ich jawność może zostać ograniczona tylko w przypadkach wyraźnie wskazanych w ustawie. W przedmiotowym postępowaniu wykonawcy, w tym wykonawca ZABERD, zastrzegli tajemnicę przedsiębiorstwa w stosunku do części oferty stanowiącej opracowanie w ramach kryterium „Jakość”, tzw. koncepcję. W ocenie odwołującego, przedstawione przez wykonawcę ZABERD tajemnicy przedsiębiorstwa jest bezpodstawne.

Zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa w odniesieniu do koncepcji, wykonawca ZABERD przedstawił jedynie ogólne twierdzenie na str. 10 oferty o utajnieniu Koncepcji działań ze względu na zawarcie w tym dokumencie tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto na wezwanie zamawiającego, wykonawca ZaberD, złożył dodatkowe wyjaśnienia i podtrzymał zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nie przedstawiając jak się zdaje żadnych dowodów. Tymczasem zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („uznk”), jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Komentowany przepis, jakkolwiek odnosi się do ofert i wniosków, znajduje zastosowanie również do innych dokumentów noszących walor tajemnicy przedsiębiorstwa, m.in. wyjaśnień i uzupełnień (zob. m.in. wyrok KIO z dnia 10 marca 2015 r., KIO 338/15). W takim wypadku terminem na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa i wykazanie, że zastrzeżone informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa jest chwila złożenia zamawiającemu danego dokumentu.

Przed wejściem w życie nowelizacji z dnia 29 sierpnia 2014 r., tj. przed dniem 19 października 2014 r., zaktualizowanie się zakazu ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wymagało jedynie zastrzeżenia przez wykonawcę, że informacje

nie mogą być udostępniane. To na zamawiającym, jako adresacie zakazu ujawniania informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, spoczywał obowiązek zbadania, czy w konkretnej sytuacji wystąpiły przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 4 uznk. W razie wątpliwości, co do charakteru przekazywanych informacji zamawiający, dążąc do zachowania należytej staranności w zakresie czynności badania skuteczności zastrzeżenia, zwracał się do wykonawcy z żądaniem wyjaśnienia podstaw objęcia tychże informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Od chwili wejścia w życie nowelizacji skuteczność zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest obwarowana dodatkowym warunkiem w postaci wykazania przez wykonawcę, z chwilą zastrzeżenia, że przekazywane informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Literalne brzmienie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje, że brak należytego wykazania przez wykonawcę, iż poszczególne informacje noszą walor tajemnicy przedsiębiorstwa powoduje brak zaktualizowania się zakazu ich ujawniania (w takim przypadku informacje nie nabierają charakteru poufnego i nie podlegają ochronie). W związku z tym, zamawiający nie miał prawa wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie dokonanego zastrzeżenia. Znajduje to potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. I tak w wyroku z dnia 2 marca 2015 r. (KIO 279/15) Izba zaakcentowała, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie. W tym kontekście podkreśliła, że o ile pogląd, zgodnie z którym zamawiający jest obowiązany do badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa pozostaje aktualny, to w obecnym stanie prawnym, tj. po wejściu w życie nowelizacji, procedura badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa uległa zmianie. Obecnie to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca jest tym samym obowiązany do podjęcia niezbędnych działań, aby utrzymać niejawnosć zastrzeganych informacji, co jednocześnie stanowi konieczny - na gruncie art. 11 ust. 4 uznk - wymóg do uznania, że informacje zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa rzeczywiście noszą walor takiej tajemnicy. Jak wynika z uzasadnienia wyroku, to na podmiocie zastrzegającym tajemnicę przedsiębiorstwa ciąży obowiązek dbania o zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Zaniedbanie przez wykonawcę obowiązku utrzymania poufności danych informacji uniemożliwia z kolei powoływanie się na ochronę wynikającą z przepisów prawa. W konsekwencji w przypadku zaniedbania przez wykonawcę wykazania, że zastrzeżone przez niego w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zastrzeżenie tajemnicy będzie nieskuteczne. Zdaniem Izby w ww. wyroku określony w przepisach Pzp termin na zastrzeżenie informacji złożonych w ofercie, jak również na wykazanie, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa - czyli na spełnienie obu warunków ustawowych w określonym terminie - składa się na wykonanie po stronie zastrzegającego tajemnicę obowiązku powzięcia działań mających na celu

zachowanie poufności przedstawionych informacji. Jeżeli wykonawca nie dopełnia ciężącego na nim obowiązku, zamawiający nie ma podstaw prawnych do wezwania go do złożenia wyjaśnień zawierających wskazania przyczyn objęcia danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Brak uzasadnienia przez wykonawcę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zwalnia więc zamawiającego z obowiązku zachowania poufności wskazanych w zastrzeżeniu informacji.

Odwołujący podniósł, iż w przedmiotowym postępowaniu odwołujący zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o odtajnienie oferty wykonawcy ZABERD z uwagi na brak wykazania zasadności utajnienia części oferty stanowiącej Koncepcję działań. W dniu 6 lipca 2016 r. odwołujący otrzymał lakoniczne pismo zamawiającego, w którym zamawiający poinformował odwołującego, że zwrócił się o wyjaśnienia do wykonawcy ZABERD oraz wykonawca ten wyjaśnił, że *„podejmuje kroki w celu zachowania poufności informacji dotyczących kompleksowych rozwiązań, praktyki i procedur oraz, że informacje dotyczące organizacji firmy posiadają wartość gospodarczą i mają istotny wpływ na uzyskanie kolejnych zamówień ze względu na możliwość oferowania konkurencyjnych rozwiązań”*. Z pisma zamawiającego nie wynika, żeby wykonawca ZABERD złożył jakiegokolwiek dowody stanowiące „Wykazanie” zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, uzasadniające np. podjęcie działań w celu zachowania ich poufności. W niniejszym przypadku zatem ogólne stwierdzenie wykonawcy, że informacje zawarte w opracowaniu stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa jest niewystarczające do uznania, że skutecznie dokonano zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Jak trafnie określiła tego rodzaju wyjaśnienia Izba w wyroku o sygn. akt KIO 1957/15 i 1962/15: *„Ich ogólnikowy charakter jest tego rodzaju, że daje podstawy do stwierdzenia, że ich wartość merytoryczna jest żadna, a ich formalne, „fizyczne” przedstawienie z ofertą nie zmienia faktu, że ich, w ocenie Izby, de facto „nie ma”*. W ocenie odwołującego, taką samą ocenę należy przypisać uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie wykonawcy ZABERD. Co więcej, wykonawca ten nie wykazał, aby podjął jakiegokolwiek kroki lub niezbędne działania, zmierzające do zachowania poufności, co potwierdza ww. pismo zamawiającego. A wykazanie takich działań jest jednym z warunków, które należy spełnić, aby można było uznać daną informację za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wynika to wprost z definicji ustawowej tajemnicy przedsiębiorstwa. Podkreślić należy, że informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa mają szczególne znaczenie, zatem podejmowane są w stosunku do nich określone działania, mające zapobiec ich nieuprawnionemu ujawnieniu. Nie można uznać za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa informacje, co do których wykonawca jedynie oświadczył, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie podejmując działań, mających na celu ochronę tych informacji - co ma miejsce w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że zamawiający - przekazując informację o wyniku postępowania - poinformował ich jedynie o punktacji uzyskanej w trzech podkryteriach ocenianych w ramach kryterium pozacenenowego „Jakość” (Program 1, Program 2 i Program 3). Jednocześnie nie wyjaśnił w żaden sposób, dlaczego poszczególni wykonawcy otrzymali taką, a nie inną punktację w ramach ww. podkryteriów (Programów) szczególnie, że *de facto* wszyscy wykonawcy uzyskali taką samą (maksymalną) ilość punktów. Powyższe spowodowało, że w dacie zawiadomienia wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający wspomnianej decyzji nie uzasadnił. Dopiero 7, względnie 8 dni po decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający przekazał dalsze informacje mające w zamierzeniu uzasadnić tę decyzję, jednakże zdaniem odwołującego, takie przekazanie „dalszych” informacji w żaden sposób nie może być brane pod uwagę przy ocenie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 91 ust 1 ustawy Pzp.

Istotą uzasadnienia decyzji o wyborze oferty jest umożliwienie wykonawcom dokonanie oceny tej decyzji oraz przygotowania ewentualnego odwołania kwestionującego prawidłowość wyboru oferty. Odwołanie takie - zgodnie z przepisem art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp - może być przygotowane i wniesione w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności stanowiącej podstawę jego wniesienia. Zatem z punktu widzenia powołanej regulacji konieczne jest, aby wykonawca miał zapewniony stosowny czas (10 dni) na dokonanie analiz, podjęcie decyzji o wniesieniu odwołania oraz odpowiedniego przygotowania argumentacji potwierdzającej podnoszone zarzuty. Musi zatem otrzymać w ww. terminie wszystkie niezbędne informacje, które o zasadności tej decyzji rozstrzygają, w tym w szczególności uzasadnienie dla decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Przepisy ustawy Pzp, nie pozwalają zamawiającemu na skracanie terminu na wniesienie odwołania. W stanie faktycznym sprawy takie działanie zamawiającego skróciło ww. termin na opracowanie odwołania z ustawowego terminu 10 dni do zaledwie 3 względnie 2 dni.

W ocenie odwołującego, działanie takie jest całkowicie nieuzasadnione i nie do pogodzenia z ustawowymi regulacjami w tym zakresie. Przeciwny pogląd oznaczałby w istocie, że zamawiający mógłby przekazywać tego rodzaju informacje np. na 1 dzień przed terminem wniesienia odwołania lub nawet w dniu upływu tego terminu, lecz przed wniesieniem faktycznym odwołania - niweczając tym samym uprawnienie wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej. Odwołujący podniósł także, że informacje przekazane przez zamawiającego na 3 dni przed upływem terminu na wniesienie odwołania wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej również nie stanowiły dostatecznego uzasadnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Nie wyjaśniły, dlaczego wszystkie *de facto* oferty zostały ocenione na maksymalnym poziomie, przy tak szczegółowych wytycznych opracowania Koncepcji oraz tak istotnej wadze kryterium pozacenenowego (40%).

Odwołujący podkreślił, że przekazane wykonawcom tabele zestawiające wymagania dotyczące Programów 1, 2 i 3 oraz punktację przyznaną przez poszczególnych członków komisji oceniającej (dalej: „Zestawienia”) w żaden sposób nie wyjaśniają, dlaczego poszczególni wykonawcy zostali ocenieni na tyle punktów, ile im za poszczególne elementy podlegające ocenie przyznano. Za swoiste kuriozum należy uznać bardzo ogólnikowe uzasadnienie przyznanej oceny punktowej, sprowadzające się następnie *de facto* do skopiowania tego uzasadnienia do Zestawienia każdego z oferentów. Przykładem takiego uzasadnienia jest następujący fragment: *„Opis działań Wykonawcy zawarty w koncepcji przewiduje wszystkie czynności, które mogą przynieść efekty w postaci dotrzymania standardu utrzymania tego elementu drogi przy jednoczesnym zapewnieniu w trakcie prowadzenia prac utrzymaniowych bezpieczeństwa użytkowników dróg, przy zastosowaniu zaproponowanego sprzętu, materiałów i technik wykonawczych zapewniających minimalizację strat czasu uczestników ruchu drogowego w przejeździe utrzymywaną drogą”*.

Powody przyznania takiej, a nie innej punktacji, nie zostały w zasadzie w uzasadnieniu określone. Sytuacja powyższa powtarza się w Zestawieniach sporządzonych przez pozostałych członków komisji oceniającej oferty wykonawców. Powyższe uniemożliwia odwołującemu sprawdzenie, w jaki sposób zostały ocenione działania proponowane przez poszczególnych wykonawców. Tym samym nie jest możliwa jakakolwiek weryfikacja dokonanych ocen, polemika z tymi ocenami oraz ich zakwestionowanie. Odwołujący nie ma możliwości stwierdzić, czy taka ocena była prawidłową, czy została dokonana w oparciu o zasady wiedzy technicznej z zakresu utrzymania autostrad oraz nie ma jakiegokolwiek możliwości nawiązania polemiki z ww. oceną. W żadnym z fragmentów Zestawień dotyczących poszczególnych programów zawartych w ofertach wszystkich wykonawców nie zostało wyjaśnione i uzasadnione, jak osoby oceniające oferty oceniły elementy, które zgodnie z wymaganiami s.i.w.z. miały podlegać ocenie, tj.: jakie w poszczególnych ofertach są ryzyka braku dotrzymania standardów utrzymania drogi, czy i dlaczego struktura organizacyjna i organizacja pracy utrzymaniowej zapewnia osiągnięcie standardu utrzymania drogi, czy i dlaczego wskazane działania w trakcie prowadzenia prac utrzymaniowych zapewniają bezpieczeństwo użytkowników drogi oraz minimalizację strat czasu uczestników ruchu drogowego w przejeździe utrzymywaną drogą, czy i dlaczego sprzęt, jego właściwości oraz sposób prowadzenia prac pozwalają na zwiększenie tempa prac utrzymaniowych sprawiając, iż utrudnienia w ruchu drogowym powstałe w wyniku prowadzenia prac utrzymaniowych. Biorąc pod uwagę, że większość ww. elementów z wymagań s.i.w.z. (czynników podlegających ocenie) nie została nawet nie tylko omówiona, ale nawet nie została wymieniona w żadnym z przekazanych wykonawcom Zestawień, zasadne wydaje się twierdzenie, iż takie elementy, wbrew jednoznacznym zapisom s.i.w.z., nie stanowiły podstawy oceny ofert w ramach kryterium „Jakość”. Nie wiadomo również, czy przy ocenie

ofert wzięte zostały wszystkie elementy opisane w s.i.w.z. Istota indywidualnej oceny poszczególnych członków komisji przetargowej ma z założenia charakter oceny subiektywnej, co nie oznacza jednak oceny dowolnej. Indywidualna ocena pozycji wykonawcy przez poszczególnych członków komisji nie może sprowadzać się do prostego zestawienia działań proponowanych przez wykonawcę z działaniami wymaganymi, pożądanymi (których domaga się wykonawca) przez zamawiającego na zasadzie „*opis działań wykonawcy zawarty w koncepcji przewiduje wszystkie czynności...*”. Zamawiający w s.i.w.z. zobowiązał się do oceny i porównania ofert, celem wyboru najlepszej Koncepcji. Zatem wyniki w zakresie porównania ofert (a nie tylko stwierdzenia, że zostały ocenione tak samo, gdyż mają wszystkie wymagane rozwiązania) powinny zostać przedstawione wykonawcom. Wynikiem porównania jest ocena, która oferta zawiera lepsze rozwiązania, umożliwia np. szybsze czy bezproblemowe działanie wykonawcy w określonych sytuacjach. Wszystkie te informacje winny zostać wyszczególnione przez zamawiającego. Zamawiający jest obowiązany do przekazania jasnej, czytelnej i obiektywnej informacji o dokonanej ocenie oferty. Jest to obowiązek zamawiającego niezależny od działań podejmowanych przez wykonawców. Subiektywny element oceny mógłby wystąpić przy kryterium estetyka (i również wtedy należałoby ustanowić podkryteria oceny), nie zaś przy kryterium „Jakość”, gdzie zamawiający zobowiązał się do porównania ofert, w których znajdują się różne rozwiązania, a zatem istnieje możliwość obiektywnego przedstawienia różnic między nimi oraz wykazania, dlaczego jedno z rozwiązań uznane zostało przez zamawiającego za lepsze od pozostałych, albo dlaczego wszystkie są tak samo skuteczne.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ gdyby zamawiający dokonał prawidłowo oceny ofert w zakresie kryterium pozacenowego „Jakość” zgodnie z postanowieniami s.i.w.z., oferta odwołującego otrzymałaby w tym kryterium większą ilość punktów od ofert innych wykonawców (Koncepcja działań odwołującego zostałaby uznana jako prezentująca najbardziej skuteczne działania i tym samym najwyżej oceniona), a w szczególności oferty wykonawcy, która została uznana za najkorzystniejszą. Zarzucane przedmiotowym odwołaniem bezprawne działania i zaniechania zamawiającego, niezgodne ze wskazanymi przepisami ustawy Pzp, wskazują że odwołujący może ponieść szkodę nie uzyskując zamówienia (obecnie jego oferta została pod względem kryteriów oceny ofert sklasyfikowana na drugiej pozycji). Odwołujący podniósł, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ oferta odwołującego ma szansę zostać uznana za najkorzystniejszą, po dokonaniu ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem wszystkich zapisów s.i.w.z. dotyczących sposobu oceny ofert w ramach kryterium „Jakość” oraz w oparciu o zasady wiedzy technicznej z dziedziny utrzymania infrastruktury drogowej.

Gdyby zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny ofert wykonawców w ramach kryterium „Jakości”, w tym w szczególności oferty wybranego wykonawcy, odwołujący miałby szansę na pozyskanie zamówienia. Z tych też powodów w ocenie odwołującego decyzja zamawiającego jest wadliwa w zakresie przyznania punktacji w ramach kryterium „Jakości” i przez to uniemożliwia odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, co wyczerpuje przesłankę do wykazania posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający, w odniesieniu do poszczególnych zarzutów odwołania podniósł, co następuje.

Zamawiający, w odniesieniu do zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa, podtrzymał argumentację, jak w sprawie KIO 1227/16.

Ponadto zamawiający podniósł, że dopełnił wszelkich starań, aby bez zbędnej zwłoki przekazać odwołującemu wszelkie dokumenty, o które wnioskował w dniu 6.7.2016 r.

Zamawiający oświadczył, że podtrzymuje w całej rozciągłości prawidłowość dokonanej przez siebie oceny oferty odwołującego jak i ofert pozostałych wykonawców, które zostały przeprowadzone w zgodności z zasadami określonymi w s.i.w.z. oraz z poszanowaniem przepisów prawa.

W odniesieniu do zarzutów odwołania zamawiający stwierdził, że zarówno etap przygotowania, jak i przeprowadzenia postępowania realizowane były zgodnie z art. 7 ustawy Pzp, tj. w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a wszelkie czynności wykonywały osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. Wybierając najkorzystniejszą ofertę, zamawiający posłużył się wyłącznie kryteriami oceny ofert opisanymi w s.i.w.z. Ocena musiała zostać i została dokonana z należytą starannością, w sposób jednakowy w stosunku do każdej z ofert, a przede wszystkim zgodnie z zapisami s.i.w.z. TOM I IDW pkt. 17.1.2, Kryterium „Jakość”.

Opis kryterium jasno określa co będzie oceniane i na co będzie zwracana uwaga przy dokonywaniu oceny w ramach danego kryterium. W stosunku do kryterium „Jakość” zamawiający dokonał opisu kryterium oraz opisu sposobu oceny ofert wskazując m.in. podkryteria jakimi będzie kierował się dokonując oceny oferty i złożonej wraz z nią „Koncepcji działań” oraz przypisał im także odpowiednią wagę punktową. Dodatkowo zamawiający dokonał opisu sposobu oceny ofert w ramach każdego z poszczególnych podkryteriów. Kryterium i sposób jego oceny (jej kompleksowość) pozwalała zamawiającemu sprawdzić realnie na ile oferty są wiarygodne pod względem możliwości realizacji standardu utrzymania drogi. Kryterium jest sformułowane jednoznacznie i precyzyjnie.

Kierownik zamawiającego na wniosek komisji przetargowej ze względu na wagę oceny „Koncepcji działań” postanowił, że w celu zapewnienia maksymalnej miarodajności do jej

oceny wyznaczy tylko tych członków komisji, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie w pracy terenowej, umożliwiającą rzetelną weryfikację przedstawionych dokumentów, Koncepcję oceniali fachowcy z wieloletnim doświadczeniem. Komisja spotykała się wielokrotnie w celu oceny ofert. W niniejszym postępowaniu ocena w kryterium „jakość” jest indywidualną i subiektywną oceną członka komisji przetargowej. Zamawiający starał się dopełnić wszelkich możliwych starań, aby obiektywnie dokonać oceny złożonych ofert. Przyznane przez członków komisji oceny koncepcji w oparciu o zapisy s.i.w.z. zawsze będą budziły kontrowersje gdyż, dokonywane są przez pryzmat doświadczeń osoby dokonującej oceny, przez jej odwołanie się do faktycznych zdarzeń z przeszłości i ich skutków. Tym samym, może się zdarzyć, że niektóre z działań, znane bliżej członkowi komisji przetargowej zostaną przez niego ocenione, jako nieskuteczne, a inne za skuteczne.

Zamawiający podniósł również, że przekazując informację o wyborze najkorzystniejszej oferty dopełnił wszelkich wymogów w tym zakresie i postąpił zgodnie z obowiązującym art. 92 ust. 1 ustawy Pzp. Pismo o wyborze zawierało wszystkie wymagane informacje: nazwę wybranej firmy, siedzibę, uzasadnienie wyboru, punktację przyznaną oferentom w każdym kryterium oceny ofert oraz łączną punktację, wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, informację o wykonawcach wykluczonych oraz terminie, po upływie którego umowa w sprawie zamówienia publicznego może być zawarta.

Część z uczestników postępowania wystąpiła do zamawiającego o udostępnienie szczegółowych Arkuszy ocen w kryterium „Jakość” i takie informację otrzymała. Odwołujący kwestionuje brak uzasadnienia decyzji o przyznaniu punktów za poszczególne programy. Problem ten był już przedmiotem badań przed Krajową Izbą Odwoławczą (wyrok 1977/15) w związku z odwołaniem wniesionym przez ten sam podmiot w analogicznym postępowaniu prowadzonym przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu. Izba wskazała, że *„Należy zauważyć, że wszyscy wykonawcy zastrzegli, iż powyższe opracowanie stanowiące bazę do oceny w kryterium jakości stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa i jako takie nie może być udostępniane innym, poza zamawiającym podmiotom. W konsekwencji uczestnicy wzajemnie uniemożliwiają sobie ewentualną weryfikację czynności zamawiającego podjętych wobec ofert konkurencyjnych. Analiza pełnej dokumentacji postępowania przedstawionej przez zamawiającego do akt postępowania odwoławczego prowadzi do wniosku, że zamawiający nie naruszył w toku prowadzonych czynności przepisów ustawy pzp wskazanych w odwołaniach. Skład orzekający uznaje, że zamawiający prawidłowo dokonał oceny oferty wybranego wykonawcy jako przeprowadzonej zgodnie z zasadami siwz i z poszanowaniem prawa. Ocena została dokonana przy tym w sposób jednakowy dla każdej oferty w szczególności w zgodzie z zapisami siwz Tom I IDW sprecyzowanymi w pkt 14.1.2 Kryterium „Jakość”. Nie ma podstaw do kwestionowania stwierdzenia, iż osoby dokonujące oceny programów były dobrze przygotowane merytorycznie i kompetentne do*

przeprowadzenia oceny. Należy zauważyć, że co do zasady kryteria niemierzalne nazywane także niearytmetycznymi mogą prowadzić do pewnych różnic w ocenie. W niniejszym postępowaniu ocena kryterium jakości była indywidualną i subiektywną oceną każdego z pięciu członków komisji przetargowej. Członkowie komisji działali zgodnie z zapisami siwz i do tych zapisów się odwoływali, a ich oceny są naturalną konsekwencją niewymierności kryterium „Jakość”. Ponadto członkowie komisji w uzasadnieniu przyznanej oceny nie mogli wskazywać na konkretne działania jak i środki, jakie wykonawca powinien zastosować na etapie wykonania zamówienia w celu realizacji standardów utrzymania drogi. Wykonawca miał swobodę w doborze działań, metod i środków użytych do realizacji zdefiniowanych w opisie standardów utrzymania drogi. Tym samym uzasadnienie pisemne przyznanych ocen należy uznać za prawidłowe. Warto także zauważyć, że ewentualne wymaganie tożsamej punktacji u każdego oceniającego prowadziłoby do uzasadnionego podejrzenia, iż w rzeczywistości nie dokonywano oceny indywidualnej lecz wspólnie uzgadnianej, co mogłoby być uznane za naruszające regułę bezstronności i obiektywizmu osób uczestniczących w prowadzonym postępowaniu.”.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego skuteczne przystąpienie zgłosili:

- 1) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: FBSerwis S.A., Ferroser Infraestructuras S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa (dalej: „konsorcjum FBSerwis”),

oraz

- 2) wykonawca Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., (dalej: „ZABERD”).

Przystępujący Zaberd, podtrzymując argumentację jak w sprawie KIO 1227/16, dodatkowo podniósł, iż odwołujący opiera swój zarzut na rzekomo błędnym dokonaniu oceny przez zamawiającego w ramach kryterium „Jakość” w sposób niezgodny z zasadami logiki i doświadczenia życiowego oraz wiedzy technicznej z dziedziny utrzymania infrastruktury drogowej, w szczególności poprzez zawyżenie punktacji ofercie przystępującego, a także innych wykonawców w ich koncepcjach działań na tle koncepcji odwołującego. Odwołujący nie zgodził się z oceną, że koncepcje innych wykonawców mogły być ocenione jako równie efektywne, skuteczne i zapewniające równy poziom bezpieczeństwa. Podkreślił, że jego oferta jest w tym względzie korzystniejsza.

Przystępujący wskazał jednocześnie, że odwołujący w żadnym fragmencie odwołania nie uzasadnił swojego zarzutu (w szczególności w pkt 3.12 - 3.14 odwołania). Nie spełnione są zatem wymagania do tego, aby ogólną i teoretyczną tezę, czy też domniemanie uznać za zarzut. Przystępujący zauważył, iż sam odwołujący stwierdził, że omawiany zarzut postawił „z ostrożności procesowej”. Odwołujący kwestionując utajnienie „Koncepcji działań”

przystępującego, która tak samo jak „koncepcja” wraz „kosztami ponad standardowych działań” odwołującego stanowi podstawę do oceny oferty w ramach kryterium „Jakość” wniósł o ich utajnienie na rozprawie. Wobec braku jakiegokolwiek uzasadnienia zarzutu, a także faktu, iż jedynym podmiotem do dokonania oceny ofert jest zamawiający, przystępujący wniósł o niedopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa o specjalności budownictwo - drogi i autostrady na okoliczność oceny koncepcji w związku z oceną kryterium „Jakość”.

Przystępujący nie chcąc odnosić się do orzeczeń KIO i nie chcąc ich oceniać, w szczególności, że pozostaje w przekonaniu, iż w rozpatrywanych, danych i poszczególnych stanach faktycznych były one prawidłowe zauważył, iż w kwestii zarzutu dotyczącego braku informacji o dokonaniu przez zamawiającego oceny odwołującego, całkowicie pominął zadane w toku postępowania pytania i odpowiedź zamawiającego z dnia 31 sierpnia 2015 r. W odpowiedzi na pytanie 43 zamawiający stwierdził, że *„Każdy z członków komisji dokonujących oceny sporządzi jej pisemne uzasadnienie, z którym wykonawca będzie mógł się zapoznać po wyborze najkorzystniejszej oferty wg zasad, które regulują przepis ustawy Pzp. W przypadku, gdy wykonawca uzna to za konieczne będzie mógł dążyć do zweryfikowania prawidłowości dokonanej oceny w przewidzianej ustawą Pzp procedurze odwoławczej”*.

Przystępujący podkreślił, że udzielone odpowiedzi na pytania wykonawców do s.i.w.z. oraz ich ewentualne zmiany wiążą strony. Zamawiający nie mógł zatem dokonując oceny oferty postąpić inaczej niż w ww. wyjaśnieniu. W świetle powyższego powód, dla którego w zawiadomieniu o wyniku postępowania zamieszczono informację o dokonanej ocenie ofert wraz z punktacją ale bez szczegółowego odnoszenia się do elementów ocenianych przez poszczególnych członków komisji przetargowej jest oczywisty. Ponadto ocena ofert w ramach kryteriów pozacenowych opiera się o przedłożone przez wykonawców koncepcje utrzymania. Jest to, chroniona tajemnicą przedsiębiorstwa unikalna wiedza, która przesądza o pozycji na rynku, a nawet o możliwości utrzymania się i działania na rynku. Tym samym ujawnienie szczegółów dokonywanej oceny powodowałoby ujawnienie zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa. Podjęta zatem przez odwołującego próba formalnego podważenia dokonanej oceny nie jest trafna i spóźniona o co najmniej 9 miesięcy. Termin wniesienia odwołania upłynął 10 września 2015 r. albowiem odwołujący powinien w terminie 10 dni wnieść odwołanie, zgodnie z art. 182 ust. 3 Pzp. Podkreślenia przy tym wymaga, że sposób dokonania oceny oraz publikacji informacji o wynikach oceny znany był wszystkim wykonawcom już na etapie publikacji ogłoszenia i s.i.w.z., która modyfikowana była w drodze odpowiedzi na pytania wykonawców oraz w drodze zmiany s.i.w.z. Należało zatem wtedy skorzystać ze środków ochrony prawnej wskazując na przyszłe „negatywne” dla możliwości ujawnienia konsekwencję ustalonego w s.i.w.z. przez zamawiającego stanu rzeczy.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie jest częściowo zasadne. Z uwagi na brzmienie przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba uwzględniła odwołanie, albowiem stwierdziła, że naruszenie przepisów przez zamawiającego mogło mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie ujawnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., jako tajemnica przedsiębiorstwa (Koncepcja działań), pomimo iż zastrzeżenia takie nie były skuteczne, gdyż ww. wykonawca w terminie składania ofert nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, Izba uznała za zasadny - argumentacja analogiczna, jak przy sprawie KIO 1227/16. Ponadto Izba popiera argumentację prezentowaną przez odwołującego.

Zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 8 ust. 1 oraz art. 93 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 i 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458), poprzez zaniechanie udostępnienia załączników do protokołu postępowania - tj. całości korespondencji pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą ZABERD oraz pełnej treści ofert po wyborze oferty najkorzystniejszej (w tym fragmentów ofert, które ewentualnie zostały odtajnione), pomimo iż odwołujący wniósł o przekazanie dokumentacji w ww. zakresie, przy czym brak przekazania ww. dokumentów w istotny sposób ograniczył możliwość zweryfikowania przez odwołującego oceny skuteczności zastrzeżenia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa; w ocenie odwołującego utajnione przez wykonawcę ZABERD uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa podlega także ocenie w zakresie skuteczności jej zastrzeżenia i w przypadku, jeżeli odwołujący w całości nie przedstawia w nich informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to te

informacje nie stanowiące tajemnicy powinny podlegać ujawnieniu na wyraźny wniosek wykonawcy oraz art. 96 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 i w zw. z art. 182 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z § 5 ust. 1 i 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458), poprzez sporządzenie w toku postępowania, a przekazanie odwołującemu dopiero na 3 (częściowo na 2) dni przed upływem terminu do wniesienia odwołania wobec wyboru oferty najkorzystniejszej, a jednocześnie 6 dni po przekazaniu informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, po złożeniu wniosku o udostępnienie przez odwołującego, dokumentacji dotyczącej oceny ofert tabeli obrazujących ocenę ofert dokonaną przez komisję oceniającą oferty, przy czym: tak późne przekazanie ww. dokumentacji znacząco ograniczyło odwołującemu możliwość sporządzenie odwołania w tym zakresie i doprowadziło *de facto* do skrócenia ustawowego terminu na wniesienie w tym zakresie środka odwoławczego do zaledwie 2 dni, co jest na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych niedopuszczalne; dokumentacja uzasadniająca przyznanie ofertom punktacji w ramach kryterium „Jakość” w żaden sposób nie uzasadnia powodów przyznania poszczególnym wykonawcom punktacji i w istocie nie pozwala na stwierdzenie, dlaczego *de facto* wszystkie oferty zostały ocenione na jednakowym, maksymalnym poziomie, co nie zapewnia możliwości zweryfikowania decyzji zamawiającego Izba uznała za zasadne – argumentacja analogiczna jak w sprawie 1227/16. Izba podzieliła również stanowisko prezentowane przez odwołującego.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 91 ust. 1, ust. 2 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny ofert w ramach kryterium „Jakość”, w sposób sprzeczny z zasadami logiki i doświadczenia życiowego oraz niezgodnie z zasadami wiedzy technicznej z dziedziny utrzymania infrastruktury drogowej oraz przez nieuprawnione zawyżenie punktacji oferty wybranego wykonawcy oraz innych wykonawców, w szczególności przez nieprawidłowe uznanie, że działania proponowane przez *de facto* wszystkich wykonawców w ich Koncepcjach działań, w tym w szczególności wybranego wykonawcy, dotyczące wdrożenia i utrzymania wymaganego standardu utrzymania drogi cechują się równie wysoką efektywnością/skutecznością i zapewniają dostateczny poziom bezpieczeństwa użytkowników dróg oraz minimalizacji strat czasu uczestników ruchu drogowego, w sytuacji, gdy propozycje odwołującego były optymalne i tym samym bardziej efektywne i skuteczne, a poprzez to nieprawidłowe dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, a w związku z powyższymi naruszeniami, również naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie uczciwej konkurencji w postępowaniu, Izba uznała za niezasadny.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczność, w jakim zakresie czynność zamawiającego dotycząca oceny ofert w kryterium

„Jakość”, była sprzeczna z zasadami określonymi przez zamawiającego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W szczególności odwołujący nie udowodnił, że zamawiający dokonał oceny ofert w sposób sprzeczny z zasadami logiki i doświadczenia życiowego oraz niezgodnie z zasadami wiedzy technicznej z dziedziny utrzymania infrastruktury drogowej. Ponadto wskazać należy, iż odwołujący kwestionując ocenę dokonaną przez członków komisji przetargowej, przez członków, których zamawiający wytypował do oceny koncepcji poszczególnych wykonawców, które to osoby legitymowały się stosowną wiedzą i doświadczeniem w tego typu pracach, nie zakwestionował wiedzy i doświadczenia tych osób, co oznaczać musi, iż zaakceptował okoliczność posiadania przez te osoby wystarczających kwalifikacji, uprawniających te osoby do dokonania tej oceny. W powyższym zakresie Izba w całości podziela argumentację prezentowaną przez zamawiającego i przystępujących, uznając ją za własną.

Zarzuty dotyczące naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 w. zw. z art. 8 ust. 1-3 oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przekazania odwołującemu w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej uzasadnienia wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób pozwalający na podjęcie decyzji co do zasadności i ewentualnego sposobu zakwestionowania oceny dokonanej przez zamawiającego i podniesienia konkretnych, rzeczowych zarzutów wskazujących na konkretne błędy w ocenie ofert w ramach kryterium „Jakość” (brak uzasadnienia merytorycznego przyznanej punktacji, czyli tak samej punktacji, jak i czynników merytorycznych, które zadecydowały o takiej, a nie innej punktacji) oraz art. 1 ust. 1 oraz 2 ust. 1 lit. b Dyrektywy 89/665/EWG Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawę i roboty budowlane (D.U.U.E.L.1989.395.33 z późn. zm.), poprzez odmówienie odwołującemu faktycznego prawa do zakwestionowania decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej z uwagi na brak przekazania uzasadnienia tejże decyzji pozwalającego stwierdzić, w jaki sposób zamawiający oceniał oferty w ramach kryterium „Jakość”, w tym w szczególności dlaczego oferty w zasadzie wszystkich wykonawców zostały ocenione na takim samym, najwyższym, poziomie w ramach kryterium Jakość (brak uzasadnienia merytorycznego przyznanej punktacji, czyli tak samej punktacji, jak i czynników merytorycznych, które zadecydowały o takiej, a nie innej punktacji), Izba uznała za zasadne.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę), albo imię i nazwisko, siedzibę albo adres zamieszkania i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, uzasadnienie jej wyboru oraz nazwy (firmy), albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania

i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację.

Zdaniem Izby, zakres informacji podawanych przez zamawiającego wraz z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej nie musi być w każdym postępowaniu taki sam, lecz może być ustalany z uwzględnieniem specyfiki konkretnego postępowania, w szczególności stosowanych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert. Krajowa Izba Odwoławcza w całości popiera stanowisko Izby, która oceniając analogiczny zarzut w analogicznym stanie faktycznym (zamawiającym również była ta sama jednostka zamawiająca), uwzględniając odwołanie wykonawcy, w wyroku z dnia 24 września 2015 r. o sygn. akt 1957/15 i 1962/15 uznała, że: *„Wobec braku przedstawienia jakiegokolwiek uzasadnienia przyznanej punktacji, w tym w przekazanym zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, konieczne jest niejako „automatyczne” uwzględnienie zarzutu naruszenia wskazanego w zarzucie przepisu. Przekazanie na wniosek poszczególnych Wykonawców - zestawienie punktacji przyznanej przez poszczególnych członków Komisji Przetargowej - w kryteriach pozacenowych w późniejszym terminie przed rozprawą jest bez znaczenia i nie zmienia faktu zaistnienia swobodnego „kuriozum” i działania Zamawiającego, które niewiele ma wspólnego z istotą art. 91 ust. 1 i 2 Pzp. Nie wiadomo bowiem, czy aby na pewno Zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą oraz przydzielił punktację zgodnie z zasadami, które sam określił. Podobnie Izba stwierdziła w wyroku KIO z 16.01.2015 r., sygn. akt: KIO 2708/14, sygn. akt: KIO 2717/14, sygn. akt: KIO 2720/14, sygn. akt: KIO 2723/14, choć w zakresie wyników oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełnienia tych warunków (w tym zakresie Izba uznaje za analogiczne co do zasady obowiązki Zamawiającego: "Zdaniem Izby, rozumienie tego przepisu nie może ograniczać się wyłącznie do podania całkowitych wyników przyznanej punktacji, ale powinno zawierać uzasadnienie z czego taka punktacja wynika (z przedstawieniem procesu decyzyjnego co do oceny poszczególnych projektów i usług referencyjnych) skoro po tym etapie postępowania wykonawcy mają prawo korzystać ze środków ochrony prawnej na podjęte czynności w terminie zawitym 10 dni, stosownie do postanowień art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Tylko wykonawca prawidłowo poinformowany o motywach działań zamawiającego jest zdolny prawidłowo ocenić swoją sytuację i zagrożenie interesu w uzyskaniu zamówienia, wskazać w odwołaniu wadliwe czynności, naruszenie przepisów ustawy Pzp i podjąć rzeczową polemikę ze stanowiskiem zamawiającego w granicach realnie istniejących naruszeń prawa, a nie domyślając się intencji zamawiającego i działając „na oślep” zaskarżać wszystkie potencjalnie możliwe uchybienia, przy założonych hipotetycznych wariantach tej oceny”.* Niniejsze orzeczenie zostało zweryfikowane i potwierdzone wyrokiem SO w Gdańsku z 27.04.2015 r., sygn. akt. XII Ga 108/15. Dodatkowo Izba stwierdza, że zasadnie Przystępujący po stronie Odwołującego w sprawie KIO 1957/15 przywołał wyrok Sądu

(Pierwszej Instancji Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej) z dnia 20.10.2011 r. w sprawie T-57/09 Alfatar Benelux S.A. za adekwatny do przedmiotowego stanu faktycznego. (...) Zamawiający nie był w stanie wytłumaczyć w żaden wiarygodny sposób, dlaczego tej punktacji nie przedstawił od razu. Przy czym, Izba podkreśla, że okoliczność przedstawienia owej punktacji w późniejszym terminie, nie zmienia w żaden sposób sytuacji, ani osądu Izby, że dalej taka punktacja to za mało. Kompletnym nieporozumieniem jest okoliczność, że wykonawcy nie dowiedzieli się nawet w ramach własnych ofert, w jaki sposób i z jakich przyczyn dane kryterium pozacenowe oceniono wyżej lub niżej. Żadne usprawiedliwienie dla tego rodzaju praktyki nie istnieje. Jest to naganne. Wystarczyło załączyć stosowne indywidualne uzasadnienie dla każdego z nich z uwzględnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Każdy z wykonawców przynajmniej dowiedziałby się jak oceniono jego ofertę. Tego rodzaju praktyka jest powszechna i Izba spotkała się z takimi działaniami wielokrotnie. Przeprowadzona rozprawa i ogólna argumentacja Zamawiającego z rozprawy - w zakresie niniejszego zarzutu - daje podstawy do stwierdzenia, że same zasady bez możliwości poznania sposobu ich zastosowania przez Komisje Przetargową to za mało. Różne bowiem czynniki wpływają na osąd Komisji Przetargowej. Wykonawcy muszą wiedzieć, dlaczego w danych kryterium pozacenowym otrzymali tyle a tyle punktów, i co to spowodowało. Nadto, także Odwołujący w sprawie KIO 1967/15, który złożył jawną koncepcję nie uzyskał takiej informacji. Przy czym, gdyby skutecznie zastrzegł i wykazał tajemnicę przedsiębiorstwa, to okoliczność taka nie zwalnia Zamawiającego z przedstawienia merytorycznego uzasadnienia przyznanej punktacji w kryterium pozacenowym względem chociażby jego oferty. Zamawiający jest profesjonalistą, który nie po raz pierwszy stosuje procedurę przetargową. Izba odnośnie kwestii punktacji w kontekście innych ofert oraz tajemnicy przedsiębiorstwa zauważa, że z własnego doświadczenia związanego z formułowaniem uzasadnienia objętego tajemnicą przedsiębiorstwa oraz prowadzenia rozpraw z częściowym lub całkowitym wyłączeniem jawności, że kwestie te nie są łatwym i prostym zagadnieniem, ale istnieją ogólne formuły pozwalające przedstawić informacje porównawcze.”.

Ponadto podnieść należy, iż zamawiający mając do czynienia z „koncepcjami”, w których wykonawcy skutecznie zastrzegali informacje obejmując je tajemnicą przedsiębiorstwa, ma możliwość przedstawienia punktacji za poszczególne kryteria i podkryteria wraz z ich uzasadnieniem. Przekazanie takich informacji musi być oczywiście dokonane w sposób wyważony i na tyle bezpieczny, aby zamawiający nie naruszył informacji prawnie chronionych. Izba nie może zgodzić się ze stanowiskiem, że skuteczne zastrzeżenie treści „Koncepcji” zwalnia zamawiającego z obowiązku przekazania informacji o przyznanej punktacji wraz z jej ograniczonym uzasadnieniem. Podnieść albowiem należy, iż zasada

wyrażona przepisem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiąca obowiązek zachowania zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji nie może zostać wyłączona przez uznanie przez zamawiającego, że „utajnienie” niektórych dokumentów uniemożliwia mu przekazanie informacji o dokonanej ocenie oferowanego rozwiązania. Oczywiście, tak jak to już wcześniej Izba wskazywała, informacja o przyznanej punktacji za poszczególne kryteria i podkryteria może być przekazana w pełni. Co do uzasadnienia przyznanej punktacji, zamawiający winien tak opracować tę informację, która z jednej strony zagwarantuje zachowanie tajemnicy przedsiębiorstwa z drugiej zaś strony pozwoli innym wykonawcom na zapoznanie się ze stanowiskiem zamawiającego, co do dokonanej oceny, w szczególności poprzez wskazanie, jakie rozwiązania i którego wykonawcy są szczególnie ważne i istotne oraz najbliższej odpowiadają założeniom zamawiającego, co do realizacji przedmiotu zamówienia. Poinformowanie wykonawców o sposobie dokonanej przez zamawiającego ocenie, pozwoli bowiem na ewentualne podnoszenie zarzutów, co do prawidłowości dokonania tej czynności. Brak przekazania tych informacji, uniemożliwia wykonawcom dokonanie weryfikacji czynności zamawiającego, co z kolei powoduje naruszenie zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła oddalić wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego stwierdzając, że dowód ten został powołany jedynie dla zwłoki postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła przyjąć, jako dowody w sprawie: specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, ofertę wykonawcy Zaberd, Koncepcję opracowaną przez wykonawcę Zaberd, karty oceny komisji przetargowej

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....