

WYROK

z dnia 27 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2012 r. przez **G..... T....., ul. Leżajska 3/74, 02-155 Warszawa, adres do korespondencji T..... S..... Kancelaria Prawna Radców Prawnych Sp. p., ul. Domaniewska 50a, 02-672 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa: Sąd Okręgowy w Nowym Sączu, ul. Pijarska 3, 33-300 Nowy Sącz**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Collect Consulting S. A., Kancelaria Doradztwa Gospodarczego C..... & K..... Sp. J. oraz INVEST & CONSULTING GROUP Sp. z o.o., adres pełnomocnika: ul. Rolna 14, 40-555 Katowice** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz nakazuje wezwać wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Collect Consulting S. A., Kancelaria Doradztwa Gospodarczego C..... & K..... Sp. J. oraz INVEST & CONSULTING GROUP Sp. z**

o.o., adres pełnomocnika: ul. Rolna 14, 40-555 Katowice do złożenia wyjaśnień w zakresie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa

2. Kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa: Sąd Okręgowy w Nowym Sączu, ul. Pijarska 3, 33-300 Nowy Sącz i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **G..... T....., ul. Leżajska 3/74, 02-155 Warszawa, adres do korespondencji T..... S..... Kancelaria Prawna Radców Prawnych Sp. p., ul. Domaniewska 50a, 02-672 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od **Skarb Państwa: Sąd Okręgowy w Nowym Sączu, ul. Pijarska 3, 33-300 Nowy Sącz** na rzecz **G..... T....., ul. Leżajska 3/74, 02-155 Warszawa, adres do korespondencji T..... S..... Kancelaria Prawna Radców Prawnych Sp. p., ul. Domaniewska 50a, 02-672 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Nowym Sączu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa: Sąd Okręgowy w Nowym Sączu, ul. Pijarska 3, 33-300 Nowy Sącz prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: *„Doradztwo prawne i podatkowe, ekonomiczno-finansowe i techniczne w zakresie przygotowania do realizacji przez Sąd Okręgowy w Nowym Sączu zadania inwestycyjnego (Projektu) pt. „Budowa budynku Sądu Rejonowego w Nowym Sączu przy ul. Grunwaldzkiej” w formule partnerstwa publiczno -prywatnego, w szczególności w procesie wyboru partnera prywatnego i zawarcia umowy z partnerem prywatnym, znak postępowania: A/g-3500-4/12”*.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 24 sierpnia 2012 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 sierpnia 2012 r. pod numerem 2011/S 165-274132.

Wykonawca – G..... T....., ul. Leżajska 3/74, 02-155 Warszawa, adres do korespondencji T..... S..... Kancelaria Prawna Radców Prawnych Sp. p., ul. Domaniewska 50a, 02-672 Warszawa (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 7 grudnia 2012 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie m. in. na następujące czynności:

- 1) zbadaniu przez Zamawiającego oferty złożonej w Postępowaniu przez Konsorcjum w składzie: Collect Consulting S.A. (pełnomocnik konsorcjum), Kancelaria Doradztwa Gospodarczego C..... & K..... Sp. j., IIWEST & CONSULTING GROUP SP. z o.o. (dalej: „Konsorcjum” lub „Wykonawca”), w sposób niedostateczny i błędny, w konsekwencji czego oferta ta została poddana ocenie i uznana za najkorzystniejszą w Postępowaniu, pomimo że oferta ww. wykonawcy nie zawierała dokumentów podmiotowych oraz wymaganego przez Zamawiającego oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z Postępowania jednego z uczestników Konsorcjum, tj.: INVEST & CONSULTING GROUP SP. z o.o., wobec czego Zamawiający zobowiązany był wykluczyć Konsorcjum z Postępowania, a zaniechanie dokonania tej czynności doprowadziło do naruszenia art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4 w

zw. z art. 24 ust. 1 pkt 2-4 i 8, 26 ust. 1 i 2a ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 1 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane w zw. z art. 25 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych;

- 2) zaniechaniu ustalenia czy dokonane przez Konsorcjum Collect Consulting SA, Kancelaria Doradztwa Gospodarczego C..... & K..... Sp. j., INVEST & CONSULTING GROUP Sp. z o.o. zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa: wykazu usług, wykazu osób, oświadczeń o udostępnieniu zasobów, dokumentów, potwierdzających należyte wykonanie zamówienia, opinii prawnej oraz metodologii, które to dokumenty miały istotny wpływ na ocenę przez Zamawiającego ofert, jest uzasadnione, w konsekwencji czego Zamawiający nie dokonał ich odtajnienia, co doprowadziło do naruszenia art. 7 oraz art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych; ocenie ofert w sposób sprzeczny z treścią ustalonej w Postępowaniu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”), w szczególności poprzez dokonanie oceny metodologii Odwołującego w sposób uznaniowy, oraz subiektywny, jak również niewskazanie w sposób obiektywny wykonawcom punktów za nią przyznanych, wskutek czego Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1, 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych;
- 3) nieuzasadnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej w informacji o wyniku Postępowania (dalej: „Informacja”), w szczególności poprzez oraz lakoniczne uzasadnienie punktacji przyznanej poszczególnym wykonawcom, w tym niewyjaśnienie punktacji przyznanej za złożone przez wykonawców metodologie, wskutek czego informacja ta nie uzasadnia w sposób prawidłowy przyczyn wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, czym naruszył on art. 7 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych;
- 4) nieudostępnieniu Odwołującemu kart oceny ofert członków Komisji Przetargowej, w związku z czym Zamawiający naruszył art. 8 w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonania ponownego badania i oceny ofert i w konsekwencji wykluczenia Konsorcjum oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
- 3) zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym w szczególności uiszczonego wpisu od niniejszego odwołania oraz kosztów zastępstwa prawnego według rachunku przedstawionego na rozprawie.

Pismem z dnia 28 listopada 2012 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty – oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Collect Consulting S. A., Kancelaria Doradztwa Gospodarczego C..... & K..... Sp. J. oraz INVEST & CONSULTING GROUP Sp. z o.o., adres pełnomocnika: ul. Rolna 14, 40-555 Katowice.

Powyższa czynność Zamawiającego, zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Collect Consulting S. A., Kancelaria Doradztwa Gospodarczego C..... & K..... Sp. J. oraz INVEST & CONSULTING GROUP Sp. z o.o., adres pełnomocnika: ul. Rolna 14, 40-555 Katowice w zakresie zastrzeżenia przez nich tajemnicy przedsiębiorstwa stały się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę G..... T....., ul. Leżajska 3/74, 02-155 Warszawa, adres do korespondencji T..... S..... Kancelaria Prawna Radców Prawnych Sp. p., ul. Domaniewska 50a, 02-672 Warszawa.

Następnie Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszym postępowaniu zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Collect Consulting S. A., Kancelaria Doradztwa Gospodarczego C..... & K..... Sp. J. oraz INVEST & CONSULTING GROUP Sp. z o.o., adres pełnomocnika: ul. Rolna 14, 40-555 Katowice.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, oraz ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Collect Consulting S. A., Kancelaria Doradztwa Gospodarczego C..... & K..... Sp. J. oraz INVEST & CONSULTING GROUP Sp. z o.o., adres pełnomocnika: ul. Rolna 14, 40-555 Katowice jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 10 grudnia 2012 r.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 grudnia 2012 r.) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Collect Consulting S. A., Kancelaria Doradztwa Gospodarczego C..... & K..... Sp. J. oraz INVEST & CONSULTING GROUP Sp. z o.o., adres pełnomocnika: ul. Rolna 14, 40-555 Katowice (zwanych dalej również: „Przystępującym Collect Consulting”).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała, między innymi następujące postanowienia:

Rozdział 12 „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert”; pkt 12. 1: Zamawiający dokona oceny ofert, które nie zostały odrzucone, na podstawie następujących kryteriów oceny ofert: cena brutto – 50%, jakość metodologii – 40%, jakość opinii prawnej dotyczącej procedury wyboru partnera prywatnego w postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego – 10%; pkt 12. 2: Zamawiający dokona oceny ofert przyznając punkty w ramach poszczególnych kryteriów oceny ofert przyjmując zasadę, że 1% = 1 punkt.

Pkt 12. 5: W ramach kryterium „jakość metodologii” sporządzonej zgodnie z pkt 7.15.2 punkty przyznaje się w skali od 0 do 40 punktów w oparciu o następujące elementy:

l) adekwatność regulacji, wytycznych i innych dokumentów, które będą brane pod uwagę przy wykonaniu zadania (od 0 do 5 punktów). Punkty będą przyznawane w sposób opisany poniżej, w oparciu o następujące pytania pomocnicze:

a) czy zaproponowane regulacje, wytyczne i inne dokumenty brane pod uwagę w trakcie realizacji zadania są adekwatne do celów realizacji zadania?

b) czy zastosowanie zaproponowanych regulacji, wytycznych i innych dokumentów zapewni zgodność z obowiązującymi przepisami krajowymi i wytycznymi międzynarodowymi?

Jeżeli na podstawie oceny tego elementu możliwe jest udzielenie odpowiedzi twierdzącej na każde z postawionych pytań pomocniczych, oferta otrzymuje 5 punktów.

Jeżeli na podstawie oceny tego elementu możliwe jest udzielenie odpowiedzi twierdzącej na jedno z postawionych pytań pomocniczych, oferta otrzymuje 2 punkty.

Jeżeli na podstawie oceny tego elementu nie jest możliwe udzielenie odpowiedzi twierdzącej na żadne z postawionych pytań pomocniczych, oferta otrzymuje 0 punktów.

2) adekwatność i kompletność opisu czynności i działań do podjęcia przez podmiot publiczny w celu wyboru partnera prywatnego oraz pozyskania finansowania z funduszy europejskich dla Projektu (od 0 do 5 punktów). Punkty będą przyznawane w sposób opisany poniżej, w oparciu o następujące pytania pomocnicze:

a) czy przedstawiono działania mające na celu wybór partnera prywatnego, wraz z uzasadnieniem?

b) czy działania mające na celu wybór partnera prywatnego są adekwatne do realizacji zadania?

c) czy przedstawiono wszystkie działania niezbędne do pozyskania finansowania z funduszy europejskich dla Projektu?

Jeżeli na podstawie oceny tego elementu możliwe jest udzielenie odpowiedzi twierdzącej na każde z postawionych pytań pomocniczych, oferta otrzymuje 5 punktów.

Jeżeli na podstawie oceny tego elementu możliwe jest udzielenie odpowiedzi twierdzącej na dwa z postawionych pytań pomocniczych, oferta otrzymuje 2 punkty.

Jeżeli na podstawie oceny tego elementu możliwe jest udzielenie odpowiedzi twierdzącej na jedno z postawionych pytań pomocniczych, oferta otrzymuje 1 punkt.

Jeżeli na podstawie oceny tego elementu nie jest możliwe udzielenie odpowiedzi twierdzącej na żadne z postawionych pytań pomocniczych, oferta otrzymuje 0 punktów.

3) poprawność narzędzi i metod do wykonania zadania oraz ich adekwatność do celów i specyfiki realizowanego Projektu (od 0 do 10 punktów). Punkty będą przyznawane w sposób opisany poniżej, w oparciu o następujące pytania pomocnicze:

a) czy wyczerpująco i prawidłowo opisano narzędzia stosowane do wykonania zadania?

b) czy przedstawiono wiarygodne i skuteczne metody do wykonania zadania?

c) czy opisane narzędzia i metody są adekwatne do celów zadania?

czy opisane narzędzia i metody uwzględniają w wystarczającym stopniu specyfikę realizowanych Projektów?

Jeżeli na podstawie oceny tego elementu możliwe jest udzielenie odpowiedzi twierdzącej na każde z postawionych pytań pomocniczych, oferta otrzymuje 10 punktów.

Jeżeli na podstawie oceny tego elementu możliwe jest udzielenie odpowiedzi twierdzącej na trzy z postawionych pytań pomocniczych, oferta otrzymuje 5 punktów.

Jeżeli na podstawie oceny tego elementu możliwe jest udzielenie odpowiedzi twierdzącej na dwa z postawionych pytań pomocniczych, oferta otrzymuje 2 punkty.

Jeżeli na podstawie oceny tego elementu możliwe jest udzielenie odpowiedzi twierdzącej na jedno z postawionych pytań pomocniczych, oferta otrzymuje 1 punkt.

Jeżeli na podstawie oceny tego elementu nie możliwe jest udzielenie odpowiedzi twierdzącej na żadne z postawionych pytań pomocniczych, oferta otrzymuje 0 punktów.

4) szczegółowość danych i założeń, które zostaną wykorzystane do wykonania zadania i ich adekwatność do specyfiki realizowanego Projektu; skuteczność metod i źródeł pozyskiwania oraz weryfikacji danych (od 0 do 10 punktów). Punkty będą przyznawane w sposób opisany poniżej, w oparciu o następujące pytania pomocnicze:

a) czy przedstawiono niezbędne kluczowe założenia do wykonania zadania wraz z uzasadnieniem celowości przyjętego założenia?

b) czy wymieniono wszystkie istotne kategorie danych związane ze specyfiką realizowanego Projektu?

c) czy zaproponowano zróżnicowane i wiarygodne źródła danych?

d) czy opisane metody pozyskiwania oraz weryfikacji danych zapewnią skuteczność w pozyskaniu adekwatnych i rzetelnych danych?

Jeżeli na podstawie oceny możliwe jest udzielenie odpowiedzi twierdzącej na każde z postawionych pytań pomocniczych, oferta otrzymuje 10 punktów.

Jeżeli na podstawie oceny tego elementu możliwe jest udzielenie odpowiedzi twierdzącej na trzy z postawionych pytań pomocniczych, oferta otrzymuje 5 punktów.

Jeżeli na podstawie oceny tego elementu możliwe jest udzielenie odpowiedzi twierdzącej na dwa z postawionych pytań pomocniczych, oferta otrzymuje 2 punkty.

Jeżeli na podstawie oceny tego elementu możliwe jest udzielenie odpowiedzi twierdzącej na jedno z postawionych pytań pomocniczych, oferta otrzymuje 1 punkt.

Jeżeli na podstawie oceny tego elementu nie możliwe jest udzielenie odpowiedzi twierdzącej na żadne z postawionych pytań pomocniczych, oferta otrzymuje 0 punktów.

5) sposób zarządzania ryzykiem przez Wykonawcę (od 0 do 5 punktów). Punkty będą przyznawane w sposób opisany poniżej, w oparciu o następujące pytania pomocnicze:

a) czy określono obszary problematyczne lub zagadnienia niewiadome z przyczyn obiektywnych dla realizowanego Projektu?

b) czy przedstawione obszary problematyczne lub niewiadome z przyczyn obiektywnych są adekwatne do specyfiki Projektu?

c) czy określono prawdopodobne ryzyka związane z tymi obszarami ?

d) czy wskazano wiarygodne instrumenty lub rozwiązania służące do ominięcia lub zminimalizowania potencjalnych problemów ?

Jeżeli na podstawie oceny tego elementu możliwe jest udzielenie odpowiedzi twierdzącej na każde z postawionych pytań pomocniczych, oferta otrzymuje 5 punktów.

Jeżeli na podstawie oceny tego elementu możliwe jest udzielenie odpowiedzi twierdzącej na trzy z postawionych pytań pomocniczych, oferta otrzymuje 3 punkty.

Jeżeli na podstawie oceny tego elementu możliwe jest udzielenie odpowiedzi twierdzącej na dwa z postawionych pytań pomocniczych, oferta otrzymuje 2 punkty.

Jeżeli na podstawie oceny tego elementu możliwe jest udzielenie odpowiedzi twierdzącej na jedno z postawionych pytań pomocniczych, oferta otrzymuje 1 punkt.

Jeżeli na podstawie oceny tego elementu nie możliwe jest udzielenie odpowiedzi twierdzącej na żadne z postawionych pytań pomocniczych, oferta otrzymuje 0 punktów.

6) spójność, i dokładność opisu metodologii (od 0 do 5 punktów). Punkty będą przyznawane

w sposób opisany poniżej, w oparciu o następujące pytania pomocnicze:

a) czy opis metodologii jest wewnętrznie spójny ?

b) czy opis metodologii dokładnie i szczegółowo opisuje poszczególne Etapy realizacji zadania ?

Jeżeli na podstawie oceny tego elementu możliwe jest udzielenie odpowiedzi twierdzącej na każde z postawionych pytań pomocniczych, oferta otrzymuje 5 punktów.

Jeżeli na podstawie oceny tego elementu możliwe jest udzielenie odpowiedzi twierdzącej na jedno z postawionych pytań pomocniczych, oferta otrzymuje 2 punkty.

Jeżeli na podstawie oceny tego elementu nie możliwe jest udzielenie odpowiedzi twierdzącej na żadne z postawionych pytań pomocniczych, oferta otrzymuje 0 punktów.

Pkt 12. 6 W ramach kryterium „jakość opinii prawnej dotyczącej procedury wyboru partnera w postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego” sporządzonej zgodnie z dokumentem stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ. Punkty (wartość punktowa oferty) przyznaje się w skali od 0 do 10 w następujący sposób:

Oferta, w której wykonawca prawidłowo ocenił podany stan faktyczny z podaniem odpowiednich przepisów prawa i orzecznictwa oraz wytycznych/komunikatów regulujących przedmiotową tematykę oraz wskazał ewentualne korzystne dla strony publicznej rozwiązania tej kwestii otrzymuje 10 punktów,

Oferta, w której wykonawca prawidłowo ocenił podany stan faktyczny z podaniem odpowiednich przepisów prawa i orzecznictwa regulujących przedmiotową tematykę oraz wykazał ewentualne korzystne dla strony publicznej rozwiązania tej kwestii, ale nie uwzględnił odpowiednich wytycznych/komunikatów otrzymuje 8 punktów,

Oferta, w której wykonawca prawidłowo ocenił podany stan faktyczny z podaniem odpowiednich przepisów prawa i orzecznictwa regulujących przedmiotową tematykę oraz

wykazał w niepełnym zakresie korzystne dla strony publicznej rozwiązania tej kwestii otrzymuje 6 punktów,

Oferta, w której wykonawca prawidłowo ocenił podany stan faktyczny z podaniem odpowiednich przepisów prawa i orzecznictwa regulujących przedmiotową tematykę oraz wykazał w niepełnym zakresie korzystne dla strony publicznej rozwiązania tej kwestii oraz nie uwzględnił odpowiednich wytycznych/komunikatów otrzymuje 4 punkty,

Oferta, w której wykonawca prawidłowo ocenił podany stan faktyczny z podaniem odpowiednich przepisów prawa i orzecznictwa regulujących przedmiotową tematykę, ale nie opisał korzystnego dla strony publicznej rozwiązania tej kwestii otrzymuje 2 punkty.

Oferta, w której wykonawca nieprawidłowo ocenił podany stan faktyczny otrzymuje 0 punktów.

Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która uzyska największą ilość punktów.

Jako najkorzystniejszą ofertę uznano ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Collect Consulting S. A., Kancelaria Doradztwa Gospodarczego C..... & K..... Sp. J. oraz INVEST & CONSULTING GROUP Sp. z o.o., adres pełnomocnika: ul. Rolna 14, 40-555 Katowice (pismo z dnia 28 listopada 2012 r.).

W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał jedynie, że wykonawca uzyskał największą ilość punktów: cena – 50 pkt, jakość metodologii – 35 pkt, jakość opinii prawnej – 6 pkt. Nie zostały podane podstawy faktyczne dokonanego wyboru, - w szczególności w oparciu o wskazane w pkt 12.5 i 12.6 SIWZ podkryteria/wytyczne.

Część oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Collect Consulting S. A., Kancelaria Doradztwa Gospodarczego C..... & K..... Sp. J. oraz INVEST & CONSULTING GROUP Sp. z o.o., adres pełnomocnika: ul. Rolna 14, 40-555 Katowice została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Z dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający nie występował do wykonawców o wyjaśnienia w zakresie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zasadności tego zastrzeżenia nie badał.

Odwołujący pismem z dnia 28 listopada 2012 r. wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie mu dokumentacji postępowania.

Zamawiający pismem z dnia 30 listopada 2012 r. udzielił Odwołującemu odpowiedzi, że zapoznanie się z przedmiotową dokumentacją będzie możliwe w dniu 4 grudnia 2012 r. od godz. 10.00 do godz. 13.00.

Dokumentacja postępowania została Odwołującemu udostępniona w dniu 4 grudnia 2012 r. (za wyjątkiem dokumentacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa).

Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu kart oceny ofert członków Komisji Przetargowej.

Mając powyższe na względzie Izba zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba zajęła stanowisko, co do zarzutu zaniechania ustalenia przez Zamawiającego czy dokonane przez wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Collect Consulting S. A., Kancelaria Doradztwa Gospodarczego C..... & K..... Sp. J. oraz INVEST & CONSULTING GROUP Sp. z o.o., adres pełnomocnika: ul. Rolna 14, 40-555 Katowice zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazu usług, wykazu osób, oświadczeń o udostępnieniu zasobów, dokumentów, potwierdzających należyte wykonanie zamówienia, opinii prawnej oraz metodologii jest uzasadnione w konsekwencji czego Zamawiający nie dokonał ich odtajnienia.

Powyższy zarzut – w oparciu o zebrany materiał dowodowy - potwierdził się.

Izba w pełni podzieliła stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 23 maja 2010 r., sygn. akt KIO 966/11 oraz KIO 973/11, iż zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej również: „*ustawą Pzp*”) – *Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne*. Przejawia się ona w szeregu czynnościach podejmowanych przez Zamawiającego i uczestników postępowania, począwszy od publicznego, jawnego ogłoszenia o zamówieniu, przez jawne otwarcie ofert i udostępnienie protokołu, ofert, oświadczeń składanych w toku postępowania aż po jawność umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp - *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie*

może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Do konkursu przepis stosuje się odpowiednio. Art. 86 ust. 4 ustawy wymienia enumeratywnie elementy jakie w złożonej ofercie nie mogą zostać zastrzeżone, należą do nich nazwa (firma), adres wykonawcy a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Ustawodawca tym samym, *a contrario* dopuścił możliwość objęcia pozostałych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. W zakresie informacji, które nie podlegają udostępnieniu ustawa odsyła do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa ujętej w Ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 roku (Dz. U. z 2003 roku, Nr 153 poz. 1503 ze zm.).

Zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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*. Przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Wcześniejsze uregulowanie przepisu odwoływało się do tajemnicy handlowej, która dzisiaj zawarta jest w „*innych informacjach posiadający wartość gospodarczą*”. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem.

Stanowisko to wyraził także Sąd Najwyższy w wyrok SN z dnia 3 października 2000 roku, Sygn. akt I CKN 304/ 2000, gdzie jednoznacznie wykluczono możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej dozwolonej drodze (również wyrok Sądu Najwyższego z 5 września 2001 r., I CKN 1159/00, OSNC 2002, Nr 5, poz. 67). Obowiązkiem Zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na obowiązek badania przez Zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd

Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, III CZP 74/05 cyt. „w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji”. Wyrażony przez SN pogląd zachowuje, w ocenie Izby, pełną aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawa. Tak więc Zamawiający przede wszystkim powinien dokonać oceny, jaki charakter ma zastrzeżona informacja. Następnie powinien ustalić, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznane ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca ma wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnych odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. Tym bardziej, że to Zamawiający bada skuteczność dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępnienia informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających z ogłoszenia o zamówieniu, co zostało ugruntowane w orzecznictwie zarówno Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej jak i orzecznictwie sądów powszechnych i Sądu Najwyższego. Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób, a powyższe mieści się w charakterze obowiązków, a nie uprawnień Zamawiającego.

Z dokumentacji postępowania jak również oświadczenia Zamawiającego złożonego na rozprawie wynika jednak, że Zamawiający nie występował o wyjaśnienia w zakresie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zasadności tego zastrzeżenia Zamawiający nie badał.

Należy pamiętać, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Zamawiający zawsze powinien badać skuteczność zastrzeżenia w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzić czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (Sąd Najwyższy, Uchwała z dnia 21 października 2005 roku, III CZP 74/05). Zamawiający przyznał, iż nie dokonywał takiego badania – nie wykonał zatem czynności mającej kluczowe znaczenie dla podjęcia przez Zamawiającego decyzji o odtajnieniu dokumentów. Sąd Najwyższy – wskazując, że na Zamawiającym spoczywa obowiązek badania skuteczności zastrzeżenia a dopiero w wyniku stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia następuje wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych

informacji – nie określił w jaki sposób Zamawiający ma rozstrzygać czy dana informacja faktycznie nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa. Nadal, pomimo licznych orzecznictwa oraz zdefiniowanego pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa każda sprawa rozpoznawana musi być przez Zamawiającego indywidualnie. Uwzględniając wypracowane w doktrynie mechanizmy Zamawiający przed ujawnieniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa powinien w pierwszej kolejności poinformować podmiot zastrzegający, choć przepisy ustawy nie nakładają na Zamawiającego takiego obowiązku. Takie postępowanie po pierwsze wpisuje się w należytą staranność prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, po drugie może uchronić Zamawiającego od groźby ponoszenia kar (postępowanie karne) a po trzecie daje podmiotowi, który zawarł w ofercie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa prawo do wnoszenia środka ochrony prawnej w zakresie czynności Zamawiającego.

W piśmiennictwie – między innymi glosa S. Salomonowicza do uchwały SN z dnia 21 października 2005 roku II CZP 74/05 – wskazywany jest pogląd, iż wyjaśnienie tych wątpliwości może nastąpić w oparciu o przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Wydaje się również zasadna argumentacja wskazująca na możliwość zastosowania art. 26 ust. 4 ustawy. Obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w poszanowaniu zasad określonych w ustawie, tym samym Zamawiający powinien dochować wszystkich czynności aby zasadam tym nie uchybić.

Nie ulega wątpliwości, że niektóre informacje zawarte w ofertach – często niechętnie są upubliczniane przez wykonawców, ze względu na prowadzoną politykę firmy, jednak powyższy argument nie daje wykonawcy podstaw do zastrzegania takich informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba zauważyła, że zastrzeganie informacji zawartych w ofertach – stało się wielokrotnie – sposobem na pozbawianie konkurentów możliwości podważenia i zaskarżenia dokumentów i danych zawartych w złożonych ofertach. Zamawiający zaś uchylając się od obowiązku rzetelnego zbadania takiego zastrzeżenia niejednokrotnie bezkrytycznie przyjmuje takie zastrzeżenia, nawet w przypadkach gdy wykonawca zastrzega wszystkie bądź większość informacji – co zdaniem Izby zasługuje na dezaprobatę i prowadzi do złamania podstawowej zasady, jaką jest zasada jawności.

Analogiczne stanowisko zostało wyrażone w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyrokach z dnia 13 lipca 2006 r. w sprawie C-438/04 Mobistar oraz w wyroku z dnia 14 lutego 2008 r., C-450/06 Varec, w których stwierdzono, że *„Zasada informacji poufnych i tajemnic handlowych musi być tak stosowana by dało się ją*

pogodzić z wymogami skutecznej ochrony prawnej i poszanowania praw do obrony stron sporu”. Zatem wykonawca, przystępując do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinien liczyć się ze wszystkimi jego konsekwencjami, t.j. chociażby, że część z informacji – istotnych dla niego z subiektywnego punktu widzenia – ze względu na zasadę jawności zostanie udostępniona innym wykonawcom uczestniczącym w tym postępowaniu.

Izba przypomina, że obowiązkiem spoczywającym na Zamawiającym, jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zatem jeśli, któraś z przesłanek odnosząca się do tajemnicy przedsiębiorstwa nie zostanie wypełniona, to zasada jawności – jako fundamentalna zasada zamówień publicznych – będzie przeważać nad prawem wykonawcy zastrzegania niektórych informacji jako poufne.

Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy, gdyż zasadą jest jawność postępowania o zamówienie publiczne i jawność ofert. Oznacza to, iż Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz żądać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż Zamawiający zaniechał działań mających na celu wyjaśnienie, czy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Collect Consulting S. A., Kancelaria Doradztwa Gospodarczego C..... & K..... Sp. J. oraz INVEST & CONSULTING GROUP Sp. z o.o., adres pełnomocnika: ul. Rolna 14, 40-555 Katowice prawidłowo zastrzegali tajemnicę przedsiębiorstwa w związku z czym nakazała Zamawiającemu wezwać wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Collect Consulting S. A., Kancelaria Doradztwa Gospodarczego C..... & K..... Sp. J. oraz INVEST & CONSULTING GROUP Sp. z o.o., adres pełnomocnika: ul. Rolna 14, 40-555 Katowice do złożenia wyjaśnień w zakresie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do zarzutu lakonicznego uzasadnienia przyznanej punktacji poszczególnym wykonawcom, w szczególności niewyjaśnienie punktacji przyznanej za złożone przez wykonawców metodologie jak również nieudostępnienia kart oceny ofert, Izba również uznała, powyższe zarzuty 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 oferentom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację.

W ocenie Izby biorąc pod uwagę, że Zamawiający w SIWZ przyjął pewne podkryteria (wytyczne), którymi będzie się kierował przy ocenie ofert jak również to, że kryteriami oceny ofert były: jakość metodologii oraz jakość opinii prawnej – które to z samej istoty mają charakter ocenny, zatem Zamawiający powinien w sposób jasny i wyczerpujący podać wykonawcom faktyczną podstawę dokonanego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Przywołany przepis ma stanowić realizację zasady jawności postępowania oraz równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Nakłada on na Zamawiającego obowiązek podania wykonawcom podstaw faktycznych wyboru najkorzystniejszej oferty – w szczególności jest to tym bardziej wskazane przy tak ukształtowanych przez Zamawiającego kryteriach oceny ofert - a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat podstaw prawnych i faktycznych dokonanego wyboru oferty najkorzystniejszej. Takie uzasadnienie faktyczne powinno być jasne i czytelne, gdyż wykonawca powinien uzyskać wyczerpujące informacje, które legły u podstaw decyzji Zamawiającego.

Przywołany przepis ma również na celu zapewnienie wykonawcom możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej. Stanowisko Zamawiającego powinno być wyrażone w sposób czytelny, nie budzący wątpliwości oraz w sposób umożliwiający wykonawcy odniesienie się do konkretnych powodów dokonanego wyboru. W niniejszym stanie faktycznym jest to tym bardziej uzasadnione ze względu na przyjęte przez Zamawiającego kryteria oceny ofert jak również podkryteria (wytyczne) zawarte np. w SIWZ w pkt 12.5. Wykonawcy jednak nie uzyskali pełnych, wyczerpujących motywów wyboru najkorzystniejszej oferty w niniejszym postępowaniu.

Zasadnym wydaje w tym miejscu przywołanie wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex, który wskazuje, iż: „*W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiadyuje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone –*

odpowiednio również uzyskuje informację co do wyboru konkurencyjnego kandydata bądź innej oferty konkurencyjnej – nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia – odpowiednio poinformowania o faktycznych motywach/podstawach wyboru najkorzystniejszej oferty – może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania”.

Powyższe potwierdza, że przepis art. 92 ustawy Pzp ma dawać wykonawcom możliwość zweryfikowania oraz skontrolowania działań Zamawiającego i być gwarancją dla wykonawcy obrony jego praw w postaci zapewnienia skorzystania ze środków ochrony prawnej. W przypadku braku takiego uzasadnienia lub jego lakoniczności, utrudnia to wykonawcy prawidłowe sformułowanie zarzutów – co ma miejsce w niniejszym stanie faktycznym - a tym samym w sposób istotny ogranicza jego ustawowe prawo do obrony jego praw jako wykonawcy w postępowaniu.

Stanowisko Izby jest w niniejszym stanie faktycznym tym bardziej uzasadnione, z uwagi na nieudostępnienie Odwołującemu kart oceny ofert członków komisji przetargowej – co również stanowi istotne uchybienie proceduralne.

Należy pamiętać, że zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Jeszcze raz przypomnienia wymaga, że – jak to wskazano powyżej w orzeczeniach w sprawie C-438/04 Mobistar oraz w wyroku z dnia 14 lutego 2008 r., C-450/06 Varec - zasada informacji poufnych i tajemnic handlowych musi być tak stosowana by dało się ją pogodzić z wymogami skutecznej ochrony prawnej i poszanowania praw do obrony stron sporu. Zamawiający nie miał uzasadnionych podstaw do przyjęcia – z uwagi na zasadę jawności postępowania - aby uznać karty oceny ofert jako informacje poufne. Z powyższego wynika, że Odwołujący nie miał możliwości uzyskania wyczerpujących informacji, które stały się podstawą do dokonania przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej. Trudno

zatem uznać, aby zarzut dokonania oceny metodologii w sposób uznaniowy oraz sprzeczny z postanowieniami SIWZ został przez wykonawcę postawiony – wobec braku wyczerpujących informacji stanowiących podstawę dokonanego wyboru jak również przyjętych kryteriów i podkryteriów oceny ofert. Zatem powyższe karty oceny ofert powinny zostać wykonawcy udostępnione.

Odnosząc się do grupy zarzutów Odwołującego dotyczących zaniechania wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Collect Consulting S. A., Kancelaria Doradztwa Gospodarczego C..... & K..... Sp. J. oraz INVEST & CONSULTING GROUP Sp. z o.o., adres pełnomocnika: ul. Rolna 14, 40-555 Katowice z uwagi na brak w ofercie następujących dokumentów, t.j.

- a) oświadczenia INVEST & CONSULTING GROUP Sp. z o.o. o braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp;
- b) pełnomocnictwa INVEST & CONSULTING GROUP Sp. z o.o. dla Collect Consulting S.A lub dla p. B..... L..... do reprezentacji w niniejszym postępowaniu;
- c) aktualnego odpisu z KRS INVEST & CONSULTING GROUP Sp. z o.o.;
- d) aktualnego zaświadczenia z ZUS INVEST & CONSULTING GROUP Sp. z o.o.;
- e) aktualnego zaświadczenia z Urzędu Skarbowego INVEST & CONSULTING GROUP Sp. z o.o.;
- f) aktualnej informacji z KRK INVEST & CONSULTING GROUP Sp. z o.o., w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 oraz pkt 9 ustawy Pzp.

Izba wskazała co następuje.

Odwołujący pismem z dnia 28 listopada 2012 r. wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie mu dokumentacji postępowania.

Dokumentacja niniejszego postępowania została Odwołującemu udostępniona w dniu 4 grudnia 2012 r. (za wyjątkiem dokumentacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa).

Zamawiający broniąc swojego stanowiska wyjaśniał, że część oferty Przystępującego Collect Consulting, tj. oferty od strony 160 do strony 171 była jawna. Na powyższe miało wskazywać oświadczenie zawarte na pierwszej stronie formularza oferty jak również wymienione przez Przystępującego Collect Consulting załączniki - w tym wymienione dokumenty, na które powoływał się Odwołujący i których brak zarzucał. Ponadto Zamawiający wskazywał również, na informację zawartą w ofercie Przystępującego Collect Consulting, w której wskazano, że oferta od strony 31 do strony 159 zastrzeżona jest jako

tajemnica przedsiębiorstwa. Zatem – w ocenie Zamawiającego - część od strony 160 do strony 171 była jawna. Nie zgadzając się z twierdzeniami Odwołującego wskazywał, że Odwołujący powinien powziąć wątpliwość, gdyż w załącznikach do formularza Collect Consulting wymieniono dokumenty, tj. aktualny odpis z KRS członka konsorcjum, zaświadczenia z ZUS i Urzędu Skarbowego, a zatem powyższe potwierdza, że dokumenty te zostały przez Przystępującego Collect Consulting załączone do oferty.

Zamawiający dodatkowo wskazywał, że Odwołujący nie występował do Zamawiającego z dodatkową prośbą czy wszystkie dokumenty obejmujące część jawną zostały mu w całości udostępnione. Zamawiający nie sporządził również z tej czynności notatki, która wskazywałaby czy też wyliczała enumeratywnie dokumenty, które zostały Odwołującemu udostępnione.

Dokumenty wyżej wymienione, których brak zarzucał Odwołujący – co potwierdził Zamawiający na rozprawie – znajdowały się w części dokumentacji przekazanej do Krajowej Izby Odwoławczej w oddzielnie zalakowanej kopercie zatytułowanej „*DOKUMENTY STANOWIĄCE TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA „Collect Consulting” S. A. PEŁNOMOCNIK KONSORCJUM STRONY OD 32 DO 175*”.

Zamawiający nie był w stanie udzielić Izbie odpowiedzi na pytanie dlaczego do Krajowej Izby Odwoławczej przesłano dokumentację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa zalakowaną w kopercie na której zamieszczono informację, iż od strony 31 do strony 175 wskazane tam dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Udzielając odpowiedzi iż powyższe stanowiło pomyłkę i dokumenty od strony 160 do 161 były jawne.

Odwołujący oponując przeciw stanowisku wyrażonemu przez Zamawiającego wskazywał, że nie powinien ponosić negatywnych konsekwencji nieudostępnienia mu całej dokumentacji oraz że nie ma obowiązku upewniania się u Zamawiającego czy została mu udostępniona cała dokumentacja dotycząca tego postępowania.

Wobec tego, iż dokumenty, których brak zarzucał Odwołujący znajdowały się w części dokumentacji przekazanej do Krajowej Izby Odwoławczej jednak należy zgodzić się z Odwołującym, że wszelkie zaniechania czynności, do których Zamawiający jest ustawowo zobowiązany nie mogą negatywnie wpływać na sytuację Odwołującego, także w ramach postępowania odwoławczego. Wykonawca nie ma również obowiązku upewniania się u Zamawiającego czy została mu udostępniona cała dokumentacja postępowania – w

szczegółności na upływający Odwołującemu termin na wniesienie środka ochrony prawnej w postaci odwołania.

Izba nie dała wiary wyjaśnieniom Zamawiającego, że część oferty Przystępującego Collect Consulting od strony 160 do strony 171 była jawna, zatem nie było podstaw do przyjęcia że część tej dokumentacji nie została Odwołującemu udostępniona.

Izba oceniając zachowanie Zamawiającego wzięła pod rozwagę, że dokumenty, których brak zarzucił Odwołujący – znajdowały się w części dokumentacji przekazanej do Krajowej Izby Odwoławczej w oddzielnie zalakowanej kopercie zatytułowanej „*DOKUMENTY STANOWIĄCE TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA „Collect Consulting” S. A. PEŁNOMOCNIK KONSORCJUM STRONY OD 32 DO 175*”.

Ponadto wątpliwe oraz niespójne jest również twierdzenie Zamawiającego, iż część oferty Przystępującego Collect Consulting od strony 160 do strony 171 była jawna i nie było podstaw do przyjęcia że część dokumentacji nie została Odwołującemu udostępniona z drugiej strony Zamawiający przyznał, że nie badał zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Dodatkowo Izba wzięła pod rozwagę notatkę sporządzoną przez Odwołującego, z która uprawdopodobnia, że Zamawiający udostępnił Odwołującemu jedynie część oferty Przystępującego Collect Consulting od strony 1 do strony 30 a Zamawiający z czynności udostępnienia nie sporządził żadnej notatki, która wskazywałaby czy też wyliczała enumeratywnie dokumenty, udostępnione Odwołującemu.

Odnosząc się do tych zarzutów Izba w pełni podtrzymuje argumentację przedstawioną w uzasadnieniu niniejszego orzeczenia w odniesieniu do zarzutów dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa, stwierdzając, że umożliwienie wykonawcy zastrzeżenia pewnych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może kolidować z prawem wykonawcy do wnoszenia środków ochrony prawnej.

W świetle powyższego, Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz do wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Collect Consulting S. A., Kancelaria Doradztwa Gospodarczego C..... & K..... Sp. J. oraz INVEST & CONSULTING GROUP Sp. z o.o., adres pełnomocnika: ul. Rolna 14, 40-555

Katowice do złożenia wyjaśnień w zakresie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wobec stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7, 8 ust. 1 i 3, 92 oraz 96 ust. 3 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....