

Sygn. akt: KIO 1555/10

Sygn. akt: KIO 1564/10

WYROK

z dnia 16 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Ernst & Young Business Advisory Sp. z o.o. i Wspólnicy Sp. k. (lider), HMR Doradztwo Strategiczne s.c. z siedzibą dla lidera: 00-124 Warszawa, ul. Rondo ONZ 1 (sygn. akt: KIO 1555/10) w dniu 23 lipca 2010 r.,**

- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Accreo Taxand Sp. z o.o. (lider), KANTOR Dorady w Zarządzaniu Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: 00-132 Warszawa, ul. Grzybowska 5A (sygn. akt: KIO 1564/10) w dniu 23 lipca 2010 r.**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Kancelarię Prezesa Rady Ministrów, 00-583 Warszawa, Al. Ujazdowskie 1/3**

przy udziale wykonawcy:

- A. Deloitte Business Consulting S.A., 00-854 Warszawa, Al. Jana Pawła II 19, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,**

Accenture Sp. z o. o., 00-121 Warszawa, ul. Sienna 39,

**wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego:
Accreo Taxand Sp. z o.o. (lider), KANTOR Dorady w Zarządzaniu Sp. z o.o.
z siedzibą dla lidera: 00-132 Warszawa, ul. Grzybowska 5A,**

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się,

- B. Deloitte Business Consulting S.A., 00-854 Warszawa, Al. Jana Pawła II 19,**
zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1555/10 oraz uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1564/10 i unieważnia czynność zamawiającego polegającą na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Deloitte Business Consulting S.A., unieważnia czynność odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Accreo Taxand Sp. z o.o. (lider), KANTOR Dorady w Zarządzaniu Sp. z o.o. na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz nakazuje zamawiającemu dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem ich oferty,**
- 2. kosztami postępowania obciąża:**
 - A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Ernst & Young Business Advisory Sp. z o.o. i Wspólnicy Sp. k. (lider), HMR Doradztwo Strategiczne s.c. z siedzibą dla lidera: 00-124 Warszawa, ul. Rondo ONZ 1,**
 - B. Skarb Państwa - Kancelarię Prezesa Rady Ministrów, 00-583 Warszawa, Al. Ujazdowskie 1/3**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 30 000,00 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), w tym:
 - A. koszty w wysokości 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Ernst & Young Business Advisory Sp. z o.o. i Wspólnicy Sp. k. (lider), HMR Doradztwo Strategiczne s.c. z siedzibą dla lidera: 00-124 Warszawa, ul. Rondo ONZ 1,
 - B. koszty w wysokości 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Accero Taxand Sp. z o.o. (lider), KANTOR Dorady w Zarządzaniu Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: 00-132 Warszawa, ul. Grzybowska 5A,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 18 050,00 zł 00 gr (słownie osiemnaście tysięcy pięćdziesiąt złotych zero groszy) przez Skarb Państwa - Kancelarię Prezesa Rady Ministrów, 00-583 Warszawa, Al. Ujazdowskie 1/3 na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Accreo Taxand Sp. z o.o. (lider), KANTOR Dorady w Zarządzaniu Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera: 00-132 Warszawa, ul. Grzybowska 5A stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (sygn. akt: KIO 1565/10).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

do wyroku z dnia 16 sierpnia 2010 r. w sprawach o sygn. akt:
KIO 1555/10, KIO 1564/10

sygn. akt: KIO 1555/10

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „audyt organizacyjny oraz wdrożenie usprawnień zarządczych”, wykonawca - Ernst & Young Business Advisory Sp. z o.o. i Wspólnicy Sp. k. (lider), HMR Doradztwo Strategiczne s.c. (dalej „odwołujący”) zarzucił zamawiającemu - Kancelarii Prezesa Rady Ministrów naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) (dalej „ustawa Pzp”) w związku z art. 91 ust. 1 tej ustawy, poprzez dokonanie oceny oferty w oparciu o kryteria niezawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 1 tej ustawy, poprzez niezasadne utajnienie uzasadnienia oceny oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. kryteriów,
3. nakazanie odtajnienie uzasadnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,
4. nakazanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że w myśl art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert zawartych w SIWZ.

Powołując się na publikację J. Pieroga Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2009 odwołujący wskazał, że *„Kryteria oraz znaczenie, jakie zamawiający im nadaje, powinny być podane już w ogłoszeniu, a sprecyzowane i dokładnie opisane w siwz. Zamawiający, dokonując oceny ofert, musi tych kryteriów przestrzegać; nie wolno mu od jakiegokolwiek kryterium odstąpić, nie może też oceniać ofert z uwzględnieniem kryteriów dodatkowych, o których wykonawcy nie byli przed sporządzeniem oferty powiadomieni. To kryteria bowiem, oprócz opisu przedmiotu zamówienia, są dla wykonawców wskazówką, czego zamawiający konkretnie oczekuje”*

Odwołał się także do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 stycznia 2010 r. o sygn. akt: KIO/UZP 1804/09, zgodnie z którym z natury swojej kryterium jakościowe, w tym przypadku dotyczące jakości realizowanej usługi, zawiera w sobie pewną dozę subiektywizmu. Opis kryterium przez zamawiającego powinien się jednak sprowadzać do zminimalizowania tego elementu subiektywności przy ocenie w taki sposób, aby pozwalało to

z jednej strony na przygotowanie przez wykonawców korzystnych ofert dających im szansę na uzyskanie zamówienia, z drugiej zaś strony, aby pozwalało zamawiającemu ocenić oferty złożone w postępowaniu przez odniesienie do mierników określonych w SIWZ, a nie np. przez porównanie złożonych w postępowaniu ofert ze sobą.

Powołując się na wyrok z dnia 4 lipca 2008 r. o sygn. akt: KIO/UZP 619/08 wskazał, że ustalenie kryteriów oceny ofert należy do zamawiającego. Zamawiający może określić własny katalog kryteriów oceny ofert, nie mogą one jednak być dowolne i uznaniowe, ani dawać zamawiającemu nieograniczonej swobody w arbitralnym wyborze oferty. Kryteria oceny ofert powinny być tak skonstruowane, żeby subiektywne odczucia i preferencje oceniającego pozostawały bez wpływu na ocenę.

Odwołujący podał, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający oprócz kryterium ceny, któremu przypisał wagę 40%, przewidział pięć kryteriów o charakterze ocennym, którym razem przypisał wagę 60%.

Wskazał, że zgodnie z postanowieniami rozdziału XIII pkt. 1.2. SIWZ zamawiający przewidział, że oceniać będzie *„formy aktywnego zaangażowania Wykonawcy w wykorzystanie godzin przewidzianych na doradztwo w trakcie trwania Etapu II, skierowanego do urzędów oraz ich przydatność dla zwiększenia efektywności audytu. (...) Każdy z członków komisji przyzna 0, 1, 2, 3 lub 4 punkty za każdą z nie więcej niż trzech propozycji działań Wykonawcy. (...) W tym kryterium Zamawiający może przyznać maksymalnie 12 punktów.*

Odwołujący stwierdził, że w swojej ofercie przedstawił następujące rozwiązania odnośnie formy aktywnego zaangażowania:

1. coaching / mini warsztaty,
2. konsultacje tematyczne,
3. udział we wdrożeniu.

Zdaniem odwołującego dokonana przez pana Marcina G. ocena jest niezgodna z opisem oceny zawartym w rozdziale XIII pkt. 1.2. SIWZ, ponieważ nie zastosowano kryteriów określonych w SIWZ oraz dokonano oceny kryterium, które nie podlega ocenie.

Odwołujący uznał, że w uzasadnieniu swojej oceny Marcin G. wysoko ocenił przydatność tej formy zaangażowania, o czym może świadczyć postanowienie „kluczowa metoda współpracy”, jednocześnie odwołujący przypuszcza, że powodem przyznania ofercie odwołującego o jeden punkt mniej niż maksymalna wartość był „ogólny opis.

Podniósł, że z jednej strony sposób opisu metody nie stanowił kryterium oceny, z drugiej, skoro jest to forma standardowa, to już samo jej nazwanie powoduje, że można ocenić jej „przydatność dla zwiększenia efektywności audytu”, co było kryterium oceny wg SIWZ.

Podkreślił, że mimo, iż zamawiający narzucił pewien wzór opisu metod w ofercie, odwołujący dokonał nie tylko ich nazwania, ale także opisanie i wskazał zalety proponowanych rozwiązań pod kątem kryteriów oceny.

Wobec powyższego odwołujący domniemuje, iż odjęto 1 punkt za opis, który zgodnie z SIWZ nie podlegał ocenie.

Podobne zastrzeżenia odwołujący wysunął w zakresie konsultacji tematycznych (Marcin G. nie kierował się kryteriami określonymi w SIWZ, tj. dokonał oceny kryterium, które nie podlega ocenie).

W tym zakresie odwołujący podniósł, że G. wysoko ocenił przydatność tej formy zaangażowania, o czym może świadczyć zapis „wartościowe metody zarządzania projektem, jakością, wiedzą oraz komunikacją” oraz dokonał oceny opisu tej formy aktywnego zaangażowania wykonawcy, o czym świadczy postanowienie: „ale zbyt ogólny opis sposobu współpracy”, która zgodnie z rozdziałem XIII pkt. 1.2. SIWZ nie podlega ocenie.

Wobec powyższego odwołujący domniemuje, iż odjęto 1 punkt za opis / kryterium, które zgodnie z SIWZ nie podlega ocenie.

Zdaniem odwołującego również w zakresie udziału we wdrożeniu ocena dokonana przez pana Marcina G. jest niezgodna z opisem oceny zawartym w rozdziale XIII pkt 1.2. SIWZ.

Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu do oceny Marcin G. pozytywnie ocenił przydatność tej formy aktywnego zaangażowania, o czym może świadczyć zapis „dodatkowe analizy mogą okazać się konieczne na etapie wdrożenia” oraz dokonał oceny kryterium, które zgodnie z rozdz. XIII pkt 1.2. SIWZ nie podlega ocenie, tj. obiektywność formy aktywnego zaangażowania, o czym świadczy postanowienie: „co może być nieobiektywne”.

Wobec powyższego odwołujący domniemuje, iż odjęto 2 punkty za opis / kryterium, które zgodnie z SIWZ nie podlega ocenie.

W dalszej kolejności odwołujący zakwestionował ocenę dokonaną przez Krzysztofa D. w zakresie udziału we wdrożeniu co do jej zgodności z opisem oceny zawartym w rozdziale XIII pkt 1.2. SIWZ.

Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu do oceny Krzysztof D. pozytywnie ocenił przydatność tej formy aktywnego zaangażowania, o czym świadczy postanowienie: „rozwiązania zaproponowane przez oferenta wydają się stwarzać realną szansę na efektywne przeprowadzenie audytu” jednak uwzględnił kryterium, które zgodnie z rozdz. XIII pkt. 1.2. SIWZ nie podlega ocenie, tj. jego zdaniem „zbytnej koncentracji na indywidualnych urządach”, gdy kryterium określone w SIWZ nie zawiera żadnego odniesienia do konieczności opisanie technik mających zastosowanie do podejścia systemowego.

Zdaniem odwołującego nawet gdyby przyjąć, że według SIWZ podejście jednostkowe nie jest optymalne, to nie można pominąć, że odwołujący się w opisie techniki wskazał, że udział doradców będzie opierał się na zdefiniowanych pakietach doradczych.

Wobec powyższego odwołujący domniemuje, iż odjęto 2 punkty za kryterium, które zgodnie z SIWZ nie podlega ocenie.

Podobne zastrzeżenia odwołujący wniósł odnośnie oceny pani Dorota Z. w zakresie konsultacji tematycznych, ponieważ osoba ta dokonała oceny kryterium, które zgodnie z rozdz. XIII pkt. 1.2. SIWZ nie podlega ocenie, tj. opis formy aktywnego zaangażowania, o czym świadczy postanowienie: „kryterium zostało częściowo opisane w OPZ”.

Wobec powyższego odwołujący domniemuje, iż odjęto 2 punkty za kryterium, które zgodnie z SIWZ nie podlega ocenie.

Podobne zastrzeżenia odwołujący wniósł odnośnie oceny pani Moniki G., ponieważ w uzasadnieniu swojej oceny osoba ta pozytywnie oceniła przydatność tej formy aktywnego zaangażowania, o czym świadczy postanowienie: „jest niewątpliwie metodą skuteczną przy współpracy z urzędami”, uwzględniła jednak kryterium, które zgodnie z rozdz. XIII pkt 1.2. SIWZ nie podlega ocenie, tj opis rozwiązania, o czym świadczy zapis „brak tu jednak szczegółowego jego opisu”.

Wobec powyższego odwołujący domniemuje, że odjęto 2 punkty, za kryterium, które zgodnie z SIWZ nie podlega ocenie.

Odwołujący wskazał także, że zgodnie z postanowieniami rozdziału XIII pkt 1.3. SIWZ zamawiający przewidział, że oceniać będzie „w szczególności *przydatność zaproponowanych technik do pozyskania rzeczywistego zaangażowania uczestników w wywiady grupowe oraz do pokonywania oporów przed współpracą z prowadzącymi wywiady grupowe z zakresu projektu*”. „Każdy z członków komisji przyzna 0, 1, 2, 3 lub 4 punkty za każdą z nie więcej niż trzech propozycji działań Wykonawcy”. „W tym kryterium Zamawiający może przyznać maksymalnie 12 punktów”. „Przy ocenie opisu propozycji, będzie brana pod uwagę w szczególności przydatność zaproponowanych technik do pozyskania rzeczywistego zaangażowania uczestników w wywiady grupowe oraz do pokonywania oporów przed współpracą z prowadzącymi wywiady grupowe.”

Odwołujący stwierdził, że w swojej ocenie przedstawił następujące techniki:

1. ćwiczenia wprowadzające / aktywizujące,
2. demonstracja - studium przypadku,
3. prowokowanie dyskusji.

Podniósł, że ocena pana Marcina G. została oparta na czynnikach nieopisanych w SIWZ, ponieważ wskazana osoba, odnosząc się do ćwiczeń

wprowadzających / aktywizujących stwierdził, iż „sposób prowadzenia ćwiczeń nie jest dostosowany do grupy osób mających uczestniczyć w ćwiczeniach”, gdy tymczasem w rozdziale XIII pkt 1.3. SIWZ brak jest postanowienia, że oceniane będzie dostosowanie technik do specyficznej grupy osób – pracowników administracji państwowej.

Wobec powyższego odwołujący domniemuje, iż odjęto 3 punkty za kryterium, które, zgodnie z SIWZ, nie podlegało ocenie.

Również w zakresie oceny „prowokowania dyskusji” dokonanej przez Marcina G. odwołujący doszukał uwzględnienia nieprzewidzianego w SIWZ kryterium, ponieważ w uzasadnieniu do oceny Marcin G. ocenił pozytywnie tę technikę, o czym świadczy postanowienie: „technika poprawna”, jednak dokonał oceny kryterium opisu techniki, o czym świadczy zapis „zbyt ogólny opis jej wdrożenia”.

Wobec powyższego odwołujący domniemuje, iż odjęto 2 punkty za kryterium, które zgodnie z SIWZ nie podlega ocenie.

W odniesieniu do ćwiczeń wprowadzających / aktywizujących odwołujący zakwestionował także ocenę dokonaną przez pana Krzysztofa D. Wskazał, że w uzasadnieniu do oceny Krzysztof D. stwierdził, iż „przykłady związane z ćwiczeniami są nieadekwatne w aspekcie grupy docelowej”, gdy tymczasem w SIWZ brak jest postanowienia, że oceniane będzie dostosowanie technik do specyficznej grup osób - pracowników administracji państwowej.

Nadto zakwestionował ocenę tej osoby w zakresie „techniki prowokowania rozmowy”, ponieważ uwzględniła kryterium atrakcyjność opisu techniki, o czym świadczy postanowienie: „opis niezbyt zachęcający”.

Wobec powyższego odwołujący domniemuje, że ocenie Odwołującego, pozwala to domniemywać, iż odjęto 1 punkt, za kryterium, które zgodnie z SIWZ nie podlega ocenie.

Podobne zastrzeżenia odwołującego budzi ocena pani Doroty Z. i Moniki G. w zakresie techniki ćwiczeń wprowadzających / aktywizujących, ponieważ uwzględniły one ich dostosowanie do grupy docelowej, jaką stanowią urzędnicy państwowej, co nie podlegało ocenie w tym kryterium.

Odwołujący zakwestionował również ocenę pani Moniki G. w zakresie demonstracji - studium przypadku oraz prowokowania rozmowy, ponieważ uwzględniła kryterium oceny nieprzewidziane w SIWZ, przyznając punktację opartą na stwierdzeniu, że opis jest nieco zbyt ogólny” oraz „ale zbyt ogólnikowy opis tego nie gwarantuje”.

Odwołujący podał następnie, że zgodnie z postanowieniami rozdziału XIII pkt 1.5. SIWZ zamawiający przewidział, że oceniać będzie „w szczególności *propozycje, które pozwolą na pogłębienie zakresu audytu* ponad minimum określone w OPZ”. „Każdy z członków komisji przyzna 0,, 2, 3 lub 4 punkty za każdą z nie więcej niż trzech propozycji

działań Wykonawcy". (...) W tym kryterium Zamawiający może przyznać maksymalnie 12 punktów".

Odwołujący stwierdził, że przedstawił w swojej ofercie narzędzia / metodyki /matryce mapę procesu; kartę podziału odpowiedzialności w procesie; formularz opisu procesu; kartę mierników procesu.

Zdaniem odwołującego ocena tego kryterium dokonana przez pana Krzysztofa D. jest niezgodna z opisem oceny zawartym w rozdziale XIII pkt. 1.6. SIWZ - nie zastosowano kryteriów określonych w SIWZ, ponieważ w uzasadnieniu oceny wskazana osoba zawarła zapis „podział odpowiedzialności pozostawia jednak wiele do życzenia”, co w opinii odwołującego świadczy o odniesieniu się do kryterium nieokreślonego w SIWZ.

Odwołujący uznał, że zamawiający nie tylko określił kryteria oceny ofert w sposób skrajnie niejasny, lecz na skutek tego, stosował dodatkowe niezobiektywizowane miary w rodzaju „opisu sposobu świadczenia”, którego kształt zamawiający imputował, poprzez formę załączników do SIWZ. Stwierdził, że oceniając oferty zamawiający dokonywał *de facto* oceny przyjętych przez siebie formularzy i na tej podstawie przyznawał punkty wykonawcom, co stoi w sprzeczności tak z przepisami ustawy, poglądami doktryny, jak i orzecznictwem, ponieważ ocena ofert odbywa się na podstawie precyzyjnych kryteriów, określonych w SIWZ.

Zdaniem odwołującego sposób oceny zastosowany przez zamawiającego jest oceną wyrwykową, nieuwzględniającą całości podejścia do realizacji zamówienia, w tym nawet tych technik, które zostały wskazane w wymaganym przez zamawiającego formacie. Ocenianie tylko kilku zdefiniowanych zakresów podejścia może prowadzić do błędnych lub innych wniosków / ocen niż gdyby metodologia realizacji zamówienia oceniana była całościowo.

Stwierdził, że przedstawił kompleksowe i skoordynowane podejście do realizacji zamówienia, które zapewnia osiągnięcie celów zamawiającego.

Powołał się na wyrok KIO z dnia 12 lutego 2009 r. o sygn. akt: KIO/UZP 133/08, zgodnie z którym działanie zamawiającego polegające na wybiórczym traktowaniu wymagań ustalonych w SIWZ jest na etapie oceny ofert niedopuszczalnej stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Zamawiający nie może na etapie oceny ofert nadawać postanowieniom SIWZ innej, niż pierwotnie ustalona treści wyłącznie w celu obrony oferty uznanej przez siebie za najkorzystniejszą.

Odnosząc się do drugiego z podniesionych zarzutów odwołujący wskazał, że informacje dotyczące procedury zamawiający może utajnić jedynie na mocy ustawy lub w szczególnym przypadku ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa.

Podniósł, że wyłączenie zasady jawności uniemożliwia kontrolę konkurencyjnych ofert, stąd w orzecznictwie KIO utrwalił się pogląd, że każde zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa winno być zbadane pod kątem jego dopuszczalności.

Uznał, że przepis art. 8 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy dokumentów składanych w ofercie przez wykonawcę, nie obejmuje natomiast swoim zakresem dokumentów wytworzonych przez zamawiającego w oparciu o treść zastrzeżonych materiałów.

Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 15 września 2009 r. o sygn. akt: KIO/UZP 908/08, zgodnie z którym wykonawca występujący na rynku zamówień publicznych powinien mieć świadomość, że jego oferta w zakresie, jaki będzie badany w ramach kryteriów oceny ofert powinna być jawna dla wszystkich w wykonawców. Zawarte w ofercie informacje dotyczące wymagań technicznych i jakościowych, podlegające ocenie w ramach jednego

z kryteriów oceny ofert, powinny być udostępnione innym wykonawcom.

Powołał się także na wyrok KIO z dnia 1 marca 2010 r. o sygn. akt: KIO/UZP 6/10, zgodnie z którym zamawiający jest zobowiązany do badania, czy informacje zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa rzeczywiście stanowią tajemnicę w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz wyrok KIO z dnia 26 października 2009 r. o sygn. akt: KIO/UZP 1353/09, zgodnie z którym 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.

Powołał się nadto na wyrok z dnia 23 kwietnia 2010 r. o sygn. akt: KIO/UZP 528/10.

Zdaniem odwołującego skoro tak rygorystyczne standardy co do zastrzeżenia jawności stosowane są wobec dokumentów bezpośrednio odnoszących się do tajemnicy przedsiębiorstwa, to tym bardziej zastrzeżenie całego uzasadnienia dokumentu wystawionego przez zamawiającego, a odnoszącego się do oferty jedynie pośrednio nie powinno im podlegać.

Odwołujący stanął na stanowisku, że skoro w myśl art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcy są traktowani w równy sposób, także i w odniesieniu do oferty najkorzystniejszej, utajnione uzasadnienie, podobnie jak ma to miejsce w przypadku oferty odwołującego, jedynie w niewielkiej części odnosi się do zastrzeżonej metodyki.

Stwierdził, że zastrzeżenie w całości uzasadnienia wyboru oferty najkorzystniejszej jako tajemnicy przedsiębiorstwa należy uznać w świetle przepisów, orzecznictwa oraz biorąc pod uwagę treść uzasadnienia oferty odwołującego, za bezpodstawne.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz stanowisk odwołującego i przystępujących, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby zaliczył w poczet materiału dowodowego i przeprowadził dowód z następujących dokumentów: specyfikacji istotnych warunków zamówienia, opracowanej przez zamawiającego (SIWZ), pisma zamawiającego z dnia 14.07.2010 r. (Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, sygn. BDG-834-16(24)/10;PN/15/10), ofert złożonych w tym postępowaniu, protokołu postępowania (w tym druki ZP-20), odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Ernst & Young Business Advisory Sp. z o.o. i Wspólnicy Sp. k. (lider), HMR Doradztwo Strategiczne s.c. z dnia 23.07.2010 r., przystąpienia oraz pisma procesowego Deloitte Business Consulting S.A. odpowiednio z dnia 29.07.2010 r. i 09.08.2010 r. Skład orzekający Izby zaliczył również w poczet materiału dowodowego zeznania świadka Marcina G.

Zgodnie z oświadczeniem złożonym przez pełnomocnika przystępującego na rozprawie skład orzekający Izby jako stanowisko i argumentację własną przystępującego przyjął treść odpowiedzi na odwołanie (pismo na druku Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, podpisane przez radcę prawnego Jolantę P.) z dnia 10.08.2010 r.

Zarzut oceny oferty odwołującego w oparciu o kryteria, które nie zostały przewidziane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia / z pominięciem kryteriów tam przewidzianych, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający przewidział dwa rodzaje kryteriów: kryterium mierzalne z wykorzystaniem wskazanego wzoru w postaci ceny (Rozdział XIII pkt 1 SIWZ), któremu przypisał wagę 40% (40 pkt) oraz pięć kryteriów niemierzalnych, którym zamawiający przypisał łącznie wagę 60% (60 pkt).

Odwołujący zakwestionował sposób oceny członków komisji przetargowej w trzech z pięciu kryteriów niemierzalnych, opisanych w Rozdziale XIII pkt 1.2., 1.3. i 1.6. SIWZ, tj.

1.2. - sposób współpracy z jednostkami w trakcie trwania etapu II o znaczeniu 12% (12 pkt),

1.3. - sposób przeprowadzania wywiadu grupowego w etapie I o znaczeniu 12% (12 pkt),

1.6. - rozszerzenie narzędzia / metodyki / matrycy analitycznej o znaczeniu 12% (12 pkt).

W kryterium 1.2. - sposób współpracy z jednostkami w trakcie trwania etapu II zamawiający przewidział, że oceniane będą dwa elementy: 1. formy aktywnego

zaangażowania wykonawcy w wykorzystanie godzin przewidzianych na doradztwo w trakcie trwania etapu II, 2. ich przydatność dla zwiększenia efektywności audytu.

Zamawiający podał także, że „przy ocenie przedstawionego przez wykonawcę opisu propozycji, w szczególności będą brane pod uwagę rozwiązania inne niż kontakt telefoniczny bądź mailowy”, co w ocenie składu orzekającego Izby pozwala przyjąć, że poprzez takie postanowienie SIWZ zamawiający przewidział ocenę innych jeszcze form aktywnego zaangażowania niż te, które zostały przez zamawiającego nazwane.

Taki sposób oceny w kryterium 1.2. zaaprobowali wszyscy wykonawcy biorący udział w przedmiotowym postępowaniu.

W kryterium 1.2. - sposób współpracy z jednostkami w trakcie trwania etapu II odwołujący zakwestionował ocenę wszystkich czterech oceniających członków komisji przetargowej, przy czym w doniesieniu do jednego z członków komisji (Pan Marcin G.) wniósł zastrzeżenia do oceny wszystkich propozycji form aktywnego zaangażowania, jakie odwołujący zawarł w swojej ofercie, a w odniesieniu do pozostałych trzech członków komisji wniósł zastrzeżenia do oceny jednej z technik (różnej w przypadku każdego z członków komisji).

We wskazanym kryterium odwołujący w odniesieniu do formy „udział we wdrożeniu” nie zakwestionował przyznania przez Panią Dorotę Z. punktów w liczbie „2”, co w ocenie składu orzekającego Izby pozwala przyjąć, że odwołujący nie kwestionuje samego faktu, że uprawniona jest ocena tej formy w takim wymiarze punktowym.

Odwołujący zarzucił ocenie Pana Marcina G. niezgodność z postanowieniami SIWZ, poprzez ocenę, w odniesieniu do formy (metody) „coaching / mini warsztaty”, samego opisu tej metody oraz zarzucił, że przyjęcie przez Pana Marcina G., że jest to forma standardowa winno również automatycznie prowadzić do uznania, że jest to forma przydatna dla zwiększenia efektywności audytu.

Odnosząc się do kwestii niezgodności z postanowieniami SIWZ oceny formy (metody) „coaching / mini warsztaty”, poprzez ocenę samego opisu tej metody skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że użycie przez Pana Marcina G. sformułowania „ogólny opis sposobu przeprowadzania coachingu” jest w istocie skrótem myślowym”, który oznacza, że metoda została oceniona na podstawie informacji o niej zawartych w opisie, a zatem, oceniona została sama metoda, podobnie jak za skrót myślowy należy uznać stwierdzenie, że zamawiający oceniać będzie sam opis propozycji („przy ocenie (...) opisu” w kryterium 1.2, 1.3., 1.6.), ponieważ w ocenie składu orzekającego Izby odmienne założenie byłoby absurdalne i w żaden sposób nie prowadziłoby do oceny walorów samych technik, uniemożliwiając tym samym wybór oferty

najkorzystniejszej w postępowaniu, którego przedmiotem jest audyt organizacyjny i wdrożenie usprawnień zarządczych w sytuacji, gdy zamawiający za bardzo istotne (60 pkt.) uznał to, aby ocenić, jak będzie świadczona usługa w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie składu orzekającego Izby sformułowanie „ogólny opis sposobu przeprowadzania coachingu” stanowi odzwierciedlenie niedosytu informacji na temat samej techniki, co spowodowało, że oceniający obniżył ocenę. Innymi słowy, informacje zawarte w opisie dostarczyły na temat techniki takiej wiedzy, która uzasadniała przyznanie punktów w wymiarze uwidocznionym w karcie indywidualnej oceny.

Tożsame jest stanowisko składu orzekającego Izby odnośnie oceny przez Panią Monikę G. metody „coaching / mini warsztaty”, która posłużyła się znaczeniowo bardzo zbliżonym sformułowaniem, tj. „brak tu jednak szczegółowego jego opisu”.

Tożsame jest stanowisko składu orzekającego Izby odnośnie oceny przez Pana Marcina G. i Panią Dorotę Z. metody „konsultacje tematyczne”, w przypadku której osoba ta posłużyła się znaczeniowo bardzo zbliżonym sformułowaniem, tj. „zbyt ogólny opis” oraz „częściowo opisane”.

Tożsame jest stanowisko składu orzekającego Izby odnośnie oceny przez Panią Monikę G. w kryterium 1.3. techniki „studium przypadku” oraz „prowokowanie dyskusji”, w przypadku, których osoba ta posłużyła się sformułowaniem „opis nieco zbyt ogólny” oraz „zbyt ogólnikowy opis”.

Tożsame jest stanowisko składu orzekającego Izby odnośnie oceny przez Pana Marcina G. w kryterium 1.6. techniki „prowokowanie dyskusji”, w przypadku której osoba ta posłużyła się sformułowaniem „zbyt ogólny opis”.

Skład orzekający Izby nie podziela stanowiska odwołującego co do tego, że samo zaliczenie formy coachingu / mini warsztatów do form standardowych winno automatycznie prowadzić do wniosku, że jest to forma przydatna dla zwiększenia efektywności audytu, ponieważ, wobec braku jakichkolwiek zewnętrznych regulacji w tym zakresie oraz braku zdefiniowania tej formy przez zamawiającego w postanowieniach SIWZ, sama klasyfikacja formy może nastąpić na podstawie pewnej ogólnej wiedzy co zwykle „w branży” uznaje się za taką formę, co jednak nie wyklucza odmiennego rozumienia tego terminu przez odwołującego, a tym samym nie pozwala z całą pewnością przyjąć, że sposób rozumienia tej formy przez odwołującego zapewnia, że forma ta będzie przydatna dla zwiększenia efektywności audytu.

Odnosząc się do zarzutu oceny przez Pana Marcina G. metody „udział we wdrożeniu” z zastosowaniem nieprzewidzianego w SIWZ kryterium, tj. „obiektywność formy aktywnego zaangażowania”, skład orzekający Izby stwierdza, że w jego ocenie obiektywność (lub jej

brak) zastosowanej metody może być oceniana w ramach przydatności dla zwiększenia efektywności audytu, co akceptuje sam odwołujący, nie wnosząc zastrzeżeń do oceny tej metody dokonanej przez Panią Monikę G., która oceniła obiektywność tej metody jedynie inaczej formułując myśl, tj. za pomocą następujących słów: „analizy dodatkowe dokonywane przez doradców jako faktyczna realizacja zadań związanych z procesem wdrażania zmian, są w pewnym sensie ocenianiem samego siebie”.

Odnosząc się do zarzutu oceny przez Pana Krzysztofa D. metody „udział we wdrożeniu” z zastosowaniem nieprzewidzianego w SIWZ kryterium, tj. oceny metody pod kątem podejścia systemowego, skład orzekający Izby stwierdza, że w jego ocenie taki element może być oceniany w ramach przydatności dla zwiększenia efektywności audytu skoro, co podnosił przystępujący Deloitte Business Consulting S.A. w piśmie procesowym z dnia 09.08.2010 r., zasadnie można przyjąć, że zamawiający nie wskazując na jednostki, których mają dotyczyć opisywane metody, miał na myśli wszystkie urzędy objęte etapem II.

Argument odwołującego, iż „nawet gdyby przyjąć, że według specyfikacji podejście jednostkowe nie jest optymalne, Odwołujący się w tej technice wyraźnie w opisie techniki wskazał, że udział doradców będzie opierał się na zdefiniowanych pakietach doradczych” (pkt 2.2. zdanie przedostatnie odwołania) traci na znaczeniu w sytuacji, gdy odwołujący nie wniósł zastrzeżeń do oceny tej metody dokonanej przez Panią Dorotę Z., która oceniła systemowy walor metody jedynie inaczej formułując myśl, tj. za pomocą następujących słów: „może grozić brakiem jednolitych rozwiązań dla całej grupy urzędów”.

W kryterium 1.3. - sposób przeprowadzania wywiadu grupowego w etapie I zamawiający nie wskazał wprost, jak uczynił to w kryterium 1.2, co będzie oceniane, ale przewidział, że „przy ocenie przedstawionego przez wykonawcę opisu propozycji będzie brana pod uwagę w szczególności „przydatność zaproponowanych technik do pozyskania rzeczywistego zaangażowania uczestników w wywiady grupowe oraz do pokonywania oporów przed współpracą z prowadzącymi wywiady grupowe w zakresie projektu”, co w ocenie składu orzekającego Izby pozwala przyjąć, że poprzez takie postanowienie SIWZ zamawiający zapewnił sobie możliwość nie tylko oceny „przydatności zaproponowanych technik do pozyskania rzeczywistego zaangażowania uczestników w wywiady grupowe oraz do pokonywania oporów przed współpracą z prowadzącymi wywiady grupowe w zakresie projektu, ale także innych jeszcze elementów.

Taki sposób oceny w kryterium 1.3. zaaprobowali wszyscy wykonawcy biorący udział w przedmiotowym postępowaniu.

W kryterium 1.3. - sposób przeprowadzania wywiadu grupowego w etapie I odwołujący zakwestionował ocenę wszystkich czterech oceniających członków komisji przetargowej, przy czym w doniesieniu do jednego z członków komisji (Pani Monika G.)

wniósł zastrzeżenia do oceny wszystkich trzech technik do pozyskiwania rzeczywistego zaangażowania uczestników w wywiady grupowe, jakie odwołujący zaproponował w swojej ofercie, a w odniesieniu do pozostałych trzech członków komisji wniósł zastrzeżenia do oceny jednej (dwaj członkowie komisji) lub dwóch (jeden członek komisji) z tych technik.

We wskazanym kryterium odwołujący w odniesieniu do techniki "demonstracja - studium przypadku" nie zakwestionował przyznania przez Pana Krzysztofa D. oraz Panią Dorotę Z. punktów w liczbie „3”, co w ocenie składu orzekającego Izby pozwala przyjąć, że odwołujący nie kwestionuje samego faktu, że uprawniona jest ocena tej techniki w takim wymiarze punktowym.

We wskazanym kryterium odwołujący w odniesieniu do techniki "prowokowanie dyskusji" nie zakwestionował także przyznania przez Pana Krzysztofa D. punktów w liczbie „3”, co w ocenie składu orzekającego Izby pozwala przyjąć, że odwołujący nie kwestionuje samego faktu, że uprawniona jest ocena tej techniki w takim wymiarze punktowym.

Odnosząc się do zarzutu oceny przez Pana Marcina G. techniki „ćwiczenia wprowadzające / aktywizujące” z zastosowaniem nieprzewidzianego w SIWZ kryterium, tj. pod kątem dostosowania do grypy osób skład orzekający Izby stwierdza (Pan Marcin G. użył sformułowania: „sposób przeprowadzania ćwiczeń nie jest dostosowany do grupy”), że w jego ocenie dostosowanie zaproponowanej przez odwołującego techniki może być oceniane w ramach przewidzianej do uwzględnienia przy ocenie „przydatności zaproponowanych technik do pozyskania rzeczywistego zaangażowania uczestników w wywiady grupowe oraz pokonywania oporów przed współpracą z prowadzącymi wywiady grupowe z zakresu projektu, ponieważ nie sposób nie uznać ścisłego związku pomiędzy przydatnością techniki z jej dopasowaniem do kręgu adresatów. W sytuacji zatem, gdy osobami biorącymi udział w wywiadach grupowych mają być pracownicy administracji, nie uwzględnienie specyfiki tej grupy musi wpływać (in minus) na ocenę przydatności proponowanej techniki.

Tożsame jest stanowisko składu orzekającego Izby odnośnie oceny tej techniki przez Pana Krzysztofa D. i Panią Dorotę Z., którzy posłużyli się znaczeniowo bardzo zbliżonym sformułowaniem, tj. „nieadekwatne w aspekcie grupy docelowej”, „niedostosowane do grupy docelowej”.

Skład orzekający Izby nie stwierdził w uzasadnieniu Pani Moniki G. w kryterium 1.3. w odniesieniu do techniki „ćwiczenia wprowadzające / aktywizujące” sformułowania „nie były one dostosowane do grupy docelowej” lub znaczeniowo zbliżonego, co stanowiło podstawę zarzutu odwołującego.

Odnosząc się do zarzutu oceny przez Pana Krzysztofa D. techniki „prowokowanie dyskusji” z zastosowaniem nieprzewidzianego w SIWZ kryterium, o czym zdaniem odwołującego świadczy użycie sformułowania: „opis niezbyt zachęcający” skład orzekający Izby stwierdza, że w jego ocenie stanowi to odzwierciedlenie - wobec wcześniejszej oceny techniki jako właściwej - niedosytu informacji na temat samej techniki, co spowodowało, że oceniający obniżył ocenę. Innymi słowy, informacje zawarte w opisie dostarczyły na temat techniki takiej wiedzy, która uzasadniała przyznanie punktów w wymiarze uwidocznionym w karcie indywidualnej oceny.

W kryterium 1.6. - rozszerzenie narzędzia / metodyki / matrycy analitycznej zamawiający nie wskazał wprost co będzie oceniane jak uczynił to w kryterium 1.2., ale przewidział, podobnie jak w kryterium 1.3., że „przy ocenie przedstawionego przez wykonawcę opisu propozycji będą brane pod uwagę w szczególności propozycje, które pozwolą na pogłębienie zakresu audytu ponad minimum określone w OPZ” (opisie przedmiotu zamówienia), co w ocenie składu orzekającego Izby pozwala przyjąć, że poprzez takie postanowienie SIWZ zamawiający zapewnił sobie możliwość nie tylko oceny tego, czy propozycje wykonawców pozwolą na pogłębienie zakresu audytu ponad minimum określone w OPZ, ale także innych jeszcze elementów.

Taki sposób oceny w kryterium 1.6. zaaprobowali wszyscy wykonawcy biorący udział w przedmiotowym postępowaniu.

W kryterium 1.6. - rozszerzenie narzędzia / metodyki / matrycy analitycznej odwołujący zakwestionował ocenę jednego z członków komisji (Pan Krzysztof D.) w odniesieniu do jednej z propozycji rozszerzenia, jaką odwołujący zawarł w swojej ofercie.

We wskazanym kryterium odwołujący w odniesieniu do propozycji narzędzi / metodyki / matrycy „karta podziału odpowiedzialności w procesie” nie zakwestionował przyznania przez Panią Monikę G. punktów w liczbie „1”, co w ocenie składu orzekającego Izby pozwala przyjąć, że odwołujący nie kwestionuje samego faktu, że uprawniona jest ocena tej techniki w takim wymiarze punktowym.

Odnosząc się do zarzutu oceny przez Pana Krzysztofa D. propozycji „karta podziału odpowiedzialności”, w przypadku której osoba oceniająca nie zastosowała kryteriów oceny określonych w SIWZ, o czym zdaniem odwołującego świadczy użycie sformułowania „podział odpowiedzialności pozostawia jednak nieco do życzenia” skład orzekający Izby stwierdza, że w tym przypadku oceniający skorzystał z zakresu swobody, jaka wynikała z użycia w sposobie oceny ofert w kryterium 1.6. zwrotu „w szczególności”.

Generalnie - w odniesieniu do kryterium 1.3. i 1.6. nie sposób także wykluczyć, że osoby oceniająca w każdym z kwestionowanych przypadków skorzystały z zakresu swobody, jaka wynikała z użycia w sposobie oceny ofert w tych kryteriach zwrotu „w szczególności”.

Wobec powyższego skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut niezasadnego utajnienia uzasadnienia oceny oferty najkorzystniejszej, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp potwierdził się.

Jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp) może zostać ograniczona tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 8 ust. 2 ustawy Pzp). Takim wyjątkiem ograniczającym dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego jest przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zakazujący ujawniać informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszyscy wykonawcy zastrzegli jako tajemnicę przedsiębiorstwa te części ofert, które stanowić miały podstawę przyznania punktów we wszystkich tzw. kryteriach niemierzalnych (znaczenie 60%), które obok ceny (40%) decydować miały o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący nie kwestionuje zasadności zastrzeżenia niektórych części oferty najkorzystniejszej, ale kwestionuje zasadność utajnienia uzasadnienia oceny tej oferty w oparciu o zastrzeżoną część oferty, podnosząc w odwołaniu, że przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp „nie obejmuje swoim zakresem dokumentów wytworzonych przez zamawiającego w oparciu o treść zastrzeżonych materiałów” (str. 11).

W ocenie składu orzekającego Izby argument nie uzasadnia jednak twierdzenia, że zamawiający powinien ujawnić uzasadnienie oceny oferty, dokonanej na podstawie tej jej części, która skutecznie została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W ocenie składu orzekającego Izby niedopuszczalne jest przyjęcie stanowiska, że ustawodawca przyznał wykonawcom w przepisie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp prawo zastrzegania niektórych informacji zawartych w ofercie jako niepodlegających udostępnieniu na etapie całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przy jednoczesnym zwolnieniu zamawiającego z obowiązku udostępnienia tych informacji o ile tylko informacje te zostały przez osoby występujące po stronie zamawiającego (członków komisji przetargowej) „przetworzone”.

W ocenie składu orzekającego Izby zaakceptowanie takiego stanowiska oznaczałoby w istocie brak ochrony informacji objętych przez wykonawców tajemnicą przedsiębiorstwa poczynawszy do momentu ujawnienia protokołu postępowania wraz z załącznikami (ZP-20).

Fakt, że ustawa nie narzuca członkom komisji przetargowej żadnych zakazów, ograniczeń, a nawet nie daje wskazówek co do sposobu wyrażania ocen w kartach indywidualnej oceny jest w ocenie składu orzekającego konsekwencją przewidzenia przez ustawodawcę możliwości wystąpienia przypadków, w których konieczna będzie dalsza ochrona informacji, uprzednio skutecznie zastrzeżonych w złożonych przez wykonawców ofertach.

Bez wątplenia ocena każdej oferty z zastosowaniem ustanowionych w SIWZ kryteriów musi znajdować oparcie w treści oferty, w konsekwencji czego uzasadnienie oceny oferty może zawierać (brak zakazu ustawowego, o czym była mowa powyżej) odniesienia do zawartości (treści) zastrzeżonej części oferty.

Porównując treść oferty najkorzystniejszej z treścią uzasadnienia oceny tej oferty dokonanej przez poszczególnych członków komisji przetargowej w poszczególnych kryteriach skład orzekający Izby stwierdził przypadki, w których uzasadnienia te zawierają odniesienia do treści zastrzeżonej części oferty najkorzystniejszej wprost, poprzez wskazanie propozycji wykonawcy, którego oferta była oceniana (np. karta indywidualnej oceny Pana Marcina G. - kryterium 1.2. pkt 1 i 2), jak i przypadki tej oceny pośrednio wskazujące na treść oferty - w których w sposób pośredni treść uzasadnienia dostarcza informacji na temat samej propozycji (karta indywidualnej oceny Pana Marcina G. - kryterium 1.2.pkt 3).

Skład orzekający Izby stwierdził wreszcie przypadki, w których treść uzasadnienia nie dostarcza żadnych informacji na temat ocenianej propozycji (np. karta indywidualnej oceny Pana Marcina G. - kryterium 1.5. pkt 3b).

W ocenie składu orzekającego Izby w każdym przypadku, w którym treść uzasadnienia oceny oferty nie zawiera odniesienia do treści zastrzeżonej części oferty najkorzystniejszej w sposób bezpośredni lub pośredni, uzasadnienie to winno zostać ujawnione, ponieważ nie zachodzi w takiej sytuacji niebezpieczeństwo poznania informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa.

Uzasadnienia oceny oferty wykonawcy Deloitte Business Consulting S.A. znajdujące się w kartach indywidualnej oceny ofert członków komisji przetargowej zawierają przypadki, w których treść uzasadnienia nie dostarcza żadnych informacji na temat ocenianej propozycji, wobec czego skład orzekający Izby uznał, że zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, nie ujawniając tych części uzasadnień.

Pomimo potwierdzenia się zarzutu niezasadnego utajnienia niektórych fragmentów uzasadnień w kartach indywidualnej oceny członków komisji przetargowej skład orzekający Izby nie uwzględnił odwołania, uznając że naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp oceny oferty nie miało i nie może w tym przypadku mieć wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp), ponieważ w ocenie składu orzekającego Izby wyrywkowa jedynie znajomość treści, bardzo zresztą skąpych w przedmiotowym postępowaniu, uzasadnień oceny oferty Deloitte Business Consulting S.A. bez znajomości treści tej oferty była i będzie całkowicie nieprzydatna z punktu widzenia możliwości weryfikacji przez odwołującego (i innych wykonawców) zasadności przyznanej tej ofercie liczby punktów w kryteriach niemierzalnych. Ewentualna zmiana wyniku postępowania może być w takim przypadku jedynie następstwem dopuszczenia do ponownego badania i oceny ofert innych wykonawców (w następstwie składanych przez nich odwołań - sprawy o sygn. akt: KIO 1557/10, KIO 1564/10), nie zaś znajomości uzasadnień oceny oferty Deloitte Business Consulting S.A.

Z punktu widzenia możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia przez odwołującego oznacza to w szczególności, że czynność ponownego badania i oceny ofert nie może doprowadzić do zmiany pozycji oferty odwołującego względem oferty Deloitte Business Consulting S.A., tj. pozycja oferty odwołującego będzie niższa niż oferty Deloitte Business Consulting S.A.

Wobec powyższego oraz w konsekwencji nie potwierdzenia się zarzutu oceny oferty odwołującego w oparciu o kryteria, które nie zostały przewidziane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia / z pominięciem kryteriów tam przewidzianych skład orzekający Izby nie uwzględnił odwołania.

sygn. akt: KIO 1564/10

W tym samym postępowaniu odwołanie wobec czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, odrzucenia złożonej oferty oraz wyłączenia zakazu ujawniania treści ofert pozostałych wykonawców złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Accreo Taxand Sp. z o.o. oraz KANTOR Doradcy w Zarządzaniu Sp. z o.o. (dalej „konsorcjum”), zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez błędne jego zastosowanie, a także naruszenie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie jego zastosowania, a nadto art. 8 w związku z art. 93 ust. 3 ustawy Pzp, wnosząc o:

1. unieważnienie decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty wraz z decyzją o odrzuceniu oferty konsorcjum z przedmiotowego postępowania,
2. wyłączenie zakazu ujawniania treści ofert pozostałych wykonawców i nakazania zamawiającemu udostępnienia treści tych ofert oraz udostępnienia treści protokołu postępowania wraz z załącznikami i uzasadnieniem punktacji przyznanej poszczególnym wykonawcom w kryteriach merytorycznych,
3. nakazanie zamawiającemu dokonania powtórnego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty konsorcjum.

Odwołujące się konsorcjum podało, że zamawiający odrzucił jego ofertę na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, zarzucając, że:

1. na stronie 1, za realizację części 2, Etapu I, o której mowa w § 2 ust. 2 pkt 1 lit. b) wzoru umowy wskazał kwotę 269.000,00 złotych netto, tj. 382.000,00 złote brutto,
2. na stronie 1, za realizację części 2, Etapu I, o której mowa w § 2 ust. 2 pkt 1 lit. d) wzoru umowy wskazał kwotę 269.000,00 złotych netto, tj. 382.000,00 złote brutto,
3. na stronie 2, w tabeli nie wskazał ceny jednostkowej netto w zł za jedną godzinę doradztwa

i wskazując, że uniemożliwia to zamawiającemu określenie jaka jest prawidłowa wartość łączna brutto za realizację Etapu II przedmiotu zamówienia, a także jaka jest prawidłowa kwota ogółem brutto za realizację całego przedmiotu zamówienia.

Jako podstawę prawną swojej decyzji Zamawiający wskazał art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy PZP. Powyższe stanowi jedyną podstawę prawną i faktyczną odrzucenia oferty Odwołującego.

Konsorcjum podniosło, że zamawiający nie uwzględnił regulacji art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, wynikającej z nowelizacji przepisów o zamówieniach publicznych, która weszła w życie w dniu 24 października 2008 r., powołując się na obszerne fragmenty publikacji „Prawo Zamówień Publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r.” pod redakcją Jacka Sadowego (Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2008).

Zdaniem odwołującego się konsorcjum zarzut zamawiającego sprowadza się do tego, że w lit. b) i d) formularza ofertowego kwota brutto nie jest wartością kwoty netto powiększonej o wartość podatku VAT według stawki 22%, gdyż $269.000 + 22\% = 328.180$ zł, a nie jak podał Odwołujący: 382.180 zł oraz do tego, że w tabeli lit. g) formularza ofertowego nie podano ceny netto za jedną godzinę doradztwa, a zamawiający nie potrafi jej samodzielnie obliczyć na podstawie wartości łącznej brutto i podanej przez niego szacunkowej liczby godzin doradztwa.

Konsorcjum wskazało, że podana przez nie w lit. b) i d) formularza ofertowego cena nie zawiera błędu w jej obliczeniu w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp, a co

najwyżej omyłkę pisarską, rachunkową lub inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującą jednak istotnych zmian w treści oferty, tj. omyłkę, która podlega poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Konsorcjum podało, że zamawiający wyraźnie opisał w pkt. 2. rozdziału XII SIWZ, iż cena ofertowa brutto winna stanowić sumę kwot brutto za realizację poszczególnych części zamówienia, a nadto w formularzu ofertowym, że żąda podania ceny ofertowej za całość zamówienia jedynie w wartości brutto, co zdaniem konsorcjum oznacza, że zamawiający powinien wiedzieć, w jaki sposób należy dokonać poprawienia treści oferty odwołującego się konsorcjum - do podanej kwoty netto dodać należy prawidłowo przyjętą przez konsorcjum stawkę podatku od towarów i usług VAT i w ten sposób obliczyć wartość oferty w danej części, uwzględniając konsekwencje dokonanych obliczeń (działanie matematyczne winno odbyć się według wzoru: $x * 1,22 =$ wartość oferty w danej części); tak obliczone wartości brutto poszczególnych części należy zsumować, uzyskując w ten sposób wartość całej oferty brutto.

Jednocześnie konsorcjum zastrzegło, że jeżeli zamawiający uważa, że prawidłowego obliczenia wartości jego oferty należy dokonać według innego wzoru matematycznego, to dopuszcza taką możliwość i wyraża zgodę na tak dokonane poprawki.

Wyraził zdziwienie, że w analogicznej sytuacji zamawiający poprawił omyłki rachunkowe w ofercie Accenture Sp. z o.o.

Odnosząc się do sposobu podania ceny netto za jedną godzinę doradztwa odwołujące się konsorcjum stwierdziło, że cena ta jest podana, tyle tylko, że w nieodpowiedniej kolumnie, tj. zamiast w kolumnie pierwszej wpisano ją w kolumnę czwartą, gdzie wykonawcy mieli wpisać iloczyn stawki godzinowej i maksymalnej liczby godzin doradztwa.

Konsorcjum wyjaśniło, że podało w kolumnie czwartej cenę netto za godzinę w kwocie 150 złotych. Podniosło, że niezależnie jednak od tego wywnioskowanie ceny netto i brutto za stawkę godzinową doradztwa jest możliwe w oparciu o treść oferty - jeżeli bowiem łączna wartość brutto w tabeli w punkcie g) formularza ofertowego wynosi 1.372.500,00 złotych, a do przeprowadzenia jest maksymalnie 7500 godzin doradztwa, to oczywistym jest, że stawka za jedną godzinę doradztwa brutto wynosi 183 złote, a netto 150 złotych, co wynika z następujących wzorów matematycznych: $1.372.500,00$ złotych brutto / 7500 godzin = 183 złote brutto, 183 złote brutto - $22\% = 150$ złotych netto.

Odnosnie zarzutu zaniechania ujawniania treści ofert pozostałych wykonawców odwołujące się konsorcjum podało, że praktycznie wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu zastrzegli w określonych częściach tajność swoich ofert.

Podniosło, powołując się na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. (III CZP 74/05), iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający obowiązany jest zbadać skuteczność dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających z SIWZ, a następstwem stwierdzenia bezskuteczności takiego zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.

W ocenie odwołującego się konsorcjum oznacza to, że zamawiający winien ocenić, czy były podstawy prawne dla utajnienia ofert w zakresie wykazu personelu przewidzianego do realizacji zamówienia, wykazu doświadczenia wraz z referencjami, czy w szczególności opisów zaoferowanych rozwiązań merytorycznych.

W ocenie konsorcjum uzasadniające zastrzeżenie oferty trzy elementy (1. Wiadomości podane są nieujawnione do wiadomości publicznej, 2. Wiadomości stanowią informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, 3. Wykonawcy podjęli skutecznie niezbędne działania w celu zachowania ich poufności) nie występują łącznie w przypadku dokumentów utajnionych przez konkurentów w przedmiotowym postępowaniu, a z całą pewnością, nie podjęli oni żadnych, tym bardziej skutecznych działań, aby powyższą okoliczność wykazać, czy udowodnić, ponieważ - zdaniem konsorcjum - samo oświadczenie, tzw. „klauzula tajności”, jest niewystarczające dla uznania, że działanie konkurentów było uprawnione.

Odwołujące się konsorcjum podniosło, że w przedmiotowym postępowaniu jest to kwestia tym bardziej ważna, że aż 60% kryteriów oceny ofert stanowią kryteria niemierzalne i niepoliczalne obiektywnym wzorem matematycznym czy tabelą punktów, ponieważ poza ceną, pozostałe kryteria oceniane są na podstawie indywidualnych ocen członków komisji przetargowej opisów zaoferowanych rozwiązań merytorycznych, oceniając, że nie ma praktycznie żadnego obiektywnego kryterium, które jednoznacznie uzasadniałoby dlaczego dany członek komisji przetargowej zdecydował się przyznać za dane rozwiązanie określoną liczbę punktów, dokładnie taką, a nie inną.

Konsorcjum podniosło, że nawet protokół postępowania został przez zamawiającego w tym zakresie utajniony, więc praktycznie całość badania i oceny ofert odbywa się poza wszelką kontrolą wykonawców.

Mając zaś na uwadze, że kryteria oceny ofert, to: cena - 40%, a kryteria nieobiektywne - 60%, odwołujące się konsorcjum uznało, że zamawiający może swobodnie wybrać ofertę tego wykonawcy, którego chce, a nie tego, który złożył najkorzystniejszą ofertę, ponieważ zawsze bowiem można „uznać” że dana oferta winna otrzymać określoną liczbę punktów, a inna nie - uzasadnienie jest kwestią wtórną.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz stanowisk odwołującego i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby zaliczył w poczet materiału dowodowego i przeprowadził dowód z następujących dokumentów: specyfikacji istotnych warunków zamówienia, opracowanej przez zamawiającego (SIWZ), pisma zamawiającego z dnia 14.07.2010 r. (Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, sygn. BDG-834-16(24)/10;PN/15/10), ofert złożonych w tym postępowaniu, odwołania konsorcjum Accreo Taxand Sp. z o.o., Kantor Doradcy w Zarządzaniu Sp. z o.o. z dnia 23.07.2010 r., przystąpienia oraz pisma procesowego Deloitte Business Consulting S.A. odpowiednio z dnia 29.07.2010 r., i 09.08.2010 r.

Zgodnie z oświadczeniem złożonym przez pełnomocnika przystępującego na rozprawie skład orzekający Izby, jako stanowisko i argumentację własną przystępującego przyjął treść odpowiedzi na odwołanie (pismo na druku Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, podpisane przez radcę prawnego Jolantę Pachówka) z dnia 10.08.2010 r. wraz z załącznikami (pisma z dnia 21.07.2010 r. oraz 22.07.2010 r. - udostępnienie dokumentacji postępowania odpowiednio wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego: Ernst & Young Business Advisory Sp. z o.o. i Wspólnicy Sp. k. (lider), HMR Doradztwo Strategiczne s.c. oraz Accreo Taxand Sp. z o.o., wezwań z dnia 21.06.2010 r. - znak pisma: BDG-834-16(15)/10;PN/15/10, BDG-834-16(16)/10;PN/15/10, BDG-834-16(17)/10;PN/15/10, BDG-834-16(18)/10;PN/15/10, odpowiedzi wzywanych wykonawców, tj. 1. Ernst & Young Business Advisory Sp. z o.o. i Wspólnicy Sp. k. (lider), HMR Doradztwo Strategiczne s.c. z dnia 24.06.2010 r., 2. PwC Polska Sp. z o.o., CZP Sp. z o.o., Case - Doradcy Sp. z o.o. z dnia 24.06.2010 r., 3. Accenture Sp. z o.o. z dnia 24.06.2010 r., 4. Deloitte Business Consulting S.A. z dnia 25.06.2010 r.).

Zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił:

Pismem z dnia 14.07.2010 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, wskazując trzy błędy w obliczeniu ceny, jakie zawiera ta oferta w formularzu ofertowym:

1. na stronie 1, za realizację części 2 etapu I, o której mowa w § 2 ust. 2 pkt 2 lit. b wzoru umowy, odwołujący wskazał kwotę netto 269 000 zł netto, tj. 382 180 zł brutto,

2. na stronie 1, za realizację części 4 etapu I, o której mowa w § 2 ust. 2 pkt 2 lit. d wzoru umowy, odwołujący wskazał kwotę netto 269 000 zł netto, tj. 382 180 zł brutto,
3. na stronie 2, w tabeli, odwołujący nie wskazał ceny jednostkowej netto w zł za jedną godzinę doradztwa.

Zamawiający podał także - w związku ze wskazanymi błędami - że nie jest w stanie określić, jaka jest prawidłowa wartość łączna brutto za realizacją etapu II przedmiotu zamówienia, a także jaka jest prawidłowa kwota ogółem brutto za realizację całego przedmiotu zamówienia.

Nadto podając rozumienie „oczywistej omyłki rachunkowej” jako widoczny, niezamierzony błąd rachunkowy, który polega na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego”, która musi być widoczna na pierwszy rzut oka, stwierdził, że nie istnieje możliwość poprawy oczywistej omyłki rachunkowej na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby ustalił, że na stronie 1 formularza ofertowego za realizację części 2 etapu I odwołujący wskazał kwotę 382 180 zł brutto, tj. 269 000 zł netto oraz za realizację części 4 etapu I kwotę 382 180 zł brutto, tj. 269 000 zł netto, a także oświadczył, że w kwocie ogółem brutto (za realizację całości przedmiotu zamówienia) wynoszącej 4 249 992 zł uwzględnił stawkę podatku VAT w wysokości 22% („w tym VAT 22%”).

Dodatkowo - w odniesieniu do etapu II - odwołujący raz jeszcze wskazał w kolumnie piątej („stawka VAT %”), że zastosował stawkę VAT w wysokości 22 %.

Odwołujący w formularzu ofertowym, zgodnie z budową formularza ofertowego, opracowaną przez zamawiającego, rozbił wskazaną kwotę za realizację całości przedmiotu zamówienia na następujące kwoty za poszczególne części etapu I oraz etap II i III:

- część 1 etapu I 429 440 zł brutto, tj. 352 000 zł netto,
- część 2 etapu I 382 180 zł brutto, tj. 269 000 zł netto,
- część 3 etapu I 1 084 580 zł brutto, tj. 889,000 zł netto,
- część 4 etapu I 382 180 zł brutto, tj. 269 000 zł netto,
- część 5 etapu I 443 592 zł brutto, tj. 363.600 zł netto,
- etap II 1 372 500 zł brutto, 150 zł netto,
- etap III 263 520 zł brutto, tj. 216 000 zł netto.

Wskazać należy, że w przepisie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp ustawodawca posłużył się pojęciami nieostrymi, w szczególności „oczywistej omyłki pisarskiej” i „oczywistej omyłki rachunkowej”, nie definiując jednocześnie tych pojęć w art. 2 ustawy Pzp, tworząc tym

samym normę o charakterze ocennym i dając wyraz temu, jak ważne są okoliczności konkretnej sprawy.

W ocenie składu orzekającego Izby dopuszczalne jest przyjęcie, że oczywisty charakter omyłki ma nie tylko taka omyłka, której identyfikacja możliwa jest bez dokonywania jakichkolwiek dodatkowych ustaleń, jak i taka omyłka, której identyfikacja wynika z zastosowania zasad matematyki i logiki.

W ocenie składu orzekającego Izby oczywistą omyłką pisarską jest w szczególności błąd, polegający na błędnej prezentacji poprawnego wyniku działania matematycznego.

Uwzględniając ustalenia tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że po pierwsze, do formularza ofertowego odwołującego wkradła się oczywista omyłka pisarska w postaci tzw. „czeskiego błędu”, polegającego na przestawieniu znaków w przypadku cen brutto za część 2 i część 4 etapu I, tj. zamiast 328 180 zł wpisano 382 180 zł, po drugie, do tabeli odnoszącej się do oferowanej ceny za etap II wkradła się oczywista omyłka pisarska, polegająca na wpisaniu liczby 150 w kolumnie czwartej (cena netto w zł za realizację całego etapu II) zamiast w kolumnie drugiej (cena jednostkowa netto w zł za jedną godzinę doradztwa).

W ocenie składu orzekającego Izby obie wskazane omyłki pisarskie zamawiający miał obowiązek poprawić na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do pierwszej ze wskazanych omyłek skład orzekający Izby wskazuje, że zamawiający, dysponując po pierwsze oświadczeniem wykonawcy, że ten zastosował przy obliczeniu ceny oferty za całość przedmiotu zamówienia stawkę podatku VAT w wysokości 22%, potwierdzonym przez prawidłowo wskazane kwoty netto i brutto w przypadku części 1, 3 i 5 etapu I oraz etapu II, po drugie dysponując wiedzą, że w przypadku takiej stawki kwota netto w wysokości 269 000 zł musi dać wynik kwoty brutto w wysokości 328 180 zł, nie powinien mieć żadnych wątpliwości, że nastąpiła omyłka pisarska w postaci tzw. „czeskiego błędu”, polegającego na przestawieniu znaków w przypadku cen brutto za część 2 i część 4 etapu I, tj. zamiast 328 180 zł wpisano 382 180 zł w sytuacji, gdy suma ceny brutto za wszystkie trzy etapy, po poprawieniu tych dwóch omyłek, jest kwotą wskazaną przez odwołującego za realizację całości przedmiotu zamówienia.

Innymi słowy, oczywistość omyłki odwołującego w tym przypadku polega na tym, że odwołujący błędnie zaprezentował poprawny wynik działania matematycznego, polegającego na przemnożeniu kwoty netto w wysokości 269 000 zł przez 1,22, tj. błędnie zaprezentował kwotę 328 180 zł, przestawiając miejscami dwie znajdujące się obok siebie cyfry, tj. cyfrę „2”

oraz cyfrę „8”, w konsekwencji omyłkowo wpisując do formularza ofertowego kwotę 382 180 zł.

Odnosząc się do drugiej ze wskazanych omyłek skład orzekający Izby wskazuje, że zamawiający po pierwsze, nie mogąc nie dysponować oczywistą wiedzą, wynikającą z uwzględnienia realiów aktualnego rynku usług doradczych, że trzycyfrowy poziom cenowy (150 zł) ewidentnie nie może być poziomem za jedną godzinę doradztwa, co oczywiście potwierdzają ceny ofertowe za jedną godzinę doradztwa w ramach etapu II pozostałych czterech wykonawców, którzy złożyli oferty w tym postępowaniu (ceny te wynosiły: 169,02 zł, 250,00 zł, 390,00 zł, 240,62 zł), po drugie dysponując wiedzą, że w kolumnie drugiej tabeli odnośnie etapu II odwołujący nie wskazał ceny netto za jedną godzinę, po trzecie, dysponując wiedzą, wynikającą z kolumny szóstej, że wartość łączna brutto za 7500 godzin wynosi 1 372 500 zł nie powinien mieć żadnych wątpliwości, że nastąpiła omyłka pisarska polegająca na wpisaniu liczby 150 w kolumnie czwartej (cena netto w zł za realizację całego etapu II) zamiast w kolumnie drugiej (cena jednostkowa netto w zł za jedną godzinę doradztwa) w sytuacji, gdy tylko taka wartość netto po uwzględnieniu wskazanej przez odwołującego zarówno w kolumnie piątej tabeli, jak i przy podaniu kwoty ogółem brutto za realizację całości przedmiotu zamówienia stawki podatku VAT w wysokości 22% daje wynik ceny łącznej za realizację etapu II w podanej przez odwołującego wysokości 1 372 500 zł, składającej się nadto, obok ceny za realizację I etapu (2 613 972 zł), jak i etapu II (263 520 zł), na łączną cenę ofertową brutto w wysokości 4 249 992 zł.

Innymi słowy, oczywistość omyłki odwołującego w tym przypadku polega na odrzuceniu niemożliwego do pogodzenia faktu, że odwołujący zażądał za 7500 godzin doradztwa wynagrodzenia w wysokości 150 zł netto przy jednoczesnym wskazaniu wynagrodzenia łącznego brutto za realizację etapu II w wysokości 1 372 500 zł (uwzględniającej 22% stawkę podatku VAT).

W pierwszej zatem kolejności zamawiający był zobowiązany do poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej, poprzez wpisanie liczby 150 w kolumnie drugiej tabeli (cena jednostkowa netto w zł za jedną godzinę doradztwa), w drugiej natomiast kolejności zamawiający winien był na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp dokonać poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie odwołującego, poprzez skreślenie liczby 150 z kolumny czwartej tabeli (cena netto w zł) i wpisaniu wyniku iloczynu kwoty 150 i liczby 7500 godzin doradztwa, zgodnie z opisem tej kolumny (cena jednostkowa netto w zł za jedną godzinę doradztwa razy szacunkowa liczba godzin doradztwa), tj. kwoty w wysokości 1 125 000 zł.

Wskazane powyżej sposoby poprawienia omyłek pisarskich i omyłki rachunkowej w formularzu cenowym oferty odwołującego w żaden sposób nie zmieniają ceny ofertowej brutto za realizację całości przedmiotu zamówienia (4 249 992 zł), ani też nie zmieniają cen ofertowych brutto za realizację etapu II i III (odpowiednio 1 372 500 zł i 263 520 zł).

Prawidłowość wskazanego sposobu poprawienia omyłki pisarskiej brutto za część 2 i część 4 etapu I potwierdza także wynik odejmowania sumy cen brutto za realizację etapu II i III od ceny ofertowej brutto za realizację całości przedmiotu zamówienia, stanowiący cenę brutto za realizację wszystkich części etapu I.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że zamawiający, odrzucając ofertę odwołującego w sytuacji istnienia obowiązku dokonania w tej ofercie poprawy oczywistych omyłek pisarskich i omyłki rachunkowej naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp,

Zarzut bezpodstawnego zaniechania przez zamawiającego ujawnienia treści ofert pozostałych czterech wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie potwierdził się.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie „wyłączenia zakazu ujawnienia treści ofert pozostałych wykonawców”, żądając jednocześnie poza „wyłączeniem zakazu ujawniania treści ofert odwołującemu” i „nakazaniem zamawiającemu udostępnienia treści tych ofert odwołującemu” także udostępnienia treści protokołu postępowania wraz z załącznikami i uzasadnieniem punktacji przyznanej poszczególnym wykonawcom w kryteriach merytorycznych” (str. 2 odwołania).

W uzasadnieniu postawionego zarzutu odwołujący stwierdził, że trzy okoliczności, których łączne wystąpienie uprawnia do zastrzeżenia w ofercie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie występują „w przypadku dokumentów utajnionych przez konkurentów w przedmiotowym postępowaniu” (str. 19 odwołania).

Odwołujący odniósł się wyłącznie do jednej z trzech okoliczności - podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji, tj. wskazał, że „samo oświadczenie, tzw. „klauzuli tajności”, jest niewystarczające dla uznania, że działania konkurentów były uprawnione oraz podkreślił ważkość w dostępie do treści ofert konkurentów w sytuacji, gdy w przedmiotowym postępowaniu aż 60% kryteriów oceny ofert stanowią kryteria niemierzalne.

Wskazał nadto, że skoro nawet protokół postępowania został przez zamawiającego utajniony w zakresie oceny opisów zaoferowanych rozwiązań merytorycznych, to praktycznie całość badania i oceny ofert odbywa się poza wszelką kontrolą wykonawców.

Na rozprawie odwołujący wniósł, wobec braku możliwości samodzielnego zbadania, aby skład orzekający Izby zbadał, czy w którejkolwiek z ofert nie zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje, które mogą być pozyskane w zwykłym i dozwolonym trybie.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący, na podstawie treści jawnych formularzy ofertowych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Ernst & Young Business Advisory Sp. z o.o. i Wspólnicy Sp. k., HMR Doradztwo Strategiczne s.c. oraz wykonawcy Deloitte Business Consulting S.A. mógł powziąć wiadomość, że jako tajemnica zostały zastrzeżone: w pierwszym przypadku: opis metodologii realizacji usługi oraz załączniki nr 1a do 1e, w drugim przypadku: aktualne informacje z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 - 8 ustawy Pzp odnośnie członków zarządu, informacje banku, w którym wykonawca posiada rachunek, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową, częściowo wykaz usług, częściowo dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług, wykaz osób, sposób współpracy z jednostki w trakcie etapu II, sposób przeprowadzania wywiadu grupowego w etapie I, część 2, techniki umożliwiające wypracowanie rekomendacji trzyletnich, wsparcie komunikacji pomiędzy jednostkami objętymi audytem, rozszerzenie narzędzia / metodyki / matrycy analitycznej.

Skład orzekający Izby ustalił, że w zastrzeżonych częściach ofert wykonawcy ci nie zamieścili żadnych innych informacji niż wskazane przez siebie w swoich formularzach ofertowych.

Powyższe ustalenia pozwoliły składowi orzekającemu Izby uznać, że o ile odwołujący stoi na stanowisku, że którakolwiek z tych informacji nie może - zgodnie z przepisami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - zostać zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, to winien w odwołaniu wskazać argumenty na jego potwierdzenie w zakresie tego, że nie stanowią one informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych lub innych posiadających wartość gospodarczą przedsiębiorstwa, czego nie uczynił (odwołujący ograniczył się do stwierdzenia, że trzy okoliczności, których łączne wystąpienie uprawnia do zastrzeżenia w ofercie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie występują „w przypadku dokumentów utajnionych przez konkurentów w przedmiotowym postępowaniu”).

Skład orzekający Izby ustalił także, na podstawie treści zastrzeżonych części ofert, że wykonawca Accenture Sp. z o.o. utajnił: wykaz usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, informację z banku oraz załączniki nr 1a do 1e, zaś wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: PwC Polska Sp. z o.o., Centrum Zamówień Publicznych Sp. z o.o., Case - Doracy Sp. z o.o. utajnili: wykaz usług

wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, wykaz osób, pisemne zobowiązania innych podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów oraz załączniki nr 1a do 1e.

Jedynymi zatem informacjami wobec, których odwołujący nie mógł podnieść żadnej argumentacji, ze względu na brak wiedzy (pewności) co do ich znajdowania się w ofercie konkurencji, są informacje zawarte w dokumencie: pisemne zobowiązania innych podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów.

W ocenie składu orzekającego Izby informacje te niewątpliwie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa podlegającą ustawowej ochronie w konsekwencji uznania - również przez samego odwołującego, że sam wykaz osób (brak argumentacji odwołującego wobec zastrzeżenia wykazu osób oraz fakt zastrzeżenia informacji o osobach, które będą realizować zamówienie przez odwołującego w swojej ofercie), które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia jest taką informacją. Bezsprzecznie informacje takie wymagają ochrony ze względu na potencjalne choćby próby „przejmowania pracowników” przez konkurentów.

Ochrona wykazu przy jednoczesnym dozwoleniu udostępnienia pisemnych zobowiązań osób doprowadziłaby do unicestwienia celu podstawowego zastrzeżenia, tj. zapobiegania osłabieniu zasobów kadrowych lub w zakresie współpracowników wykonawcy.

Argumentację przemawiającą za utajnieniem wykazów usług odwołujący mógł nadto poznać z treści jawnych części wyjaśnień, jakie złożyli konkurenci na wezwanie zamawiającego. Argumentację tam podniesioną skład orzekający Izby podziela.

Reasumując, wobec braku jakiegokolwiek argumentacji przemawiającej za uznaniem, że którakolwiek z informacji wskazanych w formularzach ofertowych wykonawców, które - z wyjątkiem pisemnych zobowiązań innych podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów, wyczerpywały zakres informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa także w przypadku pozostałych wykonawców oraz wobec uznania przez skład orzekający Izby, o czym była mowa powyżej, że zobowiązania te podlegają ochronie, skład orzekający Izby uznał, że brak jest podstaw do stwierdzenia, że w którejkolwiek z ofert konkurencyjnych dla odwołującego jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzeżono informacje, które nie stanowią informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych lub innych posiadających wartość gospodarczą dla przedsiębiorstwa

Analizując kwestię działań, jakie podjęli wykonawcy - konkurenci odwołującego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w celu zachowania poufności informacji, skład orzekający Izby w pierwszej kolejności stwierdza, że w Rozdziale X pkt 9 lit. a zamawiający zalecił, aby informacje zastrzeżone jako tajemnica

przedsiębiorstwa były przez wykonawcę złożone w oddzielnej (wewnętrznej) kopercie z oznakowaniem „tajemnica przedsiębiorstwa”.

Na podstawie oznaczenia kopert, w których złożono oferty skład orzekający Izby ustalił, że po wskazany przez zamawiającego sposób zachowania poufności informacji sięgnęli wszyscy wykonawcy, przekazując swoje oferty w dwóch odrębnych, zbindowanych częściach, z których część jawną zamieścili odrębnie od części zawierającej informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (w kopercie oznaczonej „tajemnica przedsiębiorstwa” lub „tajemnica przedsiębiorstwa nie udostępniać” - Deloitte Business Consulting S.A.).

Wykonawca Accenture Sp. z o.o. oznaczył dodatkowo pierwszą stronę zbindowanej części oferty zawierającą tajemnicę w następujący sposób: „tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 z późn. zm.).

Wykonawca PwC Polska Sp. z o.o., Centrum Zamówień Publicznych Sp. z o.o., Case - Doracy Sp. z o.o. zamieścił dodatkowo klauzulę „tajemnica przedsiębiorstwa” na pierwszej stronie zbindowanej części oferty zawierającą tajemnicę, zaś wykonawca Deloitte Business Consulting S.A. klauzulą taką opatrzył wszystkie strony części oferty zawierającej tajemnicę przedsiębiorstwa.

Powyższe sposoby oznakowania części oferty zawierającej informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa są w ocenie składu orzekającego wystarczające dla stwierdzenia, że wykonawcy podjęli skuteczne działania w celu zachowania poufności tych informacji, tj. w wystarczający sposób ujawnili swoją wolę w tej materii.

Stwierdzić należy, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie określają sposobu dokonania takiego zastrzeżenia, pozostawiając to decyzji wykonawcy, nie wykluczając jednocześnie możliwości uregulowania tej kwestii w postanowieniach SIWZ przez zamawiającego. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający zaproponował wykonawcom jeden z takich sposobów, który jest powszechnie stosowany i uznany w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Sposoby, po które sięgnęli wykonawcy w tym postępowaniu są skuteczne, o czym świadczy fakt, że żadnemu z wykonawców zamawiający nie udostępnił części ofert objętych klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”, co niewątpliwie było konsekwencją braku wątpliwości zamawiającego co do tego, które fragmenty ofert poszczególnych wykonawców należy chronić.

Sam odwołujący w stosunku do swojej oferty nie podjął dalej idących działań, ani też nie wskazał dlaczego samo opatrzenie części oferty „oświadczeniem” „klauzula tajności” nie jest wystarczające.

Reasumując, biorąc pod uwagę praktykę, w jaki sposób w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego skutecznie zastrzegane są przez wykonawców części

ofert zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa (tożsame z tymi, które wykonawcy zastosowali w tym postępowaniu), brak wymogów ustawowych w tym zakresie, przy jednoczesnym oczekiwaniu ustawodawcy, aby były to jedynie działania niezbędne, a także uwzględniając sposób działania samego odwołującego i jednocześnie brak z jego strony argumentów dlaczego sposoby zastosowane przez wykonawców w tym postępowaniu nie są wystarczające, skład orzekający Izby uznał, że brak jest podstaw do stwierdzenia, że którykolwiek z konkurentów odwołującego nie podjął w zakresie swojej oferty w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego niezbędnych działań w celu zachowania poufności niektórych informacji.

W związku z wnioskiem odwołującego, aby skład orzekający Izby zbadał, czy w którejkolwiek z ofert nie zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje, które mogą być pozyskane w zwykłym i dozwolonym trybie skład orzekający Izby stwierdza, że w zastrzeżonych przez jednego z konkurentów odwołującego wykazie usług znalazły się usługi zrealizowane na rzecz podmiotów, zawierających umowy na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i w związku z tym jawne (art. 139 ust. 3 ustawy Pzp), jednak z wyjaśnień tego wykonawcy, złożonych na wezwanie zamawiającego wynika, że ta część wykazu oraz referencji, które odnoszą się do wykonanych zamówień publicznych nie są objęte tajemnicą.

Odwołujący nie podnosił, że występował do zamawiającego o udostępnienie oferty tego wykonawcy w zakresie usług realizowanych w ramach zamówień publicznych i że nie została mu ona udostępniona, a z całą pewnością przedstawiciel odwołującego (Jakub Vogtt) w dniu 22.07.2010 r. miał dostęp do wyjaśnień tego wykonawcy, co wynika z dokumentu z tego właśnie dnia, w którym w poz. 4 wykazano udostępnienie tychże wyjaśnień, a osoba ze strony odwołującego dokument ten podpisała.

W zakresie pozostałych informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa skład orzekający Izby stwierdza, że nie dysponuje informacjami, ani jakimikolwiek dowodami, że zawarte w zastrzeżonych częściach ofert informacje zostały już uprzednio ujawnione do publicznej wiadomości, wobec czego nie może stwierdzić, że informacje te nie spełniają jednej z przesłanek warunkującej prawo wykonawcy do ich zastrzeżenia.

Brak jest w szczególności podstaw do podważenia prawdziwości oświadczeń złożonych przez poszczególnych wykonawców co do podejmowanych przez nich działań w zakresie „obchodzenia się” z dokumentacją lub nośnikami, zawierającymi informacje podlegające ochronie w ramach własnej struktury organizacyjnej, czy też podejmowanych w ramach procesów ofertowych, czy wreszcie w przypadku zawierania umów zawierających takie informacje (zachowanie poufności)

Skład orzekający Izby uznał, że odwołujący nie zarzucił zamawiającemu zaniechania udostępnienia protokołu postępowania, ponieważ po pierwsze, brak takiego zarzutu w tej części odwołania, która jednoznacznie wskazuje, co odwołujący odwołaniem obejmuje (wybór oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty odwołującego, zaniechanie wyłączenia zakazu ujawnienia treści pozostałych wykonawców), po drugie, w uzasadnieniu zarzutu zaniechanie wyłączenia zakazu ujawnienia treści pozostałych wykonawców odniesienia do protokołu stanowią jedynie dodatkową argumentację przemawiającą za koniecznością - zdaniem odwołującego - ujawnienia ofert konkurentów.

W tym stanie rzeczy skład orzekający Izby przyjął, że żądanie udostępnienia treści protokołu postępowania wraz z załącznikami i uzasadnieniem punktacji przyznanej poszczególnym wykonawcom w kryteriach merytorycznych jest jedynie żądaniem, będącym konsekwencją oczekiwanego ujawnienia wszystkich ofert złożonych przez konkurentów odwołującego.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że zamawiający zasadnie nie ujawnił treści ofert pozostałych czterech wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Biorąc jednak pod uwagę, że jeden z postawionych przez odwołującego zarzutów, tj. bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego potwierdził się, a poddanie oferty odwołującego ocenie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, poprzez wybór oferty odwołującego w miejsce wyboru innego wykonawcy, skład orzekający Izby uwzględnił odwołanie i nakazał zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Deloitte Business Consulting S.A., unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze, orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, a w przypadku sprawy o sygn. akt: KIO 1564/10 uwzględniając dodatkowo koszty odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 050,00 zł na podstawie przedłożonego rachunku, zgodnie z § 3 pkt 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:

.....