

Sygn. akt: KIO 864/17, KIO 872/17

WYROK

z dnia 17 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 maja 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A) w dniu 28 kwietnia 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **S. S.A.S. w N., (...), F. sp. z o.o. w W., B. sp. z o.o. w P., B. B. B. C. sp. z o.o. sp. k. w W.** (sygn. akt KIO 864/17),
- B) w dniu 2 maja 2017 r. przez wykonawcę **S. S.A. w P., (...)** (sygn. akt KIO 872/17)

w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w W.**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **T. sp. z o.o. w W.** oraz **K. & A. sp. z o.o. w W.**, zgłaszających przystąpienie do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 864/17, KIO 872/17 po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **S. S.A.S. w N., (...), F. sp. z o.o. w W., B. sp. z o.o. w P., B. B. B. C. sp. z o.o. sp. k. w W.**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 872/17 po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **S. S.A. w P., (...)**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 864/17 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 864/17 w części dotyczącej zaniechania czynności udostępnienia odwołującemu załączników do protokołu postępowania, w tym obejmujących protokoły z posiedzenia komisji przetargowej, z powodu uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego,**

2. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 864/17 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny ofert, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odtajnienie informacji złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **T. sp. z o.o. w W. oraz K. & A. sp. z o.o. w W.** tj. wykazu osób, wykazu dodatkowych osób (projektantów), wykazu osób (projektantów) zatrudnionych na stałe bezpośrednio u wykonawców, wizualizacji przystanków osobowych, zobowiązań do udostępnienia zasobów otrzymanych od podmiotów trzecich, zastrzeżonych części jednolitych europejskich dokumentów zamówienia,
3. umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 872/17 w części dotyczącej zaniechania podania uzasadnienia faktycznego w zakresie odmowy przyznania punktacji odwołującemu w kryterium „dodatkowe wsparcie kluczowego personelu zespołu projektowego” oraz części punktów w kryterium „wizualizacja dla wybranych przystanków osobowych” z powodu uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego,
4. umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 872/17 w części dotyczącej oceny oferty odwołującego w kryterium „wizualizacja dla wybranych przystanków osobowych” z powodu cofnięcia odwołania w tym zakresie,
5. w pozostałym zakresie oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 872/17,
6. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 864/17 obciąża w ½ **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w W.** zaś w ½ wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **T. sp. z o.o. w W. oraz K. & A. sp. z o.o. w W.** i:
 - 6.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **S. S.A.S. w N., (...), F. sp. z o.o. w W., B. sp. z o.o. w P., B. B. B. C. sp. z o.o. sp. k. w W.** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600 zł (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego,
 - 6.2. zasądza od **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w W.** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **S. S.A.S. w N., (...), F. sp. z o.o. w W., B. sp. z o.o. w P., B. B. B. C. sp. z o.o. sp. k. w W.** kwotę **9.300 zł 00 gr** (słownie: dziewięciu tysięcy trzystu złotych zero groszy),
 - 6.3. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **T. sp. z o.o. w W. oraz K. & A. sp. z o.o. w W.** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **S. S.A.S. w N., (...), F. sp. z o.o. w**

W., B. sp. z o.o. w P., B. B. B. C. sp. z o.o. sp. k. w W. kwotę **9.300 zł 00 gr** (słownie: dziewięciu tysięcy trzystu złotych zero groszy),

7. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 872/17 obciąża wykonawcę **S. S.A. w P., (...)** i:

7.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **S. S.A. w P., (...)** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego,

7.2. zasądza od wykonawcy **S. S.A. w P., (...)** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w W.** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w W. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „wykonanie dokumentacji projektowej oraz prowadzenie nadzoru autorskiego dla realizacji przebudowy linii średnicowej w W. w ramach projektu POLiŚ 5.1-13 pn: <Prace na linii średnicowej w W. na odcinku W. W. – W. Z.>”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 18 listopada 2016 r. nr 2016/S 223-407017.

21 kwietnia 2017 r. zamawiający zawiadomił wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia S. S.A.S. w N., (...), F. sp. z o.o. w W., B. sp. z o.o. w P., B. B. B. C. sp. z o.o. sp. k. w W., zwanych dalej „odwołującym S.” oraz wykonawcę S. S.A. w P., (...), zwanego dalej „odwołującego S.”, o odrzuceniu oferty odwołującego S., punktacji przyznanej ofercie odwołującego S. oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia T. sp. z o.o. w W. oraz K. & A. sp. z o.o. w W., zwanych dalej „przystępującym T.”. W dniu 28 kwietnia 2017 r. odwołujący S., zaś w dniu 2 maja 2017 r. odwołujący S. wnieśli odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Postępowania odwoławcze wywołane wniesionymi odwołaniami oznaczono odpowiednio sygn. akt KIO 864/17 oraz sygn. akt KIO 872/17.

Odwołujący S. wniósł odwołanie wobec:

- 1) czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) zaniechania czynności poprawienia w ofercie odwołującego S. omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ,
- 3) zaniechania czynności odtajnienia informacji złożonych przez przystępującego T. tj. wykazu osób, wykazu dodatkowych osób (projektantów), wykazu osób (projektantów) zatrudnionych na stałe bezpośrednio u wykonawców, wizualizacji przystanków osobowych, zobowiązań do udostępnienia zasobów otrzymanych od podmiotów trzecich, zastrzeżonych części jednolitych europejskich dokumentów zamówienia,
- 4) zaniechania czynności udostępnienia odwołującemu S. załączników do protokołu postępowania, w tym obejmujących protokoły z posiedzenia komisji przetargowej

Odwołujący S. zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego S. jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), mimo iż brak było przesłanek do zastosowania wskazanego przepisu;
- 2) art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego S. innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty odwołującego S.;
- 3) art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odtajnienia całości oferty przystępującego T., mimo iż zastrzeżone informacje nie spełniają przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a wykonawca nie wykazał zasadności dokonanego zastrzeżenia;
- 4) art. 96 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z § 4 ust. 1 i 5 rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dalej: „rozporządzenie w sprawie protokołu”, przez zaniechanie udostępnienia odwołującemu S. załączników do protokołu z postępowania obejmujących protokoły z posiedzenia komisji przetargowej;
- 5) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy) oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, a także inne przepisy wskazane lub wynikające z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący S. wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego S.;
- 2) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego S.;
- 3) ujawnienia zastrzeżonych części oferty przystępującego T.t, w zakresie, w jakim nie spełniają przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa;
- 4) udostępnienia odwołującemu S. załączników do protokołu z postępowania, w szczególności protokołów posiedzenia komisji przetargowej;
- 5) poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp omyłki w ofercie odwołującego S. w sposób wynikający z uzasadnienia odwołania;
- 6) dokonania powtórnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący S. podniósł, że odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp było całkowicie bezzasadne, bowiem w zaistniałym stanie faktycznym została spełniona przesłanka do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, a nie do odrzucenia oferty odwołującego. Wywiódł, że uchybienie po stronie odwołującego S. ma

charakter wyłącznie formalny, a w konsekwencji, w jego ocenie, nie zachodzą podstawy do stwierdzenia, że treść oferty jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Argumentował, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie z SIWZ, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Brak spełnienia wymogów formalnych, nieodnoszących się stricte do oferowanego przedmiotu zamówienia nie może skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący S. wywodził, że zgodnie z treścią wzoru formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do IDW wykonawca w pkt 4 był zobowiązany wskazać, za jaką cenę netto oraz cenę brutto zrealizuje przedmiotowe zamówienie, w tym wykonawca powinien był podać wynagrodzenie należne „z tytułu wykonania dokumentacji projektowej” oraz „z tytułu pełnienia nadzoru autorskiego”. W dalszej kolejności, w tabeli zawartej w formularzu ofertowym, należało wskazać „wartość prac projektowych (z decyzjami administracyjnymi) dla poszczególnych zakresów” prac z podziałem na 8 odcinków. W załączniku nr 1A do IDW (załącznik do formularza ofertowego) wykonawca zobowiązany był do wskazania wynagrodzenia za poszczególne zakresy prac obejmujące etap I - „wykonanie prac projektowych” oraz etap II - „udzielanie odpowiedzi na pytania oferentów na etapie przetargu na wyłonienie wykonawcy prac projektowych i robót budowlanych”. Odwołujący argumentował, że w treści złożonego formularza ofertowego wskazał wysokość wynagrodzenia przysługującego z tytułu wykonania dokumentacji projektowej (19 883 775,00 netto, 24 457 043, 25 zł brutto) oraz wynagrodzenia za pełnienie nadzoru autorskiego (1 015 000,00 zł netto, 1 248 450,00 brutto). W tabeli formularza ofertowego „wartość prac projektowych” (dotyczącej wynagrodzenia za poszczególne odcinki) odwołujący S. wskazał łączne wynagrodzenie za wykonanie dokumentacji projektowej oraz pełnienie nadzoru autorskiego - w odniesieniu do każdego z wyszczególnionych odcinków. Przedmiotowa kwestia była podstawą wystosowania przez zamawiającego wezwania na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, w którym zamawiający zwrócił się do odwołującego S. o wyjaśnienie, czy w ww. tabeli zostało uwzględnione zarówno wynagrodzenie za prace projektowe, jak i usługi z tytułu świadczenia nadzoru autorskiego. W odpowiedzi na tak sformułowane wezwanie, odwołujący potwierdził, że taka okoliczność miała miejsce.

Odwołujący S. wywodził, że pomiędzy stronami bezspornym jest, że w tabeli znajdującej się w formularzu ofertowym zawierającej podział prac z wyszczególnieniem na odcinki, odwołujący wskazał zamawiającemu wynagrodzenie łączne za wykonanie prac projektowych oraz za pełnienie nadzoru autorskiego. Zwracał jednak uwagę, że powyższe nie może być podstawą odrzucenia oferty odwołującego S., bowiem omyłka zaistniała przy wypełnianiu formularza nie ma charakteru istotnego, a zakres zobowiązania ofertowego

odwołującego S. w aspekcie merytorycznym odpowiada wymaganiom sformułowanym w SIWZ i gwarantuje realizację umowy zgodnie z jej postanowieniami.

Odwołujący S. argumentował, że podał ogólną wartość wynagrodzenia za prace projektowe i usługi związane z pełnieniem nadzoru autorskiego w związku z czym podział wynagrodzenia w ofercie odwołującego na te rodzaje prac jest jasny. Wynagrodzenie za wykonanie dokumentacji projektowej ma charakter ryczałtowy. Zaistniała w ofercie omyłka nie ma zatem wpływu na ocenę oferty pod kątem kryteriów sformułowanych w treści SIWZ, jak również na realizację przedmiotu umowy. Zamawiający w uzasadnieniu informacji o odrzuceniu oferty odwołującego S. wskazał co prawda, że kwoty z tabeli mają być przeniesione do umowy (§6 ust. 1 wzoru umowy), jednak wskazanie wysokości wynagrodzenia za prace projektowe z podziałem na odcinki nie będzie stanowić podstawy rozliczeń dokonywanych pomiędzy stronami. Wynika to w sposób jednoznaczny z omówionych poniżej postanowień SIWZ i przyszłej umowy.

Odwołujący S. wywiódł, że zgodnie z pkt 6 formularza ofertowego wykonawcy deklarowali realizację zadania według harmonogramu rzeczowo - finansowego. Przedmiotowy harmonogram rzeczowo - finansowy będzie stanowił podstawę do dokonywania rozliczeń pomiędzy stronami z tytułu realizacji prac obejmujących wykonywanie dokumentacji projektowej, na co wskazują postanowienia wzoru umowy, w tym:

§6 ust. 5 wzoru umowy (zasady rozliczeń)

„Płatność za wykonanie zobowiązań, o których mowa w ust. 1 pkt 1 nastąpi w drodze płatności częściowych zgodnie z harmonogramem rzeczowo - finansowym. ”

§6 ust. 11 wzoru umowy (zasady rozliczeń)

„Podstawą wystawienia przez Wykonawcę faktur częściowych dla wynagrodzenia z tytułu opracowania dokumentacji projektowej oraz faktury końcowej będą Protokoły Odbioru, o których mowa w 57 niniejszej Umowy, sporządzone dla etapów wyszczególnionych w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym, podpisane przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego. ”

§7 ust. 1 wzoru umowy (odbioru)

„Każdorazowo, przekazywanie dokumentacji stanowiącej przedmiot zamówienia będzie dokonywane w siedzibie Zamawiającego, w terminach określonych w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym (...)”

§13 ust. 5 wzoru umowy (rozwiązanie umowy)

„W protokole, o którym mowa w ust. 4, Strony określą prace wykonane przez Wykonawcę i odebrane przez Zamawiającego zgodnie z postanowieniami niniejszej Umowy. Wykonawcy przysługuje część wynagrodzenia za prace wykonane i odebrane przez Zamawiającego w kwocie odpowiadającej wynagrodzeniu za te prace - określone w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym”.

Odwołujący S. wywiódł także, że harmonogram rzeczowo - finansowy jest dokumentem zawierającym zestawienie stanowiące załącznik nr 2 do umowy, zawierający terminy wykonania poszczególnych części i rodzajów prac wchodzących w skład przedmiotu zamówienia wraz z ceną za te części i prace (§1 pkt 12 wzoru umowy). Co istotne, harmonogram rzeczowo - finansowy jest dokumentem odpowiadającym pod względem zawartych informacji załącznikowi nr 1a do formularza ofertowego (prace projektowe wskazane dla etapu I i etapu II), który został prawidłowo wypełniony przez odwołującego S., czego zamawiający nie kwestionował. Z treści dokumentacji przetargowej wynika zatem, że tabela zawarta w formularzu ofertowym o rozłożeniu wynagrodzenia za wykonanie prac projektowych na poszczególne odcinki ma charakter informacyjny i zasadniczo nie wpływa na realizację umowy, a w szczególności na zasady wzajemnych rozliczeń na etapie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Innymi słowy, kwoty prac projektowych przypadające na każdy z 8 odcinków w tabeli zawartej w formularzu ofertowym, mimo iż są transponowane do umowy, nie stanowią podstawy do dokonywania płatności, bowiem w przypadku wynagrodzenia obejmującego wykonanie dokumentacji projektowej podstawą do zapłaty wynagrodzenia, dokonywania odbiorów etc. jest harmonogram rzeczowo - finansowy.

Z informacji o odrzuceniu oferty odwołującego wynika, że zamawiający uznał, że formalny obowiązek wskazania wynagrodzenia za prace projektowe za poszczególne odcinki ma istotny wpływ na treść oferty. Biorąc jednak pod uwagę fakt, że wskazanie wynagrodzenia z podziałem na prace projektowe wykonywane na poszczególnych odcinkach nie ma znaczenia dla harmonogramu rzeczowo - finansowego (a tym samym dla zasad zapłaty wynagrodzenia) omyłka popełniona przez odwołującego S. pozostaje bez wpływu na zakres zobowiązania ofertowego odwołującego mającego wpływ na przedmiot zamówienia.

Odwołujący S. wskazywał, że w świetle postanowień dokumentacji przetargowej obowiązującej w postępowaniu, zmiana tabeli zawartej w formularzu ofertowym odwołującego S. w ten sposób, że odwołujący przedstawi w niej wyłącznie wartości prac projektowych nie będzie zmianą istotną. Wskazanie wartości prac projektowych z podziałem na 8 odcinków ma charakter pomocniczy i pozostaje bez wpływu na zasady zapłaty należnego wykonawcy wynagrodzenia, które będą dokonywane w oparciu o inny dokument - harmonogram rzeczowo - finansowy.

Zdaniem odwołującego S. nieuzasadnione są również wątpliwości podniesione w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego, iż zamawiający nie jest w stanie samodzielnie ustalić, jakie powinny być poprawne wartości wynagrodzenia prac projektowych dla poszczególnych odcinków. Prawidłową metodą było przyjęcie zasady proporcjonalności - w taki też sposób odwołujący S. dokonywał wyceny poszczególnych odcinków, określając dla każdej z pozycji tabeli odpowiednie (proporcjonalnie) wartości, co wynikało z ciężącego na

wykonawcy obowiązku określenia ceny w sposób adekwatny od przedmiotu zamówienia (art. 90 Pzp). Dla zamawiającego, który jest profesjonalistą oczywistym jest, że koszt nadzoru określany jest co do zasady jako określony procent (proporcja) wartości dokumentacji projektowej. Ta zasada wyceny przyjęta została między innymi w „Środowiskowych zasadach wyceny prac projektowych” Izby Projektowania Budowlanego. W niniejszej sprawie wynagrodzenie za prace projektowe (mające charakter ryczałtowy) było określane na podstawie udostępnionej przez zamawiającego dokumentacji postępowania, która określiła sztywne (procentowe) proporcje wynagrodzenia za poszczególne etapy (załącznik nr 1A do formularza ofertowego). Zamawiający, podobnie jak odwołujący, bazując na podstawie posiadanej wiedzy i doświadczeniu powinien przyjąć, że natężenie prac związanych z pełnieniem nadzorów na poszczególnych odcinkach (a więc także wynagrodzenie) będzie proporcjonalne do wynagrodzenia za prace projektowe na tych samych odcinkach. Wyliczenie przyjętej proporcji wynika z obliczenia matematycznego w ten sposób, że wartość netto prac projektowych zostanie przemnożona przez kwotę wykonania danego odcinka z tabeli formularza ofertowego oraz podzielona przez ogólną wartość wszystkich prac, tj. prac projektowych oraz nadzoru autorskiego. Odrzucenie oferty za jej niezgodność z wymaganiami z SIWZ powinna mieć miejsce dopiero w przypadku stwierdzenia jej nieusuwalnego charakteru. Tym samym, zamawiający przed podjęciem przedmiotowej czynności powinien sprawdzić, czy nie ma możliwości sanowania omyłki powodującej niezgodność oferty z SIWZ, a dopiero później zastosować ostateczną sankcję w postaci art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Niezależnie od powyższego, odwołujący S. podniósł, iż w związku z tym, że omyłka z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie musi mieć charakteru „oczywistego”, to zamawiający w przypadku zaistnienia wątpliwości co do sposobu poprawienia omyłki miał możliwość skierowania wezwania do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Uprzednio wystosowane do odwołującego wezwanie zawierało jedynie pytanie, czy wartości z tabeli obejmują dwa rodzaje prac, na co odwołujący odpowiedział - zgodnie z zakresem wezwania - w sposób twierdzący.

Co do zarzutu zaniechania odtajnienia oferty przystępującego T. odwołujący S. podniósł, że wnioskiem z 24 kwietnia 2017 r. wystąpił do zamawiającego o udostępnienie dokumentacji postępowania w tym oferty złożonej przez przystępującego T. W odpowiedzi na powyższy wniosek zamawiający odmówił 27 kwietnia 2017 r. udostępnienia niektórych dokumentów zawartych w ofercie, powołując się na okoliczność, że przystępujący T., zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje:

- a) dotyczące wykazu osób na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu,
- b) dokumentów podlegających punktacji w ramach ustalonych w pkt 19.7 SIWZ kryteriów oceny ofert - wykazu dodatkowych osób (projektantów), którymi dysponuje wykonawca, i

które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia jako wsparcie kluczowego personelu, wykazu osób (projektantów) z kluczowego personelu wskazanych do realizacji zamówienia zatrudnionych na stałe bezpośrednio u wykonawców, tj. w ramach bezterminowej umowy o pracę, jak również wizualizacji dla wybranych przystanków osobowych,

- c) zobowiązań do udostępniania zasobów otrzymanych od podmiotów trzecich,
- d) części lub całości jednolitych europejskich dokumentów zamówienia (JEDZ).

Odwołujący S. podniósł, że kwestionuje zasadność zastrzeżenia ww. informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, bowiem nie spełniają one przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 uznk. Wywiódł, że w celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest nie tylko wykazanie, iż dane informacje spełniają obiektywne przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, ale również - prawidłowe wykazanie tego faktu nie później niż w dniu składania ofert. Brak złożenia w ofercie uzasadnienia lub też złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia skutkować musi odtajnieniem przedmiotowych informacji. Obowiązek zbadania prawidłowości dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia spoczywa na zamawiającym.

W myśl art. 11 ust. 4 uznk 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. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- a) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
- b) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- c) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności oferty jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji ich prawidłowości, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Utrzymanie przez zamawiającego takiego zastrzeżenia, stanowi rażące naruszenie nie tylko art. 8 ust. 1-3 Pzp, ale również zasady równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji. Jako szczególny przypadek takiego działania, zmierzającego przede wszystkim do utrudnienia innym wykonawcom skorzystania z przysługujących im środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego, jest utajnienie samego uzasadnienia czy też wyjaśnień dołączonych do oferty w celu wykazania zasadności dokonanego zastrzeżenia, mimo iż one same nie zawierają lub zawierają w stopniu znikomym, jakiegokolwiek informacji, które mogłyby zostać

uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zważywszy, iż takie uzasadnienie dotyczące informacji zastrzeżonych w przedmiotowym postępowaniu zupełnie lub też w znikomym stopniu ujawnia jakiegokolwiek informacje ujawnione w zastrzeżonej części dokumentacji, nie sposób uznać za zasadne zaniechania ich ujawnienia. Wskazywał, iż w sytuacji, w której wykonawca zastrzega jawność całej treści przedmiotowego uzasadnienia, konieczne jest również wykazanie, iż cała ich treść również spełnia wszystkie z przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 uznk. Nie jest bowiem możliwe całościowe, ogólne zastrzeżenie całości dokumentów jako tajemnica przedsiębiorstwa, tylko ze względu na to, iż w ich treści mogły znaleźć się pojedyncze informacje, które zdaniem wykonawcy stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Utajnieniu mogą podlegać jedynie konkretne informacje - słowa/wyrażenia - które spełniają wszystkie warunki wymagane dla zastosowania wyjątku, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp. W związku z powyższym, odwołujący S. wskazał na nieprawidłowość podtrzymania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do uzasadnienia zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa zawartych w ofercie przystępującego T. Przy czym, brak dołączenia do oferty jakiegokolwiek uzasadnienia dla zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa lub też dołączenie uzasadnienia niewykazującego zaistnienia wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 4 uznk, powinien skutkować ujawnieniem przedmiotowych informacji, ze względu na niedopełnienie przesłanek z art. 8 ust. 3 Pzp, jak również - wobec zaniechania podjęcia przez przedsiębiorcę koniecznych kroków w celu zachowania poufności przedmiotowych informacji.

Uzasadniając zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca powinien w stosunku do każdej z zastrzeżonych informacji wskazać i udowodnić, iż spełniają przesłanki z art. 11 ust. 4 uznk. Nie jest wystarczające przy tym jedynie twierdzenie wykonawcy, iż informacja takie przesłanki spełnia, ale konieczne jest tego konkretne wykazanie, w odniesieniu nie tylko do rodzaju zastrzeżonych informacji, ale do konkretnych danych podlegających zastrzeżeniu przez wykonawcę. Za nieuzasadnione należy również uznać zastrzeżenie całości dokumentów, w sytuacji, gdy mogą one zawierać także informacje nie zasługujące na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał także, iż zastrzeżenie jawności nie może być skuteczne w zakresie, w jakim obejmuje informacje zawarte w wykazie osób, wykazach dodatkowych osób, które podlegały punktacji, w tym części JEDZ odnoszących się do informacji o osobach - w zakresie wykazu osób. Do informacji niepodlegających zastrzeżeniu mogą należeć w szczególności informacje dotyczące kwalifikacji i doświadczenia osób (wymóg zawarty w specyfikacji), zajmowanych przez nich stanowisk i ilości „zaoferowanych” osób na poszczególne stanowiska. Każdorazowo badaniu powinna też podlegać zasadność zastrzeżenia imion i nazwisk, jak również podstaw dysponowania daną osobą, bowiem mogą

występować okoliczności, w których fakt dysponowania daną osobą przez wykonawcę został ujawniony do publicznej wiadomości (a zatem nie spełnia ustawowych przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa), np. w sytuacji wskazania wykazu osób w jawnych umowach o zamówienie publiczne zawartych przez danego wykonawcę.

Odwołujący S. argumentował, że w przedmiotowej sprawie w wykazie dodatkowych projektantów należało podać po jednej osobie ponad warunek minimalny (przy zachowaniu analogicznych wymogów co do opisu doświadczenia), natomiast w wykazie kluczowego personelu zatrudnionego na umowę o pracę należało wskazać liczbę osób zatrudnionych u wykonawcy - spośród osób wskazanych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Nie sposób uznać, że wykazanie odpowiedniej ilości osób z uprawnieniami budowlanymi może być informacją newralgiczną dla wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia w wielu postępowaniach. Dodatkowo wskazywał, że ewentualne powoływanie się w uzasadnieniu wyjaśnień tajemnicy na stosowanie w umowach klauzul poufności czy obowiązywanie w przedsiębiorstwach regulaminów bezpieczeństwa jest powszechną na rynku praktyką i samo w sobie nie dowodzi prawidłowości zastrzeżenia informacji jako tajemnicy.

Odwołujący podnosił także, że zgodnie z pkt 19.7.4 SIWZ ocenie zamawiającego podlegać będą wizualizacje kolejowego przystanku osobowego W. O. oraz przystanku W. P. wraz z krótkim (nie więcej niż 2 str. A4) opisem technicznym. Nie sposób uznać, że przedmiotowy dokument stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Przede wszystkim, jest to tylko rodzaj „wstępnej koncepcji” a nie szczegółowego rozwiązania technicznego w związku z czym, dokument ten nie ujawnia szczególnego know-how wykonawców. Wizualizacja przystanków kolejowych będzie dostępna nieograniczonej liczbie pasażerów w momencie ich wybudowania. Nie można uznać, że określona informacja może stanowić tajemnicę na etapie postępowania przetargowego, mimo iż na etapie realizacji umowy może być powszechnie dostępna.

Odwołujący argumentował ponadto, że zobowiązania do udostępnienia zasobów - informacje o tym, z jakimi konkretnie podmiotami wykonawcy będą współpracowali na etapie realizacji umowy znalazły się w ofercie przystępującego T. i JEDZ złożonych dla podmiotów trzecich. Informacja o współpracy z konkretnymi podmiotami w niniejszym postępowaniu nie jest zatem tajemnicą w związku z czym, bezzasadne jest utrzymanie utajnienia treści zobowiązań. W tych okolicznościach, informacje o zakresie udziału podmiotów trzecich w realizacji zamówienia, zasobach jakie zostały udostępnione, charakterze stosunku, jaki będzie łączył te podmioty z wykonawcami nie powinny stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

Co do zarzutu zaniechania udostępnienia odwołującemu S. załączników do protokołu odwołujący wskazał, że wnioskiem z 24 kwietnia 2017 r. wystąpił do zamawiającego o udostępnienie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, m.in. w zakresie

protokołów z posiedzenia komisji przetargowej, protokołu z postępowania, korespondencji prowadzonej przez zamawiającego z wykonawcami. W odpowiedzi na tak sformułowany wniosek zamawiający przekazał 27 kwietnia 2017 r. dokumenty - protokół z postępowania, ofertę przystępującego T. wraz z wezwaniami i uzupełnieniami, korespondencję prowadzoną z wykonawcami. W dokumentach udostępnionych odwołującemu S. brak było protokołów z posiedzeń komisji przetargowej. Protokół z posiedzenia komisji, w szczególności zawierający informacje o sposobie dokonania oceny ofert i przyznanej, szczegółowej punktacji jest kluczowy w niniejszym postępowaniu z uwagi na wagę pozacenowych kryteriów oceny ofert. W rozmowie telefonicznej zamawiający przekazał, że dokumenty, o które wnioskował odwołujący w postaci przedmiotowych protokołów są dokumentami „wewnętrznymi” zamawiającego i nie są udostępniane.

Nie sposób zgodzić się, że protokoły z posiedzeń komisji są dokumentem nieudostępnianym wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia. Stosownie do treści art. 96 ust. 2 Pzp oferty, opinie, biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania, o którym mowa w art. 38 ust. 3, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu. Z powołanego przepisu art. 96 ust. 2 Pzp wynika, że sformułowanie załączniki do protokołu należy rozumieć w sposób możliwie szeroki i są nimi wszystkie dokumenty występujące w postępowaniu. Nie może budzić wątpliwości fakt, że tak kluczowy dokument, jak protokoły z posiedzeń komisji przetargowej stanowią dokument związany z postępowaniem, a tym samym powinny być załącznikiem do protokołu podlegającym udostępnieniu na zasadach wskazanych w ustawie. Zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki, za wyjątkiem ofert, są dokumentem udostępnianym od momentu wyboru oferty najkorzystniejszej, a zamawiający ma obowiązek dokonać udostępnienia na wniosek wykonawcy w sposób niezwłoczny. Brak udostępnienia przedmiotowego dokumentu stanowi naruszenie przepisów postępowania i wpływa na brak możliwości dokonania weryfikacji prawidłowości przyznanej przez zamawiającego punktacji.

Odwołujący S. wniósł odwołanie wobec:

- 1) zaniechania czynności podania uzasadnienia faktycznego w zakresie odmowy przyznania punktów odwołującemu S. w kryterium „dodatkowe wsparcie kluczowego personelu zespołu projektowego” oraz części punktów w kryterium „wizualizacja dla wybranych przystanków osobowych”,
- 2) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący S. zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 92 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego w zakresie odmowy przyznania punktów w kryterium „dodatkowe wsparcie kluczowego personelu zespołu projektowego” oraz części punktów w kryterium „wizualizacja dla wybranych przystanków osobowych”;
- b) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy, przez wybranie jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który nie uzyskał najwyższej liczby punktów w kryteriach oceny ofert określonych w SIWZ;

ewentualnie

- c) art. 87 ust. 1 przez zaniechanie wezwania odwołującego S. do wyjaśnienia treści oferty.

Odwołujący S. wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności badania i oceny ofert;
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji przyznanie odwołującemu S. odpowiedniej ilości punktów w kryteriach oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący S. podniósł, że 21 kwietnia 2017 r. zamawiający przekazał odwołującemu S. informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, z której wynika, że w kryterium „dodatkowe wsparcie kluczowego personelu zespołu projektowego” zamawiający przyznał odwołującemu 0 punktów, a w kryterium „wizualizacja dla wybranych przystanków osobowych” - 11,40 pkt. Jednak informacja ta nie zawierała uzasadnienia podstaw przyznania określonej ilości punktów ani uzasadnienia odmowy przyznania punktów. Odwołujący S. zwrócił się do zamawiającego o przekazanie protokołu postępowania, jednak również w tym dokumencie brak informacji o podstawach odmowy przyznania punktów w kryterium „dodatkowe wsparcie kluczowego personelu zespołu projektowego” oraz maksymalnej ilości punktów w kryterium „wizualizacja dla wybranych przystanków osobowych”.

Odwołujący S. podniósł, że „informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty” przesłana przez zamawiającego zawierała informacje dotyczące oferty, która została uznana za najkorzystniejszą, punktację pozostałych ofert oraz uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia jednej z ofert. Informacja ta nie zawierała jednak uzasadnienia faktycznego podstaw przyznania określonej punktacji w poszczególnych kryteriach oceny ofert. W postępowaniach, w których zamawiający stosują pozacenowe kryteria ceny ofert, gdzie na ocenę oferty składa się nie tylko proste podstawienie danych do określonego wzoru, ale wymagana jest ocena poszczególnych elementów zaprezentowanych przez wykonawcę w ofercie, zamawiający ma obowiązek wskazać uzasadnienie faktyczne w zakresie podstaw przyznania określonej punktacji. W przeciwnym razie wykonawcy nie mają pełnej informacji dotyczącej oceny ich ofert, a w efekcie nie mogą zweryfikować czynności zamawiającego. Brak wskazania podstaw odmowy przyznania punktów, ogranicza możliwość odwołującego

S. w zakresie skorzystania ze środków ochrony prawnej. Może się od jedynie domyślać, jakie były podstawy dokonania oceny. Zamawiający przyznając określoną ilość punktów za każdą dodatkową osobę powinien wyjaśnić, którą z osób uznał za spełniającą wymagania, a którą nie i dlaczego. W przypadku oceny oferty w kryterium „wizualizacja dla wybranych przystanków osobowych”, odwołujący nie może się nawet domyślać z jakiego powodu przyznano mu akurat taką liczbę punktów, zatem odniesienie się do prawidłowości oceny jest w zasadzie niemożliwe. W związku z tym odwołujący S. wniósł o unieważnienie czynności badania i oceny ofert, która już z samego faktu naruszenia art. 92 ust. 1 ustawy Pzp jest wadliwa. Niezależnie jednak od tej wady, czynność zamawiającego jest błędna również w warstwie materialnej tj. w zakresie sposobu oceny oferty odwołującego.

Odwołujący S. podniósł, że załączył do oferty „wykaz dodatkowych osób (projektantów), którymi dysponuje wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia jako wsparcie kluczowego personelu” sporządzony zgodnie z wzorem zawartym w SIWZ (strona 44). Pomimo przedstawienia dodatkowych osób posiadających wymagane doświadczenie zamawiający przyznał odwołującemu 0 punktów.

Odwołujący S. wywiódł, że dla każdej z osób odwołujący wskazał okres (liczbę lat) doświadczenia na określonym przez zamawiającego stanowisku oraz projekt odpowiadający wymaganiom zamawiającego (strona 65-73 oferty). Pomimo przedstawienia wszystkich informacji pozwalających na dokonanie oceny, zamawiający przyznał odwołującemu 0 punktów. Stąd też, niezależnie od braku wskazania okoliczności faktycznych, które legły u podstaw takiej oceny sama czynność oceny jest wadliwa. Odwołujący S. argumentował, że może się jedynie domyślać, co było przyczyną odmowy przyznania punktów. Ponieważ poniższa argumentacja oparta jest na domysłach, Odwołujący S. zastrzegł, że zarzut odnosi się do zaniechania przyznania punktów w kryterium, niezależnie od tego, jaka była przyczyna takiego postępowania zamawiającego.

Jeśli jednak powodem odmowy przyznania punktów był sposób prezentacji informacji potwierdzających spełnianie wymagań pozwalających na przyznanie punktów - odwołujący podkreślał, że sposób prezentacji informacji nie został określony w SIWZ. Odwołujący S. sporządził „wykaz dodatkowych osób (projektantów), którymi dysponuje wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia jako wsparcie kluczowego personelu” według wzoru przygotowanego przez zamawiającego (strona 44 SIWZ). Każda z osób wskazanych w wykazie powinna spełniać warunek wskazany w tabeli zawartej w punkcie 8.6.2 SIWZ. Dla każdej z osób warunek zawierał dwa wymogi: przynajmniej X-letnie doświadczenie na określonym stanowisku oraz wykonanie w określonym charakterze przynajmniej jednego projektu o określonych parametrach. W wykazie dodatkowych osób (projektantów), którymi dysponuje wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia jako wsparcie kluczowego personelu wskazał, ilość lat doświadczenia każdej z osób (w celu potwierdzenia

spełniania pierwszego wymogu wskazanego dla każdej z osób - ilości lat doświadczenia) oraz projekty wykonane przez te osoby (w celu potwierdzenia posiadania doświadczenia spełniającego drugą część wymogu). Wywiódł, że w SIWZ nie wskazano sposobu prezentacji danych.

Wymóg zamawiającego, zarówno w przedmiocie zakresu jak i sposobu prezentowania informacji musi być na tyle precyzyjny, aby wykonawca mógł złożyć ofertę w pełni odpowiadającą oczekiwaniom zamawiającego. Każda zmiana lub doprecyzowanie wymagań w tym zakresie na etapie oceny ofert może doprowadzić do wypaczenia wyniku postępowania. Sytuacja, w której wykonawca, który posiada zespół osób składający się na personel dodatkowy nie uzyskuje punktów w kryterium tylko dlatego, że sposób zaprezentowania danych nie odpowiadał oczekiwaniom zamawiającego, niewynikającym wprost z SIWZ, narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący S. wywiódł, że wykonawcy zobowiązani są do wskazywania informacji pozwalających na ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wymogów określonych w kryteriach w taki sposób, który jest wystarczający do ustalenia czy minimalne wymagany poziom doświadczenia został spełniony. Sam sposób prezentacji tych informacji jest wtórny i nie należy nadawać mu pierwszorzędного znaczenia.

Nawet gdyby przyjąć, że odwołujący S. zaprezentował doświadczenie osób wskazanych jako dodatkowy personel, w sposób inny niż wymagał tego zamawiający - nie może to stanowić podstawy odmowy przyznania punktów. W takiej sytuacji zamawiający mógł skorzystać z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i wyjaśnić okoliczności, których jego zdaniem nie wskazał odwołujący. Zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp może mieć miejsce, gdy zamawiający poweźmie wątpliwość co do rzeczywistej treści oferty, zaś rezultat ma wyjaśniać, a nie zmienić treść oferty, zastosowanie tego przepisu nie może także prowadzić do negocjacji treści oferty. Ewentualne wezwanie nie prowadzi do negocjacji pomiędzy zamawiającym i odwołującym S. ani zmiany oferty. W ofercie wskazano bowiem okres doświadczenia każdej ze wskazanych osób na stanowisku wymaganym przez zamawiającego. Ewentualne wezwanie mogłoby mieć na celu jedynie doprecyzowanie lub inne zaprezentowanie tych informacji. Nie prowadziłyby jednak do ich zmiany, gdyż nie prowadziłyby do zmiany okresu doświadczenia na konkretnym stanowisku ani zmiany projektu wskazanego w celu potwierdzenia szczegółowego doświadczenia w realizacji określonego projektu. Skorzystanie z treści art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jest uprawnieniem zamawiającego. Jednak w sytuacji, gdy bez skorzystania z procedury wyjaśnień, ocena oferty nie będzie możliwa, zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jest konieczne.

O zasadności wzywania wykonawców do składania wyjaśnień, świadczy również i to, że trudno byłoby w świetle zasad doświadczenia życiowego uznać za racjonalne działanie wykonawcy polegające na świadomym złożeniu oferty, której treść nie będzie odpowiadała

treści SIWZ. Ma to szczególne znaczenie w niniejszym postępowaniu, gdzie wskazanie dodatkowego personelu nie było obowiązkowe. Doświadczenie życiowe wskazuje, że, gdyby żadna z osób nie posiadała wymaganego doświadczenia, odwołujący S. nie złożyłby takiego wykazu.

Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołanie do obu spraw. W sprawie o sygn. akt KIO 864/17 zamawiający oświadczył, że uwzględni częściowo odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania czynności udostępnienia odwołującemu S. załączników do protokołu postępowania, w tym obejmujących protokoły z posiedzenia komisji przetargowej, a także w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odtajnienia informacji znajdujących się w ofercie przystępującego T. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi na odwołanie i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 864/17 po stronie zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia T. sp. z o.o. w W. oraz K. & A. sp. z o.o. w W.. Złożyli sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odtajnienia informacji znajdujących się w ofercie przystępującego T. Nie wnieśli sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów dotyczących zaniechania czynności udostępnienia odwołującemu S. załączników do protokołu postępowania, w tym obejmujących protokoły z posiedzenia komisji przetargowej. Wnieśli o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odtajnienia informacji znajdujących się w ofercie przystępującego T. i o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących odrzucenia oferty odwołującego S. Przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 864/17 po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca S. S.A. w P., (...). Nie wniósł sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów. W trakcie rozprawy wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących odrzucenia oferty odwołującego S.. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

W sprawie o sygn. akt KIO 872/17 zamawiający oświadczył, że uwzględni częściowo odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania podania uzasadnienia faktycznego w zakresie odmowy przyznania punktacji odwołującemu S. w kryterium „dodatkowe wsparcie kluczowego personelu zespołu projektowego” oraz części punktów w kryterium „wizualizacja dla wybranych przystanków osobowych”. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi na odwołanie i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 872/17 po stronie zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia T. sp. z o.o. w W. oraz K. & A. sp. z o.o. w W. Nie wnieśli sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania. Wnieśli o oddalenie odwołania w zakresie pozostałych zarzutów.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 872/17 po stronie zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia S. S.A.S. w N., (...), F. sp. z o.o. w W., B. sp. z o.o. w P., B. B. B. C. sp. z o.o. sp. k. w W. Nie wnieśli sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania. Wnieśli o oddalenie odwołania w zakresie pozostałych zarzutów. Przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

W trakcie rozprawy odwołujący S. oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących dotyczącej oceny oferty odwołującego S. w kryterium „wizualizacja dla wybranych przystanków osobowych”.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ, modyfikacje SIWZ, ofertę odwołującego S., ofertę przystępującego T., ofertę odwołującego S., wezwania zamawiającego kierowane do wykonawców w toku badania i oceny ofert, odpowiedzi wykonawców na ww. wezwania, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 21 kwietnia 2017 r., wnioski o udostępnienie protokołu postępowania i załączników do niego, odpowiedzi zamawiającego na ww. wnioski, odwołania, zgłoszenia przystąpień do postępowań odwoławczych, odpowiedzi na odwołania, pismo zamawiającego z 11 maja 2017 r. o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołania nie zawierają braków formalnych oraz zostały uiszczone od nich wpisy.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w obu postępowaniach odwoławczych w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia T. sp. z o.o. w W. oraz K. & A. sp. z o.o. w W., uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący T. wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt KIO 864/17 w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę S. S.A. w P., (...), uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt KIO 872/17 w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia S. S.A.S. w N., (...), F. sp. z o.o. w W., B. sp. z o.o. w P., B. B. B. C. sp. z o.o. sp. k. w W., uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła ponadto, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołujących interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W sprawie o sygn. akt KIO 864/17 oferta odwołującego S. została odrzucona, zaś w świetle kryteriów ceny ofert może okazać się ofertą korzystniejszą od oferty wybranej. Odwołujący S. domagał się unieważnienia czynności odrzucenia własnej oferty oraz odtajnienia informacji zawartych w ofercie wybranej. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego skutkowałoby koniecznością nakazania zamawiającemu unieważnienia takiej czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego S. jako najkorzystniejszej. Natomiast zaniechanie ujawnienia całej treści złożonej przez wykonawcę, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą utrudnia odwołującemu weryfikację prawidłowości oceny przez zamawiającego tej oferty i formułowanie ewentualnych zarzutów dotyczących informacji zawartych w części niejawnej. Uwzględnienie odwołania skutkowałoby nakazaniem zamawiającemu odtajnienia zastrzeżonych informacji, co może umożliwić odwołującemu kwestionowanie prawidłowości oceny oferty wybranej.

W sprawie o sygn. akt KIO 872/17 oferta odwołującego S. została sklasyfikowana na dalszym miejscu, za ofertą wybraną. Odwołujący S. kwestionował prawidłowość przyznanej mu punktacji w pozacenowym kryterium oceny ofert. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał przyznania odwołującemu S. większej liczby punktów, skutkowałoby koniecznością nakazania zamawiającemu przyznania mu

brakujących punktów, czego efektem może być wybór oferty odwołującego S. jako najkorzystniejszej.

Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

KIO 864/17

Postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 864/17 podlegało umorzeniu w części dotyczącej zaniechania czynności udostępnienia odwołującemu S. załączników do protokołu postępowania, w tym obejmujących protokoły z posiedzenia komisji przetargowej. W pozostałej części odwołanie podlegało uwzględnieniu.

Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zaniechania czynności udostępnienia odwołującemu S. załączników do protokołu postępowania, w tym obejmujących protokoły z posiedzenia komisji przetargowej.

Zamawiający w omawianym zakresie uwzględnił zarzuty odwołania, zaś żaden z przystępujących po jego stronie nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania w tej części. Zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy Pzp, *jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie*. Jak wynika z powyższego, obowiązujące przepisy w takiej sytuacji uzależniają rozpoznanie odwołania od wniesienia sprzeciwu, co nie nastąpiło.

Rozstrzygnięcie odwołania w części, której nie dotyczy już spór pomiędzy stronami jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu. Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego podzielono identyczne stanowisko przedstawione w wyroku KIO z 26 października 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1922/16, wyroku KIO z 16 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2138/16, wyroku KIO z 28 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2357/16.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegającego na odrzuceniu oferty odwołującego S. jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), mimo iż brak było przesłanek do zastosowania wskazanego przepisu.

Ustalono, że zamawiający wszczął i prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, którego przedmiotem jest *wykonanie dokumentacji projektowej oraz prowadzenie nadzoru autorskiego dla realizacji przebudowy linii średnicowej w W. w ramach projektu POIiŚ 5.1-13 pn: <Prace na linii średnicowej w W. na odcinku W. W. – W. Z.>*.

Stan faktyczny nie był sporny pomiędzy stronami. Zamawiający wymagał w pkt 15 SIWZ, aby wykonawcy złożyli formularz ofertowy wypełniony zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 1 wraz z odpowiednim załącznikiem 1a do IDW. Zgodnie zaś ze wzorem formularza (załącznik nr 1 do SIWZ, pkt 4) każdy z wykonawców miał obowiązek podać łączną cenę ofertową, a następnie odrębnie łączną cenę ofertową dla prac projektowych oraz łączną cenę dla usług w zakresie nadzoru autorskiego. W końcowej zaś części pkt 4 wzoru formularza, w tabeli, zamawiający wymagał wskazania wartości prac projektowych w rozbiciu na osiem odcinków.

Odwołujący S. w pkt 4 formularza podał zamawiającemu cenę łączną na całość oferty, cenę łączną za prace projektowe, a także cenę łączną za usługi nadzoru autorskiego. Jednak w tabeli znajdującej się w końcowej części pkt 4, odwołujący S. podał zamawiającemu wartości wynagrodzenia dla ośmiu odcinków łącznie za prace projektowe i nadzór autorski.

Zamawiający odrzucił z tego powodu ofertę odwołującego S. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wskazując w uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia (pismo z 21 kwietnia 2017 r.) jedynie, że wartości za prace projektowe dla poszczególnych odcinków miały być wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia w jej § 6 ust. 1, a zamawiający nie był w stanie samodzielnie ustalić, jakie powinny być poprawne wartości.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Jak wskazuje się w orzecznictwie i piśmiennictwie, odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, może nastąpić wyłącznie wtedy, gdy zostanie stwierdzona niezgodność „treści” oferty z „treścią” SIWZ. Użyte dwukrotnie w przywoływanym przepisie słowo „treść” jest jednolicie interpretowane jako merytoryczna strona obu dokumentów. Nie jest objęte zatem dyspozycją tego przepisu zaistnienie jedynie formalnych sprzeczności pomiędzy SIWZ a ofertą. W tej sytuacji, zamawiający, o ile zdecydował się na odrzucenie oferty odwołującego S. w tym trybie, zobowiązany był wykazać nie tylko, że sprzeczność wystąpiła, ale że miała ona charakter merytoryczny. W ocenie Izby zamawiający nie sprostął

temu obowiązku. W uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia oferty odwołującego S. zawartym w piśmie z 21 kwietnia 2017 r. zamawiający powołał się jedynie na okoliczność, że wartości za prace projektowe w rozbiciu na poszczególne odcinki będą inkorporowane do treści przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, do jej § 6 ust. 1. Powyższe stanowisko polegało na prawdzie, ale nie oznaczało jeszcze, że sama chęć zaprezentowania pewnych danych w umowie ma charakter merytoryczny. W szczególności z § 6 ust. 1 wzoru umowy nie wynikało w żaden sposób, że kwoty te mają jakiegokolwiek znaczenie dla realizacji umowy, w tym do rozliczeń pomiędzy stronami. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia nie wskazał, jakie praktyczne konsekwencje wiązałyby się z brakiem informacji o wartościach za prace projektowe w rozbiciu na odcinki.

Zamawiający dopiero w odpowiedzi na odwołanie i w trakcie rozprawy powołał się na dalsze postanowienia wzoru umowy, których nie przywołał w uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia pomimo, że obowiązek podania pełnego uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia spoczywał na zamawiającym w świetle art. 92 ust. 1 Pzp. Takie działanie zamawiającego należało uznać za spóźnione. Tym niemniej z daleko posuniętej ostrożności Izba zdecydowała się odnieść także do okoliczności sygnalizowanych przez zamawiającego dopiero na etapie postępowania odwoławczego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie powołał się na postanowienie § 3 ust. 3 wzoru umowy. Postanowienie to przewidywało możliwość „odpowiedniego zmniejszenia” wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku ograniczenia przez instytucję zarządzającą funduszy przyznanych zamawiającemu na realizację przedmiotu umowy, czego konsekwencją miałyby być ograniczenie zakresu zamówionych opracowań projektowych, decyzji administracyjnych i/lub nadzorów autorskich.

W ocenie Izby z postanowień tych nie wynikało w sposób jednoznaczny, że ograniczanie wynagrodzenia będzie odbywać się w odniesieniu do odcinków. Mowa była jedynie o „odpowiednim zmniejszeniu”. Co więcej § 3 ust. 4 wzoru umowy odsyłał wyraźnie do § 24 wzoru umowy, na które to postanowienie zamawiający też zwracał uwagę w odpowiedzi na odwołanie. Izba dokonała analizy treści § 24 ust. 2 wzoru umowy i stwierdziła, że zamawiający przewidział tam zupełnie inny mechanizm zmniejszania wynagradzania, aniżeli ten, który usiłował wywodzić z treści § 3. W przywołanym postanowieniu zamawiający wskazał, że jeżeli wykonawca poniósł koszty związane z wykonaniem prac, wykonawcy przysługuje część wynagrodzenia odpowiadająca faktycznie poniesionym kosztom. Wskazano też wyraźnie, że wartość tych kosztów zostanie uzgodniona przez obie strony na podstawie procentowego wskaźnika ich wartości wykonania zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym. Jak wynikało z powyższego, podstawą do ograniczania umownego wynagrodzenia ryczałtowego zamawiający uczynił dane zawarte w innym dokumencie, a mianowicie harmonogramie rzeczowo-finansowym, zaś ograniczanie miało uwzględniać

zasadę proporcjonalności. Jak wynikało z § 26 wzoru umowy, załącznikiem do umowy miał się stać harmonogram rzeczowo-finansowy.

Porównanie zaś wzoru harmonogramu rzeczowo-finansowego z załącznikiem nr 1a do formularza oferty prowadzić musiało do wniosku, że podstawą sporządzenia harmonogramu miał być wypełniony przez wykonawcę załącznik nr 1a do formularza oferty. Dostrzeżenia wymagało również, że zamawiający nie zakwestionował prawidłowości wypełnienia załącznika nr 1a do formularza oferty przez odwołującego S. Nie było zatem żadnych przeszkód, aby w oparciu o ofertę odwołującego taki harmonogram powstał. W ocenie Izby znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy miał fakt, że w załączniku nr 1a do formularza oferty (a co za tym idzie i w harmonogramie) przedstawiono zupełnie inny sposób rozbicia ceny za prace projektowe. Dokument ten ujawniał ceny za takie elementy jak wstępna koncepcja dla wybranych wariantów, koncepcja programowo-przestrzenna, projekty budowlane, program funkcjonalno-użytkowy i STWiOR, raport o oddziaływaniu na środowisko, uzyskanie ostatecznej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, uzyskanie prawomocnej decyzji o ustaleniu lokalizacji linii kolejowej, uzyskanie prawomocnego pozwolenia na budowę, przeprowadzenie oceny zgodności podsystemów przez jednostkę notyfikowaną czy udzielania odpowiedzi na pytania oferentów na etapie przetargu na wyłonienie wykonawcy robót.

Ponadto, jak słusznie zwrócił uwagę odwołujący cały szereg postanowień wzoru umowy łączył kwestię rozliczeń, fakturowania właśnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym. Wśród tych postanowień należało wymienić:

- 1) §6 ust. 5 wzoru umowy *„Płatność za wykonanie zobowiązań, o których mowa w ust. 1 pkt 1 nastąpi w drodze płatności częściowych zgodnie z Harmonogramem Rzeczowo - Finansowym.”*,
- 2) §6 ust. 11 wzoru umowy *„Podstawą wystawienia przez Wykonawcę faktur częściowych dla wynagrodzenia z tytułu opracowania dokumentacji projektowej oraz faktury końcowej będą Protokoły Odbioru, o których mowa w 57 niniejszej Umowy, sporządzone dla etapów wyszczególnionych w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym, podpisane przez upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego.”*,
- 3) §7 ust. 1 wzoru umowy *„Każdorazowo, przekazywanie dokumentacji stanowiącej przedmiot zamówienia będzie dokonywane w siedzibie Zamawiającego, w terminach określonych w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym (...)”*
- 4) § 13 ust. 5 wzoru umowy *„W protokole, o którym mowa w ust. 4, Strony określą prace wykonane przez Wykonawcę i odebrane przez Zamawiającego zgodnie z postanowieniami niniejszej Umowy. Wykonawcy przysługuje część wynagrodzenia za prace wykonane i odebrane przez Zamawiającego w kwocie odpowiadającej wynagrodzeniu za te prace - określone w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym”*.

5) §1 pkt 12 wzoru umowy „*Harmonogram Rzeczowo - Finansowy jest dokumentem zawierającym zestawienie stanowiące Załącznik nr 2 do umowy, zawierający terminy wykonania poszczególnych części i rodzajów prac wchodzących w skład przedmiotu zamówienia wraz z ceną za te części i prace*”.

Na rolę harmonogramu wskazywały także postanowienia innych dokumentów składających się na SIWZ. W pkt 6 wzoru formularza oferty, wykonawca miał zadeklarować realizację zadania według harmonogramu rzeczowo-finansowego wskazanego w opz.

Wzięto również pod uwagę, że odwołujący S. ujawnił zamawiającemu zarówno cenę łączną za prace projektowe, jak i cenę łączną za nadzory autorskie. Ujawnił także cenę jednostkową za 1 pobyt w ramach nadzorów autorskich oraz łączną liczbę pobytów w ramach tych nadzorów (załącznik nr 1a do formularz oferty). Skoro rozbieżność ceny za prace projektowe na poszczególne 8 odcinków obarczone było omyłką polegającą na tym, że obejmowało również koszty nadzoru autorskiego, to nic nie stało na przeszkodzie, aby zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego S. do wyjaśnienia, jaka ilość pobytów w ramach nadzorów autorskich została uwzględniona w cenach podanych w tabeli dla poszczególnych odcinkach bądź podania kwot za prace projektowe na poszczególnych odcinkach bez kosztów nadzoru autorskiego.

Za chybione uznano stanowisko przystępującego T., który podnosił, że nie wiadomo czy wartość usługi w zakresie nadzoru autorskiego należałoby doliczyć do ceny ofertowej Odwołującego, czy też wartość taką należałoby od tej ceny odjąć. Przystępujący pominął treść załącznik nr 1a do formularza ofertowego, w którym wykonawca ujawnił wartość całości prac projektowych. Wartość ta była niższa niż wartość prac wymieniona w tabelach w formularzu ofertowym, a ponadto odpowiadała łącznej cenie za prace projektowe ujawnionej w pierwszej części pkt 4 formularza. W tej sytuacji oczywistym jest, że wartości ujawnione w tabeli w pkt 4 formularza muszą być pomniejszone o wartość nadzoru autorskiego.

Biorąc powyższe rozważania pod uwagę, Izba stwierdziła, że stanowisko zamawiającego o merytorycznym charakterze informacji, których brakowało w ofercie odwołującego nie znajduje oparcia w treści postanowień SIWZ, w tym również tych, które zostały powołane dopiero w odpowiedzi na odwołanie i w trakcie rozprawy. Wobec powyższego, w braku dowodu przeciwnego, należało przyznać rację odwołującemu, że informacja o wartości prac projektowych z podziałem na osiem odcinków posiadała charakter pomocniczy, informacyjny i nie miała znaczenia merytorycznego.

Za bezprzedmiotowe należało uznać rozpatrywanie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Odwołujący, co wynikało z odwołania i co potwierdził na rozprawie sformułował ten zarzut jako ewentualny na wypadek niepodzielenia stanowiska o braku merytorycznej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Skoro uchybienie nie miało charakteru merytorycznego, to taka sprzeczność nie podlega poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Za zasadne uznano zarzuty odwołującego odnoszące się do naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odtajnienia informacji złożonych przez przystępującego T. tj. wykazu osób, wykazu dodatkowych osób (projektantów), wykazu osób (projektantów) zatrudnionych na stałe bezpośrednio u wykonawców, wizualizacji przystanków osobowych, zobowiązań do udostępnienia zasobów otrzymanych od podmiotów trzecich, zastrzeżonych części jednolitych europejskich dokumentów zamówienia.

W tym zakresie zamawiający uznał za zasadne zarzuty odwołania i w odpowiedzi na odwołanie złożył oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w tej części. Jednakże przystępujący T. wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w tym zakresie. Wobec powyższego, Izba na podstawie art. 186 ust. 4 Pzp, rozpoznała odwołanie w tym zakresie.

Izba stwierdziła, że odwołujący S. słusznie zarzucił, iż przystępujący T. nie zdołał wykazać zamawiającemu, iż zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. W myśl zaś art. 8 ust. 3 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, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dostrzec należy, że w poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: *„Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich*

regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.”.

Jak wynika z powołanego przepisu na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert/wniosków jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. A już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, przystępujący zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Co do pierwszej przesłanki, w doktrynie wskazuje się, że ochronie na gruncie uznk podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się „wartością gospodarczą” (S. Sołtyśński w: *Komentarz do art. 11 ZNKU*, w: *Komentarz ZNKU pod red. J. Swaji*, Warszawa 2006, str. 447 K. Korus, *Komentarz do art. 11 UZNK. System Informacji Prawniczej Lex*, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). W konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa (E. Wojcieszko-Głuszko, *Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji*, *Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ*, 2005/86, str. 7, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w treści art. 39 TRIPS (Porozumienia w sprawie handlowych aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994 r., który stanowi załącznik do porozumienia w sprawie ustanowienia Światowej Organizacji Handlu), przewidującego że *ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne*. Przepis ten zaś był podstawą do sformułowania przepisu art. 11 ust. 4 uznk. Nie wystarczy stwierdzenie,

iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów.

Informacje zastrzeżone przez przystępującego T., można było podzielić na dwie grupy. Pierwszą grupę stanowiły informacje znajdujące się w wykazach osób, wykazie dodatkowych osób (projektantów), wykazie osób (projektantów) zatrudnionych na stałe bezpośrednio u wykonawcy, zobowiązaniach do udostępnienia zasobów otrzymanych od podmiotów trzecich i zastrzeżonych częściach jednolitych europejskich dokumentów zamówienia. Informacje te generalnie dotyczyły danych co do imion i nazwisk oraz doświadczenia zawodowego personelu, jaki przystępujący Torpol wykazał zamawiającemu.

Natomiast druga grupa informacji zawierała wizualizacje wybranych przystanków osobowych W. O. i W. P., obejmujące po dwa rysunki oraz krótki, opis techniczny, który miał przedstawiać opis określonych rozwiązań.

Przystępujący T. podjął próbę wykazania, że informacje te stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa, zamieszczając uzasadnienie zastrzeżenia na stronach 230 i 231 oferty.

W odniesieniu do pierwszej grupy informacji, przystępujący T. poświęcił wartości gospodarczej zastrzeganych danych dwa ogólne, lakoniczne akapity. Wykonawca powoływał się jedynie na to, że ujawnienie informacji o personelu mogłoby go narazić na szkodę przez możliwość przejścia osób przez podmioty konkurencyjne. Przystępujący T. nie wykazał jednak zamawiającemu, czy, a jeżeli tak to kiedy, rzeczywiście zetknął się z praktyką podkupywania osób, jakiej liczby osób w jego firmie taka praktyka dotknęła. Na tę okoliczność nie przedstawiono też zamawiającemu żadnego dowodu. Przystępujący nie wykazał również, aby wymagane w SIWZ osoby i ich doświadczenie miało charakter wyjątkowo specjalistyczny, unikalny, usprawiedliwiający przypuszczenie, że na rynku może istnieć praktyka pozyskiwania takich osób. W szczególności nie wiadomo, ile osób z doświadczeniem zawodowym wymaganym przez zamawiającego jest dostępnych na rynku. Należało zatem stwierdzić, że o ile rzeczywiście informacje z wykazu osób, dodatkowego personelu, zobowiązań podmiotów trzecich obejmujące dane osoby, jej wykształcenie i wybrane elementy doświadczenia mogą potencjalnie przedstawiać dla wykonawcy jakąś wartość gospodarczą w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, to jednak przystępujący T. nie wykazał, iż taka sytuacja wystąpiła również w tym przypadku.

Okoliczność, że również odwołujący S. zastrzegł w swej ofercie analogiczne informacje sama przez się nie dowodziła prawidłowości zastrzeżenia w ofercie przystępującego T. Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp, w analizowanej sprawie ocenie Izby

podlegała wyłącznie kwestia prawidłowości zastrzeżenia informacji w ofercie przystępującego.

Niezasadne było powoływanie się przez przystępującego T. w toku rozprawy na postanowienia SIWZ, które rzekomo miały zwalniać wykonawców z ustawowego obowiązku wykazania przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa. Przystępujący T. powołał się przy tym na zapisy 14.8, 14.9 i 14.11 SIWZ. Izba po dokonaniu analizy przywołanych postanowień stwierdziła, że przystępujący w sposób wybiórczy przywołał postanowienia jedynie pkt 14.11 SIWZ. Dostrzeżenia wymagało bowiem, że zamawiający w postanowieniu pkt 14.10 SIWZ wyraźnie zwrócił uwagę wykonawcom na obowiązek wykazania okoliczności, o których mowa w art. 11 ust. 4 uznk.

Przy wyrokowaniu pominięto argumentację przystępującego T. przedstawioną w trakcie rozprawy, jakoby w spółkach przystępującego co miesiąc miały być przeprowadzane spotkania z pracownikami, w trakcie których władze spółki dowiadują się o próbach pozyskania tych pracowników przez konkurencję. Przedstawienie tej argumentacji dopiero w trakcie postępowania odwoławczego należało uznać za spóźnione. Z art. 8 ust. 3 Pzp wynika obowiązek wykazania skuteczności zastrzeżenia w postępowaniu przed zamawiającym, a nie w toku postępowania odwoławczego przez Izbę. Zadaniem Izby jest jedynie ocena, czy wykonawca sprostą obowiązkowi wykazania skuteczności zastrzeżenia w ustawowym terminie. Ponadto stanowisko przystępującego pozostało lakoniczne oraz gołosłowne, gdyż nie zostało poparte jakimkolwiek dowodem.

Przystępujący T. nie udowodnił także zamawiającemu drugiej i trzeciej z przesłanek definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż nie wykazał, iż w stosunku do zastrzeganych informacji podjęto niezbędne działania w celu zachowania poufności i że nie zostały one ujawnione do wiadomości publicznej.

Z art. 11 ust. 4 uznk wynika, że niewystarczające jest podjęcie jakichkolwiek działań, lecz działań „niezbędnych”. Działania „niezbędne” to innymi słowy działania skuteczne w tym znaczeniu, iż gwarantują one, że zastrzegane informacje utrzymają swój walor tajności na każdym etapie. W analizowanej sprawie, z uwagi na rodzaj zastrzeganych informacji (zobowiązania podmiotów trzecich co do udostępnienia potencjału kadrowego, wykazy osób, zawierające opis doświadczenia zawodowego projektantów i wykonanych opracowań) należało wykazać, że niezbędne działania powinny być podejmowane na każdym etapie przetwarzania informacji. Powinno to zatem dotyczyć także podmiotów trzecich, które podpisywały zastrzegane zobowiązania, osób, których dane i wykształcenia ujawniono w wykazach osoby, zleceniodawców, na rzecz których osoby te wykonywały zlecenia wymienione w wykazie doświadczenia, aż do zespołu ofertowania u wykonawcy.

Wykazanie omawianych przesłanek przystępujący T. sprowadził do dwóch zdań. Oświadczył bowiem zamawiającemu, że podejmuje kroki zmierzające do ochrony informacji

poprzez zastosowanie klauzul poufności lub zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Wskazał także, że są to działania wymagane przez przyjętą przez spółkę politykę. Jak wynikało z powyższego, przystępujący zamiast udowodnić, że podjęto niezbędne działania, powołał się jedynie na bliżej niesprecyzowane klauzule poufności, co do których nie wyjaśnił nawet kogo dotyczyły. Nie wykazał, że te klauzule dotyczyły całego łańcucha osób, który gwarantowałby, że działania mogły być uznane za skuteczne. W szczególności przystępujący nie wyjaśnił w jaki sposób zleceniodawcy, na rzecz których projektanci wykonali określone opracowania projektowe zapewnili, że autorstwo tych projektów nie zostało ujawnione. Nie ujawniono także zamawiającemu choćby przykładowej treści tych klauzul poufności. Zamawiający nie miał zatem żadnych podstaw aby stwierdzić, czy klauzule te są wystarczające. Nie wiadomo również o jakiej polityce bezpieczeństwa przystępujący wspomina. Jeżeli ochrona informacji poufnych w spółkach przystępującego opiera się na jakichś uznanych normach, czy regulaminach wewnętrznych, to należało tę myśl rozwinąć i poprzeć swe twierdzenia stosownym dowodem.

Jeżeli zaś chodzi o drugą grupę zastrzeganych informacji, a mianowicie wizualizacje wybranych przystanków osobowych wraz z opisem, to w zakresie pierwszej z przesłanek definicji tajemnicy przedsiębiorstwa (wartości gospodarczej informacji) przystępujący T. oświadczył, że pomimo, iż koncepcje zawierają obligatoryjne elementy wymienione w SIWZ, jest to autorska koncepcja wstępna dwóch przystanków kolejowych. Wyjaśnił, że posiada ona szereg autorskich, indywidualnych rozwiązań i sposobów opracowania, co wymagało twórczej pracy zespołu. Wskazał także, że koncepcje te zawierają cechy wyróżniające, o indywidualnym charakterze, dobrane w sposób specyficzny.

Odnosząc się do przywołanej argumentacji Izba stwierdziła, że przystępujący nie opisał w szczegółach, które rozwiązania zawarte w wizualizacjach są indywidualne, dobrane w sposób specyficzny. Jednakże argumentacja ta w połączeniu z analizą treści opisowej koncepcji mogła pozwolić zamawiającemu – biorąc pod uwagę jego profesjonalny charakter - na zidentyfikowanie owych indywidualnych, specyficznych rozwiązań, dobranych przez zespół przystępującego. Nie ulegało wątpliwości, że zastrzegana informacja miała charakter techniczny, technologiczny, co wynikało z części opisowej i graficznej wstępnych koncepcji, w których podano proponowane rozwiązania, materiały itd. W tej sytuacji można było – przy życzliwej dla przystępującego interpretacji - przyjąć, że informacje te mają wartość gospodarczą. Z pewnością także wizualizacje były rezultatem pracy zespołu i wymagały czasu i pewnych nakładów. Izba stwierdziła zatem, że przystępujący w sposób dostateczny wykazał pierwszą z przesłanek definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

Natomiast co do pozostałych przesłanek definicji tajemnicy przedsiębiorstwa przystępujący T. przedstawił identyczną argumentację jak dla pierwszej grupy zastrzeganych informacji. Zatem z tych samych powodów uznano ją za niewystarczającą.

Wobec powyższego Izba uznała, że zamawiający naruszył przepisy art. 8 ust. 1 – 3 Pzp przez zaniechanie czynności odtajnienia informacji, pomimo, iż przystępujący T. w ustawowym terminie nie zdołał wykazać, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa.

Chybione okazało się stanowisko przystępującego T., jakoby naruszenie przez zamawiającego ww. przepisów nie miało i nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 Pzp). Zaniechanie odtajnienia informacji bezpodstawnie zastrzeżonych w ofercie konkurenta może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W wyniku odtajnienia tych informacji konkurenci będą mogli zweryfikować prawidłowość działań zamawiającego odnoszących się do oceny informacji, zawartych w części niejawnej oferty przystępującego. Będą mogli ewentualnie formułować zarzuty, których nie byli w stanie postawić z uwagi na brak dostępu do tych danych. Nie można także wykluczyć, że efektem tych działań konkurencji może być odrzucenie oferty przystępującego, wykluczenie go z udziału w postępowaniu, bądź obniżenie przyznanej mu punktacji.

W związku ze stwierdzonymi naruszeniami ustawy Pzp za zasadne uznano także podnoszone w konsekwencji zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Za chybiony uznano natomiast zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp. Zgodnie z przywołanym przez odwołującego przepisem, zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Udzielenie zamówienia następuje z momentem podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący nie wykazał, aby zamawiający zawarł już umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zarzut okazał się zatem bezzasadny.

KIO 872/17

Postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 872/17 podlegało umorzeniu w części dotyczącej zaniechania czynności podania odwołującemu S. uzasadnienia faktycznego w zakresie odmowy przyznania punktacji odwołującemu w kryterium „dodatkowe wsparcie kluczowego personelu zespołu projektowego” oraz części punktów w kryterium „wizualizacja dla wybranych przystanków osobowych”, a także w części dotyczącej oceny oferty odwołującego w kryterium „wizualizacja dla wybranych przystanków osobowych”. W pozostałej części odwołanie podlegało oddaleniu.

Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zaniechania czynności podania uzasadnienia faktycznego w zakresie odmowy przyznania punktacji odwołującemu w kryterium „dodatkowe wsparcie kluczowego personelu zespołu

projektowego” oraz części punktów w kryterium „wizualizacja dla wybranych przystanków osobowych”. Zamawiający w omawianym zakresie uwzględnił zarzuty odwołania, zaś żaden z przystępujących po jego stronie nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania w tej części. Zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy Pzp, *jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie*. Jak wynika z powyższego, obowiązujące przepisy w takiej sytuacji uzależniają rozpoznanie odwołania od wniesienia sprzeciwu, co nie nastąpiło.

Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej oceny oferty odwołującego w kryterium „wizualizacja dla wybranych przystanków osobowych”, gdyż odwołujący S. w trakcie rozprawy cofnął ten zarzut.

Rozstrzygnięcie odwołania w części, której nie dotyczy już spór pomiędzy stronami jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu. Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego podzielono identyczne stanowisko przedstawione w wyroku KIO z 26 października 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1922/16, wyroku KIO z 16 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2138/16, wyroku KIO z 28 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2357/16.

Odwołanie w pozostałym zakresie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu i okazało się niezasadne.

Za chybione uznano stanowisko zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, jakoby odwołanie podlegało oddaleniu z uwagi na brak substratu zaskarżenia. Zamawiający podniósł, że 11 maja 2017 r., po wniesieniu odwołania, unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Jak jednak słusznie zauważył odwołujący S., zamawiający w piśmie tym precyzyjnie wskazał, jaką czynność unieważnia, a mianowicie czynność wyboru oferty najkorzystniejszej (pkt 1 pisma). Dla oceny sytuacji nie bez znaczenia był także pkt 2 pisma, w którym zamawiający precyzyjnie wskazał, jakie czynności w postępowaniu zamierza wykonać. Z pkt 2 pisma wynikało jednoznacznie, że zamawiający

zamierza uzupełnić swe czynności o podanie uzasadnienia faktycznego punktacji przyznanej ofertom. Tymczasem zarzuty odwołującego S., dotyczyły zaniechania przyznania większej punktacji w kryterium oceny ofert „dodatkowe wsparcie kluczowego personelu zespołu projektowego”. Zamawiający w swym piśmie nie wskazał i nie udowodnił, że unieważnił także czynność polegającą na przyznaniu odwołującemu S. 0 pkt w tym kryterium. Nie można było zatem utrzymywać, że brakuje substratu zaskarżenia. Stanowiska tego nie zmienia fakt, że zamawiający nie sporządził uzasadnienia faktycznego punktacji przyznanej odwołującemu w tym kryterium. Rzeczywiście brak sporządzenia uzasadnienia faktycznego punktacji w kryterium pozacenowym utrudnia lub uniemożliwia wykonawcy prawidłowe kwestionowanie czynności zamawiającego. Zdaniem Izby w sytuacji, gdy zamawiający wbrew wyraźnemu obowiązkowi ustawowemu nie przesyła wykonawcy wymaganego uzasadnienia faktycznego swej czynności, wykonawca może poprzestać na zaskarżeniu zaniechania czynności podania uzasadnienia. Dostrzeżenia wymaga, że wykonawca nie ma bowiem w świetle choćby przepisów dyrektywy odwoławczej, a także orzecznictwa TS UE obowiązku kwestionowania czynności zamawiającego, która – pomimo obowiązku ustawowego – nie została umotywowana. W analizowanej sprawie odwołujący S. podniósł zarzut zaniechania podania uzasadnienia faktycznego dla punktacji przyznanej w kryteriach pozacenowych, który to zarzut zamawiający uznał. Pomimo to odwołujący S. podniósł w odwołaniu równoległe zarzut zaniechania przyznania mu maksymalnej punktacji w kryterium „dodatkowe wsparcie kluczowego personelu zespołu projektowego”, choć nie miał informacji o powodach nieprzyznania tej punktacji. Pomimo decyzji zamawiającego o uwzględnieniu zarzutu zaniechania podania uzasadnienia faktycznego przyznania punktacji w ww. kryterium, odwołujący w toku postępowania odwoławczego podtrzymał zarzut również co do nieprawidłowej punktacji w tym kryterium. W tej sytuacji brak było podstaw do odstąpienia przez Izbę od rozpoznawania zarzutów, które wykonawca podniósł i konsekwentnie popiera. Nie ma bowiem żadnego przepisu, który zabraniałby wykonawcom kwestionować niejako w ciemno czynności zamawiającego, dla których nie sporządzono wymaganego uzasadnienia, choć – tak jak wcześniej wskazano – nie mają takiego obowiązku. Natomiast z uwagi na brzmienie art. 192 ust.7 Pzp rozpoznanie to musiało się odbyć w granicach okoliczności faktycznych, które zostały przedstawione w odwołaniu.

Odwołujący S. w swym odwołaniu przypuszczał, że brak przyznania punktów w kryterium „dodatkowe wsparcie kluczowego personelu zespołu projektowego” spowodowany jest tym, że okres wykonywania wskazanych projektów nie sumuje się na wymagany okres doświadczenia każdej z tych osób. Argumentował, że oświadczenie o liczbie lat doświadczenia jest wystarczające, a oczekiwanie przedstawienia bardziej szczegółowych informacji o doświadczeniu zawodowym dodatkowego personelu nie znajduje uzasadnienia w SIWZ. Zamawiający zdecydował się ujawnić w odpowiedzi na odwołanie jeden z powodów

nieprzyznania odwołującemu punktacji w ww. kryterium i w związku z tym można było stwierdzić, że przypuszczenia odwołującego w omawianym zakresie potwierdziły się. Wobec powyższego, w tym zakresie odwołanie mogło zostać rozpoznane merytorycznie, gdyż stosowne zarzuty znalazły się w odwołaniu.

Izba stwierdziła, że zgodnie z pkt 19.7.2. SIWZ aby uzyskać punkty w kryterium „dodatkowe wsparcie kluczowego personelu zespołu projektowego” należało wskazać dodatkowego jednego projektanta dla branży/specjalności. Zamawiający sprecyzował także w pkt 19.7.2. SIWZ, że dodatkowi projektanci muszą spełniać wymagania w zakresie doświadczenia wskazanego w warunkach zamówienia dla podstawowego personelu w swojej branży. Nie było sporne pomiędzy stronami, że powyższy zapis odsyłał do postanowień SIWZ regulujących kwestię doświadczenia zawodowego wymaganego od podstawowego personelu (pkt 8.6.2. SIWZ) i sposobu jego dokumentowania (pkt 9.5.2. b SIWZ).

Nie było sporne pomiędzy stronami, że warunki w zakresie doświadczenia zawodowego projektantów zostały w pkt 8.6.2. SIWZ opisane w ten sposób, że zamawiający wymagał, aby dana osoba posiadała X –letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku Y w specjalności (branży) Z oraz wykonała jedno lub dwa opracowania projektowe o określonych cechach.

Zamawiający opracował wzór *wykazu dodatkowych osób (projektantów), którymi dysponuje wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia jako wsparcie kluczowego personelu*. W części dotyczącej opisu doświadczenia zawodowego wzór ten zawierał kolumny do wypełniania o następującym opisie:

- a) *nazwa i adres firmy,*
- b) *okres trwania (m-c, rok) do data (m-c rok) (wykonanej usługi),*
- c) *zajmowane stanowisko (w czasie wykonania usługi),*
- d) *opis doświadczenia w poszczególnych okresach potwierdzający spełnianie warunków (poszczególnych wykonanych usług)*

Odwołujący S. w wykazie wskazał ilość lat doświadczenia każdej z osób (w celu potwierdzenia spełniania pierwszego wymogu wskazanego dla każdej z osób - X lat doświadczenia zawodowego na stanowisku Y) jedynie w ten sposób, że oświadczył, iż dany projektant posiada X-letnie doświadczenie na stanowisku (branży) Y. Jedynie w odniesieniu do drugiej części warunku doświadczenia zawodowego wykonawca podał nazwę i adres zleceniodawcy, czas trwania i stanowisko zajmowane w czasie usługi, oraz opisał samą usługę (projekt).

Stanowisko odwołującego S., jakoby w odniesieniu do pierwszej części warunku miało być wystarczające samo oświadczenie o liczbie lat doświadczenia, nie znajdowało

potwierdzenia w treści SIWZ, w tym wzoru wykazu. Rolą wykonawcy było wykazanie zamawiającemu, że dysponuje dodatkową osobą o określonym doświadczeniu zawodowym. Zakres tego doświadczenia, które należało wykazać wynikał zaś z opisu warunku. Z kolei wzór wykazu w sposób dostateczny i precyzyjny wskazywał na wymaganą szczegółowość podawanych informacji. Odwołujący S. nie mógł zakładać, że rubryki „nazwa i adres firmy”, „okres trwania”, zajmowane stanowisko” odnosiły się wyłącznie do drugiej części warunku. W szczególności rubryka „okres trwania” musiała dotyczyć pierwszej części warunku, gdyż w tylko w tej części warunku znajdowało się odniesienie do jakiegokolwiek czasokresu. To w pierwszej, a nie drugiej części warunku wymagano wykazania X-letniego doświadczenia zawodowego. Omawiana rubryka była potrzebna celem ustalenia, czy czasookresy usług sumują się na okres X-letniego doświadczenia zawodowego na danym stanowisku. Natomiast druga część warunku – dotycząca wykonania jednego lub dwóch opracowań projektowych, w ogóle abstrahowała od czasookresu. Innymi słowy, w świetle warunku czas wykonania opracowań projektowych nie miał żadnego znaczenia.

Znamienne było także to, że zamawiający w opisach kolumn dwukrotnie użył słów „opis doświadczenia”. Jak wynikało z powyższego, zamawiający oczekiwał zatem „opisania doświadczenia zawodowego”, a nie jedynie złożenia zapewnienia, że takie doświadczenie dana osoba posiada. Wreszcie, opis ostatniej rubryki „opis doświadczenia w poszczególnych okresach potwierdzających spełnianie warunków (poszczególnych wykonanych usług)” wskazywał na konieczność podania tam danych o „poszczególnych” okresach i „poszczególnych usługach” wymienionych w liczbie mnogiej. Odwołujący S. nie mógł zatem utrzymywać, że kolumny te należało wypełnić jedynie w odniesieniu do drugiej części warunku.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że był to wystarczający powód nieprzyznania odwołującemu S. punktów w omawianym w tym kryterium.

Za chybiony uznano zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 Pzp. Odwołujący S. z ostrożności zarzucił, że zamawiający powinien wezwać go do złożenia wyjaśnień co do treści oferty, co umożliwiłoby mu uzupełnienie opisu doświadczenia zawodowego dodatkowego personelu.

Stanowisko odwołującego nie zasługiwało na uwzględnienie, gdyż wiązałoby się z naruszeniem zasad dotyczących przyznawania punktów w kryterium „dodatkowe wsparcie kluczowego personelu zespołu projektowego”. Jak wynikało z SIWZ, dodatkowa punktacja miała być przyznawana za wykazanie przez wykonawcę, że dysponuje dodatkowym personelem legitymującym się odpowiednim doświadczeniem zawodowym. Skoro odwołujący nie wykazał w sposób określony w SIWZ, aby zgłoszone osoby posiadały takie doświadczenie, to nie mógł uzyskać dodatkowych punktów.

Wyjaśnienia, do których złożenia odwołujący miałby być wezwany, nosiłyby znamiona niedopuszczalnych negocjacji z wykonawcą i prowadziłyby do niedopuszczalnej zmiany oferty. Oznaczałyby bowiem przyzwolenie na podanie przez odwołującego S. po terminie składania ofert informacji, które się nie znalazły choć powinny znaleźć w wykazie składanym celem uzyskania dodatkowych punktów. Dostrzeżenia wymaga, że w odniesieniu do informacji składanych celem uzyskania dodatkowej punktacji ustawa nie przewiduje procedury uzupełniającej, analogicznie jak w przypadku warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 3 Pzp). Ponadto zaakceptowanie stanowiska odwołującego S. oznaczałoby de facto ryzyko manipulacji, po terminie składania ofert, danymi mającymi bezpośrednie znaczenie dla kształtowania rankingu ofert. Byłoby to sprzeczne z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wyrażonymi w art. 7 ust. 1 Pzp.

Natomiast Izba nie mogła wypowiadać się o innych powodach nieprzyznania punktacji odwołującemu S. w tym kryterium. Na istnienie takich dodatkowych przyczyn wskazywał zamawiający w czasie rozprawy, choć ich nie ujawnił. Izba stwierdziła, że powyższe nie zostało objęte zarzutami odwołania. Dostrzeżenia wymaga, że za zarzut w rozumieniu art. 192 ust. 7 Pzp uznaje się konkretne okoliczności faktyczne przywołane w odwołaniu, które świadczą o naruszeniu przepisów ustawy Pzp. W szczególności za prawidłowo postawiony zarzut nie można uznać stanowiska odwołującego, który podniósł w odwołaniu, iż kwestionuje nieprzyznanie mu maksymalnej liczby punktów w ww. kryterium, niezależne od powodów, jakie by podał zamawiający na rozprawie. Tak postawiony zarzut nie spełnia wymogu co do minimalnej konkretyzacji i nie poddaje się jakiegokolwiek kontroli Izby.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2, 5 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1, 3, 4, 6, 7 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia postępowania odwoławczego i kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Z ww.

przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia lub naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania. Naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy stwierdzono po rozpoznaniu sprawy o sygn. akt KIO 864/17. Naruszenia te mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, co wskazano wcześniej.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego*. W konsekwencji Izba w sprawie o sygn. akt KIO 864/17 nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny ofert, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odtajnienie informacji złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia T. sp. z o.o. w W. oraz K. & A. sp. z o.o. w W. tj. wykazu osób, wykazu dodatkowych osób (projektantów), wykazu osób (projektantów) zatrudnionych na stałe bezpośrednio u wykonawców, wizualizacji przystanków osobowych, zobowiązań do udostępnienia zasobów otrzymanych od podmiotów trzecich, zastrzeżonych części jednolitych europejskich dokumentów zamówienia.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Oдноśnie żądań, których Izba nie podzieliła w sprawie o sygn. akt KIO 872/17, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 5 sentencji.

Oдноśnie części postępowania odwoławczego, która podlegały umorzeniu, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1, 3, 4 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art.*

98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2014, wydanie VI.

Zatem użyty w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrot *stosownie do jego wyniku* należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym. Jak wynika z postanowienia SN z dnia 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314 *stosunkowe rozdzielanie kosztów polega na rozdzielanie kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica.*

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielania kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16.

Z kolei, jak wynika z art. 186 ust. 6 pkt 3 Pzp, koszty postępowania odwoławczego, w okolicznościach, o których mowa w ust. 4, ponosi:

- a) odwołujący, jeżeli odwołanie zostało oddalone przez Izbę,
- b) wnoszący sprzeciw, jeżeli odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę.

W sprawie o sygn. akt KIO 864/17 odwołanie zostało uwzględnione przez zamawiającego w części dotyczącej zarzutu zaniechania odtajnienia informacji złożonych przez przystępującego T., lecz zostało w tym zakresie rozpoznane wskutek wniesienia sprzeciwu przez tego wykonawcę. W tym zakresie spór przed Izbą toczył się zatem między wnoszącym sprzeciw przystępującym T. a odwołującym S.. Ponieważ odwołanie w omawianej części zostało uwzględnione, odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił wnoszący sprzeciw, na zasadzie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b Pzp.

W pozostałym zakresie, podlegającym merytorycznemu rozpoznaniu, zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania, zatem spór toczył się pomiędzy nim a odwołującym S..

Odwołanie w tej części podlegało uwzględnieniu, zatem odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił zamawiający, na zasadzie art. 192 ust. 10 Pzp.

W tej sytuacji Izba, kierując się zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp i treścią art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b Pzp, obciążyła kosztami postępowania KIO 864/17 przystępującego T. i zamawiającego, każdego w wysokości po 1/2. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis w wysokości 15.000 zł uiszczony przez odwołującego S., oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego S. w wysokości 3.600 zł, a więc łącznie 18.600 zł. W tej sytuacji Izba zasądziła zarówno od zamawiającego jak i od przystępującego T. na rzecz odwołującego S. kwotę 7.300 zł (18.600 zł x 1/2).

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 864/17 orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10, art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 2 pkt 1 i pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

W sprawie o sygn. akt KIO 872/17 Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie dotyczącym zaniechania czynności podania uzasadnienia faktycznego w zakresie odmowy przyznania punktacji odwołującemu w kryterium „dodatkowe wsparcie kluczowego personelu zespołu projektowego” oraz części punktów w kryterium „wizualizacja dla wybranych przystanków osobowych”. Zamawiający w omawianym zakresie uwzględnił zarzuty odwołania, zaś żaden z przystępujących po jego stronie nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia. Zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy Pzp, *jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wnieśnie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie*. Odwołujący nie wycofał zarzutu dotyczącego nieprawidłowej punktacji w kryterium „dodatkowe wsparcie kluczowego personelu zespołu projektowego”. Jak wynika z powyższego, obowiązujące przepisy w takiej sytuacji uzależniają rozpoznanie odwołania od wniesienia sprzeciwu, co – w omawianym zakresie - nie nastąpiło. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba rozpoznała odwołanie jedynie w pozostałym zakresie i stwierdziła, że w rozpoznawanym zakresie podlega ono oddaleniu. Zatem odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił odwołujący S..

Kierując się ww. rozważaniami, o kosztach postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 872/17 orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz

w oparciu o przepis § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: