

Sygn. akt: KIO 9/18

WYROK
z dnia 18 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Anna Kuszel - Kowalczyk**

Członkowie: **Jan Kuzawiński**
Anna Osiecka

Protokolant: **Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie 15 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 2 stycznia 2018 r. przez Odwołującego – **AUDYTEL S.A. z siedzibą w Warszawie (00-546), ul. Ks. I. Skorupki 5**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Skarb Państwa – Ministra Cyfryzacji z siedzibą w Warszawie (00-060), ul. Królewska 27**, w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Świadczenie usług wsparcia eksperckiego w procesie aktualizacji Narodowego Planu Szerokopasmowego w ramach projektu „Redukcja kosztów budowy sieci szerokopasmowych etap - I” (znak sprawy: 12/MC/PN/17)

przy udziale

przystępującego po stronie Zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **InfoStrategia Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, GWW G. i Partnerzy Radcowie Prawni i Doradcy Podatkowi Sp. p. z siedzibą w Warszawie, InfoStrategia A. S. i Wspólnicy Sp. j., z siedzibą w Krakowie,**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **AUDYTEL S.A. z siedzibą w Warszawie:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez **AUDYTEL S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t.) 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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Minister Cyfryzacji (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.), zwanej dalej „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usług wsparcia eksperckiego w procesie aktualizacji Narodowego Planu Szerokopasmowego w ramach projektu „Redukcja kosztów budowy sieci szerokopasmowych etap - I” (znak sprawy: 12/MC/PN/17), (dalej: „Postępowaniem”).

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 22 lipca 2017 r. pod nr. 2017/S 139-286566.

21 grudnia 2017 r. Zamawiający rozstrzygnął Postępowanie wybierając ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – InfoStrategia Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, GWW G. i Partnerzy Radcowie Prawni i Doradcy Podatkowi Sp. p. z siedzibą w Warszawie, InfoStrategia A. S. i Wspólnicy Sp. j., z siedzibą w Krakowie (dalej „Konsorcjum InfoStrategia”).

02 stycznia 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba”) wpłynęło odwołanie wykonawcy AUDYTEL S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący”), w którym zaskarżono:

1. wybór jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum InfoStrategia,
2. zaniechanie dokonania przez Zamawiającego oceny oferty złożonej przez Odwołującego w sposób zgodny z kryteriami oceny ofert w zakresie kryterium „Kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia” (dalej: „Kryterium doświadczenie”), co skutkowało przyznaniem Odwołującemu zbyt małej ilości punktów w pod kryterium 1.2. lit. c) cz. XV SIWZ, 1.2. lit. d) cz. XV SIWZ oraz 1.2. lit. e) cz. XV SIWZ;

ewentualnie

3. zaniechanie dokonania przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do wyjaśnienia, czy:
 - a) projekty, o których mowa w punkcie 1), 2), 3) i 4) i 9) zrealizowane przez pana T.K., tj. osobę wskazaną w poz. 8 (druga osoba) wykazu osób, spełniają warunki o których mowa w podkryterium 1.2. lit. c) cz. XV SIWZ, co do których to warunków z danego podkryterium Zamawiający powziął wątpliwość, że projekty ich nie spełniają;
 - b) projekty, o których mowa w punkcie 6) i 8) zrealizowane przez pana X. K., tj. osobę wskazaną w poz. 1 wykazu osób, spełniają warunki o których mowa w podkryterium 1.2. lit. d) cz. XV SIWZ, co do których to warunków z danego podkryterium Zamawiający powziął wątpliwość, że projekty ich nie spełniają;
 - c) projekt, o którym mowa w punkcie 7) zrealizowany przez pana W. K., tj. osobę wskazaną w poz. 3 wykazu osób, spełnia warunki o których mowa w podkryterium 1.2. lit. e) cz. XV SIWZ, co do których to warunków z danego podkryterium Zamawiający powziął wątpliwość, że projekt je spełnia;
4. zaniechanie czynności uznania za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy i przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji informacji zawartych w wykazie osób złożonym wraz z ofertą przez Konsorcjum InfoStrategia i w konsekwencji nieudostępnienie odwołującemu całości załączników do protokołu Postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny oferty złożonej przez Odwołującego w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w podkryterium 1.2. lit. c) cz. XV SIWZ, 1.2. lit. d) cz. XV SIWZ oraz 1.2. lit. e) cz. XV SIWZ, co skutkowało przyznaniem ofercie Odwołującego zbyt małej liczby punktów w podkryterium 1.2. lit. c) cz. XV SIWZ, 1.2. lit. d) cz. XV SIWZ oraz 1.2. lit. e) cz. XV SIWZ,

ewentualnie z ostrożności procesowej

- zaniechanie wezwania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oferty Wykonawcy w zakresie, o którym mowa w punkcie 3 powyżej;
2. naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 92 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak uzasadnienia faktycznego dla punktacji przyznanej ofercie Odwołującego w podkryterium 1.2. lit. c) cz. XV SIWZ, 1.2. lit. d) cz. XV SIWZ oraz 1.2. lit. e) cz. XV SIWZ, co skutkuje brakiem wyjaśnienia dlaczego

przyznano ofercie Odwołującego zbyt małą liczbę punktów w podkryterium 1.2. lit. c) cz. XV SIWZ, 1.2. lit. d) cz. XV SIWZ oraz 1.2. lit. e) cz. XV SIWZ,

ewentualnie z ostrożności procesowej

zaniechanie wezwania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oferty Wykonawcy w zakresie, o którym mowa w punkcie 3 powyżej;

3. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskutek dokonania oceny oferty złożonej przez Odwołującego w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w podkryterium 1.2. lit. c) cz. XV SIWZ, 1.2. lit. d) cz. XV SIWZ oraz 1.2. lit. e) cz. XV SIWZ,

ewentualnie z ostrożności procesowej

zaniechanie wezwania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oferty Wykonawcy w zakresie, o którym mowa w punkcie 3 powyżej;

4. naruszenie art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i w konsekwencji nieuzasadnione uznanie za skuteczne dokonane przez Konsorcjum InfoStrategia zastrzeżenia jako niepodlegających ujawnieniu informacji zawartych w wykazie osób złożonym wraz z ofertą przez Konsorcjum InfoStrategia i wskutek tego nieudostępnienie Odwołującemu całości załączników do protokołu Postępowania oraz innych wskazanych w odwołaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu,
2. dokonania powtórnej oceny oferty Odwołującego i przyznania mu dodatkowych punktów z uwzględnieniem doświadczenia osób wskazanych w uzasadnieniu Odwołania, czego do tej pory Zamawiający zaniechał;
3. ujawnienia wykazu osób złożonego wraz z ofertą przez Konsorcjum InfoStrategia;
4. dokonania wyboru jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty Odwołującego.

Odwołujący podał, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, bowiem w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych w treści odwołania przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznaje uszczerbku. Oferta złożona przez Odwołującego jest obecnie sklasyfikowana na drugiej pozycji. Różnica pomiędzy łączną liczbą punktów zdobytych w Postępowaniu przez Konsorcjum InfoStrategia a Odwołującym wynosi zaledwie 1,86 punktów (85 punktów do 83,14 punktów na korzyść Konsorcjum InfoStrategia).

Gdyby Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił ofertę Wykonawcy w Kryterium doświadczenie, to Odwołujący powinien dostać w rzeczywistości o co najmniej 7 punktów więcej, wskutek czego złożona przez niego oferta byłaby w Postępowaniu przed ofertą Konsorcjum InfoStrategia. W świetle powyższego, oferta złożona przez Odwołującego jest w rzeczywistości ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu, lecz w skutek naruszeń dokonanych przez Zamawiającego formalnie jest sklasyfikowana dopiero na drugim miejscu. Naruszenie przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów powoduje więc utratę przez Odwołującego możliwości realizacji zamówienia objętego Postępowaniem i szkodę w postaci utraconych zysków z tytułu realizacji zamówienia.

Zarzuty dotyczące oceny oferty złożonej przez Odwołującego w zakresie Kryterium doświadczenie, podkryterium 1.2. lit. c) cz. XV SIWZ, 1.2. lit. d) cz. XV SIWZ oraz 1.2. lit. e) cz. XV SIWZ

1. W zakresie podkryterium 1.2. lit. c) cz. XV SIWZ – doświadczenie pana T.K.

Brzmienie podkryterium 1.2. lit. c) cz. XV SIWZ:

- c) Osoba (wykazana na potwierdzenie warunku, o którym mowa w rozdziale VII ust. 1 pkt 1.2 ppkt c) wykonała jako badacz ilościowy lub analityk:
 - jedną (1) analizę danych dotyczącą rozwoju gospodarki lub przedsiębiorstw, w co najmniej jednym (1) badaniu społeczno-gospodarczych o wartości nie mniejszej niż 100 000 zł brutto badanie -1 punkt;
 - dwie (2) analizy danych dotyczące rozwoju gospodarki lub przedsiębiorstw, w co najmniej -dwóch (2) badaniach społeczno-gospodarczych o wartości nie mniejszej niż 100 000 zł brutto każde badanie - 2 punkty;
 - trzy (3) analizy danych dotyczące rozwoju gospodarki lub przedsiębiorstw, w co najmniej trzech (3) badaniach społeczno-gospodarczych o wartości nie mniejszej niż 100 000 zł brutto każde badanie - 3 punkty;
 - cztery (4) analizy danych dotyczące rozwoju gospodarki lub przedsiębiorstw, w co najmniej czterech (4) badaniach społeczno-gospodarczych o wartości nie mniejszej niż 100 000 zł brutto każde badanie - 4 punkty;
 - pięciu (5) i -więcej analizy danych -dotyczące rozwoju gospodarki lub przedsiębiorstw, w co najmniej pięciu (5) badaniach społeczno-gospodarczych o wartości nie mniejszej niż 100 000 zł brutto każde badanie - 5 punktów.

Odwołujący na potwierdzenie spełnienia warunku, o którym mowa w rozdziale VII ust. 1 pkt 1.2. ppkt c) SIWZ wskazał p. T. K. (wskazany jako druga osoba w poz. 8 wykazu osób złożonym wraz z ofertą przez Odwołującego), wykazując jednocześnie 11 projektów

potwierdzających doświadczenie, o którym mowa w rozdziale VII ust. 1 pkt 1.2., ppkt c) oraz podkryterium 1.2. lit. c) cz. XV SIWZ. Zgodnie zaś z przekazaną przez Zamawiającego kartą oceny oferty Odwołującego (dalej: „Karta oceny”) w zakresie doświadczenia p. T. K., Zamawiający uznał doświadczenie tej osoby wyłącznie przy trzech projektach, tj. wskazanych w pkt. 6, 8 oraz 11, to pozwoliło Odwołującemu spełnić warunek udziału w Postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VII ust. 1 pkt 1.2. ppkt c) SIWZ, lecz nie pozwoliło mu otrzymać jakiegokolwiek punktu w Kryterium doświadczenia, o którym mowa w podkryterium 1.2. lit. c) cz. XV SIWZ.

Zamawiający wezwaniem do złożenia wyjaśnień datowanym na dzień 3 października 2017 r. (dalej: „Wezwanie z 3 października 2017 r.”) wezwał Odwołującego w zakresie p. T. K. do złożenia wyjaśnień wyłącznie w pewnym, ograniczonym zakresie do projektów z pkt 1, 6, 8 i 11, tj. zapytał:

- czy usługi wymienione w pkt 1 oraz 11 dotyczą badań społeczno- gospodarczych oraz w jakim zakresie;

- czy usługi wymienione w pkt 6 i 8 dotyczyły analizy danych rozwoju gospodarki lub przedsiębiorstw i były badaniem społeczno-gospodarczymi oraz w jakim zakresie;

Jednocześnie, co wynika z Karty oceny - Zamawiający uznał za prawidłowe wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w zakresie wspomnianych projektów w pkt 6, 8 i 11 wykazu osób poz. dot. p. T. K..

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający z niewiadomych powodów nie uznał jednak, by p. T. K. spełniał warunek z podkryterium 1.2. lit. c) cz. XV SIWZ projektem z pkt 1 wykazu osób poz. dot. T. K., o który również zapytał w Wezwaniu z 3 października 2017. Raporty z tego projektu są powszechnie dostępne w Internecie, m.in. na stronie: <http://www.mgg-conferences.pl/media/pdf/reports/kierunki-rozwoju-technologiei-informacyjnych.pdf> oraz <http://www.mgg-conferences.pl/media/pdf/reports/stan-infrastuktury-ict.pdf>. Dokumenty te potwierdzają stan rzeczy wynikający z wykazu osób oraz wyjaśnień złożonych przez Odwołującego. W ramach projektu p. T. K. był współautorem i analitykiem, danych dotyczących rozwoju przedsiębiorstw w dwóch raportach:

a. "Kierunki rozwoju IT i komunikacji elektronicznej a firmy sektora MŚP" - w raporcie omówiono stan infrastruktury ICT w polskich małych i średnich firmach oraz główne zmiany tego stanu w latach 2008-2010, podstawowe modele korzystania z infrastruktury ICT oraz trendy rozwoju zastosowań ICT w małych i średnich firmach, w podziale na kierunki rozwoju infrastruktury sprzętowej i sieciowej, rozwiązań dostępowych i komunikacji elektronicznej oraz gospodarczych zastosowań ICT w sektorze MŚP w zarządzaniu i w produkcji, w marketingu, reklamie i promocji firm oraz w e-handlu a także związanych z tym aspektów działalności firm sektora MŚP na rynkach ponadlokalnych.

W badaniu analizowano także bariery wdrażania nowych rozwiązań ICT w krajowych małych i średnich firmach, wykonano też analizę SWOT dotyczącą wdrażania nowych rozwiązań ICT w MŚP.

b. "Stan infrastruktury ICT w firmach województwa mazowieckiego" - raport przedstawiał wyniki analizy stanu infrastruktury ICT, w województwie mazowieckim i w firmach Mazowsza. Dokonano też porównania stanu z innymi regionami kraju - pod względem zasięgu - sieci telekomunikacyjnych, przedsiębiorczości oraz wykorzystania rozwiązań teleinformatycznych w małych i średnich firmach. W opracowaniu zawarto także wyniki przeprowadzonej analizy innowacyjności i stanu inwestycji w ICT na tle działalności B+R w firmach województwa mazowieckiego oraz stopień wykorzystaniu środków UE przeznaczonych na te cele.

Przedstawione powyżej argumenty dowodzą, że raporty dotyczą rozwoju przedsiębiorstw i są badaniami społeczno-gospodarczymi.

Dodatkowo, Zamawiający nie skierował wezwania do wyjaśnień (w tym nie zapytał o to w Wezwaniu z 3 października 2017 r.) w zakresie pozostałych projektów, którymi wykazał się p. T. K. (tj. pkt 2, 3, 4, 5, 7, 9, 10 wykazu osób poz. dot. T. K.).

W świetle okoliczności, o której mowa powyżej - skoro Zamawiający nie miał wątpliwości, że projekty z pkt 2, 3, 4, 5, 7, 9, 10 wykazu osób poz. dot. T. K. spełniają wymagania określone w SIWZ (w rozdziale VII ust. 1 pkt 1.2. ppkt c) oraz podkryterium 1.2. lit. c) cz. XV SIWZ to Zamawiający powinien przyznać Odwołującemu w zakresie podkryterium 1.2. lit. c) cz. XV SIWZ 5 punktów.

Ewentualnie, jeżeli Zamawiający posiadał wątpliwości, co do tego, czy którykolwiek z projektów, o których mowa w pkt 2, 3, 4, 5, 7, 9, 10 wykazu osób poz. dot. p. T. K. spełnia warunki określone w SIWZ (w rozdziale VII ust. 1 pkt 1.2. ppkt c) oraz pod kryterium 1.2. lit. c) cz. XV SIWZ) to Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do stosownych wyjaśnień, dzięki którym Odwołujący mógłby potwierdzić zgodność tychże projektów z warunkami określonymi w SIWZ.

Zarazem, Odwołujący wskazuje, że projekty, o którym mowa w pkt 2, 3, 4 i 9 wykazu osób poz. dot. p. T. K. są powszechnie dostępne, m.in. w Internecie (lub Zamawiający miał do nich dostęp) i potwierdzają spełnienie przez niego warunku wykonania przez niego jako badacz ilościowy lub analityk danych dotyczące rozwoju gospodarki lub przedsiębiorstw, w badaniach społeczno- gospodarczych.

W konsekwencji powyższego, Zamawiający błędnie przyznał Odwołującemu w zakresie podkryterium 1.2. lit. c) cz. XV SIWZ 0 punktów, gdy tymczasem Odwołujący powinien otrzymać 5 punktów.

2. W zakresie podkryterium 1.2. lit. d) cz. XV SIWZ – doświadczenie p. X.K.

Brzmienie podkryterium 1.2 lit. d) cz. XV SIWZ:

d) Osoba (wykazana na potwierdzenie warunku, o którym mowa w rozdziale VII ust. 1

pkt 1.2 ppkt d) SIWZ, która jest autorem lub współautorem:

- jednej (1) opinii lub analizy lub ekspertyzy lub interpretacji aktów prawnych w zakresie problematyki ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne, lub ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, która dotyczy realizacji inwestycji telekomunikacyjnych – 1 punkt;
- dwóch (2) opinii lub analiz lub ekspertyz lub interpretacji aktów prawnych w zakresie problematyki ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne, lub ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, które dotyczą realizacji inwestycji telekomunikacyjnych – 2 punkty;
- trzech (3) opinii lub analiz lub ekspertyz lub interpretacji aktów prawnych w zakresie problematyki ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne, lub ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, które dotyczą realizacji inwestycji telekomunikacyjnych – 3 punkty;
- czterech (4) opinii lub analiz lub ekspertyz lub interpretacji aktów prawnych w zakresie problematyki ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne, lub ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, które dotyczą realizacji inwestycji telekomunikacyjnych – 4 punkty;
- pięciu (5) i więcej opinii lub analiz lub ekspertyz lub interpretacji aktów prawnych w zakresie problematyki ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne, lub ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, które dotyczą realizacji inwestycji telekomunikacyjnych - 5 punktów.

Odwołujący na potwierdzenie spełnienia warunku, o którym mową w rozdziale VII ust. 1 pkt 1.2. ppkt d) SIWZ wskazał p. X.K. (wskazany w poz. 1 wykazu osób złożonym wraz z ofertą przez Odwołującego). Pan X.K. wykazał w aż 10 projektach doświadczenie, o którym mowa w rozdziale VII ust. 1 pkt 1.2. ppkt d) oraz podkryterium 1.2. lit. d) cz. XV SIWZ. Zgodnie zaś z przekazaną przez Zamawiającego Kartą oceny w zakresie doświadczenia p. X. K., Zamawiający uznał doświadczenie wyłącznie w ośmiu projektach, tj. 1, 2, 3, 4, 5, 7, 9, 10 wykazu osób poz. dot. p. X.K. co pozwoliło Odwołującemu spełnić, warunek udziału w Postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VII ust. 1 pkt 1.2. ppkt d) SIWZ i pozwoliło otrzymać jedynie 4 punkty w Kryterium doświadczenia, o którym mowa w podkryterium 1.2. lit. d) cz. XV SIWZ.

Jednocześnie, Zamawiający Wezwaniem z 3 października 2017 r. wezwał Odwołującego w zakresie p. X. K. do złożenia wyjaśnień wyłącznie w pewnym, ograniczonym

zakresie, tj. zapytał:

- czy ww. osoba była autorem lub współautorem analiz lub opinii prawnych wskazanych w pkt 1-10;
- czy usługi wskazane w pkt 1 i 2 dotyczą tej samej opinii prawnej i zakresu tematycznego;
- czy usługi wymienione w pkt 1, 2, 3, 6 i 7 dotyczą opinii lub analiz lub ekspertyz lub interpretacji w zakresie problematyki ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne lub ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych oraz w jakim zakresie;
- czy usługa wymieniona w pkt 4 dotyczą realizacji inwestycji telekomunikacyjnych oraz w jakim zakresie.

Co wynika z Karty oceny - Zamawiający uznał za prawidłowe wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w zakresie wszystkich projektów, za wyjątkiem projektu z pkt 6 i 8.

Zamawiający z niewiadomych powodów nie uznał jednak, by p. X. K. spełniał warunek z podkryterium 1.2. lit. d) cz. XV SIWZ projektami z pkt 6 i 8 wykazu osób poz. dot. X. K., o które również zapytał w Wezwaniu z 3 października 2017 r.

Zarazem, Odwołujący wskazuje, że projekt, o którym mowa w pkt 8 wykazu osób poz. dot. p. X.K. jest powszechnie dostępny, m.in. w Internecie na stronie: <http://docplayer.pl/4265479-Budowa-infrastruktury-telekomunikacyjnej-w-pasie-drogowym.html>. Dokument ten potwierdza stan rzeczy wynikający z wykazu osób oraz wyjaśnień złożonych przez Odwołującego. W szczególności, rozwiewa wątpliwości, że p. X. K. jest współautorem tegoż dokumentu (str. 2 dokumentu), jak również, że dokument ten stanowi analizę/ekspertyzę/interpretację aktów prawnych z zakresu m.in. Prawa telekomunikacyjnego czy ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (okoliczność ta wynika z analizy całego dokumentu, lecz wrywkowe, wyraźne odwołanie do tychże ustaw można znaleźć m.in. na stronie 10 i 21 dokumentu).

W świetle okoliczności, o której mowa powyżej - skoro:

- a) Zamawiający nie miał wątpliwości, że projekty z pkt 6 i 8 wykazu osób poz. dot. p. X. K. spełniają wymagania określone w SIWZ (w rozdziale VII ust. 1 pkt 1.2. ppkt d) oraz podkryterium 1.2. lit. d) cz. XV SIWZ) w zakresie innym, niż wynikający z Wezwania z 3 października 2017 r.,
- b) projekty z pkt 6 i 8 wykazu osób poz. dot. p. X. K. spełniają wymagania określone w SIWZ (w rozdziale VII ust. 1 pkt 1.2. ppkt d) oraz podkryterium 1.2. lit. d) cz. XV SIWZ) w zakresie wynikającym z wątpliwości, o których mowa w Wezwaniu z 3 października 2017 r.,

to Zamawiający powinien przyznać Odwołującemu w zakresie podkryterium 1.2. lit. d) cz. XV SIWZ 5 punktów, a nie tylko 4 punkty.

Ewentualnie, gdyby Zamawiający miał inne jeszcze wątpliwości, to powinien był wezwać Odwołującego do stosownych wyjaśnień, dzięki którym Odwołujący mógłby potwierdzić zgodność tychże projektów z warunkami określonymi w SIWZ.

W konsekwencji powyższego, Zamawiający błędnie przyznał Odwołującemu w zakresie podkryterium 1.2. lit. d) cz. XV SIWZ 4 punkty, gdy tymczasem Odwołujący powinien otrzymać 5 punktów.

3. W zakresie podkryterium 1.2. lit. e) cz. XV SIWZ – doświadczenie p. W.K.

Brzmienie podkryterium 1.2. lit. e) cz. XV SIWZ:

e) Osoba (wykazana na potwierdzenie warunku, o którym mowa w rozdziale VII ust. 1 pkt 1.2. ppkt e) SIWZ, która jest autorem lub współautorem:

- jednej (1) opinii lub analizy lub ekspertyzy lub interpretacji aktów prawnych w zakresie problematyki pomocy publicznej - 1 punkt;
- dwóch (2) opinii lub analizy lub ekspertyzy lub interpretacji, aktów prawnych w zakresie problematyki pomocy publicznej - 2 punkty;
- trzech (3) opinii lub analizy lub ekspertyzy lub interpretacji aktów prawnych w zakresie problematyki pomocy publicznej - 3 punkty;
- czterech (4) opinii lub analizy lub ekspertyzy lub interpretacji aktów, prawnych w zakresie problematyki pomocy publicznej - 4 punkty;
- pięciu (5) i więcej opinii lub analizy lub ekspertyzy lub interpretacji aktów prawnych w zakresie problematyki pomocy publicznej — 5 punkty.

Odwołujący na potwierdzenie spełnienia warunku, o którym mowa w rozdziale VII ust. 1 pkt 1.2. ppkt e) wskazał p. W.K. wskazany w poz. 3 wykazu osób złożonym wraz z ofertą przez Odwołującego).

Pan W.K. wykazał w aż 8 projektach doświadczenie, o którym mowa w rozdziale VII ust. 1 pkt 1.2. ppkt e) oraz podkryterium 1.2. lit. e) cz. XV SIWZ.

Zgodnie zaś z przekazaną przez Zamawiającego Kartą oceny w zakresie doświadczenia p. W.K., Zamawiający uznał doświadczenie wyłącznie w siedmiu projektach, tj. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8 wykazu osób poz. dot. p. W. K. (nie uznał jedynie projektu z pkt 7), co pozwoliło Odwołującemu spełnić warunek udziału w Postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VII ust. 1 pkt 1.2. ppkt e) SIWZ i pozwoliło otrzymać jedynie 4 punkty w Kryterium doświadczenie, o którym mowa w podkryterium 1.2. lit. e) cz. XV SIWZ.

Jednocześnie, Zamawiający Wezwaniem z 3 października 2017 r. wezwał Odwołującego w zakresie p. W.K. do złożenia wyjaśnień wyłącznie w pewnym, ograniczonym

zakresie, tj. zapytał:

- czy ww. osoba, była autorem lub współautorem analiz lub opinii prawnych lub ekspertyz wskazanych w pkt 1-8;

Zamawiający z niewiadomych powodów nie uznał, by - jak należy przypuszczać, skoro Wezwanie z 3 października 2017 r. dotyczyło wyłącznie wątpliwości co do autorstwa analizy/opinii prawnej/ekspertyzy - że p. W.K. nie jest autorem opinii, o której mowa w pkt 7, a tym samym nie spełnia warunku z podkryterium 1.2. lit. e) cz. XV SIWZ. Jednocześnie, Obwoływający jest w stanie udowodnić, że p. W.K. jest autorem tejże opinii prawnej.

W świetle okoliczności, o których mowa powyżej - skoro:

- a) Zamawiający nie miał wątpliwości, że projekt z pkt 7 wykazu osób poz. dot. p. W.K. spełnia wymagania określone w SIWZ (w rozdziale VII ust. 1 pkt 1.2. ppkt e) oraz podkryterium 1.2. lit. e) cz. XV SIWZ) w zakresie innym, niż wynikający z Wezwania z 3 października 2017 r.,
- b) projekt z pkt 7 wykazu osób poz. dot. W.K. spełnia wymagania określone w SIWZ (w rozdziale VII ust. 1 pkt 1.2. ppkt e) oraz podkryterium 1.2. lit. e) cz. XV SIWZ). w zakresie wynikającym z wątpliwości, o których mowa w Wezwaniu z 3 października 2017 r.

to Zamawiający powinien przyznać Odwoływającemu w zakresie podkryterium 1.2. lit. e) cz. XV SIWZ 5 punktów, a nie tylko 4 punkty.

W konsekwencji powyższego, Zamawiający błędnie przyznał Odwoływającemu w zakresie podkryterium 1.2. lit. e) cz. XV SIWZ 4 punkty, gdy tymczasem Odwoływający powinien otrzymać 5 punktów.

Odnośnie oceny doświadczenia wszystkich wskazanych powyżej osób Odwoływający podnosi, że z protokołu Postępowania nie wynika dlaczego Zamawiający nie uznał projektów. Zamawiający wbrew ciężącemu na nim obowiązkowi nie podał uzasadnienia faktycznego podejmowanej czynności w taki sposób, aby zagwarantować możliwość weryfikacji jej prawidłowości. Niedopuszczalnym jest przy tym, aby wykonawca musiał samodzielnie domniemywać rzeczywistych przyczyn, które legły u podjęcia zakomunikowanej mu decyzji przez Zamawiającego.

Zarzut dotyczący niewłaściwego zastosowania i w konsekwencji nieuzasadnionego uznania za skuteczne, dokonanego przez Konsorcjum InfoStrategia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwoływającego zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, co do wykazu osób Konsorcjum InfoStrategia nie zasługuje na ochronę w oparciu o art. 8 ust. 3 ustawy Pzp,

bowiem uzasadnienie zastrzeżenia tychże informacji sporządzone przez Konsorcjum InfoStrategia jest ogólne i lakoniczne, w zasadzie mogąc pełnić rolę wzoru zastrzeżenia tajemnicy, który przedstawić może każdy wykonawca w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (niezależnie od przedmiotu tego postępowania).

Konsorcjum InfoStrategia nie przedstawiło także jakichkolwiek dowodów na to, że informacje w wykazie osób stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i oparła zastrzeżenia głównie na cytowaniu orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów, które zapadły w odmiennych stanach faktycznych. Ten zabieg miał zapewne odwrócić uwagę od faktu, że Konsorcjum InfoStrategia nie wyjaśniło m.in. na czym miałyby polegać wartość gospodarcza tychże informacji.

Odwołujący zwraca uwagę, na gołosłowność twierdzenia, że Konsorcjum InfoStrategia przeciwdziała próbom pozyskiwania przez konkurencję swoich pracowników, gdy jeden z jego podmiotów wchodzących w skład konsorcjum na stronie internetowej wprost informuje o swoich pracownikach/współpracownikach (por. <http://gww.pl/pl/zespol>).

Zamawiający nie przedłożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie, na rozprawie wniósł o jego oddalenie przedstawiając stosowną argumentację.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosiło Konsorcjum InfoStrategia wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba, wobec spełniania przez Konsorcjum InfoStrategia przesłanek z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła dopuścić wykonawcę zgłaszającego przystąpienie (dalej również „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym.

W piśmie procesowym z 12 stycznia 2018 r. Konsorcjum InfoStrategia, wnosząc o oddalenie odwołania przedstawiło następujące stanowisko w sprawie.

Odnośnie zarzutu dotyczącego niewłaściwej oceny doświadczenia osób w ramach Kryterium doświadczenie, wskazuje, że nie może zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, jakoby wszystkie projekty wskazane przez p. T.K. dotyczyły rozwoju przedsiębiorstw i są badaniami społeczno-gospodarczymi. Aby jednak przedstawić stosowne argumenty, należy najpierw wprowadzić wykładnię stosowanych pojęć. Zamawiający wymagał, aby analizy dotyczyły badań społeczno-gospodarczych. Zgodnie z przedstawionymi poniżej definicjami pojęć termin społeczno-gospodarczy oznacza, że przedmiotem analiz są zarówno kwestie społeczne jak i gospodarcze. Natomiast przedstawione przez Odwołującego opisy jednoznacznie wskazują, że raporty dotyczą wyłącznie sfery gospodarczej. Przytacza definicje

wyrażeń „społeczno-gospodarczy”, „społeczny”, „społeczeństwo” ze słownika Języka Polskiego PWN oraz Wikipedii.

Dalej argumentując odnośnie doświadczenia p. T.K. wskazał, że ponieważ pojęcie społeczeństwo oznacza dużą zbiorowość społeczną, ogół ludzi co najmniej danego miasta, obszaru; nie można twierdzić, że badania przedstawicieli jakichś firm są badaniami o charakterze społecznym. Należy mieć przy tym na względzie cel ustanowionego kryterium pozacenowego odnoszącego się do doświadczenia posiadanego przez wykonwców. Zamawiający dodatkowo punktował doświadczenie zdobyte przy sporządzeniu opinii etc. dotyczących rozwoju gospodarki lub przedsiębiorstw, w badaniach społeczno-gospodarczych. Tak ustanowione kryterium pozacenowe miało premiować dodatkowe doświadczenie w obszarze gospodarki ale także w ramach badań społeczno -gospodarczych.

Dodatkowym wymaganiem odnośnie autora aby w ramach prac wykonywał prace nad danym opracowaniem jako badacz ilościowy lub analityk. Wszystkie te trzy wymagania należy traktować łącznie. Nie można uznać, iż, dokument którego cel jest zupełnie inny może być uznany za opracowanie spełniające te wymogi. Należy podkreślić, iż taka rozszerzająca interpretacja kryterium naruszałaby zasadę uczciwej konkurencji gdyż skutkowałaby zastosowaniem odmiennej metodologii oceny oferty złożonej przez Przystępującego.

Odnośnie doświadczenia p. X.K. podnosi, że analiza postanowień SIWZ jasno określa przedmiotowe wymogi ustanowione przez Zamawiającego tj.:

- a) dokument musi stanowić opinię lub analizę lub ekspertyzę lub interpretację
- b) przedmiotem opinii lub analizy lub ekspertyzy lub interpretacji jest ustawa Prawo telekomunikacyjne bądź ustawy z dn. 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, dalej również „Ustawa szerokopasmowa”;

Jedynie dokument spełniający łącznie oba powyższe kryteria może być uznany za spełniający wymogi określone przez Zamawiającego. Tymczasem, jak wynika z odwołania Odwołujący domaga się uznania za spełniający powyższe wymogi dokumentu wydanego przez samego Zamawiającego i zatytułowanego „Budowa infrastruktury telekomunikacyjnej w pasie drogowym — poradnik dla zarządców dróg”.

W ocenie Przystępującego, którego pracownicy również byli autorami tego dokumentu (jednym z współautorów dokumentu jest pan K. H.) nie budzi wątpliwości, że wspomniany dokument nie spełnia żadnego z powyższych kryteriów SIWZ. Przy czym o ile do dyskusji jest kwestia, czy dokument ten stanowi opinię lub analizę lub ekspertyzę lub interpretację to już żadnej wątpliwości nie może stanowić fakt, że przedmiotem tego dokumentu nie jest ani ustawa Prawo telekomunikacyjna ani Ustawa Szerokopasmowa. Przedstawiony przez Odwołującego poradnik dotyczy bowiem procesu inwestycyjnego w pasie drogowym, a tym samym aktami prawnymi do których odnosi się dokument są przede wszystkim ustawa Prawo

budowlane oraz ustawa o drogach publicznych. Jasno wskazuje na to chociażby sam wstęp do poradnika, gdzie wskazano: *„Dlatego też przekazujemy do wykorzystania Poradnik, który zawiera informacje dotyczące prowadzenia inwestycji telekomunikacyjnych w pasie drogowym. Zagadnienia w nim przedstawione obejmują przed wszystkim wymagania prawne, formalne, techniczne i finansowe dla inwestycji telekomunikacyjnych, lokalizowanych w pasie drogowym oraz analizę wpływu tych warunków na koszty inwestycji telekomunikacyjnych. Celem Poradnika jest także przybliżenie Państwu problematyki lokalizacji sieci telekomunikacyjnych w pasie drogowym, w szczególności uwarunkowań prawnych lokalizacji telekomunikacyjnej linii kablowej, kanalizacji kablowej i kanałów technicznych zarówno w terenie zabudowy jak i poza terenem zabudowy. Poradnik ma też na celu umożliwienia szybszej realizacji projektów szerokopasmowych, zbliżających nasz kraj do wyznaczonych celów rozwoju Internetu szerokopasmowego. Dodatkowo w Poradniku przedstawiono rekomendację dobrych praktyk obliczania opłat za udostępnianie kanałów technologicznych.”*

Powyższe wnioski potwierdza również analiza całego dokumentu, który zawiera jedynie wyrywkowe odniesienia do ustawy Prawo telekomunikacyjne oraz Ustawy szerokopasmowej, a z pewnością nie zawiera on żadnej analizy, czy interpretacji tych aktów prawnych. Sam Odwołujący ma tego pełną świadomość, wskazując bardzo ogólnie: „okoliczność ta wynika z analizy całego dokumentu, lecz wyrywkowe, wyraźne odwołania do tychże ustaw można znaleźć m.in. na stronie 10 i 21 dokumentu” (Odwołanie, s. 13). Zgodzić się należy z Odwołującym, że odwołania do Prawa telekomunikacyjnego oraz Ustawy szerokopasmowej mają jedynie charakter ogólny i wyrywkowy i w całym dokumencie trudno znaleźć jakąkolwiek analizę, czy interpretację przepisów Prawa telekomunikacyjnego, czy Ustawy szerokopasmowej. Nie można bowiem uznać, że analizę, opinię, ekspertyzę czy interpretację aktu prawnego stanowi przywołanie definicji legalnej, czy przepisu prawa, a jedynie tego typu odniesienia można znaleźć w przywołanym dokumencie. Nie można również uznać, że dokument stanowi analizę Ustawy szerokopasmowej w zakresie w jakim odwołuje się do Ustawy szerokopasmowej jako aktu prawnego zmieniającego ustawę o drogach publicznych (tak np. na stronie 16 Poradnika, gdzie wskazano: *„Megaustawa” (tj. Ustawa szerokopasmowa) wprowadziła istotne zmiany z zakresu telekomunikacji w ustawie o drogach publicznych.”*

Gdyby przyjąć tak liberalną wykładnię jak proponuje Odwołujący to również opinia z zakresu prawa rodzinnego w której znalazłyby się wyrywkowe odwołania do Prawa telekomunikacyjnego i budowy sieci telekomunikacyjnych winna być uznana za spełniającą wymogi z SIWZ. Oczywiście podany przykład jest skrajnie przejawskawiony, ale generalnie nie można uznać, że dowolny dokument, który zawiera odniesienia do aktów prawnych wskazanych w SIWZ spełnia wymogi określone przez Zamawiającego.

Co istotne, poważne wątpliwości budzi również uznanie poradnika za „opinię lub analizę lub ekspertyzę lub interpretację”. Analizując Poradnik nie sposób nie zauważyć, że ma on charakter bardzo ogólnego kompendium nt. prowadzenia inwestycji w pasie drogowym. Wskazany przez Odwołującego dokument zawiera przede wszystkim odwołania do przepisów ustawy o drogach publicznych oraz ustawy prawo budowlane wraz z aktami wykonawczymi do tychże ustaw. Także te przepisy są przedmiotem orzecznictwa oraz literatury powołanej w poradniku. W całym dokumencie brak jest jakichkolwiek odwołań do orzecznictwa, czy literatury dotyczącej Prawa telekomunikacyjnego czy Ustawy szerokopasmowej, co jednoznacznie potwierdza, że dokument ten nie spełnia wymogów określonych w SIWZ. Zwracamy wreszcie uwagę na cel ustanowionego kryterium pozacenowego odnoszącego się do doświadczenia posiadanego przez wykonawców, Zamawiający dodatkowo punktował doświadczenie zdobyte przy sporządzeniu opinii etc. „w zakresie problematyki” ustawy Prawo telekomunikacyjne, bądź Ustawy szerokopasmowej. Tak ustanowione kryterium pozacenowe miało premiować dodatkowe doświadczenie w obszarze telekomunikacji, nie zaś doświadczenie jedynie luźno związane z powyższymi ustawami. Nie można uznać, iż dokument którego adresatem są zarządcy dróg może być uznany za opinię / ekspertyzę z zakresu prawa telekomunikacyjnego. Należy podkreślić, iż taka rozszerzająca interpretacja kryterium naruszałaby zasadę uczciwej konkurencji gdyż skutkowałaby zastosowaniem odmiennej metodologii oceny oferty złożonej przez Przystępującego. Dlatego też, w ocenie Konsorcjum InfoStrategia Zamawiający słusznie nie uznał projektu wskazanego w pkt 8 wykazu osób jako spełniającego wymogi SIWZ i słusznie nie przyznał Odwołującemu punktów z tego tytułu.

Jeżeli chodzi o pkt 6 w wykazie osób poz. dot. p. X.K. to sam Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji, która wskazywałaby, że pozycja ta spełnia wymogi określone w SIWZ, W konsekwencji trudno, Konsorcjum InfoStrategia, w ogóle odnieść się do powyższej pozycji w odpowiedzi na Odwołanie.

Nie zasługuje również na uwzględnienie twierdzenie Odwołującego, wskazując na konieczność wezwania Odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień dzięki czemu Odwołujący mógłby potwierdzić zgodność projektów z warunkami SIWZ. Przystępujący zwraca uwagę, że dokument do którego odwołuje się „Budowa infrastruktury telekomunikacyjnej w pasie drogowym - poradnik dla zarządców dróg” został wydany przez samego Zamawiającego, a w konsekwencji trudno uznać, że Zamawiający nie zna treści tego dokumentu, czy też nie wie jakich przepisów dotyczy powołany dokument. Jest oczywiste, że w tej sytuacji Zamawiający nie tylko nie musiał, ale wręcz nie powinien wzywać Odwołującego do wyjaśnień, gdyż trudno uznać, że wyjaśnienia Odwołującego mogłyby w jakikolwiek sposób wpłynąć na wiedzę Zamawiającego o dokumencie, który sam wydał i wprowadził do obrotu.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając całość dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: specyfikację istotnych warunków zamówienia (SIWZ), oferty wykonawców, korespondencję pomiędzy Zamawiającym i wykonawcami, odwołanie, zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji Postępowania oraz z dokumentów złożonych do akt sprawy przez Odwołującego, omówionych dalej.

Izba ustaliła, iż przedstawiony przez strony i uczestników postępowania stan faktyczny sprawy, nie jest pomiędzy nimi sporny, jak i jest zgodny z dokumentacją Postępowania. W szczególności Izba ustaliła, co następuje:

Część XV SIWZ pn. *opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert*, wprowadzała Kryterium doświadczenia przytoczone powyżej w uzasadnieniu odwołania. Łączna suma punktów w ramach tego kryterium jaką Wykonawcy mogli uzyskać wynosiła 40, przy czym dla poszczególnych, opisanych funkcji (osób) było to maksimum 5 pkt.

Zamawiający w SIWZ zastrzegł, że:

- Punkty zostaną przyznane za każdą funkcję - osobę, która będzie uczestniczyć w realizacji zamówienia i która spełnia warunki udziału w postępowaniu, określone w rozdziale VII ust. 1 pkt 1.2 odpowiednio ppkt a - h SIWZ, oraz wykaże się dodatkowym doświadczeniem (powyżej wskazanego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu), który spełnia niżej wymienione wymagania (...),

- W przypadku wykazania się przez wykonawcę więcej niż jedną osobą na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu odpowiednio dla każdej funkcji, punkty zostaną przyznane tylko jednemu ekspertowi z danej funkcji, który wykaże się największym

doświadczeniem i spełnia warunki udziału odpowiednio ppkt a - h w rozdziale VII ust. 1 pkt 1.2 SIWZ.

- W przypadku niewykazania się przez ww. osoby wymaganym doświadczeniem Zamawiający przyzna Wykonawcy w danym podkryterium- 0 pkt.

- Zamawiający nie dopuszcza możliwości wykazania się przez Wykonawcę więcej niż jedną osobą w danej funkcji w celu uzyskania punktów w powyższym kryterium.

- Zamawiający dopuszcza łączenie funkcji, o których mowa w pkt a-h, przez jedną osobę.

- Zamawiający nie dopuszcza możliwości wykazania się przez jedną osobę tym samym doświadczeniem na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu oraz na potwierdzenie wymagań określonych w kryterium oceny ofert. Osoby, o których mowa powyżej, muszą spełniać warunki udziału określone przez Zamawiającego w rozdziale VII ust. 1 pkt 1.2 odpowiednio ppkt a-h. W przypadku gdy nie będą spełniać ww. warunków, nie będą brane pod uwagę przy przyznawaniu punktów w kryterium „Kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”.

- W przypadku gdy wskazane przez wykonawcę usługi na potwierdzenie spełniania warunku udziału, o którym mowa w rozdziale VII ust.1 pkt 1.2 odpowiednio ppkt a-h, nie spełniają powyższych warunków, a wykonawca przedstawił usługi w celu uzyskania punktów w kryterium oceny ofert, które również potwierdzają warunek udziału w postępowaniu w zakresie określonej funkcji-osoby, to zamawiający uzna powyższe usługi jako potwierdzenie spełniania warunków udziału w zakresie danej funkcji-osoby i nie będzie ich brał pod uwagę przy przyznawaniu punktów w kryterium oceny ofert. W takim przypadku, jeśli pozostałe usługi nie potwierdzają wymagań określonych w podkryterium, to zamawiający nie przyzna punktów wykonawcy za powyższe usługi w tym podkryterium.

- W celu potwierdzenia spełniania powyższych wymagań Wykonawca jest zobowiązany do załączania do oferty *Wykazu osób* sporządzonego zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ.

- W przypadku gdy Wykonawca nie dołączy do oferty *Wykazu osób*, Zamawiający w kryterium „Kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia” przyzna 0 pkt.

- Wykaz osób w zakresie potwierdzania spełniania wymagań określonych w kryterium oceny ofert nie podlega uzupełnieniu.

Zgodnie z brzmieniem opisu kolumny 3 Załącznika nr 3 do SIWZ, wykonawca w tej kolumnie zobowiązany był zawrzeć *informację o kwalifikacjach i doświadczeniu, które potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale VII ust.1 pkt 1.2 oraz wymagań określonych w kryterium oceny ofert określonych w rozdziale XV ust.*

1.2 SIWZ, a w kolumnie 4 tegoż Załącznika „Zakres wykonywanych czynności podczas realizacji zamówienia”.

Zamawiający w dniu 21 grudnia 2017 r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty jednocześnie informując o przyznanej punktacji w ramach poszczególnych kryteriów oceny ofert oraz o łącznej uzyskanej punktacji oraz o ofertach odrzuconych.

Izba uznała, że nie doszło w niniejszej sprawie do naruszenia przepisów powołanych w Odwołaniu w sposób mający wpływ na wynik postępowania, a tylko w takim przypadku Izba zgodnie z art. 190 ust. 2 ustawy Pzp uwzględni odwołanie.

Analizując akta sprawy, w szczególności SIWZ oraz ofertę Odwołującego Izba zważyła, że zgodnie z cz. XV pkt. 1.2 SIWZ punkty w ramach Kryterium doświadczenie zostaną przyznane za każdą funkcję - osobę, która będzie uczestniczyć w realizacji zamówienia i która spełnia warunki udziału w postępowaniu, określone w rozdziale VII ust. 1 pkt 1.2 odpowiednio ppkt a - h SIWZ, oraz wykaże się dodatkowym doświadczeniem (powyżej wskazanego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu). Dokumentem w oparciu o który Zamawiający miał oceniać doświadczenie osób przedstawionych przez wykonawców był Wykaz osób, który zgodnie z dyspozycją w nim zawartą powinien zawierać informacje o kwalifikacjach i doświadczeniu, które potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale VII ust. 1 pkt 1.2. SIWZ oraz wymagań określonych w kryterium oceny ofert określonych w części XV ust. 1.2. SIWZ. W związku z tym, to na wykonawcy spoczywał obowiązek takiej prezentacji kwalifikacji i doświadczenia które pozwalałyby na jednoznaczne stwierdzenie przez Zamawiającego, że wykonawca faktycznie wykazał spełnianie wymagań. Co do zasady zgodzić się należy z Zamawiającym, że wezwanie może nastąpić tylko wtedy gdy ma on wątpliwości co do treści oferty lub innych dokumentów. W przypadku gdy takich wątpliwości brak, a po stronie Zamawiającego jest przekonanie - pewność co do niespełnienia przez wykonawcę wymagań SIWZ, brak jest też podstaw do wezwania wykonawcy do wyjaśnień wątpliwych kwestii, których nie ma. Nadinterpretacją, jest twierdzenie Odwołującego, że zakres/doświadczenie osób wobec których Zamawiający wezwania do wyjaśnień nie skierował, spełnia wymagania Zamawiającego i powinno zostać uwzględnione w przyznanej punktacji.

Izba wskazuje, że o ile w przypadku warunków udziału w postępowaniu dopuszczalne jest wzywianie wykonawców do wyjaśnień i uzupełnień oferty, o tyle w stosunku do elementów oferty ocenianych w ramach kryteriów oceny ofert jest to już znacznie ograniczone, gdyż mogłoby prowadzić do naruszenia podstawowych zasad prowadzenia postępowania. Zauważenia wymaga, że wezwanie Odwołującego do wyjaśnień w tym stanie faktycznym nie było konieczne gdyż Zamawiający ocenił kwestionowane projekty jako niespełniające

wymagań SIWZ, nie mając w tym zakresie wątpliwości. Jednocześnie Izba zwraca uwagę, że wyjaśnienie kwestii stanowiących kryterium oceny ofert - mogłoby być uznane za próbę manipulacji przyznaną punktacją - co w ocenie Izby jest niedopuszczalne. Dopuszczenie wyjaśniania niniejszych kwestii przez Zamawiającego w konsekwencji mogłoby stanowić naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Należy przywołać Orzeczenie TSUE z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 Archus et Gama, gdzie wskazano że żądanie wyjaśnień nie może jednak rekompensować braku dokumentu lub informacji, których przekazanie było wymagane w dokumentacji przetargowej, gdyż instytucja zamawiająca musi ściśle przestrzegać ustanowionych przez samą siebie kryteriów (zob. podobnie wyrok z dnia 10 października 2013 r., Manova, C-336/12). Dlatego też, Izba nie zgodziła się z Odwołującym co do naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień w zakresie głęboko merytorycznych aspektów przedstawionego doświadczenia stanowiącego jednocześnie kryterium oceny ofert. Wobec postanowień SIWZ to wykonawca był zobowiązany jednoznacznie opisać doświadczenie wskazanych w „Wykazie osób” osób, tak aby Zamawiający dokonując oceny w ramach kryteriów oceny ofert nie miał wątpliwości co do kwalifikacji przedstawionych zasobów.

Osią sporu w ramach zarzutu dot. oceny doświadczenia osób wskazanych przez Odwołującego była interpretacja postanowień SIWZ odnoszących się do opisu Kryterium doświadczenia oraz subsumpcja prezentowanego przez Odwołującego doświadczenia wskazanych osób.

Skład orzekający nie zgadza się z twierdzeniem Odwołującego, że postanowienia SIWZ sformułowane przez Zamawiającego są nie dookreślone, nieprecyzyjne, a Zamawiający dokonał oceny ofert w sposób odbiegający od opisanych w SIWZ kryteriów oceny. Zamawiający dokonał oceny ofert w oparciu o powszechnie przyjęte rozumienie użytych pojęć. Należy pamiętać jednocześnie, że zamówienie kierowane było do wykonawców profesjonalnie działających na rynku objętym zamówieniem, na którym użyte przez Zamawiającego pojęcia są w powszechnym obiegu i nie budzą wątpliwości co do ich zakresu rzeczowego. W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy nie mieli wątpliwości co do treści stawianych wymagań. W związku z tym, Izba stwierdza, że Odwołujący stawiając zarzuty dokonał korzystnej wyłącznie dla siebie interpretacji przywoływanych w Odwołaniu kryteriów oceny ofert.

Odwołujący zakwestionował ocenę dokonaną przez Zamawiającego złożonej przez niego oferty w kryterium doświadczenia w zakresie doświadczenia trzech ekspertów: p. W. K., p. X. K. oraz p. T. K.

Odnosząc się do doświadczenia p. T.K. przedstawionego przez Odwołującego w celu

uzyskania punktów w podkryterium 1.2. lit. c) cz. XV SIWZ tj. osoba (wykazana na potwierdzenie warunku, o którym mowa w rozdziale VII ust. 1 pkt 1.2 ppkt c) wykonała jako badacz ilościowy lub analityk (...) analizę danych dotyczącą rozwoju gospodarki lub przedsiębiorstw, w co najmniej (...) badaniu społeczno-gospodarczym o wartości nie mniejszej niż 100 000 zł brutto badanie, Izba wskazuje co następuje.

Izba przyjęła w poczet materiału dowodowego przedstawione przez Odwołującego na rozprawie:

1. Raport „Kierunki rozwoju technologii informacyjnych oraz ich zastosowań w sektorze MSP”, dot. pkt. 1 doświadczenia wykazanego dla p. T.K.
2. Analiza preferencji i zapotrzebowania społecznego na usługi e-Government oraz rozwoju tych usług w państwach UE, dot. pkt. 2 doświadczenia wykazanego dla p. T.K.
3. Wyniki Narodowego Programu Foresight Polska 2020, Część A, Część B str. 100 do 112 oraz 140, 160, Część D, str. 208-222; dot. pkt. 3 doświadczenia wykazanego dla p. T.K.
4. wyciąg z publikacji „Foresight kadr nowoczesnej gospodarki”, dot. pkt. 4 doświadczenia wykazanego dla p. T.K.
5. Opracowanie dot. planu rozwoju szerokopasmowego dostępu do Internetu w Polsce.

Izba oddaliła dowód z oświadczenia p. T.K. przedłożony przez Odwołującego w toku rozprawy, gdyż jest to oświadczenie własne osoby bezpośrednio zainteresowanej wynikiem sporu i jako takie może być uznane tylko za stanowisko w sprawie.

W ocenie Izby dokonanej na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego, doświadczenie p. T. K wskazane w pkt 1,2,3,4 nie spełnia wymagań SIWZ.

Aby dane doświadczenie zostało zakwalifikowane jako spełniające wymagania podkryterium 1.2. lit. c) cz. XV SIWZ musiało charakteryzować się spełnieniem wszystkich trzech elementów łącznie tj.: osoba wykonała (1) jako badacz ilościowy lub analityk, (2) analizę danych dotyczącą rozwoju gospodarki lub przedsiębiorstw, (3) w badaniu społeczno-gospodarczym. W związku z tym konieczne jest spełnienie elementów dot. funkcji osoby, zakresu analizy oraz rodzaju badania.

Doświadczenie wskazane w pkt. 1 tj. „Współautor i analityk danych w projekcie „Trendy rozwojowe i zmiany gospodarcze w regionie” finansowanym przez MJWPU w ramach POKL Priorytet VIII „Regionalne kadry gospodarki” (2011-2012), materializujące się w raporcie pn. „Kierunki rozwoju technologii informacyjnych oraz ich zastosowań w sektorze MSP” stanowiło de facto opis zastanej sytuacji mający na celu usystematyzowanie wiedzy i wielu rozproszonych badań na temat wpływu rozwoju i upowszechniania technologii informacyjno – komunikacyjnych (ICT) na zmiany społeczno – gospodarcze. Izba przychyliła się do oceny Zamawiającego, że brak tam analizy wpływu rozwoju ICT na rozwój przedsiębiorstw lub

gospodarki, w związku z tym nie wykonywano w ramach tego projektu analizy danych dotyczącej rozwoju gospodarki lub przedsiębiorstw. Faktu wykonania takiej analizy nie potwierdza również przedstawiony w toku rozprawy raport.

Izba zwraca również uwagę, że zgodnie z definicją słownikową termin „społeczno – gospodarczy” oznacza „*związany ze społeczeństwem i gospodarką*”. „Społeczeństwo” definiowane jest jako „*ogół ludzi pozostających we wzajemnych stosunkach wynikających z warunków życia, podziału pracy i udziału w życiu kulturalnym; też ogół obywateli danego okręgu, miasta itp.*” Natomiast „gospodarkę” definiuje się jako „*całość mechanizmów i warunków działania podmiotów gospodarczych związaną z wytwarzaniem i podziałem dóbr i usług*”. „Społeczny” to m.in. „*odnoszący się do społeczeństwa lub jego części*” (por. Słownik języka polskiego, <https://sjp.pwn.pl>).

W świetle powyższych definicji oraz zebranego materiału dowodowego, Izba uznaje za właściwą również argumentację Przystępującego, że badanie wskazane w pkt. 1 doświadczenia p. T.K. dotyczy sfery gospodarczej, a nie społecznej.

Odnosnie pkt. 2 doświadczenia p. T.K. pn. „Współautor i analityk danych analizy preferencji i zapotrzebowania społecznego na usługi e-Government oraz rozwój tych usług w państwach UE – Program Wieloletni Rozwój telekomunikacji i poczty w dobie społeczeństwa informacyjnego Instytutu Łączności i Politechniki Warszawskiej (2005)”, Izba zgadza się z oceną Zamawiającego, że przedmiotowe opracowanie dot. kontaktów administracji publicznej ze społeczeństwem, jednakże w tym kontekście brak jest spełnienia aspektu podkryterium polegającego na wykonaniu analizy rozwoju gospodarki lub przedsiębiorstw.

W stosunku do pkt 3 i 4 doświadczenia p. T.K. pn. „Kierownik paneli badawczych IT, komunikacji elektronicznej i nowych mediów w programie foresight Narodowy Program Foresight Polska 2020 (2007 – 2009)”, „Kierownik paneli badawczych IT, komunikacji elektronicznej i nowych mediów w programie foresight Foresight Kadr Nowoczesnej Gospodarki” (2009), konieczne jest odniesienie się do formuły foresight. Formuła foresight - paneli badawczych służy do budowy strategii rozwojowych i opiera się na panelach tematycznych w ramach których dokonywana jest ocena stanu wiedzy w danej szczegółowej dziedzinie, wstępna priorytetyzacja problemów i dziedzin badawczych oraz obszarów technologii, formułowanie tez i pytań do dalszych badań, następnie analiza, dyskusja i opracowanie udzielonych odpowiedzi. W ramach paneli badawczych wykazanych jako doświadczenie p. T.K. pełnił funkcję Kierownika paneli badawczych - koordynatora, którego zadaniem było przygotowanie materiałów do dyskusji, którą moderował (okoliczność bezsporna). W toku rozprawy Odwołujący przyznał, że eksperci określają najistotniejsze aspekty, a wynikiem prowadzonych prac jest opracowanie raportu. Odwołujący wskazał, że w takim projekcie ekspert może być również analitykiem, jednakże w ocenie Izby okoliczność ta

nie została wykazana przez Odwołującego. Przedstawione przez Odwołującego dowody przywołane powyżej w pkt 3 i 4 potwierdzają pełnienie przez p. T.K. funkcji Kierownika paneli tematycznych lecz brak jest takiego potwierdzenia dla pełnienia przez niego funkcji badacza ilościowego lub analityka. Analogicznego potwierdzenia brak jest również dla stwierdzenia, że zrealizowane przez p. T.K. badania obejmowały analizę danych dotyczącą rozwoju gospodarki lub przedsiębiorstw. Odwołujący nie wykazał, że p. Kulisiewicz pełnił funkcję badacza ilościowego lub analityka oraz, że w ramach prowadzonych badań wykonał analizę danych dotyczącą rozwoju gospodarki lub przedsiębiorstw. Wykazanie, iż był kierownikiem paneli badawczych jest niewystarczające dla potwierdzenia spełniania warunku. Izba nie mogła w tym zakresie oprzeć się na oświadczeniu osoby której wątpliwości dotyczyły, gdyż jest to oświadczenie własne strony zaangażowanej w spór.

Podkreślenia wymaga fakt, że postępowanie przed Izbą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek przedstawiania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Zgodnie z art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. W myśl zaś art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Przepis ten wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Reguła ta, znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 190 ust. 1 ustawy Pzp zdanie pierwsze, który implementuje zasady kodeksowe na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, i stanowi, że *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne* (por. m.in. wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 141/17; wyrok KIO z dnia 9 lipca 2016 r., sygn. akt KIO1591/16). Ponadto jak wskazał Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy w wyroku z 19 marca 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 92/08) w postępowaniu odwoławczym przed KIO to strony postępowania, a nie Izba winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Zatem obowiązkiem strony, na której spoczywa ciężar dowodu jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. Podobne stanowisko przedstawił Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny Odwoławczy, w wyroku z dnia 8 kwietnia 2008 r. (sygn. akt V Ca 571/08), stwierdzając, że kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej.

W toku postępowania odwoławczego to Odwołujący jest Stroną ofensywną i jako propagator zaskarżenia przedstawia argumenty, przemawiające za uznaniem czynności Zamawiającego jako niezgodnej z prawem i obowiązany jest niezgodność tę udowodnić. Zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, to na Odwołującym spoczywa ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania Krajowej Izby Odwoławczej dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności, którymi jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania.

Powyższa argumentacja znajduje również zastosowanie wobec zarzutu niewłaściwej oceny podnoszonego przez Odwołującego wobec nieuwzględnienia przez Zamawiającego doświadczenia p. T.K. wykazanego w pkt 5, 7 i 10. Odnośnie tych pozycji Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji merytorycznej, a jego stwierdzenia, że projekty te potwierdzają spełnianie wymagań SIWZ określonych w podkryterium 1.2. lit. c) cz. XV SIWZ są gołosłowne.

Tym samym wobec, wyżej wskazanego doświadczenia p. T.K. nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 91 ust 1 ustawy Pzp w zw. art. 7 ustawy Pzp.

Izba uznała, że nie potwierdziła się ocena Zamawiającego doświadczenia p. T.K. w stosunku do doświadczenia wykazanego w pkt 9 pn. „Analityk danych i współautor „Opracowania dotyczącego planu rozwoju szerokopasmowego dostępu do internetu w Polsce” (2011), podważająca wykonanie w ramach przygotowania powyższego raportu analizy danych dotyczącej rozwoju gospodarki lub przedsiębiorstw. Izba zgadza się z argumentacją Odwołującego, że przejaw takiej analizy może stanowić opracowanie „Bilansu dobrobytu społecznego realizacji NPS (analiza dla lat 2012-2020)”, gdyż opracowanie to dot. różnych scenariuszy i ich wpływu na społeczeństwo i przedsiębiorców, i do jego przygotowania przeprowadzono analizę danych dotyczącą rozwoju przedsiębiorstw działających na rynku dostępu do internetu. W związku z powyższym, odnośnie pkt. 9 doświadczenia p. T.K. potwierdził się zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż wykazane w nim doświadczenie spełnia wymagania określone w 1.2. lit. c) cz. XV SIWZ i zasadne było przyznanie za tę pozycję doświadczenia 1 punktu. Jednocześnie Izba stwierdza, że ze względu na brak wpływu tego ustalenia na wynik postępowania nie powoduje ono uwzględnienia odwołania – zwiększenie oceny otrzymanej przez Odwołującego o 1 punkt nie wpływa na możliwość uzyskania przez niego zamówienia.

Przechodząc do zarzutów związanych z oceną oferty Odwołującego w podkryterium 1.2. lit. d) cz. XV SIWZ – doświadczenie p. X.K, Izba uznała, że wobec treści ww. postanowienia SIWZ, stanowiącego, iż w ramach tego podkryterium punkty mogła uzyskać

osoba (wykazana na potwierdzenie warunku, o którym mowa w rozdziale VII ust. 1 pkt 1.2 ppkt d) SIWZ, która jest autorem lub współautorem, (...) opinii lub analizy lub ekspertyzy lub interpretacji aktów prawnych w zakresie problematyki ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne, lub ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych, która dotyczy realizacji inwestycji telekomunikacyjnych, nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba również w tym przypadku nie podziela wątpliwości Odwołującego co do rzeczywistej treści przytoczonego powyżej podkryterium. Jeżeli wymagane opinie, analizy lub ekspertyzy lub interpretacje aktów prawnych miały być wykonane w zakresie problematyki określonych aktów prawnych oznacza to, że miały traktować o sferze objętej regulacjami tychże aktów. Zgodzić się należy z Zamawiającym, że jako wypełniające przesłanki stosowania podkryterium można uznać opinie lub analizy lub ekspertyzy lub interpretacje aktów prawnych traktujące w głównej mierze o wymaganej problematyce.

Opracowanie wskazane w pkt 8 doświadczenia p. X.K. trudno uznać za posiadające cechy określone w opisie podkryterium 1.2. lit. d) cz. XV SIWZ. Omawiany Poradnik dla Zarządców Dróg – budowa infrastruktury telekomunikacyjnej w pasie drogowym, przygotowany na zlecenie Zamawiającego (przedstawiony jako dowód w toku rozprawy przez Odwołującego), w którym znajdują się odniesienia do ww. aktów prawnych stanowi kompendium wiedzy dla podmiotów zainteresowanych budową infrastruktury telekomunikacyjnej w pasie drogowym. Poradnik nie analizuje szczegółowo problemów związanych z rozumieniem ustawy Prawo telekomunikacyjne czy też Ustawy szerokopasmowej, nie daje również odpowiedzi na pytania, wątpliwości związane z ustaleniem znaczenia i zakresu norm prawnych w nich wyrażonych, a które budzą wątpliwości w procesie stosowania prawa. Odniesienia w Poradniku do ww. ustaw są szczątkowe i nie mogą uchodzić za opinię, analizę, ekspertyzę lub interpretację aktów prawnych w zakresie problematyki ww. ustaw.

Wobec braku szczegółowej argumentacji Odwołującego, przemawiającej za uznaniem doświadczenia p. X.K. wskazanego w pkt. 6 tj. *opinia prawna w zakresie ryzyk prawnych dot. zawarcia i wykonywania umowy o dofinansowanie Projektu „Szerokopasmowe lubuskie-budowa sieci szkieletowo – dystrybucyjnej na terenie białych pól w województwie lubuskim”*, adekwatny pozostaje również zamieszczony wyżej wywód dot. kontradycyjności postępowania przed Izbą i jego skutków. Przedstawione w tym zakresie przez Zamawiającego uzasadnienie uznania za niespełniające cech podkryterium 1.2. lit. d) cz. XV, doświadczenia p. X.K. opisanego w pkt 6 jest spójne i logiczne. Zgodzić się należy z Zamawiającym, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, że opinia dotyczyła projektu umowy i oceny ryzyk kontraktowych, a nie ustalenia znaczenia i zakresu norm prawnych wyrażonych w aktach prawnych opisanych

w omawianym podkryterium.

Tym samym wobec, wyżej wskazanego doświadczenia p. W.K. nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 91 ust 1 ustawy Pzp w zw. art. 7 ustawy Pzp.

Ostatnim elementem objętym zarzutem naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1, jest ocena doświadczenia p. W.K. w ramach podkryterium 1.2. lit. e) cz. XV SIWZ – doświadczenie p. W.K., na podstawie którego Zamawiający przyznawał dodatkowe punkty, za wskazanie: *Osoby (wykazanej na potwierdzenie warunku, o którym mowa w rozdziale VII ust. 1 pkt 1.2. ppkt e) SIWZ, która jest autorem lub współautorem (...) opinii lub analizy lub ekspertyzy lub interpretacji aktów prawnych w zakresie problematyki pomocy publicznej.*

Co do rozumienia sformułowania opinii, analizy, ekspertyzy lub interpretacji aktów prawnych w zakresie problematyki danego aktu prawnego czy też dziedziny prawa oraz kontrydktoryjności postępowania Izba odsyła do wyводу zamieszczonego powyżej odnośnie doświadczenia p. X.K i p. T.K.. Wywody te pozostają aktualne również w stosunku do doświadczenia p. W.K. wskazanego w pkt. 7 Wykazu osób tj. opinii w sprawie zakresu możliwości korzystania z infrastruktury służącej do wytwarzania produktów farmaceutycznych w ramach ośrodków innowacyjności, wykonanej na zlecenie Jagiellońskiego Centrum Innowacji. Zgodzić się należy z Zamawiającym, że przedstawione oświadczenie Jagiellońskiego Centrum Innowacji, jest dokumentem przedstawionym i wystawionym na potrzeby rozprawy przed KIO, do którego Zamawiający nie miał dostępu oceniając ofertę - potwierdza jedynie tyle, że w jakimś stopniu przygotowana opinia związana była z przywołanymi aktami prawnymi, ale nie można jednoznacznie stwierdzić, że opinia ta wydana była w zakresie czyli w granicach dziedziny prawa jaką jest pomoc publiczna. Przedstawione oświadczenie nie przedstawia kompleksowo problematyki i podstaw prawnych objętych przedmiotem opinii, wskazuje jedynie, że „opinia prawna m.in. została sporządzona z uwzględnieniem wymienionych aktów prawnych”. Jednocześnie przedstawiony w poz. 7 Wykazu osób, opis doświadczenia p. W.K. nie dawał podstaw do uznania, że przedmiotowa opinia dotyczy problematyki pomocy publicznej.

Tym samym wobec, wyżej wskazanego doświadczenia p. W.K. nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 91 ust 1 ustawy Pzp w zw. art. 7 ustawy Pzp.

Bezspornym między stronami jest, że Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej nie przedstawił uzasadnienia faktycznego stanowiącego podstawę przyznanej punktacji. Jednocześnie w Karcie oceny Zamawiający zasadniczo dokonał oceny prezentowanego doświadczenia poprzez wskazanie spełnia/nie spełnia i określenia częściowej punktacji dla poszczególnych funkcji (osób). Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy

Pzp Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o: wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, (...) podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Tym samym, nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, że art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp określający jakie informacje powinny być zawarte w przekazywanych wykonawcom zawiadomieniach nie przewiduje wśród elementów w nim wymienionych uzasadnienia faktycznego i prawnego co do przyznanej punktacji. Niewątpliwie Zamawiający nie podołał obowiązkowi informacyjnemu na nim ciążącemu i nie przedstawił wykonawcom uzasadnienia faktycznego leżącego u podstaw przyznanej im punktacji. Powyższe działanie narusza również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Potwierdził się zatem zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, jak również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednakże w ocenie Izby ww. naruszenie przez zamawiającego nie miało i nie może już mieć wpływu na wynik postępowania. Zaś tylko takie naruszenie, w świetle art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, skutkuje uwzględnieniem odwołania. Dostrzeżenia wymagało, że nawet uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu przesłania Odwołującemu informacji o uzasadnieniu punktacji przyznanej w Kryterium doświadczenie nie może doprowadzić do zmiany wyniku postępowania, gdyż jak wynika z oceny Izby ocena doświadczenia osób prezentowanych przez Odwołującego była prawidłowa poza jednym elementem, który nie powoduje zmiany wyniku postępowania. A zatem należało dojść do wniosku, że naruszenie ww. przepisów *ad casum* nie może mieć już wpływu na wynik postępowania, który rozumiany jest jako wybór danej oferty jako najkorzystniejszej.

Zasadny jest również zarzut odwołania dot. nieuzasadnionego zastrzeżenia przez Konsorcjum InfoStrategia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Wykazu osób nie skutkuje uwzględnieniem odwołania.

Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Wyjątek od tej zasady został przewidziany między innymi w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W myśl tej regulacji nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. (...)

Z powyższych regulacji wynika, iż po pierwsze, zasadą jest jawność, a nieujawnianie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jedynie wyjątkiem. W związku z tym, pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle.

Po drugie, skuteczne zobowiązanie zamawiającego do nie ujawniania danych informacji wymaga nie tylko zastrzeżenia, że nie mogą być one udostępniane, ale także jednoczesnego wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykazanie to nie może zostać dokonane w terminie późniejszym niż samo zastrzeżenie.

Po trzecie, aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w przepisie art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, ze zm.) tj. powinien wykazać, że:

- 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.

Brak wykazania którejkolwiek z ww. przesłanek wyklucza możliwość uznania, iż dane informacje zostały skutecznie zastrzeżone jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Obowiązkiem wykazania objęta jest również przesłanka nr 3, co na ogół powinno polegać na przedstawieniu dowodów. Jeżeli bowiem wykonawca faktycznie podjął niezbędne działania w celu zachowania danych informacji w poufności, to z udowodnieniem lub co najmniej uprawdopodobnieniem tej okoliczności nie powinien mieć większych problemów.

W niniejszej sprawie Przystępujący dokonując zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zasadzie ograniczył się do przywołania treści art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, orzecznictwa Izby i sądów.

W odniesieniu do przesłanki nr 3 wyjaśnił: „*iz informacje zawarte w wykazie osób, (...) nie są ujawniana i ogólnie dostępne, W szczególności nie znajdują się na stronie internetowej Wykonawcy, czy też ogólnie dostępnych ofertach*”. Konsorcjum InfoStrategia wskazało też, że jeśli takie informacje są wskazywane w ofertach to zawsze podlegają zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie są dostępne również w folderach czy też broszurach dotyczących działalności Wykonawcy. Tym samym Wykonawca podejmuje działania w celu kontrolowania liczby i charakteru osób mających dostęp do informacji.

W ocenie Izby Przystępujący dokonując zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie dochował w tym zakresie należytej staranności. Już zatem sama ta okoliczność świadczy o tym, iż informacje te takiego waloru dla tego wykonawcy nie posiadają.

Jeżeli bowiem wykonawca składa ogólnikowe wyjaśnienia, ograniczające się prawie wyłącznie do treści przepisu, to oznacza to tym samym, iż wykonawca ten nie podjął w stosunku do tych informacji niezbędnych działań w celu zachowania ich poufności.

Równie ogólnikowe są wyjaśnienia Przystępującego w odniesieniu do przesłanki nr 1: *„Również wykonawca spotkał się z próbami pozyskiwania przez konkurencję swoich pracowników (...) Informacje przedstawione Zamawiającemu w złożonym Wykazie osób (...) to niejako część CV pracowników i współpracowników wykonawcy. Dysponowanie tymi zasobami pozwala Wykonawcy realizować projekty i ubiegać się o udzielanie zamówień, co dobitnie świadczy o wartości gospodarczej takich informacji”*. Izba w żadnym wypadku nie wyklucza tego, iż Wykaz osób może być uznany za informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, jednakże do skutecznego zastrzeżenia takiej informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego konieczne jest zadośćuczynienie przez wykonawcę obowiązowi „wykazania”, o którym stanowi art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Jednocześnie, za Odwołującym należy wskazać, że jeden z partnerów Konsorcjum InfoStrategia zamieszcza na stronie internetowej dane swoich pracowników i współpracowników. Ponadto samo Konsorcjum InfoStrategia ujawniło część danych zawartych w zastrzeżonym Wykazie osób składając odwołanie od wyniku postępowania.

Mając powyższe na uwadze, uwzględniając konieczność dokonywania ścisłej interpretacji przepisów stanowiących wyjątek od zasady jawności, Izba uznała, iż Przystępujący nie wykazał w wystarczający sposób, iż zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w związku z tym dokonane zastrzeżenie nie powinno być zostać uznane za skuteczne.

Jak wcześniej Izba wyjaśniała, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, w ocenie Izby takiego wpływu nie ma zaniechanie „odtajnienia” treści Wykazu osób. Ponadto Odwołujący nie wykazał jaki uszczerbek w jego interesie powoduje brak odtajnienia przedmiotowego dokumentu.

W konsekwencji Izba uznała, iż w okolicznościach niniejszej sprawy, pomimo potwierdzenia się części zarzutów naruszenia przepisów ustawy Pzp, których dotyczyły te zarzuty, ze względu na niepotwierdzenie się głównego zarzutu (w zakresie skutkującym zmianą wyniku postępowania) zarzutu odnośnie niewłaściwej oceny oferty Odwołującego i niewłaściwego przyznania tej ofercie punktacji w ramach Kryterium doświadczenie, zarzuty potwierdzone nie miały i nie mogły mieć istotnego wpływu na wynik postępowania, co skutkowało orzeczeniem przez Izbę o oddaleniu odwołania w całości.

O kosztach postępowania rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2010.41.238 ze zm.).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....