

Sygn. akt: KIO 83/13

WYROK

z dnia 29 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 stycznia 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Impel Cleaning sp. z o.o. we Wrocławiu oraz EKO-TOM Turgala sp.j. w Poznaniu**

w postępowaniu prowadzonym przez **Termy Maltańskie sp. z o.o. w Poznaniu, działającą w imieniu własnym oraz w imieniu Miasta Poznań**

przy udziale wykonawcy **Clar System S.A. w Poznaniu** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w ofercie złożonej przez wykonawcę Clar System S.A. w Poznaniu,**
2. **kosztami postępowania obciąża Termy Maltańskie sp. z o.o. w Poznaniu i Miasto Poznań:**
 - 2.1. **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 Impel Cleaning sp. z o.o. we Wrocławiu oraz EKO-TOM Turgala sp.j. w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. **zasądza od Term Maltańskich sp. z o.o. w Poznaniu i Miasta Poznań na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impel Cleaning sp. z o.o. we Wrocławiu oraz EKO-TOM Turgala sp.j. w Poznaniu kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Termy Maltańskie sp. z o.o. w Poznaniu, działająca w imieniu własnym oraz w imieniu Miasta Poznań, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „kompleksowe sprzątnięcie kompleksu sportowo-rekreacyjnego Termy Maltańskie w Poznaniu”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 listopada 2012 r., nr 2012/S 228-375645. W dniu 4 stycznia 2013 r. zamawiający zawiadomił wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impel Cleaning sp. z o.o. we Wrocławiu oraz EKO-TOM Turgala sp.j. w Poznaniu, zwanych dalej „odwołującym”, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Clar System S.A. w Poznaniu, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) zaniechania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu,
- 2) zaniechania czynności odtajnienia informacji znajdujących się w ofercie złożonej przez przystępującego,
- 3) czynności oceny oferty odwołującego i przystępującego w podkryterium „koncepcja wykonania usługi”,
- 4) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego odwołujący wniósł w dniu 14 stycznia 2013 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp przez zaniechanie udostępnienia odwołującemu części oferty przystępującego, zawierającej informacje bezprawnie utajnione,
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 2, 3, 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu,
- 4) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej,
- 5) art. 92 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wadliwy przydział punktacji wykonawcom w podkryterium „Koncepcja wykonania usługi”.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego,
- 2) odtajnienia oferty złożonej przez przystępującego,
- 3) wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu,
- 4) powtórzenia czynności: badania i oceny ofert, przydziału punktów w podkryterium „Koncepcja wykonania usługi” oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący, odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 i pkt 3 ustawy Pzp argumentował, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wywodził, że w myśl rozdziału V pkt. 1.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek ich posiadania. Natomiast przystępujący nie posiada stosownych zezwoleń, złożył w ofercie jedynie oświadczenie, że w przypadku uzyskania zamówienia przedstawi zawartą umowę z firmą wywożącą nieczystości. Argumentował, że warunek udziału w postępowaniu wynikający z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jako jedyny nie wymaga konkretyzacji przez zamawiającego poprzez opis sposobu w jaki warunek będzie oceniany (art. 22 ust. 3 i 4 ustawy Pzp).

Uzasadniał, że zgodnie z SIWZ odpady mogą być przekazywane wyłącznie podmiotom, które uzyskały zezwolenie właściwego organu na prowadzenie gospodarowania odpadami. Ponadto wykonawca, który uzyska zamówienia miał wziąć na siebie odpowiedzialność związaną z prowadzeniem dokumentacji dotyczącej gospodarowania śmieciami oraz składać stosowne sprawozdania właściwym organom. Ponadto miał wykonać usługę z uwzględnieniem zapisów w załączniku „Informacja o wytwarzanych odpadach oraz o sposobie gospodarowania odpadami „Termy Maltańskie”. Z powyższego wywodził, że wykonawca miał przejąć pełną odpowiedzialność za gospodarowanie odpadami w trybie art. 25 ust. 3 ustawy o odpadach, co wymaga zezwolenia właściwego organu na zbieranie, odzysk, unieszkodliwianie odpadów, a przystępujący takiego zezwolenia nie posiada.

Wskazywał, że w myśl art. 9b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest działalnością regulowaną, zaś przystępujący nie posiada wpisu do rejestru działalności regulowanej. Konkludował, że złożone przez przystępującego oświadczenie, o tym iż spełnia warunki udziału jest nieprawdziwe i winno dodatkowo skutkować jego wykluczeniem na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Co do zarzutu drugiego, tj. naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że przystępujący nie wniósł prawidłowego wadium. W treści gwarancji ubezpieczeniowej gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium nieprawidłowo wskazano jako zamawiającego Termy Maltańskie sp. z o.o., podczas gdy w myśl Rozdziału I SIWZ zamawiającym jest Miasto Poznań, reprezentowane przez Poznańskie Ośrodki Sportu i Rekreacji z siedzibą w Poznaniu i Termy Maltańskie sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, w imieniu których występuje Termy Maltańskie sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu. Argumentował, że Termy Maltańskie sp. z o.o. nie jest zamawiającym w niniejszym postępowaniu, lecz jedynie jednostką organizacyjną reprezentującą zamawiającego tj. Miasto Poznań, dlatego nie może być beneficjentem udzielonej gwarancji wadialnej.

Co do zarzutu trzeciego, tj. naruszenia art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp odwołujący wywodził, że nie może zgodzić się z rozstrzygnięciem zamawiającego, który 9 stycznia 2013 r. odmówił mu udostępnienia części oferty złożonej przez przystępującego, zasłaniając się zastrzeżeniem tego wykonawcy, iż dokumenty te stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa i nie mogą być ujawnione. Wskazywał na zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o której mowa w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Wprawdzie w myśl art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca może zastrzec w odniesieniu do niektórych informacji, że nie mogą być one ogólnie udostępnione (art. 8 ust. 3 ustawy Pzp), to jednak informacje te muszą wypełniać znamiona definicji tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Wskazywał, że nieskutecznym jest zatem poczynienie zastrzeżenia wobec informacji, które tajemnica przedsiębiorstwa nie są. Wskazywał w tym zakresie na orzecznictwo Sądu Najwyższego i Izby. Dodał, że zaniechanie odtajnienia i udostępnienia mu części oferty złożonej przez przystępującego uniemożliwia mu ocenę, czy konkurent otrzymał prawidłową liczbę punktów w podkryterium „koncepcja wykonania usługi”, jak również czy spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz czy treść oferty złożonej przez wykonawcę odpowiada treści SIWZ.

Co do zarzutu czwartego, tj. naruszenia art. 92 ust. 2 ustawy Pzp odwołujący podniósł, iż zamawiający zaniechał przyznania mu maksymalnej liczby punktów w podkryterium „koncepcja wykonania usługi”, mimo że odwołujący spełnił wszystkie wymagania opisane w Rozdziale XIII pkt 2 SIWZ (por. formularze oceny indywidualnej

Komisji Przetargowej). Podniósł również, iż zamawiający zawyżył punktację przystępującemu w tym podkryterium. Świadczy o tym między innymi istotna rozbieżność w ocenie oferty przystępującego przez członków komisji przetargowej - najwyższa ocena 20 pkt., a najniższa 11 pkt.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego przystąpił wykonawca Clar System S.A. w Poznaniu. Wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez przystępującego, odwołującego, pismo zamawiającego o rozstrzygnięciu postępowania kierowane do odwołującego, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, wyjaśnienia przystępującego co do motywów zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron a także uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie rozstrzygnięcia wyniku postępowania, zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy, którego oferta została wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza, w sytuacji, gdy oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu, prowadzi do powstania szkody po stronie odwołującego w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem oferty i udziałem w postępowaniu, a także utratą korzyści, z jakimi wiązało się uzyskanie zamówienia. Ustalenie, iż zamawiający zaniechał wykluczenia z postępowania wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą z

naruszeniem przepisów ustawy, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu wykonania takiej czynności i tym samym oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Natomiast zaniechanie odtajnienia części oferty złożonej przez wykonawcę, którego ofertę wybrano, utrudnia odwołującemu zweryfikowanie czy oferta ta została prawidłowo zbadana i oceniona przez zamawiającego. Ustalenie, że zamawiający wbrew przepisom ustawy zaniechał uznania za bezskuteczne zastrzeżenia informacji jak tajemnica przedsiębiorstwa prowadzić będzie do nakazania zamawiającemu dokonania tej czynności. Powyższe umożliwi wykonawcy skuteczne skorzystanie ze środków ochrony prawnej w takim zakresie, w jakim nie mógł skorzystać z nich wcześniej z uwagi na nieudostępnienie mu oferty złożonej przez konkurenta. W konsekwencji może to doprowadzić do odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę wybranego, zaś oferta odwołującego może być uznana za najkorzystniejszą.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania stwierdziła, że zasługuje ono na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty potwierdziły się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym sprawy.

1. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu oraz z powodu złożenia informacji nieprawdziwych

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Przedmiotem zamówienia jest usługa sprzątnia nieruchomości kompleksu sportowo-rekreacyjnego „Termy Maltańskie” w Poznaniu, polegająca na wykonywaniu wszelkich czynności mających na celu utrzymanie czystości i porządku na terenie nieruchomości przy użyciu własnych materiałów, urządzeń, środków i nakładów pracy. Szczegółowy opis usługi zawiera załącznik nr 1 do SIWZ – opis przedmiotu zamówienia (Rozdział III, pkt 1 i 2 SIWZ, w aktach sprawy). W załączniku nr 1 do SIWZ, w pkt 5, wskazano m.in. iż w ramach realizowanej usługi sprzątnia wykonawca *zobowiązany jest do zawarcia umowy z firmą wywożącą z terenu obiektu nieczystości (odpady komunalne, makulatura, odpady gastronomiczne, medyczne, odpady typu popiół z drewna, elektrośmieci, odpady biologiczne, w tym liście i trawę, PET itp.) (...). Wykonawca bierze na siebie odpowiedzialność związaną z prowadzeniem dokumentacji dotyczącej gospodarowania śmieciami na terenie Obiektu oraz składa sprawozdania do Marszałka Województwa Wielkopolskiego. Wykonawca kopie wszelkich dokumentów przekazuje Zamawiającemu na bieżąco (...). Wykonawca wykona usługę z uwzględnieniem zapisów w załączniku*

„Informacja o wytwarzanych odpadach oraz o sposobie gospodarowania odpadami „Termy Maltańskie”.

Zamawiający zastrzegł również, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek ich posiadania (Rozdział V ust. 1 pkt 1 SIWZ). W celu potwierdzenia posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności należało złożyć oświadczenie wg wzoru, stanowiącego załącznik do SIWZ (Rozdział VI pkt 1 SIWZ).

Z §4 ust. 4 wzoru umowy wynika, iż wykonawca winien zawrzeć umowę z firmą, która świadczy usługę wywozu odpadów komunalnych stałych oraz odpadów medycznych, która to firma posiada wszelkie wymagane prawem zgody i uprawnienia.

Przystępujący, w złożonej przez siebie ofercie złożył oświadczenie, iż spełnia warunki dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek ich posiadania. Załączył również do oferty oświadczenie z 31 grudnia 2012 r., zgodnie z którym w przypadku uzyskania zamówienia przedstawi zawartą umowę z firmą wywożącą nieczystości (odpady komunalne, makulatura, odpady gastronomiczne, medyczne, odpady biologiczne, PET itp.). W ofercie znalazła się również Decyzja Marszałka Województwa Wielkopolskiego z 3 kwietnia 2012 r., którą organ zatwierdził przystępującemu program gospodarki odpadami. W pkt 2.2. wskazano, iż po zakończeniu wykonywania usług odpady przekazywane będą do podmiotów mających odpowiednie zezwolenie na ich zbieranie, odzysk lub unieszkodliwianie. W uzasadnieniu przystępującego określono mianem „wytwórcy odpadów” i wskazano, że wytwarzane odpady przekazywane będą posiadaczom odpadów, posiadającym stosowne zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie gospodarowania odpadami.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzut nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Na wstępie podkreślenia wymaga, że przedmiotem zamówienia jest usługa sprzątnia obiektów zamawiającego, co wynikało z załącznika nr 1 do SIWZ. Prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług sprzątnia nie jest reglamentowane przez ustawodawcę. Niekiedy jednak wykonywanie przedmiotowej usługi powodować będzie wykonywanie niektórych czynności z zakresu gospodarowania odpadami w rozumieniu ustawy o odpadach. Zbieraniem odpadów jest bowiem każde działanie, w szczególności umieszczanie w pojemnikach, segregowanie i magazynowanie odpadów, które ma na celu przygotowanie ich do transportu do miejsc odzysku lub unieszkodliwienia (art. 3 ust. 3 pkt 23 ustawy o odpadach). Analiza opisu przedmiotu zamówienia prowadzi zaś do wniosku, że do

obowiązków podmiotu wykonującego usługę sprzątnia należeć może umieszczanie odpadów w przeznaczonych do tego pojemnikach (załącznik nr 1, s. 10), a zatem czynności z zakresu „zbierania odpadów”. W takim przypadku, na gruncie ustawy z 27 kwietnia 2001 r. o odpadach podmiot świadczący usługę sprzątnia jest „wytwórcą odpadów”. W myśl art. 3 ust. 3 pkt 22 ustawy o odpadach jest nim bowiem również podmiot świadczący usługę sprzątnia, chyba że umowa o świadczenie usługi stanowi inaczej. Nie było sporne pomiędzy stronami, że umowa o świadczenie usługi nie zawierała regulacji, które uchylałyby ww. domniemanie ustawowe. Natomiast zbieranie odpadów, stosownie do art. 28 ust. 1 ustawy o odpadach wymaga uzyskania zezwolenia.

Jednakże od zasady tej istnieją również wyjątki, które znajdują zastosowanie w niniejszej sprawie. Po pierwsze, obowiązek uzyskania zezwolenia, na zbieranie odpadów nie dotyczy wytwórcy odpadów, który zbiera wytworzone przez siebie odpady w miejscu ich wytworzenia lub transportuje wytworzone przez siebie odpady (art. 28 ust. 9 ustawy o odpadach). Po drugie zaś, nie wymaga zezwolenia na zbieranie odpadów, zbieranie odpadów komunalnych, wytwarzanych na terenie nieruchomości, przez władającego tą nieruchomością (art. 28 ust. 8 ustawy o odpadach). Ratio legis obydwu wyjątków jest oczywiste. Zbieranie odpadów na terenie nieruchomości, którą władza, jest bowiem obowiązkiem wytwórcy odpadów (władającego nieruchomością). Skoro zatem zbieranie odpadów wytwarzanych na nieruchomości jest ustawowym obowiązkiem władającego tą nieruchomością (sformułowanym choćby w art. 5 ust. 1 pkt 3 ustawy o czystości i porządku), zatem wymaganie odrębnego zezwolenia byłoby nieracjonalne. Nie istnieją zatem przeszkody, aby przystępujący, który nie posiada zezwolenia na zbieranie odpadów wykonywał usługę sprzątnia obiektów zamawiającego. Obowiązek uzyskania zezwolenia dotyczyć zaś będzie wyłącznie podmiotu, z którym zawrze on umowę w zakresie odbioru wytworzonych odpadów. Taki też sposób wykonania usługi przewidział zamawiający w szeregu postanowieniach SIWZ, wskazując na konieczność zawarcia takiej umowy z firmą posiadającą stosownie zezwolenie z zakresu gospodarowania odpadami (pkt 5 załącznika nr 1 do SIWZ, postanowienia wzoru umowy). Przystępujący zaś jedynie do takiego sposobu wykonania usługi się zastosował.

Ponadto taki sposób postępowania z odpadami, zgodny był z Decyzją Marszałka Województwa Wielkopolskiego z 3 kwietnia 2012 r., którą organ ten zatwierdził przystępującemu program gospodarki odpadami. W pkt 2.2. zastrzeżono, iż odpady przekazywane będą przez przystępującego do podmiotów mających odpowiednie zezwolenie na ich zbieranie, odzysk lub unieszkodliwianie.

Reasumując Izba stwierdziła, że przystępujący złożył prawdziwe oświadczenie, co do posiadania uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, gdyż usługa, którą będzie wykonywał nie wymaga od niego posiadania zezwolenia z zakresu gospodarki

odpadami. Tym samym prawidłowo wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Nie potwierdził się zatem zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ani art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

2. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu z powodu niewniesienia prawidłowego wadium

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

W Rozdziale I SIWZ wskazano, że zamawiającym jest Miasto Poznań i Termy Maltańskie sp. z o.o., w imieniu których występują Termy Maltańskie sp. z o.o. Zamawiający wymagał ponadto, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia wnieśli wadium (Rozdział VII SIWZ).

Przystępujący złożył wraz z ofertą gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium z 21.12.2012 r., w której jako beneficjenta wskazano Termy Maltańskie sp. z o.o. w Poznaniu. Gwarancja jest płatna bezwarunkowo, nieodwołalnie i na pierwsze żądanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzut nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Nie ulegało wątpliwości, że postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego prowadziły Termy Maltańskie sp. z o.o. Jednakże postępowanie to prowadziły nie tylko w imieniu własnym i na własną rzecz, ale również w imieniu i na rzecz Miasta Poznań. Obydwa podmioty skorzystały w tym zakresie z instytucji wynikającej z art. 16 ustawy Pzp, zgodnie z którym *Zamawiający mogą wspólnie przeprowadzić postępowanie i udzielić zamówienia, wyznaczając spośród siebie zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz.* Okoliczność ta wynikała w sposób wyraźny z postanowień Rozdziału I SIWZ. Ponadto zamawiający na potwierdzenie tej okoliczności złożył w trakcie rozprawy odpis umowy o powierzenie zarządu nieruchomością wspólną z 3 marca 2009 r. nr 5/2009 zwartej między Miastem Poznań a Termami Maltańskimi sp. z o.o., z której § 4 ust. 6 wynikało, że Termy Maltańskie sp. z o.o. prowadzić będą w imieniu obu stron umowy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe wynikało także z treści § 1 aneksu nr 2 z 19 sierpnia 2011 r. dotyczącego przywołanej umowy. Niezasadnym było zatem twierdzenie odwołującego, że Termy Maltańskie sp. z o.o. nie jest zamawiającym w niniejszym postępowaniu, lecz jedynie jednostką organizacyjną reprezentującą zamawiającego – Miasto Poznań. W tej sytuacji pozostała do oceny jedynie kwestia, jakie skutki dla skuteczności ubezpieczeniowej gwarancji wadium miało wskazanie w jej treści jako beneficjenta tylko Term Maltańskich sp. z o.o. Odwołujący wywodził, że takie określenie beneficjenta winno

skutkować uznaniem, że nie wniesiono wadium, co obligowałoby zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, zaś zamawiający i przystępujący utrzymywali, że wadium wniesiono prawidłowo.

Stanowisko odwołującego nie jest zasadne. Zgodnie z art. 45 i 46 ustawy Pzp podmiotem uprawnionym zatrzymania wadium jest zamawiający. Jednakże kilku zamawiających może wyznaczyć spośród siebie jednego, który w imieniu wszystkich odpowiadać będzie za przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 16 ustawy Pzp). W ocenie Izby wskazanie w gwarancji ubezpieczeniowej wyłącznie tego zamawiającego, który w imieniu innego jeszcze podmiotu prowadzi postępowanie nie dyskwalifikuje wniesionego wadium. Aby uznać, że wadium nie zostało prawidłowo wniesione należałoby wykazać, iż podmiot prowadzący postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie będzie mógł zaspokoić roszczeń wynikających z ustawowego prawa do zatrzymania wadium (art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp). Takie niebezpieczeństwo, w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy, nie istnieje.

Dostrzeżenia wymaga, że wadium zostało wniesione w formie przewidzianej w ustawie Pzp. W treści gwarancji wskazano beneficjenta, gwaranta, ustawowe przesłanki zatrzymania wadium oraz nazwę prowadzonego postępowania. Co istotne, gwarancja płatna będzie bezwarunkowo, nieodwołalnie i na pierwsze żądanie. Ewentualnych czynności związanych z zatrzymaniem wadium dokonywać będą Termy Maltańskie sp. z o.o., posiadające stosowne umocowanie do podejmowania czynności w postępowaniu udzielone na podstawie art. 16 ustawy Pzp przez drugiego zamawiającego. Nie istnieją zatem żadne przeszkody, aby gwarant wypłacił odpowiednie sumy Termom Maltańskim sp. z o.o. Powyższe wynika również z istoty i charakteru gwarancji wadium jako abstrakcyjnego i nieodwołalnego zobowiązania, które gwarant ma bezwarunkowo i na pierwsze żądanie wykonać, jeżeli tylko uprawniony wymieniony w gwarancji wystąpi o wypłatę sumy gwarancyjnej w związku z zaistnieniem jednego ze zdarzeń wynikających z dokumentu. Analogiczny pogląd wyrażono w wyroku Izby z 10 lipca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 703/09 i KIO/UZP 709/09).

Reasumując Izba stwierdziła, że zamawiający prawidłowo ocenił złożone przez przystępującego wadium. Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

3. Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp przez zaniechanie udostępnienia odwołującemu części oferty przystępującego, zawierającej informacje bezprawnie utajnione

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

W myśl Rozdziału XIII SIWZ jednym z kryteriów oceny ofert była koncepcja wykonania usługi". Odwołujący złożył wraz z ofertą koncepcję wykonania usługi. Co do części tej koncepcji oświadczył, iż nie podlega ona udostępnieniu innym wykonawcom, gdyż zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający w dniu 4 stycznia 2013 r. poinformował wykonawców o wyniku postępowania tj. wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego.

W dniu 8 stycznia 2013 r., odwołujący zwrócił się o udostępnienie mu całości oferty złożonej przez przystępującego. Zamawiający, w dniu 8 stycznia 2013 r. wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia wpłynęły do zamawiającego w dniu 9 stycznia 2013 r. W tym samym dniu zamawiający odmówił odwołującemu udostępniania zastrzeżonej części oferty przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzut potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Na wstępie podkreślania wymaga, że zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne wynikająca z przepisu art. 8 ust. 1 ustawy Pzp stanowi jedną z naczelných zasad systemu zamówień publicznych. Przejawem zasady jawności jest regulacja wynikając z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp. Stosownie do przywoływanego przepisu, oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, a więc co do zasady są one jawne od tego momentu. Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika wprost z brzmienia przepisu art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Z kolei art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przewiduje, że 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 one być udostępniane.

Odmowa udostępnienia może nastąpić zatem wyłącznie wtedy, gdy informacje zastrzeżone stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dostrzeżenia wymaga, że zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie

następujące warunki (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz.59):

- 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.

Przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Istotą tajemnicy przedsiębiorstwa jest też poufność, tj. informacja ta nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Stanowisko to wyraził także Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 października 2000 roku, sygn. akt I CKN 304/2000, w którym jednoznacznie wykluczono możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej dozwolonej drodze.

Obowiązkiem zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na obowiązek badania przez zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, III CZP 74/05 stwierdzając iż „w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji”. Wyrażony przez Sąd Najwyższy pogląd zachowuje, w ocenie Izby, pełną aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawa.

Przepisy ustawy Pzp nie regulują procedury przeprowadzenia takiego badania, w szczególności obowiązku zwrócenia się o wyjaśnienia do wykonawcy zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli zamawiający jest w stanie samodzielnie stwierdzić, czy tajemnica istnieje czy też nie. Jednakże ewentualne wątpliwości winny skłonić zamawiającego do zwrócenia się o takowe wyjaśnienia. Wyjaśnienia winny dać zamawiającemu jednoznaczny obraz co do sposobu zakwalifikowania zastrzeżonej

informacji, a zatem nie mogą być ogólnikowe, lakoniczne czy opierać się na gołosłownych twierdzeniach. Izba podkreśla bowiem, że pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Nie ulega wątpliwości, że badanie skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w ofercie, dokonywane jest przez zamawiającego w toku czynności badania ofert, która kończy się z momentem wyboru oferty najkorzystniejszej lub unieważnienia postępowania. Zdaniem Izby, ciężar udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywał nie na podmiocie, który powołuje się na zasadę jawności, twierdząc że informacje nie są tajemnicą przedsiębiorstwa, lecz na podmiocie, który z powołania się na wyjątek od zasady wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy należało stwierdzić, ciężar dowodu spoczywał pierwotnie na przystępującym, a w konsekwencji – w rozpoznawanej sprawie - na zamawiającym, który nie zdecydował się na odtajnienie informacji zastrzeżonych przez tego wykonawcę.

Na wstępie dostrzeżenia wymagało, iż – jak wynika z ustalonego stanu faktycznego – badanie skuteczności poczynionego zastrzeżenia zamawiający dokonał dopiero w dniach 8 – 9 stycznia 2013 r., tj. po dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (4 stycznia 2013 r.). Powyższe wynikało z chronologii zdarzeń. W dniu 8 stycznia 2013 r. odwołujący złożył wniosek o udostępnienie mu całości oferty złożonej przez przystępującego. Gdyby zamawiający – w toku czynności badania i oceny ofert zbadał skuteczność zastrzeżenia, podjąłby decyzję o udostępnieniu lub odmowie udostępnienia oferty niezwłocznie, tj. w dniu 8 stycznia 2013 r. Zamawiający jednak nie udostępnił tego dnia żądanych dokumentów, zwrócił się o wyjaśnienia co do skuteczności zastrzeżenia i dopiero w dniu 9 stycznia 2013 r. – kiedy te wpłynęły - odmówił odwołującemu ujawnienia wnioskowanych informacji. W ocenie Izby przedstawiony ciąg zdarzeń świadczy o tym, że zamawiający zaniechał badania skuteczności zastrzeżenia w toku czynności badania i oceny ofert.

W drugiej kolejności, odnosząc się do zaniechania czynności odtajnienia części oferty przystępującego, o której poinformowano odwołującego w dniu 9 stycznia 2013 r. Izba stwierdziła, że zastrzeżone informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Jak wynika z ugruntowanego i przywołanego wcześniej orzecznictwa Sądu Najwyższego jednym ze znamion tajemnicy przedsiębiorstwa jest też poufność, tj. informacja ta nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Wyłączona jest zatem możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa

informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej dozwolonej drodze. Tymczasem analiza utajnionej części oferty prowadziła do wniosku, że informacje tam zawarte nie mają charakteru nowatorskiego, nie stanowią know-how wykonawcy i nie przedstawiają znaczącej wartości gospodarczej w stopniu, który przeważałby nad zasadą jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Co więcej, minimalna zawartość koncepcji wykonania usługi została przez zamawiającego narzucona czy to poprzez opis kryterium oceny ofert „koncepcja wykonania usługi” (Rozdział XIII), czy też poprzez opis przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SIWZ).

Przykładowo należy wskazać, że w ocenie Izby nie wypełniają definicji tajemnicy przedsiębiorstwa ogólne wywody co do wizji, misji wykonawcy trudniącego się usługą utrzymania czystości. Podobnie często stosowany w praktyce wykonywania usługi utrzymania czystości jest rewirowy system sprzątnia. Przedstawione protokoły kontroli utrzymania czystości stanowią wyszczególnienie w formie tabelarycznej elementów w łazienkach, czy korytarzach, które zgodnie z SIWZ będą sprzątane w całości. Analogicznie, kontrola personelu sprząającego przez brygadzystę czy technologa nie stanowi istotnego know-how wykonawcy, gdyż z pewnością na rynku występuje praktyka nadzorowania pracy personelu sprząającego ze strony wykonawcy.

Zasady organizacji pracy na obiektach zamawiającego zawierają informację co do godzin sprzątnia, częstotliwości, liczebności personelu sprząającego, które to dane są jedynie uszczegółowieniem wymogów zamawiającego, znajdujących się na s. 4 opisu przedmiotu zamówienia.

Należy przyjąć, że nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione przez przystępującego „złote zasady sprzątnia” typu: „dozuj chemię wg zaleceń producenta lub planów higieny” czy „utrzymuj w czystości sprzęt sprząający”, „wlewaj chemię do wody, nigdy odwrotnie”. W ocenie Izby, wskazówki te są powszechnie znane znacznej części społeczeństwa. Analogicznie należy ocenić przedstawione przez przystępującego karty technologiczne. Obejmowały one zasady ręcznego mycia podłogi przy użyciu zestawu dwuwaderekowego, zasady używania mopa, mycia podłogi przy użyciu maszyn, zasady używania odkurzacza, mycia powierzchni szklanych, które z pewnością są znane innym wykonawcom świadczącym usługi utrzymania czystości. Nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa ogólne zasady bezpiecznej i higienicznej pracy czy też instrukcje bezpieczeństwa i higieny pracy. Konieczność używania przez pracowników odzieży roboczej, środków indywidualnej ochrony, czy nie stawiania się do pracy pod wpływem alkoholu jest oczywista, wynika z obowiązujących przepisów prawa.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zarzut potwierdził się w zebranych w sprawie materiale dowodowym. Jawność postępowania jest naczelną zasadą systemu zamówień publicznych, nie można zatem podchodzić bezkrytycznie do istniejącej na rynku

praktyki nadużywania instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa w celu uniemożliwienia innym wykonawcom możliwości skontrolowania oceny ofert dokonanej przez zamawiającego. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w ofercie złożonej przez wykonawcę Clar System S.A. w Poznaniu.

4. Zarzut naruszenia art. 92 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wadliwy przydział punktacji odwołującemu i przystępującemu w podkryterium „Koncepcja wykonania usługi”

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający określił w Rozdziale XIII SIWZ następujące kryteria oceny ofert: cena 75% oraz koncepcja wykonania usługi – 25%. Koncepcja wykonania usługi miała być oceniana indywidualnie przez członków komisji przetargowej na podstawie przygotowanej przez wykonawcę koncepcji wykonania usługi.

W ramach koncepcji wykonania usługi miały być oceniane:

- 1) jakość koncepcji utrzymania czystości obejmująca:
 - a) zasady organizacji pracy (od 1 do 2 pkt),
 - b) potencjał kadrowy (od 0 do 2 pkt),
 - c) plan higieny (od 1 do 2 pkt),
- 2) szczegółowe procedury i instrukcje utrzymania czystości wymagane przez zamawiającego (od 0 do 3 pkt),
- 3) zasady kontroli jakości i sposób dokumentowania kontroli (od 0 do 8 pkt),
- 4) dobór środków dezynfekcyjnych, myjąco-czyszczących (od 0 do 5 pkt),
- 5) dobór sprzętu i urządzeń (od 0 do 3 pkt).

W ramach każdego z ww. podkryteriów zamawiający dodatkowo w sposób opisowy sprecyzował, jakie elementy będzie brał pod uwagę i ile punktów można za nie uzyskać.

Czworo członków komisji przetargowej dokonało indywidualnej oceny ofert w kryterium „koncepcja wykonania usługi”.

Przystępujący uzyskał łącznie 69 pkt (od poszczególnych członków komisji: 20 pkt, 11 pkt, 19 pkt, 19 pkt). Odwołujący uzyskał łącznie również 69 pkt (od poszczególnych członków komisji: 18 pkt, 20 pkt, 18 pkt, 13 pkt) – karty indywidualnej oceny ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzut nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymagało, iż w odwołaniu odwołujący podniósł, iż zamawiający zaniechał przyznania mu maksymalnej liczby punktów w podkryterium

„koncepcja wykonania usługi”, mimo że odwołujący spełnił wszystkie wymagania opisane w Rozdziale XIII pkt 2 SIWZ. Podniósł również, iż zamawiający zawyżył punktację przystępującemu w tym podkryterium, o czym między innymi miała świadczyć istotna rozbieżność w ocenie oferty przystępującego przez członków komisji przetargowej - najwyższa ocena 20 pkt., a najniższa 11 pkt. Była to całość uzasadnienia fatycznego i prawnego tego zarzutu.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów Izba stwierdziła, że zgodnie z SIWZ koncepcja wykonania usługi miała być oceniana indywidualnie przez członków komisji przetargowej na podstawie przygotowanej przez wykonawcę koncepcji wykonania usługi. Odwołujący w terminie wynikającym z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp nie wniósł odwołania wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, godząc się tym samym na jej brzmienie. Musiał się zatem liczyć z tym, że ocena koncepcji wykonania usługi dokonana przez zamawiającego będzie wynikiem indywidualnej oceny dokonywanej przez poszczególnych członków komisji przetargowej. Kryterium „koncepcja wykonania usługi” opisane przez zamawiającego w Rozdziale XIII SIWZ ma charakter kryterium jakościowego. Składała się na nie ocena wielu podkryteriów, zaś dodatkowo w ramach każdego z podkryteriów zamawiający w sposób opisowy sprecyzował, jakie elementy będzie brał pod uwagę i ile punktów można za nie uzyskać. Wskazania co do elementów podlegających ocenie przez poszczególnych członków komisji odwoływały się do pojęć nieostrych. Przykładowo, w podkryterium „zasady kontroli jakości i sposób dokumentowania kontroli” zamawiający następująco uszczegółowił sposób przyznawania 8 punktów:

- najkorzystniejsze: tzn. takie rozwiązanie, które dają zamawiającemu najlepszą spośród zaproponowanych przez wykonawców możliwość monitorowania jakości wykonywanej usługi oraz najlepiej opracowane zasady kontroli jakości (...) – 8 pkt,
- akceptowalne: tzn. takie rozwiązanie, które dają zamawiającemu możliwość monitorowania jakości wykonywanej usługi (...) – 3 pkt,
- dopuszczalne: tzn. takie rozwiązania, które nie dają zamawiającemu możliwości stałego monitorowania jakości wykonywanej usługi (...).

Jak wynika z powyższego, pewien poziom subiektywizmu wpisany jest w charakter kryterium jakościowego. Każda z koncepcji wykonania usługi była oceniana z osobna przez czterech członków komisji przetargowej. Skoro odwoływali się do pojęć nieostrych mogli w różny sposób oceniać przedstawione rozwiązania. Zatem z samego faktu, iż jeden z członków komisji przyznał przystępującemu w sumie 20 pkt, a inny 11 pkt nie można było wysnuć wniosku, że ocena ta na pewno była nieprawidłowa. Żaden przepis ustawy Pzp nie wymaga, aby indywidualna ocena kryterium jakościowego dokonywana przez członków komisji była jednakowa. Odwołujący nie przywołał natomiast w odwołaniu żadnych innych okoliczności

faktycznych, które pozwalałyby uznać, że przyznana przystępującemu ocena 20 pkt była zawyżona.

Izba stwierdziła ponadto, że w pozostałym zakresie odwołujący nie skonkretyzował swoich zarzutów. Nie wiadomo, w którym z odrębnie ocenianych elementów w kryterium „koncepcja wykonania usługi” odwołującemu zaniechano przyznania maksymalnej ilości punktów. Nie wiadomo skąd odwołujący wnosi, że spełnił „wszystkie wymagania”, o jakie wymagania chodzi. Ponadto spełnienie „wszystkich wymagań” nie musiało oznaczać przyznania maksymalnej liczby punktów. Jak wynika z przywołanego przykładowo opisu przyznawania punktów w podkryterium „zasady kontroli jakości i sposób dokumentowania kontroli” maksymalną liczbę punktów przyznawano nie za spełnienie „wszystkich wymagań określonych w SIWZ”, lecz za najlepsze spośród rozwiązań przedstawionych przez wykonawców.

W trakcie rozprawy w dniu 29 stycznia 2013 r. odwołujący sformułował następujące zarzuty:

- a) w podkryterium 1b, tj. „potencjał kadrowy”, przystępujący powinien u wszystkich członków komisji uzyskać 0 pkt,
- b) w podkryterium 1a, tj. „zasady organizacji pracy” przystępujący powinien uzyskać u każdego z członków komisji ocenę 1 pkt,
- c) w podkryterium oceny ofert „zasady kontroli jakości i sposób dokumentowania kontroli” przystępujący powinien uzyskać ocenę 3 pkt, zaś odwołujący ocenę 8 pkt, u każdego z członków komisji przetargowej.

Uzasadnił dlaczego ocena dokonana przez zamawiającego nie była prawidłowa.

Izba oceniając tak ustalony stan faktyczny stwierdziła, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty zostały przedstawione dopiero w trakcie postępowania odwoławczego na rozprawie, a zatem nie mogły być przedmiotem rozpoznania w świetle przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż przytoczone wyżej zarzuty zostały przedstawione w odwołaniu. Należy zwrócić uwagę, że za zarzut należy uznać nie tylko wskazanie naruszeń w zakresie ustawy Pzp. Za zarzuty należy uznać także oświadczenia wykonawcy, w których wykazuje on istnienie okoliczności faktycznych, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, rozumianą jako zgodność czynności zamawiającego z przepisami ustawy Pzp, które stanowią zarazem podstawę zgłaszanych żądań. Z tego względu wskazanie innych okoliczności faktycznych jako podstawy stwierdzenia naruszenia tego samego przepisu ustawy Pzp stanowi nowy zarzut (por. postanowienie KIO z dnia 30 lipca 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 935/09, wyrok KIO z dnia 5 maja 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 636/10).

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, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy §6 w zw. z § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: