

Sygn. akt KIO 3/18

WYROK
z dnia 19 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow
Daniel Konicz
Beata Konik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2018 r. przez wykonawcę **Sweco Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. F. Roosevelta 22, 60-829 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Olsztyn, pl. Jana Pawła II 1, 10-101 Olsztyn**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Sweco Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. F. Roosevelta 22, 60-829 Poznań**

i:

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Sweco Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. F. Roosevelta 22, 60-829 Poznań** tytułem wpisu od odwołania;

2.2) zasądza od wykonawcy **Sweco Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. F. Roosevelta 22, 60-829 Poznań** na rzecz zamawiającego **Gminę Olsztyn, pl. Jana Pawła II 1, 10-101 Olsztyn** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579, 1920 i 2260) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Olsztynie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Olsztyn, Pl. Jana Pawła II Nr 1, 10-101 Olsztyn wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla zadania inwestycyjnego: budowa (przedłużenie) linii tramwajowej łączącej osiedle Jaroty i Pieczewo z fabryką Michelln oraz Centrum. Numer referencyjny: ZP.271.1.32.2017.d«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 01.06.2017 r. pod nrem 2017/S 104-207807.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579, 1920 i 2260) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający poinformował 22.12.2017 r. o:

- 1) unieważnieniu postępowania – art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp;
- 2) wykluczeniu wykonawcy Sweco Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Franklina Roosevelta 22, 60-829 Poznań, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Wykonawca Sweco Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Franklina Roosevelta 22, 60-829 Poznań, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 22.02.2018 r. do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) odtajnienie informacji zastrzeżonych przez odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa;
- 2) wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 3) odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego jako wykluczonego z udziału w postępowaniu;
- 4) unieważnienie postępowania;
- 5) – z ostrożności procesowej – zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia PROKOM Construction sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, ul. Władysława Reymonta 30/1,41-200 Sosnowiec oraz B-Act sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Paderewskiego 24, 85-075 Bydgoszcz (dalej jako: „Konsorcjum Prokom”) pomimo, że zawiera ona RNC;

- 6) pozostałe czynności lub zaniechania w zakresie wskazanym w części wstępnej i w uzasadnieniu odwołania – na rozprawie odwołujący cofnął ten zarzut [art. 180 ust. 3 Pzp].

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 8 ust. 3 Pzp przez bezpodstawne odtajnienie informacji zastrzeżonych przez odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, pomimo dokonania skutecznego zastrzeżenia (w odpowiednim terminie) oraz wykazania przez odwołującego, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w myśl art. 11 ust. 4 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. nr 153, poz. 1503 ze zm.);
- 2) art. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w szczególności w zakresie podjęcia czynności związanych z odtajnieniem informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa jedynie w stosunku do dwóch wykonawców, z pominięciem oferty wykonawcy: ZBM Inwestor Zastępczy S.A. zs. w Warszawie;
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24aa Pzp przez bezpodstawne wykluczenie odwołującego, z powodu rzekomego braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy w zakresie dysponowania osobami skierowanymi przez wykonawcę do realizacji zamówienia posiadającymi kwalifikacje zawodowe, uprawnienia i doświadczenie określone w treści rozdz. 2.2.b SIWZ w sytuacji gdy ze złożonych przez odwołującego dokumentów i oświadczeń wynika w sposób wyraźny, że odwołujący – Sweco spełnia warunki udziału w postępowaniu, a w konsekwencji naruszenie
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez nieuprawnione odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego jako wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 5) art. 91 w zw. z art. 24aa Pzp przez zaniechanie dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej wskutek jego nieuprawnionego wykluczenia i odrzucenia jego oferty;
- 6) art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp przez bezpodstawne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z powodu rzekomego niezłożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu;

a dodatkowo z ostrożności procesowej zarzucam zamawiającemu naruszenie:

- 7) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Prokom z postępowania pomimo tego, że oferta zawiera RNC, co wprost wynika z treści wyjaśnień oraz oświadczeń składanych

przez Konsorcjum Prokom w ramach postępowania zamówieniowego, jak również w ramach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO: 1934/17 – odwołujący na rozprawie cofnął zarzut siódmy.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności z 22.12.2017 r. oraz z 20.12.2017 r. w zakresie:
 - a) unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
 - b) wykluczenia odwołującego z postępowania,
 - c) odrzucenia oferty odwołującego,
 - d) odtajnienia informacji zastrzeżonych przez odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa;
- 3) dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- 4) dokonanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej

i z ostrożności procesowej odwołujący wniósł o:

- 5) odrzucenie oferty konsorcjum Prokom z uwagi na to, że zawiera ona RNC;
- 6) w przypadku nieuwzględnienia zarzutu o nieuprawnionym odtajnieniu informacji zastrzeżonych przez odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, odwołujący wnosi o odtajnienie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez pozostałych wykonawców w postępowaniu;

ponadto odwołujący wniósł o:

- 7) dopuszczenie do rozpoznania przez Izbę dowodów przedstawionych na rozprawie w zakresie okoliczności i zarzutów wskazanych w odwołaniu.

Argumentacja odwołującego

I. Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez bezpodstawne odtajnienie informacji zastrzeżonych przez odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu

Pismem z 18.12.2017 r. zamawiający przekazał odwołującemu swoje wątpliwości co do prawidłowości zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów i wyjaśnień wskazanych w pkt 1, 3 i 4 pisma, to jest:

- informacji o doświadczeniu części Zespołu Kluczowych Specjalistów z 11.07.2017 r.,
- wykaz osób Zespołu Kluczowych Specjalistów, którymi wykonawca dysponuje lub będzie dysponował i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia z 21.09.2017 r.,

– wyjaśnienia wykonawcy w zakresie doświadczenia Specjalisty ds. rozliczeń z 7.11.2017 r.

Odwołujący otrzymał 20.12.2017 r. precyzyjną informację o zamiarze odtajnienia informacji zastrzeżonych przez odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W ocenie zamawiającego powyższe dokumenty oświadczenia i wyjaśnienia nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W piśmie z 20.12.2017 r. oraz w kolejnym, z 21.12.2017 r. zamawiający sprecyzował zakres dokumentów i oświadczeń zastrzeżonych, w opinii zamawiającego – nieskutecznie, jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz wskazał, że działania podejmowane przez zamawiającego mają na celu odtajnienie informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa przez odwołującego oraz Konsorcjum Prokom.

Działanie zamawiającego zmierzające do odtajnienia informacji zastrzeżonych przez odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa stanowi naruszenie normy wyrażonej w art. 8 ust. 3 Pzp, która dopuszcza zastrzeżenie przez wykonawcę informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z treści przywołanych wyżej pism zamawiającego wynika, że zamawiający nie dokonał rzeczywistego badania wykazania przez odwołującego spełnienia się przesłanek definicji ustawowej, a jedynie formalnie uznał zastrzeżenie za nieprawidłowe, nie odnosząc się do charakteru oraz treści zastrzeganych informacji.

Stanowiskiem zamawiającego mówi jakoby „dane osób, które mają realizować zamówienie muszą być, zgodnie z zasadą jawności postępowania, znane także innym wykonawcom ubiegającym się o zamówienie, ponieważ tylko w ten sposób możliwe jest zweryfikowanie, czy osoby te spełniają warunki określone przez zamawiającego w SIWZ”.

Z ostrożności odwołujący wskazuje, że zarzuty zostały skonstruowane na bazie uzasadnienie czynności zamawiającego, w takim zakresie w jakim zostało one przedstawione odwołującemu w treści pism z 18.12, 20.12 i 21.12.2017 r.

Zamawiający podjął czynności zmierzające do odtajnienia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa jedynie w stosunku do oferty odwołującego oraz Konsorcjum Prokom, co w sytuacji podtrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do analogicznych informacji zastrzeżonych przez wykonawcę ZBM Inwestor Zastępczy S.A., w ocenie odwołującego stanowi istotne naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, to jest zasady równego traktowania wykonawców, jak również zasady przejrzystości i proporcjonalności.

II. Zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24aa, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 91 w zw. z art. 24aa oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp w zakresie bezpodstawnego wykluczenia odwołującego z postępowania, bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego, a w konsekwencji unieważnienia postępowania

22.12.2017 r. zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp (a w konsekwencji odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp).

Zamawiający w treści rozdz. V pkt 2.2 lit. b SIWZ określił warunki udziału w postępowaniu dotyczące osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia.

Kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej zostały określone w treści rozdz. XIV Opis kryteriów i sposobów dokonywania oceny ofert.

Pismem z 11.09.2017 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia dokumentów i oświadczeń na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, w załączeniu do ww. pisma zamawiający przekazał odwołującemu m.in. wzór wykazu osób (dokument nie stanowiący załącznika do SIWZ na etapie przed złożeniem ofert).

Odwołujący złożył zamawiającemu dokumenty zgodnie z treścią wezwania, załączając jednocześnie wyjaśnienie do treści załącznika Wykaz osób – pismo z 21.09.2017 r., w których odwołujący wyjaśnił, że w treści Załącznika nr 4 do SIWZ składanego w ofercie wskazał zarówno minimalne wymagane doświadczenia danego specjalisty i jako potwierdzenie spełniania wymagań minimalnych przez danego specjalistę), jak i doświadczenie punktowane (doświadczenie większe niż minimalne). Wskazał, że czynności te podjął biorąc pod uwagę postanowienia SIWZ (punkt 3.1-4 rozdz. XIV) oraz fakt, że z żadnego innego dokumentu składanego wraz z ofertą nie wynikało posiadanie przez Zespół Kluczowych Specjalistów wymagań minimalnych w zakresie doświadczenia, Załącznik nr 4 był jedynym dokumentem, w którym należało takie doświadczenie określić. Minimalne wymagane doświadczenie nie zostało wskazane w celu uzyskania dodatkowych punktów w kryterium „Doświadczenie Zespołu Kluczowego Specjalistów”, a jedynie dla określenia punktu odniesienia dla doświadczenia punktowanego – większego niż minimalne.

Zamawiający pismem z 24.10.2017 r. poinformował o wykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 3 października 2017 r. sygn. akt KIO 1934/17 nakazującego zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Prokom oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

W 13.11.2017 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 2f i ust. 4 Pzp, wzywając wykonawcę do sprecyzowania, które zadania w ramach doświadczenia osób wskazanych do realizacji zamówienia zostały wskazane na potrzeby obliczenia dodatkowej punktacji, a które z ww. zadań zostały wskazane na potrzeby wykazania spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdz. V ust. 2 pkt 2b lit. a, b, e i j SIWZ.

Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie, skorzystał z możliwości przedstawionej przez zamawiającego w przedostatnim akapicie wezwania i złożył zamawiającemu szczegółowe

wyjaśnienia, w treści których w ramach tabeli wskazał dokładnie podział doświadczenia personelu przewidzianego do realizacji usługi, odpowiednio na potrzeby spełniania warunków udziału w postępowaniu (wykazania spełnienia minimalnych warunków) oraz na potrzeby obliczenia dodatkowej punktacji dla oferty wykonawcy, zgodnie z wymaganiami rozdz. V ust. 2 pkt 2b lit. a, b, e i i SIWZ oraz rozdz. XIV pkt 3 ppkt 1-4 SIWZ. Odwołujący nie wykazywał w treści pisma dodatkowego doświadczenia, a jedynie, zgodnie z treścią wezwania, dokonał wyraźnego i czytelnego rozdziału i opisanie doświadczenia przypisanego na spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz doświadczenia na potrzeby uzyskania punktacji w kryterium „Doświadczenie Zespołu Kluczowych Specjalistów”.

Zamawiający pismem z 14.12.2017 r. wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W odpowiedzi odwołujący w piśmie datowanym na 18.12.2017 r. wskazał, że wezwanie zamawiającego w zakresie złożenia dokumentów i oświadczeń, w świetle złożonych w trakcie postępowania dokumentów oraz wyczerpujących wyjaśnień odwołującego było nieuzasadnione.

Ponownie i konsekwentnie wyjaśnił, że z uwagi na ukształtowane przez zamawiającego postanowienia rozdz. XIV Opis kryteriów i sposoby dokonywania oceny ofert pkt 3. Kryterium „Doświadczenie Zespołu Kluczowych Specjalistów” w treści Załącznika nr 4 do SIWZ – Informacja o doświadczeniu części Zespołu Kluczowych Specjalistów (złożonego wraz z ofertą przetargową) – wskazał zarówno opisane w treści rozdz. XIV minimalne wymagane doświadczenie dla danego specjalisty jak i doświadczenie większe niż minimalne doświadczenie wymagane przez zamawiającego (doświadczenie na potrzeby uzyskania dodatkowej punktacji). Intencją wykonawcy było zarówno potwierdzenie spełniania przez wskazany personel minimalnych wymagań zamawiającego określonych w treści rozdz. XIV pkt 3.1-4 SIWZ, jak i uwypuklenie posiadania przez ten personel doświadczenia większego niż minimalne doświadczenie wymagane przez zamawiającego, to jest doświadczenia punktowanego. Wobec powyższego odwołujący ponownie oświadczył, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania Zespołem Kluczowych Specjalistów, przedstawił w załączeniu „Wykaz osób” na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odnosząc się bezpośrednio do treści uzasadnienia wykluczenia odwołującego z postępowania, odwołujący wskazuje, że stanowisko zamawiającego uznać należy za oczywiście błędne i niezgodne z przywołanymi na wstępie przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący już w ramach dokumentów przedstawionych 21.09.2017 r. wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do personelu skierowanego do

realizacji zamówienia. Następnie w ramach pism datowanych na 21.09.2017 r., 17.11.2017 r., 18.12.2017 r. ponawiał te informacje.

Odwołujący od początku, tj. we wszystkich składanych w odpowiedzi na wezwania zamawiającego wyjaśnieniach i uzupełnieniach wskazywał na taki sposób oceny treści Załącznika nr 4 do SIWZ, co potwierdził również zamawiający w treści pisma z 22.12.2017 r. informując o wykluczeniu odwołującego Sweco, odrzuceniu jego oferty i unieważnieniu postępowania.

Działanie takie w żaden sposób nie naruszało uczciwej konkurencji w postępowaniu, zarówno wyjaśnienia odwołującego z 21.09.2017 r. jak i kolejne składane na wezwanie zamawiającego wyjaśnienia z 17.11.2017 r. i z 18.12.2017 r. składane były w stanie nieświadomości w zakresie punktacji uzyskanej przez innych wykonawców w ramach tego kryterium oceny ofert, nie stawiając odwołującego Sweco w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do innych wykonawców. W wyniku złożonych wyjaśnień nie zwiększa się ilość punktów jakie odwołujący mogłoby uzyskać w tym kryterium. Stąd nieuzasadnione byłyby jakiegokolwiek, nawet hipotetyczne obawy, co do możliwości manipulowania punktacją.

Zgodnie z przedstawionymi wyjaśnieniami odwołującego, nie ma konieczności wykreślenia doświadczenia kluczowego personelu wskazanego w treści Załącznika nr 4 do SIWZ. Doświadczenie wskazane jako doświadczenie minimalne, zgodnie z treścią SIWZ oraz wyjaśnieniem wykonawcy nie jest doświadczeniem punktowanym i jako takie powinno być traktowane przez zamawiającego. Zamawiający dokonuje oceny treści tego załącznika i przyznaje wykonawcom punktację stosownie do postanowień rozdz. XIV SIWZ, przyznając punktację jedynie za wykazane doświadczenie ponad doświadczenie minimalne. Pominięcie doświadczenia minimalnego przy ocenie oferty w kryterium Doświadczenie Zespołu Kluczowych Specjalistów, przyznanie za te pozycje, zgodnie z intencją wykonawcy, zerowej punktacji, nie stanowiłoby zmiany oferty wykonawcy, a jedynie działanie zamawiającego zgodne z postanowieniami SIWZ.

Ponadto w tym przypadku nie może być mowy o zmianie treści oferty. Treścią oferty, przy tak ukształtowanych postanowieniach SIWZ, jest desygnowanie do wykonania zamówienia konkretnych specjalistów – wymienionych z imienia i nazwiska, posiadających określone doświadczenie. Odwołujący nie dokonał żadnych zmian w treści Załącznika nr 4 złożonego wraz z ofertą. W ramach wyjaśnień nie wprowadzono nowych specjalistów, nie wskazano dodatkowego doświadczenia na potrzeby uzyskania większej liczby punktów w ramach danego kryterium, nie dodano dodatkowej treści do tej części oferty. Wręcz przeciwnie, liczba punktów przyznanych odwołującemu w tym kryterium, w wyniku precyzyjnego podziału doświadczenia personelu na doświadczenie minimalne i doświadczenie punktowane może ulec zmniejszeniu, niemniej ani skład zespołu specjalistów desygnowanych do realizacji usługi ani wskazane pierwotnie w treści załącznika nr 4 doświadczenie tego personelu nie

uległo zmianie. Wyjaśnienie treści oferty stanowi swoiste „narzędzie” umożliwiające pozyskanie dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości pozwala na należyłą ocenę sytuacji (oferty). Prawo zamówień publicznych umożliwia żądanie od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, w zakresie tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne. Działanie takie mieści się np. w dyspozycji art. 26 ust. 4 lub art. 87 ust. 1 Pzp. Zgodzić się należy z poglądem, że informacje zawarte w ofertach wykonawców i oceniane w kryteriach oceny ofert nie podlegają uzupełnieniu i modyfikacji po upływie terminu na składanie ofert. Niemniej w przedmiotowej sytuacji nie mamy do czynienia z uzupełnieniem ani z modyfikacją, a ewentualnie wyjaśnieniem treści oferty w dozwolonych ustawą prawo zamówień publicznych granicach. Zamawiający kilkakrotnie kierował do wykonawcy pisma z prośbą o wyjaśnienie treści złożonych wraz z ofertą dokumentów i oświadczeń, również w zakresie części oferty odnoszącej się do załącznika nr 4. Wykonawca konsekwentnie wyjaśnienia te przedstawiał. Biorąc pod uwagę podwójny charakter składanych dokumentów (wymagane w ramach kryteriów oceny ofert minimalne doświadczenie członków Zespołu Kluczowego stanowi jednocześnie doświadczenie na potrzeby spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie określonym w treści rozdz. V ust. 2 pkt 2b SIWZ należy w ramach oceny ofert uwzględnić wyjaśnienia składane przez odwołującego Sweco w wyniku wezwań zamawiającego kierowanych na podstawie art. 26 ust. 2f i 4 Pzp i art. 26 ust. 3 Pzp które w sposób precyzyjny wyjaśniają treść załącznika nr 4 w odniesieniu do treści załącznika nr 2 do wezwania z 11.09.2017 r. – wykaz osób.

Odwołujący nie mógł w ten sposób manipulować punktacją przyznaną w ramach kryterium. Do dnia złożenia odwołania odwołujący nie poznał przyznanej ofertom punktacji w ramach każdego z kryteriów.

Odwołujący wskazuje, że z definicji wymagania odnoszące się do kryteriów oceny ofert, z założenia są fakultatywne, a za ich spełnienie przyznawana jest dodatkowa punktacja, tym samym ich niespełnienie może jedynie skutkować nieprzyznaniem dodatkowej punktacji w tym kryterium. Zamawiający oceniając treść złożonych ofert musi brać pod uwagę wszystkie oświadczenia oraz wyjaśnienia składane w toku postępowania (stanowiące element oferty wykonawcy) i na ich podstawie ocenić spełnienie warunków udziału w postępowaniu i ewentualne wykazanie przesłanek do uzyskania dodatkowej punktacji w ramach kryterium.

Nie ma sprzeczności w sytuacji, w której zamawiający z jednej strony uznaje dane doświadczenie na potrzeby spełniania warunku udziału w postępowaniu, nie przyznając jednocześnie dodatkowej punktacji w tym zakresie. Nieuprawnionym jest również działanie zamawiającego limitujące wykonawcy możliwość wykazywania spełnienia obligatoryjnych

warunków udziału w postępowaniu, na rzecz fakultatywnych kryteriów oceny ofert, których niewykazanie może co najwyżej skutkować uzyskaniem mniejszej liczby punktów w danym kryterium, co z kolei nie ogranicza wykonawcy dostępu do zamówienia.

Minimalne wymagane doświadczenie nie zostało wskazane w celu uzyskania dodatkowych punktów w kryterium „Doświadczenie Zespołu Kluczowych Specjalistów”, a jedynie dla potwierdzenia spełniania przez zespołów warunków minimalnych, umożliwiających uzyskanie dodatkowych punktów za posiadanie doświadczenia większego niż doświadczenie minimalne. W ocenie odwołującego, wczytując się literalnie w całą treść rozdz. XIV pkt 3 SIWZ (a nie tylko w jedno, wyrwane z kontekstu zdanie) prawidłowe wykazanie, że zespół posiada doświadczenie większe niż minimalne wymagało również wykazania niepunktowanego w tym kryterium doświadczenia minimalnego – jako swoistego „punktu 0” stanowiącego punkt odniesienia dla doświadczenia dodatkowego – większego niż minimalne.

W ocenie odwołującego z treści SIWZ, a konkretnie z treści rozdz. XIV pkt 3 wynika jedynie zastrzeżenie, że wykonawca nie może wykazywać się tym samym doświadczeniem (czyli równoległe tymi samymi projektami) w celu uzyskania dodatkowych punktów w kryterium „Doświadczenie Zespołu Kluczowych Specjalistów” oraz na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Potwierdza to zamawiający w treści pisma z 13.11.2017 r. wskazując na str. 4 pisma, że „Zadania inwestycyjne wykazane na potwierdzenie minimalnych warunków oraz zadania inwestycyjne dla zdobycia dodatkowej punktacji nie mogą się powtarzać” oraz w treści pisma z 22.12.2017 r. zamawiający wskazując, że dopiero posiadanie przez Zespół Kluczowych Specjalistów „większego doświadczenia niż wymagane na spełnienie warunków udziału w postępowaniu, o których jest mowa w rozdz. V ust. 2 pkt 2b SIWZ, tj. większe niż minimalne doświadczenie wymagane przez zamawiającego”, uzasadnia otrzymanie punktów na zasadach określonych szczegółowo w rozdz. XIV ust. 3 pkt 1-4 SIWZ.

W zakresie argumentacji zamawiającego dotyczącej zastosowania w ramach postępowania procedury odwróconej odwołujący wskazał, że istotą procedury odwróconej jest możliwość dokonania przez zamawiającego w pierwszej kolejności oceny merytorycznej ofert, w zakresie dotyczącym przesłanek odrzucenia oraz określonych w SIWZ kryteriów oceny ofert, a dopiero w kolejnym etapie dokonania kwalifikacji podmiotowej wykonawcy pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie podlegania wykluczeniu z postępowania. Z powyższego jednak nie wynika, że zamawiający w toku postępowania nie ma możliwości powrotu do etapu oceny ofert. Teza taka, nie znajdująca oparcia w postanowieniach ustawy – Prawo zamówień publicznych czy też dyrektywy 2014/24/UE, prowadziłaby w praktyce do nadmiernego formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przepis art. 24aa ust. 1 Pzp, wprowadzony w 2016 r., stanowi wdrożenie do polskiego porządku prawnego art. 56 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE, który przewiduje możliwość zmiany kolejności działań podejmowanych przez zamawiającego, tj. rozpatrzenie merytoryczne ofert przed sprawdzeniem (weryfikacją) podstaw wykluczenia oraz spełnienia kryteriów kwalifikacji.

Podsumowując, odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, stąd zarówno wykluczenie oferty wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 12 Pzp, jak i odrzucenie oferty wykonawcy w myśl art. 89 ust. 2 pkt 5 Pzp zostało dokonane z oczywistym naruszeniem przez zamawiającego tych przepisów, a tym samym nie zachodzi przesłanka do unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 29.12.2017 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 2.01.2018 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 16.01.2018 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

W ocenie Izby

zarzut pierwszy naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp – przez bezpodstawne odtajnienie informacji zastrzeżonych przez odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, pomimo dokonania skutecznego zastrzeżenia (w odpowiednim terminie) oraz wykazania przez odwołującego, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w myśl art. 11 ust. 4 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. nr 153, poz. 1503 ze zm.) oraz

zarzut drugi naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp – przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w szczególności w zakresie podjęcia czynności związanych z odtajnieniem informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa jedynie w stosunku do dwóch wykonawców, z pominięciem oferty wykonawcy: ZBM Inwestor Zastępczy S.A. zs. w Warszawie

– nie zasługują na uwzględnienie.

Jak ustaliła Izba zgodnie z oświadczeniem zamawiającego zamawiający nie udostępnił nikomu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, a odwołujący nie wyraził sprzeciwu do takiego oświadczenia. Protokół str. 6 akapit drugi od góry, cyt. »Na pytanie członka składu orzekającego zamawiający wyjaśnia, że nie doszło do faktycznego udostępnienia informacji uznanych przez zamawiającego za niezasadnie zastrzeżone, m.in. z uwagi na brak inicjatywy podmiotów trzecich w tym zakresie i ze względu na wniesione odwołanie«. A więc zamawiający nie dokonał czynności, na którą odwołujący wniósł odwołanie. W związku z tym Izba nie może przychylić się do zarzutu odwołującego.

W ocenie Izby

zarzut trzeci naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24aa Pzp – przez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z powodu rzekomego braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy w zakresie dysponowania osobami skierowanymi przez wykonawcę do realizacji zamówienia posiadającymi kwalifikacje zawodowe, uprawnienia i doświadczenie określone w treści rozdz. 2.2.b SIWZ w sytuacji gdy ze złożonych przez odwołującego dokumentów i oświadczeń wynika w sposób wyraźny, że odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz

zarzut czwarty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp – przez nieuprawnione odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego jako wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia

– nie zasługują na uwzględnienie.

Zdaniem Izby kluczowym w rozpoznaniu odwołania w tym zakresie jest postanowienie znajdujące się w uwadze pod rozdz. XIV ust. 3 SIWZ cyt. »UWAGA: Zamawiający informuje, że wykonawca wezwany na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie będzie mógł wykazać się doświadczeniem wskazany, w celu uzyskania dodatkowych punktów w kryterium „Doświadczenie Zespołu Kluczowych Specjalistów”« [pisownia oryginalna – przypisek Izby]. Dlatego gdy zamawiający wezwał, na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, obecnego odwołującego do złożenia dokumentów w celu przedstawienia dokumentów na wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu i obecny odwołujący zaprezentował te same osoby i to samo doświadczenie, które wcześniej były ujęte w ofercie w celu przyznania odpowiedniej liczby punktów w kryterium „Doświadczenie Zespołu Kluczowych Specjalistów” – zamawiający uznał, że postępowanie obecnego odwołującego i jego oferta nie są zgodne z treścią SIWZ. Art. 26 ust. 1 Pzp brzmi »Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się do udzielania zamówień w przypadkach, o których mowa w art. 101a ust. 1 pkt 1 lub pkt 2 lit. a«.

Zdaniem Izby ze względu na stosowanie procedury odwróconej (wskazanie najkorzystniejszej oferty, a następnie sprawdzenie spełnienia warunków) od niedawnego czasu i w związku z tym brak wypracowanych w praktyce schematów postępowania czy pokazania przykładów w literaturze jak należy formułować konkretne postanowienia SIWZ. W rozpoznawanym postępowaniu zamawiający nie wskazał dokładnie jak wykonawca ma wykazać doświadczenie, które będzie podstawą do przydzielenia przez zamawiającego punktacji w ocenie ofert, a jak wykazać doświadczenie, które będzie brane pod uwagę przez zamawiającego w trakcie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jednak brak szczególnego sprecyzowania tych zagadnień w SIWZ nie może być potraktowane jako wada specyfikacji, szczególnie że w SIWZ zamawiający zawarł cytowaną wcześniej uwagę zawartą pod rozdz. XIV ust. 3 SIWZ.

Izba stwierdza, że zamawiający w samej SIWZ nie musi wpisywać sankcji za naruszenie postanowień specyfikacji, bo – bez względu na zawarcie takiego postanowienia w SIWZ – zamawiający obowiązany jest do zastosowania się do art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, który brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych

warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«. Tak też postąpił zamawiający, mimo że jak to oświadczył na rozprawie nie uczynił tego bez wątpliwości.

Zamawiający uznał, zgodnie z rzeczywistością, że obecny odwołujący przedstawił całe doświadczenie na formularzu zał. nr 4 na uzyskanie możliwie maksymalnej liczby punktów w kryteriach oceny ofert, a następnie wskazał to samo doświadczenie, aby wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Było to działanie niezgodne z SIWZ, a szczególnie z uwagą figurującą pod rozdz. XIV ust. 3 Pzp. Gdyby zamawiający zaakceptował takie postępowanie obecnego odwołującego musiałby wrócić do fazy oceny ofert i także zaakceptować możliwość dokonania zmian w ofercie po upływie terminu składania ofert, co byłoby niezgodne z art. 84 ust. 1 Pzp, który to przepis brzmi »Wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę«. Takie postępowanie zamawiającego mogłoby grozić zamawiającemu znacznymi skutkami finansowymi, gdyż zamówienie jest finansowane ze środków unijnych, co zamawiający wskazał podczas rozprawy, protokół rozprawy str. 7 ostatni akapit cyt.: »Zamawiający podkreśla również, że w sferze motywacyjnej działań zamawiającego leżały również potencjalne skutki finansowe związane z przywróceniem oferty odwołującego [zaniechanie wykluczenia odwołującego – przypisek Izby] do postępowania (grożąca zamawiającemu korektą finansową do 100%)«.

Izba stwierdza, że zamawiający nie wykazał bezwzględnej pewności w swoim postępowaniu jednak w finalizując postępowanie i wykluczając ofertę obecnego odwołującego, a następnie traktując tę ofertę za odrzuconą nie naruszył przepisów ustawy, mimo że z pism zamawiającego można było wysnuć wnioski o braku stuprocentowego przekonania zamawiającego do swojego postępowania. Jednak nawet największe rozterki zamawiającego dotyczące postępowania nie mogą zmienić przepisów ustawy, a Izba stwierdza, że zamawiający finalnie nie naruszył przepisów ustawy Pzp.

Ze względu na wykluczenie obecnego odwołującego z postępowania zamawiający odrzucił ofertę obecnego odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert«. Przepis ten nie odnosi się wprost do postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, a należy go stosować w postępowaniach wieloetapowych jak np. przetarg dwustopniowy, gdzie wyraźnie oddzielony jest etap sprawdzania spełnienia warunków udziału w postępowaniu od kolejnych czynności składania ofert oraz ich oceny. Izba wskazuje, że do stosowania w trybie przetargu nieograniczonego jest właściwy przepis art. 24 ust. 4 Pzp, który brzmi »Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą« i nie jest już konieczne jeszcze taką ofertę odrzucać na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. W rozpoznawanym postępowaniu zamawiający

powinien po wykluczeniu obecnego odwołującego z postępowania uznać ofertę tego wykonawcy za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp, a nie odrzucać oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Jednak to uchybienie zamawiającego nie miało wpływu na wynik postępowania. A więc Izba nie może uwzględnić zarzutu, zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp, który brzmi »Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia«.

W związku z tym Izba nie może przychylić się do zarzutów trzeciego i czwartego bezpodstawnego wykluczenia odwołującego i odrzucenia oferty odwołującego.

W ocenie Izby:

zarzut piąty naruszenia art. 91 w zw. z art. 24aa Pzp – przez zaniechanie dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej wskutek jego nieuprawnionego wykluczenia i odrzucenia jego oferty oraz

zarzut szósty naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp – przez bezpodstawne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z powodu rzekomego niezłożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu

– nie zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że ze względu na konieczność wykluczenia obecnego odwołującego i potraktowania oferty tego wykonawcy jako odrzuconej (o czym wyżej) nie może zostać ta oferta wybrana jako najkorzystniejsza. Ponadto ze względu na brak ofert niepodlegających odrzuceniu – zamawiający był zobligowany do unieważnienia postępowania, zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, który brzmi »Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli [...] nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3«. Wobec tego Izba nie może przychylić się do zarzutów piątego i szóstego.

Ponadto odwołujący na rozprawie cofnął ostatni siódmy zarzut.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 i z 2017 r. poz. 47).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....