

**WYROK**

**z dnia 27 lipca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

**Ernest Klauziński**

**Małgorzata Matecka**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie **22 lipca 2021 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **21 czerwca 2021 r.** przez wykonawców:

**A. Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, Acciona Industrial S.A. z siedzibą w Madrycie (Hiszpania) – sygn. akt KIO 1846/21**

**B. Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie – sygn. akt KIO 1847/21**

w postępowaniu pn. *Budowa w formule „zaprojektuj i buduj” Instalacji Termicznego Przetwarzania z Odzyskiem Energii w m. Rogowiec k/Belchatowa* (nr postępowania POST/PEC/PEC/UZI/01950/2020)

prowadzonym przez zamawiającego: **PGE Energia Ciepła S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego:

**A. Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie – sygn. akt KIO 1846/21**

**B. Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, Acciona Industrial S.A. z siedzibą w Madrycie (Hiszpania) – sygn. akt KIO 1847/21**

– po stronie Odwołującego

**C. SBB Energy S.A. z siedzibą w Opolu, Polimex Energetyka sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Polimex-Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie – sygn. akt: KIO 1846/21, KIO 1847/21**

– po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołania w taki sposób, że nakazuje Zamawiającemu unieważnienie zaproszenia do dialogu konkurencyjnego wszystkich siedmiu wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a przy powtarzaniu tej czynności postąpienie zgodnie z ogłoszeniem o tym zamówieniu,**

tj. zaproszenie sześciu wykonawców, którzy według kryteriów selekcji zostali sklasyfikowani na miejscach od pierwszego do piątego, bez Przystępującego po stronie Zamawiającego, który uzyskał mniejszą liczbę punktów niż każdy z pozostałych sześciu wykonawców.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołania.

3. Kosztami postępowania w obu sprawach obciąża Zamawiającego i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących łącznie tytułem wpisów od odwołań,
- 2) w sprawie sygn. akt KIO 1846/21 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołujących kwotę 24810 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia cztery osiemset dziesięć złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika, koszty noclegu oraz koszty dojazdu.
- 3) w sprawie sygn. akt KIO 1847/21 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 23600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

## Uzasadnienie

{KIO 1846/21, KIO 1847/21}

PGE Energia Ciepła S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „pzp” lub „Pzp”) w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na roboty budowlane pn. *Budowa w formule „zaprojektuj i buduj” Instalacji Termicznego Przetwarzania z Odzyskiem Energii w m. Rogowiec k/Belchatowa* (nr postępowania POST/PEC/PEC/UZI/01950/2020).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 22 grudnia 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S\_249 pod poz. 622270.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

Zaznaczyć należy, że z uwagi na datę wniesienia rozpoznawanych odwołań do postępowania odwoławczego w ich sprawie, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. poz. 2020 ze zm.), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2021 r. Dz. U. poz. 1129) {dalej: „nowa ustawa pzp” lub „npzp”}.

11 czerwca 2021 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zaproszeniu do dialogu konkurencyjnego wszystkich siedmiu wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w tym postępowaniu.

{KIO 1846/21}

21 czerwca 2021 r. Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, Acciona Industrial S.A. z siedzibą w Madrycie (Hiszpania), którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie tego zamówienia {dalej: „Konsorcjum Mostostal”, „Odwołujący”}, wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od dopuszczenia do dialogu SBB Energy S.A. z siedzibą w Opolu, Polimex Energetyka sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Polimex-Mostostal S.A.

z siedzibą w Warszawie, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie tego zamówienia {dalej: „Konsorcjum SBB”, „Przystępujący” lub „Przystępujący Konsorcjum”}, oraz od innych czynności lub zaniechań Zamawiającego objętych poniższymi zarzutami odwołania.

Odwołujący zarzucili Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {chyba że poniżej wskazano inne akty prawne}:

1. Art. 60d ust. 2 – przez zaproszenie do dialogu konkurencyjnego wszystkich siedmiu wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.
2. Art. 60d ust. 3 – przez zaproszenie do dialogu konkurencyjnego Konsorcjum SBB, pomimo że zostało ono sklasyfikowane wg określonych przez Zamawiającego kryteriów selekcji na siódmym miejscu, oraz zaniechanie uznania Konsorcjum SBB za wykluczone z postępowania jako wykonawca niezaproшений do udziału w postępowaniu.
3. Art. 96 ust. 3 w zw. art. 8 ust. 1 i ust. 2 i w zwz art. 8 ust. 3 – przez uznanie za zasadne utrzymania w tajemnicy informacji objętych dokumentami dotyczącymi dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego, wykazu wykonanych robót oraz referencji złożonych przez Konsorcjum SBB wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) oraz udostępnienia tych informacji zgodnie z wnioskiem Odwołujących, pomimo że informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i nie zostały skutecznie zastrzeżone przez Konsorcjum SBB.
4. Art. 7 ust. 1 – przez bezprawne dopuszczenie do udziału w postępowaniu większej liczby wykonawców aniżeli określona w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w „Instrukcji dotyczącej prowadzonego postępowania – wymagania formalne” {dalej: „Instrukcja”} oraz utajnienie dokumentów i oświadczeń, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i nie zostały skutecznie zastrzeżone.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia zaproszenia do dialogu konkurencyjnego siedmiu wykonawców, w tym Konsorcjum SBB sklasyfikowanego na siódmej pozycji.
2. Odtajnienia informacji objętych dokumentami dotyczącymi dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego, wykazu wykonanych robót oraz referencji złożonych przez Konsorcjum SBB wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału i udostępnienia w całości tych dokumentów i oświadczeń.

{KIO 1847/21}

21 czerwca 2021 r. również Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Budimex”,

„Odwołujący”} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od dopuszczenia do dialogu Konsorcjum SBB oraz od innych czynności lub zaniechań Zamawiającego objętych poniższymi zarzutami odwołania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {chyba że poniżej wskazano inne akty prawne}:

1. Art. 60d ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez podjęcie decyzji o zaproszeniu do dialogu konkurencyjnego siedmiu wykonawców, podczas gdy zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu oraz Instrukcją do dialogu konkurencyjnego winno być zaproszonych sześciu wykonawców wg kryteriów selekcji ustalonych przez Zamawiającego, tj. w kolejności zgodnej z liczbą przyznanych punktów.
2. Art. 8 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji {dalej: „uznk”} w zw. z art. 7 ust. 1 – przez błędne uznanie, że informacje zawarte przez Konsorcjum SBB we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dotyczące podmiotu udostępniającego potencjał, wykaz robót i referencje zostały skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia zaproszeniu do dialogu konkurencyjnego wszystkich siedmiu wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.
2. Zaproszenie do dialogu konkurencyjnego sześciu wykonawców w kolejności zgodnej z liczbą przyznanych punktów, tj. z pominięciem siódmego wykonawcy, który uzyskał najmniejszą liczbę punktów.
3. Udostępnienia Odwołującemu treści dokumentów złożonych przez Konsorcjum SBB dotyczących podmiotu udostępniającego mu potencjał, wykazu robót i referencji w celu umożliwienia weryfikacji prawidłowości dokonania oceny spełnienia warunków udziału przez podstawie kryteriów selekcji.

{KIO 1846/21, KIO 1847/21}

W ramach uzasadnienia powyższe zarzuty zostały sprecyzowane w szczególności przez powołanie się na następujące okoliczności faktyczne i prawne.

{ad pkt 1. i 2. listy zarzutów odwołania Konsorcjum Mostostal  
i pkt 1. listy zarzutów odwołania Budimexu}

Okoliczności faktyczne.

Ogłoszenie o zamówieniu w sekcji II pkt 2 ppkt 9 brzmi następująco:

*Przewidywana liczba kandydatów: 6*

*Obiektywne kryteria wyboru ograniczonej liczby kandydatów:*

- 1. Zamawiający zaprosi do dialogu konkurencyjnego tych Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie nie większej niż 6.*
- 2. Jeżeli liczba Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż 6, Zamawiający zaprosi do dialogu konkurencyjnego Wykonawców wyłonionych na podstawie kryteriów selekcji opisanych poniżej:*
  - 2.1. Zamawiający przyzna 3 pkt za każde zamówienie wykazane na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt III.1.1 ogłoszenia, zrealizowane przez Wykonawcę (doświadczenie własne) na terenie krajów stowarzyszonych w ramach GPA, którego zakres przedmiotowy obejmował łącznie: zaprojektowanie, budowę i rozruch instalacji termicznego przetwarzania odpadów komunalnych z odzyskiem energii elektrycznej i ciepłej w technologii rusztowej o wydajności co najmniej 90 000 Mg/rok;*
  - 2.2. Zamawiający przyzna 2 pkt za każde zamówienie wykazane na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt III.1.1 ogłoszenia, zrealizowane przez podmiot udostępniający doświadczenie zgodnie z ustawą Pzp (doświadczenie użyzione) na terenie krajów stowarzyszonych w ramach GPA, obejmujące łącznie: zaprojektowanie, budowę i rozruch instalacji termicznego przetwarzania odpadów komunalnych z odzyskiem energii elektrycznej i ciepłej w technologii rusztowej o wydajności co najmniej 90 000 Mg/rok;*
  - 2.3. Zamawiający przyzna 1 pkt za każde zamówienie wykazane na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt III.1.1 ogłoszenia, zrealizowane przez Wykonawcę (doświadczenie własne) lub przez podmiot udostępniający doświadczenie zgodnie z ustawą Pzp (doświadczenie użyzione) poza terenem krajów stowarzyszonych w ramach GPA, obejmujące łącznie: zaprojektowanie, budowę i rozruch instalacji termicznego przetwarzania odpadów komunalnych z odzyskiem energii elektrycznej i ciepłej w technologii rusztowej o wydajności co najmniej 90 000 Mg/rok. Uwaga: Zamawiający uwzględni nie więcej niż 10 referencji potwierdzających spełnienie każdego z ww. warunków.*
- 4. Jeżeli po zastosowaniu powyższych kryteriów selekcji, na ostatnim 6 (szóstym) miejscu upoważniającym do zakwalifikowania do kolejnego etapu postępowania będzie więcej niż 1 (jeden) Wykonawca, Zamawiający zakwalifikuje do dalszego etapu postępowania wszystkich*

*tego Wykonawcę, który wykaże się największą sumaryczną wydajnością zrealizowanych instalacji wykazanych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt III.1.1 ogłoszenia.*

*5. Jeżeli liczba Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie mniejsza lub równa liczbie określonej w pkt 1, Zamawiający zaprosi do dialogu wszystkich Wykonawców spełniających te warunki, z zastrzeżeniem art. 93 ust. 1d ustawy Pzp.*

Powyższe informacje zostały powielone w pkt 16. Instrukcji.

W zawiadomieniu o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu Zamawiający poinformował o zaproszeniu do dialogu konkurencyjnego wszystkich siedmiu wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zamawiający przywołał pkt 16.4. Instrukcji: *Jeżeli po zastosowaniu powyższych kryteriów selekcji, na ostatnim 6 (szóstym) miejscu upoważniającym do zakwalifikowania do kolejnego etapu Postępowania będzie więcej niż 1 (jeden) Wykonawca, Zamawiający zakwalifikuje do dalszego etapu Postępowania Wykonawcę, który wykaże się największą sumaryczną wydajnością zrealizowanych instalacji wykazanych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 12.6.2 Instrukcji.*

Zamawiający wskazał, że po przyznaniu punktów wg kryteriów wskazanych w Instrukcji, na piątej pozycji znalazło się dwóch wykonawców z jednakową liczbą punktów (po 3 pkt), natomiast na pozycji szóstej znalazł się tylko jeden wykonawca – Konsorcjum SBB (z 2 pkt).

Odwołujący Konsorcjum Mostostal wywiódł, że *de facto* przywołane powyżej postanowienia stanowią odzwierciedlenie zasady powszechnie stosowanej w sporcie w przypadku, gdy dwóch (lub więcej) zawodników uzyskuje ten sam wynik: przyznawania równorzędnego miejsca, z pominięciem takiej liczby kolejnych miejsc, jaka jest liczba zawodników sklasyfikowanych *ex aequo* (np. jeżeli uzyskano ten sam wynik dający pierwsze miejsce, nie przyznaje się drugiego miejsca, a kolejnym miejscem jest miejsce trzecie). Przy takim sposobie klasyfikowania wykonawców tylko w przypadku miejsca szóstego nie jest możliwe zastosowanie takiej metodyki, gdyż większa liczba wykonawców na ostatnim, szóstym miejscu powoduje, że nie można uwzględnić kolejnych miejsc tj. miejsca siódmego i następnych. Stąd też to w odniesieniu do większej liczby wykonawców zajmujących szóste miejsce Zamawiający przewidział mechanizm ustalenia tylko jednego wykonawcy, który to szóste miejsce zajmie.

Według Odwołującego Konsorcjum Mostostal stosując przywołane powyżej zasady

służące ustaleniu listy sześciu wykonawców zakwalifikowanych do dialogu do zaistniałej sytuacji, gdy dwóch wykonawców uzyskało taką samą punktację kwalifikującą ich do zajęcia *ex aequo* piątego miejsca, faktycznie zajmują oni piąte i szóste miejsce, a Konsorcjum BBS powinno zostać sklasyfikowane na siódmym miejscu. W tym przypadku nie zachodzi zatem potrzeba zastosowania reguły określonej w pkt 16.4. Instrukcji (oraz w ogłoszeniu), dotyczącej postępowania w sytuacji, gdy na ostatnim szóstym miejscu będzie więcej niż jeden wykonawca.

Innymi słowy opisał to Odwołujący Budimex: skoro po wykonawcach sklasyfikowanych wg punktacji na poz. 1-4 rankingu następnych dwóch wykonawców ma taką samą punktację, wyłącznie ci wykonawcy winni być zaproszeni do dialogu, gdyż łącznie wg kryteriów selekcji wyczerpują listę sześciu wykonawców z największą liczbą punktów. Natomiast zgodnie z jego literalnym brzmieniem pkt 16.4. Instrukcji dotyczy on sytuacji, gdy na ostatnim, szóstym miejscu będzie więcej niż jeden wykonawca, która nie wystąpiła w tym przypadku.

Według Odwołującego Budimex zgodnie z art. 14 ust. 1 pzp w zw. z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego {dalej: „kc”}. przesądzające znaczenie ma literalne brzmienie ogłoszenia o zamówieniu odnośnie kryteriów selekcji i liczby wykonawców zapraszanych do dialogu konkurencyjnego.

Okoliczności prawne.

Zgodnie z art. 60d ust. 2 pzp zamawiający zaprasza do dialogu konkurencyjnego wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu o zamówieniu, zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 3. Art. 60d ust. 3 pzp przewiduje zaś, że jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do dialogu wykonawców wyłonionych na podstawie kryteriów selekcji. Wykonawcę niezaproszonego do dialogu traktuje się jak wykluczonego z postępowania.

Odwołujący Konsorcjum Mostostal wywiódł z powyższych przepisów, co następuje.

Po pierwsze, że określenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do dialogu konkurencyjnego jest obligatoryjnym elementem ogłoszenia o zamówieniu.

Po drugie, że ustawa pzp nie przewiduje górnego limitu liczby wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu, którzy zostaną zaproszeni do dialogu konkurencyjnego. Natomiast z uwagi na potrzebę zapewnienia konkurencji nigdy nie może to



być mniej niż trzech wykonawców. Przy czym określając liczbę wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do dialogu konkurencyjnego, zamawiający powinien mieć właśnie na względzie zapewnienie konkurencji.

Po trzecie, że liczba ta może ulec zmianie, jednakże nie później niż do upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, gdyż wymaga to zmiany ogłoszenia o zamówieniu.

Po czwarte, że określenie w ogłoszeniu o zamówieniu liczby wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu, którzy zostaną zaproszeni do dialogu konkurencyjnego, jest wiążące zarówno dla uczestników postępowania, jak i samego zamawiającego.

W tych okolicznościach Odwołujący Konsorcjum Mostostal i Odwołujący Budimex zarzucili Zamawiającemu, że naruszył przepisy art. 60d ust. 2 i 3 pzp, gdyż pomimo określenia w ogłoszeniu o tym zamówieniu, że zaprosi do dialogu sześciu wykonawców, zaprosił również siódmego wykonawcę, Konsorcjum SBB, które powinno zostać uznane za wykluczone.

{ad pkt 3. listy zarzutów odwołania Konsorcjum Mostostal  
i pkt 2. listy zarzutów odwołania Budimexu}

Okoliczności faktyczne.

Konsorcjum SBB {dalej również: „Wykonawca”} w piśmie z 30 marca 2021 r. wskazało, że:

- tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią wszystkie informacje objęte dokumentami dotyczącymi dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego, wykaz wykonanych robót i referencje;
- informacje dotyczące współpracy między Wykonawcą a podmiotem trzecim mają wartość gospodarczą, gdyż uzyskanie przez konkurentów wiedzy o pozyskanych partnerach handlowych pozwalają konkurencji na nawiązanie współpracy z tymi samymi podmiotami w podobnym obszarze gospodarczym oraz stanowią istotną informację o zakresie działalności i potencjale wykonawcy, a ujawnienie informacji może się wiązać z zakończeniem współpracy tego podmiotu z Wykonawcą, co uniemożliwi Wykonawcy ubieganie się o udzielenie zamówienia, choćby takiego jak w tym postępowaniu;
- dane przekazane Wykonawcy przez podmiot trzeci zostały przygotowane na potrzeby tego

konkretnego postępowania.

Do wyjaśnień Konsorcjum SBB załączyło dwa dokumenty, zastrzegając również w odniesieniu do nich tajemnicę przedsiębiorstwa:

- oświadczenie osoby zatrudnionej przez wykonawcę na stanowisku dyrektora działu informatyki, zawierające opis stosowanej w przedsiębiorstwie wykonawcy polityki bezpieczeństwa w zakresie informacji przygotowywanych na potrzeby udziału Wykonawcy w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, oraz przykładową umowę o zakazie konkurencji oraz obowiązku zachowania tajemnicy.

W piśmie z 17 czerwca 2021 r. Zamawiający poinformował, że przeprowadził badanie zasadności utajnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i uznał za zasadne utrzymanie w tajemnicy informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Konsorcjum SBB.

W związku z tym, że Konsorcjum SBB otrzymało 2 pkt w ramach oceny wniosku wg kryteriów określonych w pkt 16.3. Instrukcji, należy przyjąć, że w wykazie robót oraz w referencjach wskazano na zrealizowanie przez podmiot udostępniający doświadczenie na terenie krajów stowarzyszonych w ramach GPA, obejmujące łącznie: zaprojektowanie, budowę i rozruch instalacji termicznego przetwarzania odpadów komunalnych z odzyskiem energii elektrycznej i cieplnej w technologii rusztowej o wydajności co najmniej 90 000 Mg/rok.

Z kolei na podstawie takiego opisu technicznego można przyjąć, że realizacja instalacji termicznego przetwarzania odpadów komunalnych o takich parametrach realizowana była przez podmiot publiczny lub wykonujący zadania publiczne. Z dużą dozą prawdopodobieństwa założyć zatem należy, że instalacje tego rodzaju zostały zakontraktowane w oparciu o przepisy stanowiące transpozycję dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 94, str. 65 ze zm.) bądź dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz. U. UE L. z 2014 r. Nr 94, str. 1 ze zm.), co docelowo uniemożliwia traktowanie ich jako przedsięwzięcia prywatne i objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Konsorcjum SBB nie przedstawiło przy tym dowodów przeciwnych, wskazujących chociażby, że inwestycja spełniająca powyższe parametry realizowana była na rzecz podmiotów prywatnych, w odniesieniu do których to informacji podmioty te zastrzegły tajemnicę przedsiębiorstwa, bądź też realizowana była na rzecz podmiotów publicznych w szczególnych warunkach, uzasadniających uznanie tych informacji jako tajemnicy

przedsiębiorstwa.

Nawet gdyby przedmiotowe przedsięwzięcia inwestycyjne były realizowane na rzecz podmiotów prywatnych, nie jest to jeszcze wystarczające do uznania, że informację na temat realizacji przez danego wykonawcę komercyjnej inwestycji uznać można za tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż proces inwestycyjny ma charakter publiczny w tym znaczeniu, że w postępowaniu poprzedzającym realizację robót mogą brać inne podmioty niż tylko sam inwestor, zaś w trakcie realizacji robót inwestor obowiązany jest informować wszystkich zainteresowanych o osobie wykonawcy. Np. w warunkach polskich, zgodnie z § 13 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 26 czerwca 2002 r. w sprawie dziennika budowy, montażu i rozbiórki, tablicy informacyjnej oraz ogłoszenia zawierającego dane dotyczące bezpieczeństwa pracy i ochrony zdrowia (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 963) tablica informacyjna zawiera imię i nazwisko lub nazwę (firmę), adres i numer telefonu wykonawcy lub wykonawców robót budowlanych. Z kolei zgodnie z § 13 ust. 3 tego rozporządzenia przewiduje, że tablicę informacyjną umieszcza się w miejscu widocznym od strony drogi publicznej lub dojazdu do takiej drogi, na wysokości umożliwiającej jej odczytanie. Podobne rozwiązania przyjęte są w innych krajach Unii Europejskiej.

Okoliczności prawne.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, przy czym według art. 8 ust. 3 pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wspomniana powyżej definicja tajemnicy przedsiębiorstwa znajduje się w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 z późn. zm.). W myśl tego przepisu przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Odwołujący podnieśli, co następuje.

Po pierwsze, że zgodnie z art. 8 ust. 1 pzp zasadą postępowań w sprawie udzielenia zamówienia publicznego jest jawność, gdyż dopiero w art. 8 ust. 2 pzp przewidziano odstępstwo od tej zasady, wskazując, że zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie {w tym aspekcie w odwołaniu Konsorcjum Mostostal wskazano na konkretne wyroki Izby wraz z zacytowaniem fragmentów ich uzasadnień}

Po drugie, że na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania”, oznacza obowiązek przedstawienia dowodów na poparcie swojego stanowiska, a nie wyłącznie złożenia oświadczenia co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. W szczególności nie może być uznane za „wykazanie” złożenie ogólnej deklaracji, że przedstawione informacje spełniają przesłanki definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji {w tym aspekcie w odwołaniu Konsorcjum Mostostal wskazano na konkretne wyroki Izby wraz z zacytowaniem fragmentów ich uzasadnień}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucili, że w piśmie z 30 marca 2021 r. Konsorcjum SBB zawarło wyłącznie ogólnikowe wyjaśnienia w zakresie charakteru zastrzeganych informacji, stanowiące subiektywne oceny wykonawcy co do charakteru tych informacji, którym co do zasady nie sposób zakwalifikować jako tajemnicę przedsiębiorca, nie przedstawiając przy tym jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie, iż zachodzą obiektywne przesłanki do uznania tych informacji w tym konkretnym przypadku jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W niemal jednobrzmiących odpowiedziach na odwołania z 21 lipca 2021 r. Zamawiający wniósł o ich oddalenie, w szczególności następująco odnosząc się do zawartych w nich zarzutów.

{ad pkt 1. i 2. listy zarzutów odwołania Konsorcjum Mostostal  
i pkt 1. listy zarzutów odwołania Budimexu}

Zamawiający potwierdził, że przewidział w ogłoszeniu zaproszenie do dalszego etapu

postępowania sześciu wykonawców, ale jednocześnie – jak to ujął w odpowiedzi na odwołanie – „przewidział specjalne działania tylko wówczas, gdy na szóstym miejscu znajdzie się więcej niż jeden wykonawca”.

Zamawiający podniósł, że z żadnego postanowienia ogłoszenia nie wynika, że w sytuacji, gdy piąte miejsce zajęło dwóch wykonawców, wówczas automatycznie kolejny wykonawca zajmuje siódme miejsce.

Zamawiający przytoczył następujący fragment uzasadnienia wyroku Izby z 24 sierpnia 2011 r. sygn. KIO 1724/11, który w jego ocenie zapadł w podobnym stanie faktycznym: (...) *zamawiający w przypadku otrzymania 15 wniosków musiał ustalić „miejsca”, które zajmują wykonawcy, stosownie do ilości uzyskanych przez nich punktów w ramach dokonanej przez zamawiającego oceny. Nie można uznać, że siedmiu wykonawców, którzy uzyskali tę samą liczbę punktów, zajmuje siedem pierwszych miejsc, ponieważ nie ma możliwości przyporządkowania im kolejnych miejsc – w porządku od 1 do 7. W świetle ww. zapisu ogłoszenia, ustalenie rankingu wykonawców jest niezbędne (zamawiający musi sprawdzić, czy na siódmym miejscu klasyfikuje się jeden wykonawca, czy też kilku z taką samą liczbą punktów). Stosownie do przyznanej punktacji zamawiający dokonał przyporządkowania wykonawców do kolejnych miejsc od 1 do 6, przyjmując że odpowiednio 7 wykonawców zajęło pierwsze miejsce, dwóch – drugie i trzech – piąte. Podkreślić należy, że tak przyjęta przez zamawiającego zasada kwalifikacji wykonawców jest obiektywna – niezależnie od ilości złożonych wniosków, od ilości punktów uzyskanych przez wykonawców, ani od tego ilu wykonawców i na którym miejscu uzyska taką samą liczbę punktów. Nie sposób zgodzić się w tym miejscu z odwołującym, że wobec złożenia 7 wniosków z punktacją 660 pkt wyczerpany został limit siedmiu wykonawców, którzy mieli zostać do dialogu, ponieważ uzyskali oni najwyższą ocenę w porównaniu z wykonawcami którzy w praktyce osiągnęli minimalną liczbę punktów. Pojęcie „najwyższe oceny”, użyte w art. 60d ust 3 Pzp oznacza oceny uzyskane przez wykonawców, którzy uzyskali taką liczbę punktów, która pozwala na zakwalifikowanie ich do dialogu – zgodnie z zasadami kwalifikacji przyjętymi przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu. Nie sposób przyjąć, że zamawiający powinien zakwalifikować wykonawców, którzy są na pierwszym miejscu w rankingu, gdyż wyczerpują liczbę siedmiu wykonawców, określoną w ogłoszeniu.*

Według Zamawiającego gdyby nie wyklądać postanowień ogłoszenia w powyższy sposób, pojawiłyby się wątpliwości co do kwalifikacji wykonawców, których zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej nie można poczytywać na niekorzyść wykonawcy (który miałby w konsekwencji zostać wyeliminowany z postępowania).

Zamawiający podał, że ostatnią czynnością, jaką dokonał w prowadzonym postępowaniu, było poinformowanie wykonawców na podstawie art. 60d ust. 1 pzp o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków.

Stąd w ocenie Zamawiającego bezzasadnie zarzucono mu naruszenie art. 60d ust. 2 i 3 pzp, gdyż nie dokonywał jeszcze zaproszenia do dialogu konkurencyjnego.

{ad pkt 3. listy zarzutów odwołania Konsorcjum Mostostal  
i pkt 2. listy zarzutów odwołania Budimexu}

Zamawiający podał, że Konsorcjum SBB {dalej również: „Wykonawca”} utajniło komplet dokumentów związanych z podmiotem udostępniającym zasoby, przy czym uzasadnienie utajnienia tych informacji zostało zamieszczone we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zamawiający oświadczył, że dokładając należytej staranności przeanalizował to uzasadnienie i uznał, że Konsorcjum SBB, czyniąc zadość wymaganiom określonym w art. 8 ust. 3 pzp, w odpowiednim terminie wykazało, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie Zamawiającego informacja o tym, z kim Wykonawca podjął współpracę stanowi tajemnicę jego przedsiębiorstwa, jest informacją posiadającą wartość gospodarczą, jeżeli informacja ta nie jest publicznie dostępna.

Zamawiający dodał, że kierował się także wytycznymi wynikającymi z uzasadnienia uchwały Izby z 23 czerwca 2020 r. sygn. akt KIO/KU 30/20, zgodnie z którymi zasadne jest objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu ekspertów. W ocenie Zamawiającego analogicznie należy traktować dane podmiotu udostępniającego zasoby.

Zamawiający powołał się również na następujący fragment uzasadnienia wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 12 stycznia 2021 r. sygn. V SA/Wa 1347/20: (...) *Przyjęcie wartości gospodarczej informacji oraz charakteru technicznego, technologicznego lub organizacyjnego przedsiębiorstwa należy interpretować szeroko. Mogą to być informacje stanowiące know-how przedsiębiorstwa, w tym wiedza techniczna z danej dziedziny, umiejętność wykonania lub wyprodukowania danej rzeczy, patenty obejmujące wynalazki, metody działalności, jak również inne informacje, co do których przedsiębiorca podjął działania w celu zachowania ich poufności.*

Zamawiający oświadczył, że uznał za zasadne utrzymanie w tajemnicy wszystkich dokumentów utajnionych przez Konsorcjum SBB, gdyż ujawnienie np. danych dotyczących

udostępnionego zadania referencyjnego umożliwiłoby innym wykonawcom ustalenie danych podmiotu udostępniającego zasoby. Takie podejście jest zgodne ze stanowiskiem wyrażonym w uzasadnieniu wyroku z 11 lutego 2014 r. sygn. KIO 153/14: (...) *Dokumenty, które odnoszą się bezpośrednio do chronionej tajemnicy (chronionej informacji) powinny pozostawać utajnione, w przeciwnym bowiem razie ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa miałaby jedynie charakter iluzoryczny.*

Przystępujący Konsorcjum SBB w piśmie z 20 lipca 2021 r. wniósł o oddalenie odwołań, w szczególności następująco odnosząc się do zawartych w nim zarzutów.

{ad pkt 1. i 2. listy zarzutów odwołania Konsorcjum Mostostal  
i pkt 1. listy zarzutów odwołania Budimexu}

Przystępujący przedstawił swoją argumentację w podziale na trzy zasadnicze części [zatytułowane, jak to zacytowano poniżej przed prezentacją każdej z nich].

{*Skutek określenia górnego limitu wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do dialogu*}

W opinii Przystępującego z faktu braku w pzp przepisu, który wyznaczałby maksymalną liczbę wykonawców zaproszonych do dialogu, w odwołaniu Konsorcjum Mostostalu wyprowadzono nielogicznie wiążący skutek określenia takiego limitu przez zamawiającego.

Przystępujący wywiódł, że skoro zamawiający nie ma obowiązku ograniczenia liczby uczestników dialogu, sprzeczne z pzp byłoby wyłącznie zaproszenie do dialogu podmiotu, który nie spełnił określonych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu. Natomiast sytuacja, w której uczestników dialogu jest więcej, niż zamawiający pierwotnie zakładał, nie jest niezgodna z pzp, jeżeli każdy z nich został zweryfikowany na tych samych zasadach i pod kątem spełniania tych samych warunków.

Według Przystępującego Zamawiający w prowadzonym postępowaniu *de facto* zrezygnował ze swojego uprawnienia do ograniczenia liczby uczestników dialogu, co nie spowodowało naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

{*Interpretacja reguł ustalania składu wykonawców w dialogu*}

Przystępujący zwrócił uwagę, że problematyka interpretacji postanowień ogłoszeń dotyczących limitu wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do dialogu była już wielokrotnie przedmiotem rozstrzygnięć Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. w następujących orzeczeniach.

W uzasadnieniu wyroku z 24 sierpnia 1724/11 Izba wskazała na reguły ustalania miejsca w rankingu w sytuacji, gdy na jednej pozycji znajduje się kilku wykonawców.

*Nie można uznać, że siedmiu wykonawców, którzy uzyskali tę samą liczbę punktów, zajmuje siedem pierwszych miejsc, ponieważ nie ma możliwości przyporządkowania im kolejnych miejsc – w porządku od 1 do 7. W świetle ww. zapisu ogłoszenia, ustalenie rankingu wykonawców jest niezbędne (zamawiający musi sprawdzić, czy na siódmym miejscu klasyfikuje się jeden wykonawca, czy też kilku z taką samą liczbą punktów). Stosownie do przyznanej punktacji zamawiający dokonał przyporządkowania wykonawców do kolejnych miejsc od 1 do 6, przyjmując, że odpowiednio 7 wykonawców zajęło pierwsze miejsce, dwóch – drugie i trzech – piąte. Podkreślić należy, że tak przyjęta przez zamawiającego zasada kwalifikacji wykonawców jest obiektywna – niezależnie od ilości złożonych wniosków, od ilości punktów uzyskanych przez wykonawców, ani od tego ilu wykonawców i na którym miejscu uzyska taką samą liczbę punktów.*

Przystępujący podał, że w powyższej sprawie przedmiotem rozstrzygnięcia było postanowienie, zgodnie z którym zamawiający zaprosi do dialogu konkurencyjnego 7 wykonawców lub (w przypadku identycznej oceny części lub wszystkich wniosków) taką większą liczbę wykonawców, która zapewni, że do dialogu konkurencyjnego zaproszeni zostaną wszyscy wykonawcy, którzy otrzymają taką samą liczbę punktów, jak wykonawca, który na podstawie liczby otrzymanych punktów zajmie miejsce siódme.

W ocenie Przystępującego przytoczone postanowienie jest analogiczne jak postanowienie, o które chodzi w niniejszej sprawie.

Przystępujący dodał, że według Izby pojęcie „najwyższe oceny”, użyte w art. 60d ust. 3 pzp oznacza oceny uzyskane przez wykonawców, którzy uzyskali taką liczbę punktów, która pozwala na zakwalifikowanie ich do dialogu – zgodnie z zasadami kwalifikacji przyjętymi przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu.

W uzasadnieniu wyroku z 28 marca 2014 r. sygn. akt KIO 493/14 Izba stwierdziła, że (...) *na gruncie analizowanego postępowania, winni zostać zaproszeni do dialogu wszyscy wykonawcy, którzy zajmą pięć pozycji, przewidzianych w ogłoszeniu do zaproszenia do dialogu, niezależnie od tego, czy daną pozycję zajmuje jeden czy ex aequo więcej wykonawców.*

Przystępujący podał, że ocenie w powyższej sprawie podlegało postanowienie, które przewidywało zaproszenie do dialogu nie więcej niż 5. wykonawców, ale nie przewidywało wszystkich przypadków regulujących sytuację, gdy na którejś pozycji wykonawcy zostaną sklasyfikowani *ex aequo*.

Ponadto według relacji Przystępującego Izba uznała w takiej sytuacji, że takie



postanowienie ogłoszenia, jako zawierające lukę interpretacyjną, należy uznać za nieokreślającą maksymalnej liczby wykonawców.

Przystępujący dodał, że tak samo przyjęła Izba również w uzasadnieniu wyroku z 16 stycznia 2015 r. sygn. akt KIO 2708/14: (...) *skoro ogłoszenie zawiera w tym zakresie lukę interpretacyjną, a jedyną dopuszczalną wykładnią jest wykładnia językowa, zważyć należy, że zachowanie zamawiającego, który określił minimalną liczbę wykonawców i zaniechał zaproszenia większej liczby, pomimo wystąpienia takich przesłanek, należy ocenić, jako naruszenie zasady konkurencji i równego traktowania wykonawców.*

Przystępujący podał, że również w uzasadnieniu wyroku z 15 września 2016 r. sygn. akt KIO 1625/16 Izba zakwalifikowała sytuację – w której zamawiający nie określił, co dzieje się z wielością wniosków na każdym z kolejnych miejsc rankingu – jako lukę.

Wreszcie Przystępujący zrelacjonował według stanowiska Izby wyrażonego w uzasadnieniu wyroku z 17 lipca 2015 r. sygn. akt KIO 1022/15 liczba wykonawców, jaką zamawiający zaprosi do dialogu, odnosi się do liczby pozycji przewidzianych do zaproszenia do dialogu, niezależnie od tego, ilu wykonawców, którzy uzyskali taką samą ilość punktów, ją zajmuje. Ponadto Izba podzieliła argumentację wyrażoną w przywołanej już powyżej sprawie prowadzonej pod sygn. akt KIO 1724/11.

Przystępujący wywiódł z powyższych rozstrzygnięć następujące wnioski dla niniejszej sprawy.

Po pierwsze, że Zamawiający wskazał w ogłoszeniu liczbę przewidywaną liczbę wykonawców, a faktyczne dopuszczenie przez Zamawiającego do dialogu większej liczby wykonawców nie stanowi naruszenia tego postanowienia, gdyż taki krąg wykonawców został ustalony zgodnie z obiektywną zasadą wynikającą z regulacji ustalonej przez Zamawiającego w ogłoszeniu.

Po drugie, że skoro Zamawiający określił wyłącznie zasady eliminacji wykonawców w przypadku, gdy znajdują się *ex aequo* na miejscu szóstym (a nie określił, jakie skutki powstają w przypadku wielości wykonawców na innych miejscach rankingu), a sklasyfikował dwóch wykonawców *ex aequo* na piątej pozycji, siódmy z kolejności wykonawca sklasyfikowany na szóstym miejscu rankingu nie podlega już dalszej selekcji.

Przystępujący odniósł się również krytycznie do argumentacji zawartej w odwołaniach.

O ile prawdą jest, że w pierwszej kolejności znaczenie ma wykładnia literalna, o tyle jeżeli nie daje ona jednoznacznej odpowiedzi, konieczne jest oparcie się o wykładnię systemową i funkcjonalną. Ta zaś prowadzi do wniosku, że Zamawiający prawidłowo podjął decyzję o zaproszeniu Przystępującego do dialogu.

Według Przystępującego chybione jest również odniesienie się do reguł obowiązujących w sporcie, zwłaszcza że zaprezentowane w odwołaniu Konsorcjum Mostostal logika nie byłaby przydatna w sytuacji, gdy na pierwszym miejscu rankingu znalazłoby się siedmiu wykonawców z taką samą liczbą punktów.

{Zmiana reguł „krótkiej listy” w trakcie postępowania}

Przystępujący zaprezentował następujący rozważania.

W nauce prawa wskazuje się, że proces udzielenia zamówienia w ramach przetargu odbywa się na zasadzie tzw. porozumienia przetargowego, które zawierane jest pomiędzy stronami postępowania – zamawiającym i uczestniczącymi w przetargu wykonawcami. Zawarcie takiego porozumienia oznacza, że jego strony godzą się na to, że postępowanie będzie prowadzone wg określonych reguł, które w zakresie procedur zamówieniowych wyznaczają przepisy pzp oraz treść dokumentów opracowanych dla danego postępowania.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej {dalej: „TSUE” lub „Trybunał”} niejednokrotnie wskazywał, że instytucja zamawiająca powinna ściśle przestrzegać ustanowionych przez siebie kryteriów (zob. wyrok z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C496/99 P Komisja przeciwko CAS Succhi di Frutta, Rec. s. 1-3801, pkt 115) [wyrok z 10 października 2013 r. Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 32, 36 i 40 i przytoczone tam orzecznictwo].

Z drugiej strony potrzeba rzeczywistej i uczciwej realizacji zadań publicznych, tzn. potrzeba zaspokojenia interesu publicznego i racjonalnego oraz efektywnego wydatkowania środków publicznych oznacza, że konieczne może się okazać dostosowanie do zmian prawnych lub faktycznych, jakie mają miejsce podczas postępowania.

Dopuszczalność możliwości odejścia od pierwotnych warunków przetargu dowodzi obszerne orzecznictwo TSUE i wypracowane w jego ramach zasady dokonywania modyfikacji. Sprawy w tym zakresie rozstrzygane były przez Trybunał począwszy od lat 80' XX w. i stanowiły wkład w rozwój zasad zmiany umowy o zamówienie. Koncepcja dozwolonej zmiany w każdym przypadku opiera się o ocenę dokonywanych zmian w kontekście zasad udzielania zamówień publicznych [Np.: *M. Rodriguez Martin-Retortillo, „The jurisprudence of the court of justice of the European Union on modification of public contract and its reflection in the Directive 2014/24/EU” w: Modification under the case law of the UE', Public Procurement Global Revolution Conference Presentation 2016, jak wyjaśnia autor prezentacji: "The court, taking the principles of the public procurement as a starting point, set out the guidelines that established a genuine doctrine on modification"*]. W efekcie zasady dozwolonych zmian umowy o zamówienie publiczne muszą być zrównane z tymi, które znajdują zastosowanie do procedury udzielenia zamówienia [Por. wyrok z 6 czerwca 1995 r.

w sprawie *R. przeciwko Portsmouth City Council, ex parte Banaco Builders, por.: S. Arrowsmith, 'Amendments to specifications under the European public procurement Directives', (1997) 3 Public Procurement Law Review, s.10]*.

Co istotne, doktryna europejska uważa, że nie ma przeszkód, aby podaną wcześniej liczbę limitu zaproszonych zmienić, także po złożeniu wniosków (S. Arrowsmith). Zamawiający musi wtedy wykazać obiektywną przyczynę takiej zmiany (dla wykazania zgodności zmiany z zasadami udzielania zamówień publicznych). Jako przykład takiej przyczyny podaje się równy wynik oceny dwóch ostatnich wniosków przypadających w efekcie na jedno miejsce.

Orzeczenia TSUE dowodzą, że Trybunał nigdy nie miał wątpliwości co do tego, że może wystąpić konieczność zmiany w zakresie warunków, na jakich odbywa się udzielenie zamówienia. Wątpliwości dotyczyły jedynie stopnia takiej zmiany.

Skoro podstawowy cel, jaki realizują przepisy unijne z dziedziny zamówień publicznych, obejmuje otwarcie rynków we wszystkich państwach członkowskich na niezakłóconą konkurencję (por. np. wyrok w sprawie C-26/03 Stadt Halle), możliwość wprowadzenia zmiany wymaga rozważenia w kontekście podstawowych zasad, na jakich dochodzi do takiego otwarcia, którymi na mocy dyrektyw są: zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania, zasada przejrzystości oraz zasada proporcjonalności.

Oceniając zatem dopuszczalność zmiany w kontekście tych zasad Trybunał, po pierwsze, stwierdził, że zmiana nie będzie dopuszczalna, jeśli *charakteryzuje się cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnych (materially different) (Rennes)*, i w szczególności wskazał, że taką zmianą jest *wprowadzenie warunków, które – gdyby były elementem pierwotnej dokumentacji postępowania – pozwoliłyby na udział innych wykonawców niż ci dopuszczeni do postępowania, lub pozwoliłyby na dopuszczenie innych wniosków/ofert (Pressetext)*

Przystępujący wywiódł, że po przeprowadzeniu takiego testu istotności należy dojść do wniosku, że zmiana dokonana przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu nie jest w żaden sposób istotna, gdyż ani istotnie nie odbiega od postanowień pierwotnych, ani nie wpływa w żaden sposób negatywnie na uczestników postępowania czy na potencjalnych innych oferentów, czyli rynek. Wręcz przeciwnie, zwiększa konkurencyjność postępowania. Nie jest zmianą arbitralną, lecz znajdującą oparcie w postanowieniu ogłoszenia, które wskazuje, że miejsce 6 w rankingu daje prawo do udziału w dialogu. Wynika z obiektywnej okoliczności, której Zamawiający nie przewidział, bo też nie mógł, że na pozycji 5. znalazły się dwa wnioski, które nie podlegają według postanowień ogłoszenia dalszej selekcji.

Przystępujący podsumował, że treść ogłoszenia oraz obowiązujące reguły interpretacyjne nie pozwalają na niezaprośzenie go do dialogu, gdyż naruszałoby to zasadę równego traktowania wykonawców i prowadziła do wykluczenia go z postępowania tylko dlatego, że na innym miejscu w rankingu znalazło się dwóch wykonawców. Taka interpretacja naruszałaby również zasadę przejrzystości postępowania, doprowadzając do wykluczenia go na podstawie niejasnej i niewyraźnej wprost reguły.

Zdaniem Przystępującego działanie Zamawiającego, który przy braku ustalonej wcześniej reguły odnośnie zdublowanej pozycji 5. w rankingu wniosków zrezygnował ze swojego uprawnienia do ograniczenia liczby uczestników dialogu, jest spójne z zasadą konkurencyjności, równego traktowania i przejrzystości. Inne zachowanie Zamawiającego wymagałoby podjęcia, wbrew treści ogłoszenia, arbitralnej decyzji wymierzonej w Przystępującego, którego wniosek został zakwalifikowany na pozycji 6., której zajęcie zgodnie z zasadą wyrażoną w ogłoszeniu (i pkt 16.4 Instrukcji) gwarantowało zaproszenie do dialogu.

{ad pkt 3. listy zarzutów odwołania Konsorcjum Mostostal  
i pkt 2. listy zarzutów odwołania Budimexu}

Przystępujący podał, że w piśmie z 30 marca 2021 r. szeroko uzasadnił powody zastrzeżenia informacji objętych dokumentami dotyczącymi dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego, wykazem wykonanych robót i referencjami.

W ocenie Przystępującego dopełnił w ten sposób obowiązków wynikających z dyspozycji art. 8 ust. 3 pzp tzn. zastrzegł informacje i udowodnił, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Na tej podstawie Zamawiający prawidłowo dokonał kwalifikacji tych informacji jako poufnych.

W ocenie Przystępującego wskazywanie przez Odwołujących na potrzebę weryfikacji wszystkich dokumentów jego wniosku, w kontekście jedoczesnego podnoszenia żądania unieważnienia zaproszenia Przystępującego do udziału w dialogu (co spowoduje uznanie go za wykluczonego z postępowania) jest niezasadne i czynione w złej wierze. W istocie konkurenci Przystępującego pragną dotrzeć do informacji, które on chroni, nie mając w tym interesu związanego z tym postępowaniem, ale ogólnie chcą pozyskać wrażliwe dane swojego konkurenta, które wykorzystają w przyszłości. Według Przystępującego takie zachowanie dodatkowo potwierdza, że zastrzeżona przez niego informacja ma istotną wartość gospodarczą.

Przystępujący wywiódł, że punktem wyjścia dla oceny zakresu informacji

podlegających ujawnieniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest – jak to sformułował – *konieczność zbalansowania interesów konkurentów realizowanych w ramach danego postępowania o udzielenie zamówienia (polegających na dążeniu do uzyskania zamówienia) ze względami konkurencyjności tego oraz innych, w tym przyszłych postępowań.*

Przystępujący podkreślił, że wartość gospodarczą zastrzeżonej informacji należy interpretować subiektywnie, w oparciu o indywidualne uwarunkowania i specyfikę funkcjonowania danego przedsiębiorcy. Nie można w tym względzie stosować jednolitej miary, a w doktrynie wskazuje się, że podjęcie to należy interpretować liberalnie i bardziej ogólnie, obejmując tym pojęciem również informacje, które same w sobie mogą nie przedstawiać wartości rynkowej, ale mimo to przedsiębiorca posiada uzasadniony interes gospodarczy w ich nieujawnieniu. Przystępujący zaznaczył, że wątek ten został szczegółowo rozwinął w piśmie z 30 marca 2021 r.

Niezależnie od powyższego Przystępujący skonstatował, że uczestnicy rynku zamówień publicznych w Polsce przywykli do poglądu, zgodnie z którym zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oznacza, że wykonawcy mają zagwarantowany dostęp do wszystkich informacji o prowadzonym postępowaniu, w tym do dokumentów postępowania sporządzonych przez zamawiającego oraz dokumentów złożonych w postępowaniu przez konkurentów, oraz że zasada ta umożliwi konkurentom weryfikację, czy czynności zamawiającego są zgodne z prawem. W szczególności orzecznictwo Izby na gruncie ustawy pzp utrwaliło stanowisko, że jakiegokolwiek odstępstwo od powyższej zasady, musi być uzasadnione i udowodnione.

Tymczasem według Przystępującego jawność postępowania o udzielenie zamówienia nie jest wymogiem wynikającym z dyrektyw zamówieniowych, wręcz przeciwnie, zarówno dyrektywa 2014/24/UE w art. 21.1, jak i dyrektywa 2014/25/UE w art. 39.1 zakazują ujawniania informacji przekazanych przez wykonawców, które oni oznaczają jako poufne. Tajemnica przedsiębiorstwa nie jest zaś jedyną informacją, która może być poufna w świetle tych regulacji: *podmiot zamawiający nie ujawnia informacji przekazanych mu przez wykonawców i oznaczonych przez nich jako poufne, w tym między innymi tajemnic technicznych lub handlowych oraz poufnych aspektów ofert.* Nadto sam przepis w dyrektywach nazwany jest „Poufność”, z czego wynika, że w prawie europejskim zasada dotycząca dostępu do informacji i dokumentów postępowania jest odwrotna: poczynienie zastrzeżenia „poufne” wystarczy dla ograniczenia dostępu do informacji, bez konieczności wykazywania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa {w dalszej części pisma

Przystępujący powołał się na fragmenty uzasadnienia wyroku TSUE, które w jego przekonaniu potwierdzają zasadność takiego stanowiska}.

W szczególności Przystępujący powołał się na to, że zasada ochrony informacji poufnych i tajemnic handlowych musi być tak stosowana, aby dało się ją pogodzić z wymogami skutecznej ochrony prawnej i poszanowaniem prawa do obrony stron sporu (podobnie: C-438/04 Mobistar), oraz prawa do rzetelnego procesu. Natomiast cel ten, zdaniem Trybunału, jest realizowany dzięki gwarancji, że organ powołany do rozpoznania odwołania [czyli w tym przypadku Izba] dysponuje wszelkimi informacjami wymaganymi do tego, by z pełną znajomością rzeczy orzekać w przedmiocie zasadności odwołania, w tym informacjami poufnymi i tajemnicami handlowymi.

Wreszcie w ramach trzeciej linii argumentacji Przystępujący stwierdził, że rozdziwiek pomiędzy legislacją europejską w tym zakresie a polską praktyką orzeczniczą dostrzegła Izba, która postanowieniem z 22 grudnia 2020 r. sygn. akt KIO 634/20 skierowała do TSUE siedem pytań w trybie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

Izba zapytała w szczególności: 1) czy wykonawca może zastrzec dowolną informację, którą oznaczy, jako poufną?; 2) czy wykonawca może zastrzec w szczególności wykaz doświadczenia, referencje, nazwy i potencjał podmiotów, na których potencjał się powołuje, nawet jeśli dokumenty te są wymagane w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu? 3) czy stwierdzenie przez organ orzekający, że zastrzeżone przez wykonawców dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa powoduje obowiązek wydania rozstrzygnięcia o treści umożliwiającej konkurentowi tego wykonawcy ponowne wniesienie odwołania w zakresie wynikającym z dokumentów, których wcześniej nie znał?

Przystępujący skonstatował, że przedmiotem pytań są dokładnie te kwestie, które zostały podniesione przez Odwołujących, powołujących się na dotychczasowe orzecznictwo dotyczące zasady jawności postępowania, które według Przystępującego może się okazać niezgodne z treścią dyrektyw zamówieniowych.

W konsekwencji, na wypadek nieuznania przez Izbę, że zarzuty odwołań dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa za oczywiście bezzasadnych, Przystępujący wniósł o zawieszenie postępowania odwoławczego w tym przedmiocie do czasu udzielenia odpowiedzi na powyższe pytania prejudycjalne zadane TSUE.

Ponieważ odwołania nie zawierały braków formalnych, a wpis od nich został uiszczony – podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby którekolwiek z odwołań podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 npzp i nie zgłoszono w tym zakresie odmiennych wniosków {powiązany z podnoszeniem braku po stronie Odwołujących interesu prawnego do wniesienia odwołań wniosek o ich odrzucenie Izba poczytała za wniosek o oddalenie z tego powodu odwołań}.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołań lub umorzenia postępowania odwoławczego w zakresie którejkolwiek ze spraw, Izba skierowała odwołania do rozpoznania na rozprawie, podczas której wszyscy uczestnicy sporu podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

**Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Z art. 505 ust. 1 npzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazali, że mają interes w uzyskaniu zamówienia, które ma zostać udzielone w wyniku przeprowadzenia postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, gdyż złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w dialogu, które zostały ocenione jako kwalifikujące ich do tego etapu postępowania.

Jednocześnie każdy z nich może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zakwalifikowanie do kolejnego etapu postępowania również Przystępującego powoduje, że może on uzyskać zamówienie kosztem Odwołujących. Niezależnie od tego utajnienie dokumentów załączonych do wniosku uniemożliwia Odwołującym zweryfikowanie, czy Zamawiający prawidłowo ocenił, że Przystępujący spełnił warunki udziału w postępowaniu i przyznał punktację.

Tym samym Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego, według którego Odwołujący nie mogą ponieść szkody, gdyż ich pozycja w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest niezagrożona, gdyż niezależnie od rozstrzygnięcia zarzutów ich odwołań pozostaną na liście wykonawców zaproszonych do dialogu. Przystępujący zanegował również możliwość wykazywania jako szkody zmniejszenia szans na uzyskanie zamówienia wynikające ze zwiększenia grona wykonawców zaproszonych do kolejnego etapu

postępowania.

Wbrew temu, co zdaje się sugerować Przystępujący, na tym etapie postępowania nie można wymagać od Odwołujących wykazania szkody na takiej samej zasadzie jak w postępowaniach jednoetapowych czy na etapach postępowań wieloetapowych, w których zostały już złożone oferty.

Logika rozumowania Przystępującego prowadziłaby do faktycznej niezaskarżalności w drodze odwołania niektórych czynności zamawiających w sytuacji, gdy ewidentnie narażają wykonawcę na możliwość poniesienia szkody, czego nie można zawęzić wyłącznie do sytuacji, gdy chodzi o czynność, która eliminuje danego wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia.

Nieprzypadkowo Przystępujący nie był w stanie wskazać jakiegokolwiek orzeczenia Izby czy sądu powszechnego, które odmawiałoby wykonawcy zakwalifikowanemu do dalszego etapu postępowania w kontekście przesłanek określonych w art. 505 ust. 1 npzp (odpowiadającemu brzmieniu art. 179 ust. 1 pzp) legitymacji do wniesienia odwołania od niezgodnego z materialnoprawnymi przepisami ustawy pzp zakwalifikowania innego wykonawcy, z którym musiałby konkurować na dalszych etapach postępowania o udzielenie zamówienia.

{rozpatrzenie zarzutów z pkt 1. i 2. listy zarzutów odwołania Konsorcjum Mostostal  
i pkt 1. listy zarzutów odwołania Budimexu – zakwalifikowanie do dialogu Konsorcjum SBB}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Niesporne było następujące brzmienie postanowień zawartych w sekcji II pkt 2 ppkt 9 (które przytoczono poniżej z pominięciem nieistotnego dla rozstrzygnięcia sporu opisu kryteriów selekcji):

*Przewidywana liczba kandydatów: 6*

*Obiektywne kryteria wyboru ograniczonej liczby kandydatów:*

- 1. Zamawiający zaprosi do dialogu konkurencyjnego tych Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie nie większej niż 6.*
- 2. Jeżeli liczba Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż 6, Zamawiający zaprosi do dialogu konkurencyjnego Wykonawców wyłonionych na podstawie kryteriów selekcji opisanych poniżej:*

*(...)*

- 4. Jeżeli po zastosowaniu powyższych kryteriów selekcji, na ostatnim 6 (szóstym) miejscu*



*upoważniającym do zakwalifikowania do kolejnego etapu postępowania będzie więcej niż 1 (jeden) Wykonawca, Zamawiający zakwalifikuje do dalszego etapu postępowania wszystkich tego Wykonawcę, który wykaże się największą sumaryczną wydajnością zrealizowanych instalacji wykazanych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt III.1.1 ogłoszenia.*

*5. Jeżeli liczba Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie mniejsza lub równa liczbie określonej w pkt 1, Zamawiający zaprosi do dialogu wszystkich Wykonawców spełniających te warunki, z zastrzeżeniem art. 93 ust. 1d ustawy Pzp.*

Takie same postanowienia zostały zawarte w pkt 16. Instrukcji.

Ponieważ przywołane powyżej postanowienia zostały odmiennie zinterpretowane przez Odwołujących i Zamawiającego wraz z Przystępującym, kluczowe znaczenie dla sprawy ma ustalenie, co wynika z powyższych postanowień.

Po pierwsze, jednoznaczne wskazanie, że do dialogu zostanie zaproszonych maksymalnie sześciu wykonawców. Innymi słowy Zamawiający skorzystał z uprawnienia do ograniczenia liczby wykonawców zdolnych do wykonania tego zamówienia, którzy zostaną zakwalifikowani do kolejnego etapu prowadzonego postępowania, do takiej właśnie liczby.

Po drugie, określenie kryteriów selekcji, według których zostanie ustalone którzy spośród wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu zostaną zakwalifikowani do drugiego etapu postępowania. Innymi słowy Zamawiający określił sposób wyłonienia sześciu wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w największym stopniu, aby w razie wystąpienia sytuacji, że więcej niż sześciu wykonawców jest zdolnych do wykonania tego zamówienia według warunków udziału określających minimalne poziomy zdolności.

Po trzecie, określenie szczególnego kryterium selekcji, gdyby okazało się, że zastosowanie poprzednich reguł nie pozwala jeszcze na wyłonienie sześciu wykonawców z tego względu, że co najmniej dwóch wykonawców uzyskało według nich równą liczbę punktów. Innymi słowy na wypadek zaistnienia sytuacji, że dwóch lub więcej wykonawców spełnia warunki udziału w postępowaniu w równym stopniu, określona została dodatkowa reguła kolizyjna, która miała pozwolić na uszeregowanie ich w kolejności.

Ustalone powyżej znaczenie postanowień ogłoszenia, stanowiących element treści oświadczenia woli Zamawiającego adresowanego do wykonawców, w tym przypadku niewątpliwie profesjonalistów, odpowiada regułom wykładni z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego {dalej: „kc”}. Zgodnie z tym przepisem (który znajduje zastosowanie na mocy odesłania

zawartego w art. 14 ust. 1 pzp) oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Przede wszystkim w sytuacji, która faktycznie zaistniała po dokonaniu przez Zamawiającego oceny złożonych wniosków, nie było potrzeby zastosowania kryterium selekcji z pkt 4. Poza wszelkim sporem jest bowiem okoliczność, że spośród złożonych siedmiu wniosków wniosek Konsorcjum SBB po zastosowaniu kryteriów selekcji określonych w pkt 2. uzyskał najmniejszą liczbę punktów. Innymi słowy kryteria selekcji określone w pkt 2. okazały się wystarczające dla wyłonienia liczby wykonawców, która według ogłoszenia miała zostać zaproszona do dialogu.

Wobec tego oczywiście bezprzedmiotowe jest powoływanie się przez Zamawiającego i Przystępującego na wywiedzioną w orzecznictwie Izby zasadę, zgodnie z którą wątpliwości wynikające z niejasnego sformułowania przez instytucję zamawiającą postanowień w dokumentach postępowania nie mogą wywoływać niekorzystnych skutków dla wykonawcy, który w dobrej wierze kierował się ich treścią.

Natomiast postępowanie Zamawiającego, który do dialogu zakwalifikował również Konsorcjum SBB, pomimo że jego wniosek uzyskał najniższą ocenę punktową, nie znajduje żadnego oparcia w zamieszczonych w ogłoszeniu kryteriach selekcji, a stanowi ich wypaczenie. Otóż zamiast zmierzać do wyłonienia wykonawców w liczbie wskazanej w ogłoszeniu, Zamawiający z powodu rzekomej konieczności sklasyfikowania dwóch wykonawców na piątym miejscu *ex aequo*, sklasyfikował Konsorcjum SBB na szóstym miejscu, pomimo tego, że jego wniosek został oceniony na mniej punktów niż wnioski każdego z pozostałych sześciu wykonawców.

W ramach ustalenia stanu faktycznego należy odnieść się do orzeczeń powoływanych przez Zamawiającego i Przystępującego, gdyż przywołane w odpowiedzi na odwołanie fragmenty uzasadnień dotyczą nie tyle interpretacji przepisów pzp, a ustalenia, co wynika z określonych na potrzeby postępowania, w którym zostało wniesione odwołanie, kryteriów selekcji.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że o ile w sprawie sygn. akt KIO 1022/15 kryteria te zostały sformułowane w znacznej mierze analogicznie jak w niniejszej sprawie (z wyjątkiem tego, że w razie sklasyfikowania więcej niż jednego wykonawcy na ostatnim miejscu, wszyscy ci wykonawcy mieli być zaproszeni do dialogu), o tyle Izba zinterpretowała je analogicznie jak Izba w niniejszej sprawie, o czym dobitnie świadczy poniżej przywołany fragment uzasadnienia (który stanowi całość rozstrzygnięcia jednego z zarzutów).

*W pierwszym zarzucie wykonawca ITPOK zarzucił Zamawiającemu iż zaniechał on zaproszenia Odwołującego do dalszego etapu dialogu pomimo tego, że dwóch wykonawców którzy uzyskali największą ilość punktów zostało sklasyfikowanych na dwóch pierwszych miejscach i tym samym zaprosił do dialogu tylko wykonawców sklasyfikowanych na czterech, a nie pięciu miejscach.*

*Podkreślić należy, że Zamawiający określił w treści ogłoszenia w sekcji IV. 1.2 iż w wypadku, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu przekroczy 5, wybór wykonawców zaproszonych do dialogu konkurencyjnego odbędzie się w oparciu o największą liczbę uzyskanych punktów. Tym samym do drugiego etapu dialogu zostanie zaproszonych pięciu wykonawców z największą uzyskaną liczbą punktów, spełniających warunki udziału w postępowaniu. Pewien wyłom w tej zasadzie został wprowadzony co do miejsca piątego. Zamawiający dopuścił możliwość zaproszenia do dialogu większej liczby partnerów prywatnych niż przewidywana w ogłoszeniu, jeżeli partnerzy prywatni otrzymają tę samą liczbę punktów, co partner oceniony jako piąty. Faktem jest także, że Zamawiający nie określił sytuacji, gdy większa liczba wykonawców niż jeden osiągnie taką samą liczbę punktów, jak ten oceniony jako pierwszy, lub na dalszych pozycjach, poza pozycją piątą.*

*Zdaniem Izby w tej kwestii rację ma Zamawiający, który w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że w treści Ogłoszenia podał iż „zamierza prowadzić dialog z pięcioma Wykonawcami, którzy uzyskali największą liczbę punktów, a nie z <<pozycjami>> na liście”.*

*Inna interpretacja tego postanowienia Ogłoszenia, zdaniem Izby mogłaby doprowadzić do sytuacji iż Zamawiający, kiedy na poszczególnych pozycjach zostałyby sklasyfikowanych po kilku wykonawców to musiałby zaprosić do dialogu być może wszystkich wykonawców którzy złożyli wnioski. Przy tej treści postanowienia ustalana jest kolejność pięciu wykonawców i tylko w sytuacji, kiedy inni wykonawcy uzyskają taką samą liczbę punktów co piąty wykonawca, to zostaną oni zaproszeni do etapu dialogu i tym samym składania ofert. Dlatego też niewątpliwym jest, że Zamawiający dopuścił możliwość zaproszenia do udziału w postępowaniu większej liczby Wykonawców tylko i wyłącznie wtedy, gdy więcej niż jeden Wykonawca uzyska taką samą liczbę punktów, co piąty Wykonawca. Trudno zgodzić się z Odwołującym iż Zamawiający jako zobowiązany do sformułowania treści ogłoszenia o zamówienia w sposób jasny i wyczerpujący, jest winny powstania możliwości różnej interpretacji treści tego postanowienia. Otóż zdaniem Izby postanowienie w tym zakresie nie budzi wątpliwości. Jednakże jeśli Odwołujący miał w tym zakresie wątpliwości to winien je był wyartykułować na właściwym etapie postępowania. Jeśli treść postanowień SIWZ czy Ogłoszenia budzi wątpliwości wykonawcy to mogą one zostać*

*wyjaśnione w drodze zapytań kierowanych do Zamawiającego, jak również czynność ta może być przedmiotem odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, jeszcze przed upływem terminu do składania wniosków/ofert. Profesjonalny wykonawca, który udziałem w postępowaniu zamierza wziąć na siebie obowiązek prawidłowego wykonania zamówienia powinien skorzystać z możliwości zadawania pytań Zamawiającemu. Ponadto formułowanie zarzutu co do wadliwego z powodu niejednoznaczności postanowienia Ogłoszenia na tym etapie postępowania należy uznać za spóźnione.*

Przystępujący co najmniej nie dołożył należytej staranności przy zbieraniu argumentacji na potrzeby tej sprawy, gdyż zarówno przy powoływaniu się na wyrok Izby wydany 17 lipca 2015 r. w powyżej sprawie, jak i wyrok z 16 stycznia 2015 r. w sprawie sygn. akt KIO 1022/15, które dotyczyły tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, za każdym razem w swoim piśmie przytoczył fragmenty uzasadnienia zarzutu odwołania, a nie ustalenia Izby. Przy czym dla porządku dodać należy, że ponieważ w pierwszej chronologicznie ze spraw Izba uznała ten zarzut za przedwczesny, nie dokonywała w ogóle interpretacji postanowień dotyczących kryteriów selekcji.

Również pozostałe sprawy, na które powołali się Zamawiający i Przystępujący w istocie nie przemawiają za trafnością stanowiska prezentowanego przez nich w niniejszej sprawie.

Pomimo adekwatnego zacytowania w odpowiedzi na odwołanie kluczowych fragmentów uzasadnienia wyroku z 24 sierpnia 2011 r. sygn. akt KIO 1724/11, w tym brzmienia postanowienia, które było podstawą faktyczną rozstrzygnięcia, oczywiście nieuzasadnione jest twierdzenie, że zawierało ono regulację zbieżną z rozważaną w niniejszej sprawie. O ile w tamtym przypadku zamawiający dopuszczał możliwość, że zaprosi do dialogu więcej niż siedmiu wykonawców, o tyle w tym postępowaniu Zamawiający określił sztywno na 6 liczbę wykonawców, których zakwalifikuje do dalszego etapu postępowania.

Na podstawie treści uzasadnienia wyroku Izby z 28 marca 2014 r. sygn. akt KIO 493/14 Izba ustaliła (a co przemilczał Przystępujący), że ogłoszenie zawierało następującą regulację: *Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału: (procedura ograniczona i negocjacyjna, dialog konkurencyjny) Przewidywana liczba wykonawców: albo Przewidywana minimalna liczba: i (jeśli dotyczy) liczba maksymalna Obiektywne kryteria wyboru ograniczonej liczby kandydatów: Do dialogu konkurencyjnego zaproszeni zostaną zaproszeni wszyscy kandydaci spełniający warunki udziału w postępowaniu określone w niniejszym zaproszeniu. W przypadku gdy liczba wykonawców zaproszonych do udziału w postępowaniu przekroczy 5, wybór wykonawców*

*zaproszonych do dialogu odbędzie się w oparciu o następujące kryteria dodatkowe: (...)*

Otóż odmiennie niż w niniejszej sprawie tamten zamawiający nie określił sztywno liczby wykonawców, gdyż z przytoczonego postanowienia wynika jedynie, że gdy więcej niż pięciu wykonawców będzie spełniało warunki udziału w postępowaniu, zostanie przeprowadzona ich selekcja wg dalej podanych zasad przyznawania punktacji. Przy czym, co stanowi drugą zasadniczą różnicę, w ramach opisu sposobu dokonywania selekcji w ogóle nie przewidziano regulacji na wypadek, gdy dwa wnioski uzyskają taką samą punktację. I to stanowi istotę owej luki, o której mowa w wyrwanym z powyższego kontekstu fragmencie uzasadnienia. Taka luka w niniejszej sprawie nie występuje.

Z uzasadnienia wyroku wydanego 15 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1625/16 wynika, że zamawiający co prawda zarówno sztywno maksymalną liczbę wykonawców (na 7), jak i zasady oceny punktowej na potrzeby selekcji w sytuacji, gdy zostanie złożona większa liczba wniosków, a nawet regulację na wypadek uzyskania takiej samej liczby punktów przez większą liczbę wykonawców. Luka w tym przypadku polegała na tym, że ośmiu wykonawców spełniło warunki udziału, w tym dwaj ostatni uzyskali po 0 pkt, do której to sytuacji nie dało się zastosować tej regulacji. Ponownie zatem fragment zacytowany w piśmie Przystępującego został wyrwany z kontekstu okoliczności faktycznych sprawy, wyprowadzając z niej zupełnie nieuprawnione uogólnienie.

Reasumując, powyższe rozstrzygnięcia potwierdzają, że w każdej ze spraw podstawą faktyczną rozstrzygnięcia było właściwe zinterpretowanie postanowień ogłoszenia w zakresie kryteriów kwalifikacji, które zamawiający formułują rozmaicie.

Nadinterpretacją Przystępującego jest również zrównanie sytuacji zaistniałej w niniejszej sprawie (zastosowanie kryteriów kwalifikacji podanych w ogłoszeniu pozwala na wyłonienie wykonawców w liczbie określonej w tym ogłoszeniu) z jedynym sprecyzowanym przez niego przypadkiem, w którym – jak twierdzi – doktryna europejska (aczkolwiek w treści pisma Przystępującego sprowadzająca się do jednej osoby) uznaje za obiektywnie uzasadnioną przyczynę zmiany podanego uprzednio limitu wykonawców (czyli równego wyniku oceny dwóch ostatnich wniosków). Przypomnieć należy raz jeszcze, że równy wynik oceny ustalonej przez Zamawiającego dotyczył wykonawców, którzy dopełniali do sześciu, czyli do limitu określonego w ogłoszeniu o tym zamówieniu, a wniosek Przystępującego został oceniony na mniej punktów według kryteriów selekcji określonych w ogłoszeniu.

Niesporne było również, że żaden wykonawca, w tym Przystępujący, nie kwestionował, że ograniczenie do sześciu liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni

do dialogu, nie zapewnia wystarczającego poziomu konkurencji.

W treści zawiadomienia o wynikach oceny spełniania warunków udziału i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków Zamawiający wprost wskazał, że wszystkich wykonawców, którzy złożyli ocenione przez niego wnioski zaprosi do dialogu konkurencyjnego, co oznacza, że decyzja o przeprowadzeniu tej czynności została już podjęta.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach zarzuty odwołań są zasadne.

Z art. 60c ust. 1 pzp w zw. z art. 48 ust. 2 pkt 6 pzp wynika, że ogłoszenie o zamówieniu musi zawierać również warunki udziału w postępowaniu, kryteria selekcji, jeżeli są ustalone, oraz podstawy wykluczenia.

Art. 12a ust. 1 pzp stanowi, że w przypadku dokonywania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych lub opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, zamawiający przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub termin składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian we wnioskach lub ofertach, jeżeli jest to konieczne.

Zgodnie z art. 60d pzp o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Według art. 60d ust. 2 pzp zamawiający zaprasza do dialogu konkurencyjnego wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu o zamówieniu, zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 3.

Wreszcie art. 60d ust. 3 pzp stanowi, że jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do dialogu wykonawców wyłonionych na podstawie kryteriów selekcji, a wykonawcę niezaproszonego do dialogu traktuje się jak wykluczonego z postępowania.

Przywołane powyżej przepisy art. 60d ust. 1-3 pzp stanowią implementację poniżej zacytowanych artykułów dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (t.j. Dz.U. UE L 094 z 28.3.2014, s. 243) {dalej zwanej „dyrektywą sektorową”}.

*Art. 48 Dialog konkurencyjny*

1. (...)

*W dialogu uczestniczyć mogą tylko wykonawcy zaproszeni przez podmiot zamawiający po dokonaniu przez niego oceny dostarczonych informacji. Podmioty zamawiające mogą ograniczyć liczbę odpowiednich kandydatów, których zaproszą do udziału w postępowaniu, zgodnie z art. 78 ust. 2.(...)*

*Artykuł 78 Kryteria kwalifikacji podmiotowej*

*1. Podmioty zamawiające mogą ustalać obiektywne zasady i kryteria wykluczenia oraz kwalifikacji oferentów lub kandydatów; wspomniane zasady i kryteria są dostępne dla zainteresowanych wykonawców.*

*2. W przypadku gdy podmioty zamawiające muszą zapewnić odpowiednią równowagę pomiędzy konkretnymi cechami postępowania o udzielanie zamówienia a zasobami niezbędnymi do jego przeprowadzenia, mogą one, w ramach procedury ograniczonej, procedury negocjacyjnej, dialogu konkurencyjnego lub partnerstwa innowacyjnego, ustalić obiektywne zasady i kryteria, które odzwierciedlają taką potrzebę oraz umożliwiają podmiotowi zamawiającemu ograniczenie liczby kandydatów, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do negocjacji. Liczba zakwalifikowanych kandydatów musi jednak uwzględniać konieczność zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji.*

Z przywołanych powyżej przepisów wynika jednoznacznie, że jeżeli zamawiający zdecyduje się na ograniczenie liczby wykonawców, których zaprosi do dialogu i liczba ta uwzględnia konieczność zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji oraz nie jest niższa niż 3, zamawiający nie może bez uprzedniej zmiany ogłoszenia, w którym określił również kryteria selekcji, zakwalifikować do tego etapu większą liczbę wykonawców.

W toku postępowania odwoławczego nie został wskazany żaden przepis ustawy pzp czy dyrektywy sektorowej, który dozwalałby zamawiającemu na etapie oceny wniosków nie zastosować się do treści ogłoszenia w zakresie ograniczenia liczby wykonawców i kryteriów kwalifikacji służących wyłonieniu tej liczby.

Natomiast, jak to sam przyznał Przystępujący w swoim piśmie, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej niejednokrotnie wskazywał, że instytucja zamawiająca powinna ściśle przestrzegać ustanowionych przez siebie kryteriów (zob. wyrok z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C496/99 P Komisja przeciwko CAS Succhi di Frutta, Rec. s. 1-3801, pkt 115) [wyrok z 10 października 2013 r. Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 32, 36 i 40 i przytoczone tam orzecznictwo].

Trudno uznać za przypadek, że w ramach obszernego wyводу, który miał

wskazywać na dopuszczalność zaproszenia do dialogu również Konsorcjum SBB, pomimo że jego wniosek został oceniony według kryteriów kwalifikacji na mniej punktów niż każdy z pozostałych sześciu wniosków, Przystępujący nie był w stanie wskazać żadnego orzeczenia TSUE, które zapadło na tle zbliżonego stanu faktycznego.

Z kolei zacytowane [jednak bez podania źródła, co uniemożliwia jego weryfikację, nie mówiąc o zbadaniu kontekstu, co – jak dowodzi przykład przywoływanych orzeczeń Izby – jest w odniesieniu do twierdzeń Przystępującego konieczne] reguły testu negatywnie weryfikują sytuację będącą przedmiotem rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie. Dozwolenie na zakwalifikowanie Konsorcjum SBB stanowiłoby, po pierwsze – istotną zmianę określonych w ogłoszeniu reguł wyłaniania wykonawców, po drugie – gdyby reguły te były określone tak, jak widzi to Zamawiający i Przystępujący, pozwoliłby na dopuszczenie Przystępującego, który według reguł podanych w ogłoszeniu nie podlega zakwalifikowaniu do kolejnego etapu postępowania.

Zwraca uwagę również wewnętrzna niespójność argumentacji Przystępującego. Z jednej strony opiera się ona na wskazywaniu, tak jak Zamawiający, że zakomunikowany wynik oceny pozostaje w zgodzie z treścią ogłoszenia, gdyż Konsorcjum SBB zostało przez Zamawiającego sklasyfikowane na 6. miejscu (patrz „teoria kwalifikowania miejsc zajmowanych przez wykonawców”). Z drugiej strony, niezgodnie ze stanowiskiem prezentowanym Zamawiającego, Przystępujący jednocześnie twierdzi, że sytuacja zaistniała na etapie oceny złożonych wniosków uzasadnia odstępianie od limitu wykonawców określonego w ogłoszeniu (patrz „teoria obiektywnie uzasadnionej zmiany”). Tymczasem niepodobna jest, aby do tego samego stanu faktycznego przystawać mogły obie te, w istocie konkurencyjne, argumentacje.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Za naruszenie powyższych zasad należy uznać sytuację, gdy wbrew przejrzystym regułom kwalifikacji wykonawców podanym w ogłoszeniu na etapie oceny wniosków, gdy ujawnione są już podmioty, które złożyły poszczególne wnioski, traktuje na równi Przystępującego, którego wniosek został oceniony najniżej, z pozostałymi wykonawcami, pomimo że wypełniają oni zbiór sześciu wykonawców, choć w ogłoszeniu podał, że maksymalnie zaprosi do dialogu maksymalnie właśnie sześciu wykonawców, co miało stanowić liczbę zapewniającą należyłą konkurencję w prowadzonym postępowaniu.



Reasumując, potwierdziły się zarzuty, że Zamawiający z naruszeniem art. 60d ust. 2 i 3 pzp w zw. z art. 7 ust. 1 pzp, wbrew ustalonym przez siebie i zakomunikowanym w ogłoszeniu o zamówieniu regułom, zakwalifikował do dialogu zamiast sześciu wykonawców, którzy uzyskali największą liczbę punktów, siedmiu wykonawców, w tym Konsorcjum SBB, pomimo tego, że jego wniosek uzyskał najmniejszą liczbę punktów.

{rozpatrzenie zarzutów z pkt 3. listy zarzutów odwołania Konsorcjum Mostostal i pkt 2. listy zarzutów odwołania Budimexu – utajnienie dokumentów Konsorcjum SBB}

Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt npzp Izba uwzględniła odwołanie w całości lub części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

Izba uznała za zasadne powyżej rozpoznane zarzuty i żądania odwołań i nakazała Zamawiającemu przy ponownej ocenie wniosków niezakwalifikowanie Konsorcjum SBB do dialogu, co oznacza jego wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec tego ewentualne naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp objętych pozostałymi zarzutami, które miałyby prowadzić do nakazania udostępnienia Odwołującym dokumentów załączonych do wniosku Konsorcjum SBB, należy w tej sytuacji uznać za pozostające bez wpływu na wynik tego postępowania o udzielenie, co powoduje, że odwołanie w tym zakresie podlega oddaleniu.

Izba podzielił w tym zakresie stanowisko Sąd Okręgowego w Warszawie wyrażone następująco w uzasadnieniu wyroku z dnia 23 kwietnia 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 18/21 w odniesieniu do stosowania analogicznego przepisu art. 192 ust. 2 ustawy pzp {oznaczanej jako „dPzp” lub „ustawa Pzp”} w przypadku analogicznego układu zarzutów, gdzie uwzględnienie najdalej idącego zarzutu i żądania skutkuje nakazaniem eliminacji wykonawcy z postępowania.

(...)

*Sąd uznał za zasadne zarzuty naruszenia art. 192 ust. 2 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy dPzp w zw. z art. 11 ust. 2 dPzp. Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy dPzp, Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia*

*odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia wskazanej ustawy, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia lub naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 24 stycznia 2020 r., KIO 58/20).*

*W niniejszej sprawie, Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym, w ocenie Sądu Okręgowego, przy tak sformułowanym rozstrzygnięciu, jednoczesne nakazanie Zamawiającemu ujawnienia złożonych przez (...) S.A. z siedzibą w R. wyjaśnień ceny oferty z dnia 21 października 2020 r. byłoby bezprzedmiotowe. Skoro bowiem Krajowa Izba Odwoławcza nakazała odrzucenie oferty skarżącego w związku z tym, że zawiera rażąco niską cenę, niedopuszczalne w świetle art. 192 ust. 2 ustawy Pzp z 2004 r. było ujawnianie wyjaśnień ceny oferty. Cel odwołania został bowiem osiągnięty – ofertę skarżącego wyeliminowano zaskarżonym wyrokiem. Wobec czego, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 ustawy Pzp z 2004 r. w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK, nie mógł zostać uwzględniony jako niemający żadnego wpływu na wynik rozstrzygnięcia.*

*W tym zakresie zatem skarga zasługiwała na uwzględnienie, co skutkowało koniecznością zmiany zaskarżonego wyroku w części i oddalenia odwołania w tej części.*

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że:

- naruszenie przez Zamawiającego art. 60d ust. 2 i 3 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, stąd na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b nowej ustawy pzp orzeczono, jak w pkt 1. sentencji,
- pozostałe zarzuty odwołania należało uznać za niezasadne, stąd z mocy art. 554 ust. 1 pkt 1 nowej ustawy pzp orzeczono, jak w pkt 2. sentencji,
- uznając że waga uwzględnionych zarzutów jest taka, że spowodowały one osiągnięcie celu Odwołujących, jakim było wyeliminowanie Przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia, a jednocześnie Odwołujący, z uwagi na upływ zawitego terminu do wniesienia odwołania, zmuszeni byli podnieść również pozostałe zarzuty, które zostały oddalone wyłącznie z tego powodu, że okazały się zbędne, czego Odwołujący nie mogli wiedzieć wnosząc odwołanie, co uzasadnia obciążenie w całości Zamawiającego kosztami

**Sygn. akt: KIO 1846/21  
KIO 1847/21**

postępowania odwoławczego w obu sprawach, na które złożył się wpisy od odwołania uiszczone przez Odwołujących oraz ich uzasadnione koszty obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika oraz (wyłącznie w przypadku Odwołującego Konsorcjum Mostostal) koszty dojazdu na posiedzenie przez Izbą i koszty noclegu, przy czym wszystkie koszty zostały potwierdzone rachunkami złożonymi do zamknięcia rozprawy – stąd na podstawie art. 557 nowej ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b w zw. z § 7 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) orzeczono, jak w pkt 3. sentencji.