

**Sygn. akt: KIO 1090/18**

**Sygn. akt: KIO 1092/18**

## **WYROK**

**z dnia 22 czerwca 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Członkowie: Klaudia Szczytowska - Maziarz  
Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Marta Słoma**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 i 20 czerwca 2018 r. w Warszawie** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu **1 czerwca 2018 r.** przez wykonawcę **Aecom Polska Sp. z o.o., ul. Puławska 2, 02-566 Warszawa** (sygn. akt: KIO 1090/18)
- B. w dniu **1 czerwca 2018 r.** przez wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) Multiconsult Polska Sp. z o.o. (lider); 2) KPMG Advisory Sp. z o. o. Sp. k., ul. Inflancka 4A, 00-189 Warszawa; z adresem dla siedziby lidera: ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa** (sygn. akt: KIO 1092/18)

w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Unijnych Projektów Transportowych, Plac Europejski 2, 00-844 Warszawa**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Ove Arup & Partners International Limited z siedzibą w Wielkiej Brytanii, 13 Fitzroy Street, Londyn W1T 4BQ** działająca w Polsce w formie oddziału pod nazwą: **Ove Arup & Partners International Limited Sp. z o. o., Oddział w Polsce, ul Inflancka 4, 00-189 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 1090/18**, sygn. akt: **KIO 1092/18** po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1A. oddala odwołanie o sygn. akt: KIO 1090/18;**

**1B. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1092/18 w zakresie dotyczącym:**

**a) zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 91 Pzp poprzez nieprawidłową ocenę oferty Odwołującego na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” (zaniżenie liczby przyznanych punktów) oraz poprzez wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza w postępowaniu i nakazuje unieważnienie przez Zamawiającemu czynności z dnia 21.05.2018 r. wyboru oferty najkorzystniejszej firmy: Ove Arup & Partners International Limited z siedzibą w Wielkiej Brytanii, 13 Fitzroy Street, Londyn W1T 4BQ działająca w Polsce w formie oddziału pod nazwą: Ove Arup & Partners International Limited Sp. z o. o., Oddział w Polsce, ul Inflancka 4, 00-189 Warszawa, nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach których nakazuje Zamawiającemu zmianę punktacji Odwołującego w ramach kryterium jakości – Nazwa: Jakość wykonania wzorcowych zleceń (Opracowanie A i B), dotyczy podkryterium A. 1, z uwagi na potwierdzenie się zarzutów odwołania we wskazanym wyżej zakresie.**

**b) w pozostałym zakresie oddala odwołanie.**

**2. kosztami postępowania obciąża Aecom Polska Sp. z o.o., ul. Puławska 2, 02-566 Warszawa i Centrum Unijnych Projektów Transportowych, Plac Europejski 2, 00-844 Warszawa i:**

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Aecom Polska Sp. z o.o., ul. Puławska 2, 02-566 Warszawa i Konsorcjum Firm: 1) Multiconsult Polska Sp. z o.o. (lider); 2) KPMG Advisory Sp. z o. o. Sp. k., ul. Inflancka 4A, 00-189 Warszawa; z adresem dla siedziby lidera: ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa tytułem wpisu od odwołań,**

**2.2. zasądza od Centrum Unijnych Projektów Transportowych, Plac Europejski 2, 00-844 Warszawa na rzecz Konsorcjum Firm: 1) Multiconsult Polska Sp. z o.o. (lider); 2) KPMG Advisory Sp. z o. o. Sp. k., ul. Inflancka 4A, 00-189 Warszawa; z adresem dla siedziby lidera: ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

**Sygn. akt: KIO 1090/18**

**Sygn. akt: KIO 1092/18**

## **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Świadczenie usług doradztwa technicznego, prawnego oraz ekonomicznego dla Centrum Unijnych Projektów Transportowych*” - Nr 15.2017.ZAM.; zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 03.01.2018 r. pod nr 2018/S 001-000451 przez Centrum Unijnych Projektów Transportowych, Plac Europejski 2, 00-844 Warszawa zwane dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 21.05.2018 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej Ove Arup & Partners International Limited z siedzibą w Wielkiej Brytanii, 13 Fitzroy Street, Londyn W1T 4BQ działająca w Polsce w formie oddziału pod nazwą: Ove Arup & Partners International Limited Sp. z o. o., Oddział w Polsce, ul Inflancka 4, 00-189 Warszawa zwane dalej: „*Ove Arup & Partners International Limited Sp. z o. o.*” albo „*Przystępującym do sprawy KIO 1090/18 oraz KIO 1092/18*”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta – Konsorcjum Firm: 1) Multiconsult Polska Sp. z o.o. (lider), ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa; 2) KPMG Advisory Sp. z o. o. Sp. k., ul. Inflancka 4A, 00-189 Warszawa zwane dalej: „*Konsorcjum Multiconsult*” albo „*Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 1092/18*”. Trzecią pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta - Aecom Polska Sp. z o.o., ul. Puławska 2, 02-566 Warszawa zwanej dalej: „*Aecom Polska Sp. z o.o.*” albo „*Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 1090/18*”.

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z 05.06.2018 r. sprawy o sygn. akt: KIO 1090/18, sygn. akt: KIO 1092/18 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia.

**Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1090/18 – Aecom Polska Sp. z o.o.:**

W dniu 01.06.2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Aecom Polska Sp. z o.o. wniosło odwołanie na czynność z 21.05.2018 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) Art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) zwanej dalej: „Pzp” oraz art. 96 ust. 3 Pzp poprzez:

a) naruszenie przez Zamawiającego zasady jawności postępowania i uznanie za skuteczne zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa przez ARUP oraz MULTICONSULT, podczas gdy obaj wykonawcy nie zastrzegli w należyty sposób, że przekazywane informacje nie mogą być udostępniane oraz nie wykazali, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 419) (zwana dalej: „UZNK”), a ponadto powyższe uniemożliwia Odwołującemu dokonanie kontroli prawidłowości stanowiska Zamawiającego w zakresie potwierdzenia spełnienia przez wykonawców warunków zgodności ofert z SIWZ i przepisami prawa zamówień publicznych,

b) naruszenie przez Zamawiającego zasady jawności postępowania oraz SIWZ w zakresie oceny opracowań merytorycznych A, B i C, w stosunku do których ocena miała następować bez ujawnienia podmiotu, od którego pochodzą, podczas gdy z protokołu rozkodowania z 21.03.2018 r. nie wynika, jaką ilość punktów otrzymały poszczególne opracowania przed ich odtajnieniem, co uniemożliwia dokonanie kontroli czy postępowanie było przeprowadzone przez Zamawiającego zgodnie z SIWZ,

c) utajnienie w Protokole z oceny ofert dotyczącym postępowania nr 15.2017.ZAM oceny punktowej Opracowań A, B i C przygotowanych przez ARUP oraz MULTICONSULT, co uniemożliwia Odwołującemu dokonanie kontroli prawidłowości stanowiska Zamawiającego w zakresie oceny poszczególnych części opracowań wykonawców,

w konsekwencji powyższego zarzutu - naruszenie również art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i zasad przejrzystości w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,

2) art. 92 ust. 1 Pzp poprzez niewykonanie przez Zamawiającego zobowiązania do poinformowania wykonawców o przyznanej punktacji w poszczególnych kryteriach oraz podania łącznej punktacji z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego swojej decyzji,

3) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp oraz art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ARUP jako oferty zawierającej rażąco niską cenę i stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

4) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 poprzez dokonanie przez Zamawiającego wadliwej oceny oferty, w tym opracowań merytorycznych przygotowanych przez AECOM

(w ramach kryterium "Jakość wykonania wzorcowych zleceń: Opracowanie A oraz w ramach kryterium "Metodyka zarządzania realizacją usługi": Opracowanie C),

5) art. 26 ust. 3 Pzp względnie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie wezwania ARUP do złożenia dokumentów wskazujących należyty sposób reprezentacji OVE Arup & Partners International Ltd podczas udzielenia pełnomocnictwa Panu M.J.S. do złożenia oferty i składania podpisów pod dokumentami tworzącymi ofertę i innymi dokumentami złożonymi w tym postępowaniu w imieniu OVE Arup & Partners International Ltd. względnie zaniechania uznania oferty jako nieważnej na podstawie art. 104 kc,

6) art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z § 4 ust. 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 26 lipca 2016 r. poprzez udostępnienie protokołu postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia oraz ofert wykonawców z opóźnieniem, nieuzasadnionym okolicznościami sprawy, co doprowadziło do znacznego ograniczenia czasu na przygotowanie odwołania w oparciu o informacje wynikające z udostępnionych przez Zamawiającego dokumentów. Odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez ARUP,
- 3) powtórzenie badania i oceny ofert w tym:
  - a. uznania za bezskuteczne zastrzeżeń dotyczących zakazu udostępniania informacji określonych w ofertach ARUP i MULTICONSULT oraz odtajnienia bezpodstawnie utajnionej dokumentacji, w tym wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez ARUP,
  - b. odrzucenie ofert złożonych przez ARUP i MULTICONSULT,
  - c. w przypadku braku potwierdzenia się zarzutów rażąco niskiej ceny i nieważności oferty ARUP, wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i pełnomocnictw, względnie do złożenia stosownych wyjaśnień,
  - d. wybrania oferty AECOM jako najkorzystniejszej,
- 4) przeprowadzenie dowodu z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu i załączonych do odwołania,
- 5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz AECOM, zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego, według faktury, która zostanie złożona na rozprawie przed KIO.

### **1. Naruszenie zasady jawności postępowania**

Art. 8 ust. 1 Pzp stanowi o jawności postępowania, która jest podstawową zasadą zamówień publicznych. Jawność może zostać ograniczona wyłącznie w przypadkach opisanych w art. 8 ust. 3 Pzp, regulującym warunki dopuszczalnego ograniczenia dostępu wykonawców do informacji w postępowaniu. Powyższa regulacja została powtórzona w treści SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług doradztwa technicznego, prawnego oraz ekonomicznego dla Centrum Unijnych Projektów

Transportowych” (zwanej dalej: „SIWZ”) w rozdziale X pkt 14. W SIWZ Zamawiający wskazał, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca nie później niż w terminie składania ofert zgłosi stosowne zastrzeżenie. Wraz z zastrzeżeniem wykonawca zobowiązany jest wykazać, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Co istotne zgodnie z w/w regulacjami SIWZ, Wykonawca musi wykazać powyższe określając w jaki sposób zostały spełnione przesłanki, o których mowa w artykule 11 ust. 4 UZNK, zgodnie z którą tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi informacja, która spełnia łącznie 3 warunki:

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

W przedmiotowym postępowaniu w ocenie Odwołującego doszło do naruszenia zasady jawności postępowania co najmniej w następujących przypadkach:

- 1) uznanie za skuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa co do treści opracowań A, B i C, pomimo okoliczności, że w odpowiedzi na pismo Zamawiającego wzywające do wyjaśnienia tajemnicy przedsiębiorstwa znak CUPT.BA.OZ.241.15.2017.16.IM z 29.03.2018 r. MULTICONSULT nie wykazał dlaczego zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W piśmie z 05.04.2018 r. w/w Konsorcjum ograniczyło się wyłącznie do odtajnienia fragmentów pierwszych czterech stron Opracowania B, bez wyjaśnienia dlaczego w dalszym ciągu tajemnicą przedsiębiorstwa objęta jest pozostała część dokumentacji,
- 2) uznanie za skuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa co do :
  - a. treści odpowiedzi ARUP na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny znak CUPT.BA.OZ.241.15.2017.12.IM z 26.03.2018 r., podczas gdy w piśmie z 03.04.2018 r. stanowiącym odpowiedź na w/w wezwanie ARUP już na wstępie pisma zastrzegło, że całe pismo objęte jest tajemnicą przedsiębiorstwa, bez jakiegokolwiek uzasadnienia,
  - b. zobowiązania do oddania zasobów podmiotu trzeciego oraz opracowań A i B, podczas gdy w załączniku do oferty ARUP (str. 64 i 65) „*Uzasadnienie - tajemnica przedsiębiorstwa*” ARUP wyjaśnia jedynie przyczyny zastrzeżenia tajemnicy wyłącznie w odniesieniu do „metodologii pracy”, czyli jak można przypuszczać do opracowania C „Metodologia zarządzania realizacją usługi”,
- 3) uznanie za skuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa co do treści odpowiedzi ARUP na wezwanie do wyjaśnienia dokumentów i oświadczeń znak CUPT.BA.OZ.241.15.2017.27.IM z 08.05.2018 r., podczas gdy w piśmie z 17.05.2018 r. stanowiącym odpowiedź na w/w wezwanie część wyjaśnień została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, bez jakiegokolwiek uzasadnienia,

4) utajnienie w Protokole z oceny ofert dotyczącym postępowania nr 15.2017.ZAM oceny punktowej otrzymanej przez ARUP oraz MULTICONSULT.

Powyższe przykłady wykazują, iż za wadliwe należy uznać czynności Zamawiającego polegające na uznaniu dokonanych zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstw za skuteczne, w sytuacji gdy obaj wykonawcy nie wykazali, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu UZNK. Z legalnej definicji pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa wynika, iż podstawą faktyczną uznania danej informacji za podlegającą ochronie jest jej charakter, okoliczność, że nie była ona ujawniona do wiadomości publicznej oraz podjęte przez wykonawcę czynności zmierzające do jej ochrony i zachowania jej poufnego charakteru. Podkreślenia wymaga, że aby wykonawca mógł określić informacje skutecznie zastrzec tajemnicą przedsiębiorstwa, wszystkie przesłanki określone w art. 11 ust. 4 UZNK muszą być spełnione łącznie. Tym bardziej szczególną uwagę należy zwrócić na lakoniczne uzasadnienia zasłaniania się przez wykonawców tajemnicą przedsiębiorstwa, na podstawie których w żaden sposób nie można ustalić, które konkretne informacje i dlaczego stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 11 ust. 4 UZNK. Zwrócił uwagę, że ARUP w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa nie wyjaśnia szczegółowo dlaczego zobowiązanie podmiotów trzecich oraz opracowania merytoryczne A i B stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Brak jest wskazania jakichkolwiek dowodów potwierdzających możliwość takiego zastrzeżenia. Za rygorystycznym stosowaniem wyłączeń od zasady jawności opowiada się również KIO m.in. w wyroku KIO z 07.08.2014 r., sygn. akt: KIO 1529/14, wyroku KIO z 10.10.2017 r., sygn. akt: KIO 2028/17, wyroku KIO z 11.07.2017 r., sygn. akt: KIO 1309/17, wyroku KIO z 10.06.2014 r., sygn. akt: KIO 1056/14, jak i wyroku KIO z 16.01.2015 r., sygn. akt: KIO 2792/14. Zasada jawności postępowania koresponduje z zasadami uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania, o których mowa w art. 7 ust. 1 Pzp. Oznacza to obowiązek zapewnienia nie tylko wykonawcom, ale też wszystkim podmiotom zainteresowanym prowadzonym postępowaniem, dostępu do informacji z nim związanych. Z uwagi na powyższe, wskutek naruszenia przez Zamawiającego zasady jawności postępowania i tym samym uniemożliwienia odwołującemu dokonania kontroli prawidłowości stanowiska Zamawiającego w zakresie potwierdzenia spełnienia przez wykonawców warunków zgodności ofert z SIWZ i przepisami prawa zamówień publicznych, doszło również do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp.

## **2. Brak uzasadnienia dokonanej oceny ofert. Brak możliwości weryfikacji sposobu oceny ofert przez Zamawiającego.**

Dopiero w dniu 28.05.2018 r. Zamawiający umożliwił wykonawcom zapoznanie się z treścią dokumentacji w tym z zestawieniem zawierającym uwagi do opracowań merytorycznych przygotowanych przez wykonawców, tj. w ramach kryterium "Jakość wykonania wzorcowych zleceń: Opracowanie A i Opracowanie B oraz w ramach kryterium



"Metodyka zarządzania realizacją usługi": Opracowanie C. Pomimo tego, że przygotowane przez Zamawiającego zestawienie zawierało zbiorcze komentarze do wszystkich opracowań przygotowanych przez wykonawców Zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił (nie wynika to ani z treści Protokołu z Oceny Ofert, ani z treści ww. zestawienia) dlaczego zdecydował się na utajnienie komentarzy dotyczących opracowań złożonych przez pozostałych wykonawców (tj. innych niż AECOM).

Przy czym nie ma pewności, czy pozostali wykonawcy (tj. inni niż AECOM) również otrzymali ww. zestawienie w podobnej formie, gdzie dane pozostałych wykonawców, tzn. innych niż bezpośredni adresat tego zestawienia, zostały utajnione. Biorąc powyższe pod uwagę, a także mając na względzie brak jakiegokolwiek informacji ze strony Zamawiającego co do powodów utajnienia części informacji, a także sposobu przekazania tej informacji pozostałym wykonawcom (tj. innym niż AECOM), działając z ostrożności procesowej AECOM podnosi zarzut naruszenia art. 8 Pzp konstytuującego zasadę jawności oraz naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest przygotowane i prowadzone przez Zamawiającego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Utajnienie komentarzy dotyczących opracowań złożonych przez pozostałych wykonawców skutecznie uniemożliwia AECOM jakąkolwiek weryfikację prawidłowości czynności oceny ofert dokonanej przez Zamawiającego (zarówno w odniesieniu do oferty złożonej przez AECOM jak i pozostałych wykonawców), co jednocześnie stanowi naruszenie art. 92 ust. 1 PZP. Zgodnie z przywołanym przepisem Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wynikach dokonanej oceny [pkt 1) - 7)] podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Co prawda Pzp nie precyzuje dokładnie sposobu przygotowania tej informacji, w tym stopnia szczegółowości uzasadnienia faktycznego i prawnego. Jednakże określone dyrektywy postępowania Zamawiającego w tym zakresie zostały określone w bogatym orzecznictwie KIO. Poniżej zaprezentowane zostały tezy kilku orzeczeń KIO, w których sprecyzowano ww. kwestie m.in. wyroku KIO z 11.08.2017 r., sygn. akt: KIO 1577/17, wyroku KIO z 5.04.2017 r., sygn. akt: KIO 517/17, wyroku KIO z 24.10.2017 r., sygn. akt: KIO 2162/17, wyroku KIO z 26.09.2016 r., sygn. akt: KIO 1710/16, wyroku KIO z 25.09.2017 r., sygn. akt: KIO 1928/17, wyroku KIO z 18.09.2017 r., sygn. akt: KIO 1858, jak i wyroku KIO z 01.02.2017 r., sygn. akt: KIO 87/17. Zaprezentowany przez Zamawiającego sposób podania uzasadnienia faktycznego i prawnego podjętej przez niego decyzji, tj. utajnienia komentarzy odnoszących się do opracowań przygotowanych przez pozostałych wykonawców (innych niż AECOM) nie wytrzymuje również konfrontacji z zasadami dotyczącymi zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa. Wydaje się bowiem, że motywację Zamawiającego w odniesieniu do utajnienia ww. komentarzy może tłumaczyć jedynie chęć

ochrony informacji obejmujących tajemnicę przedsiębiorstwa, zastrzeżonych przez wykonawców. Takie stanowisko jest jednak błędne.

Po pierwsze, Zamawiający w żadnej części Protokołu z Oceny Ofert jak i dołączonego do niego zestawienia zawierającego ocenę poszczególnych podkryteriów, nie wskazał, że informacje tam zawarte zostały utajnione z uwagi na konieczność ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W efekcie, wykonawcy, w tym AECOM, zostali zmuszeni do domyslenia się powodów takiej decyzji, co już samo w sobie w świetle wyżej przywołanego orzecznictwa KIO stanowi naruszenie art. 92 ust. Pzp oraz zasady jawności i przejrzystości postępowania oraz równego traktowania wykonawców.

Po drugie, nawet przyjmując, iż utajnienie komentarzy Zamawiającego w odniesieniu do oceny opracowań przygotowanych przez pozostałych wykonawców (innych niż AECOM) było zasadne z uwagi na konieczność ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa (z czym AECOM się nie zgadza), to Zamawiający wciąż miał możliwość skonstruowania uzasadnienia w taki sposób, aby zasad ochrony takich informacji nie naruszyć. Powyższe potwierdza orzecznictwo KIO, w szczególności wyrok KIO z 26.07. 2016 r., sygn. akt: KIO 1227/16, KIO 1236/16. W przedmiotowej sprawie Zamawiający nawet nie podjął takiej próby, skutecznie uniemożliwiając wykonawcom weryfikację podjętej przez niego czynności.

Wreszcie, co wydaje się najistotniejsze, utajnione przez Zamawiającego informacje w ogóle nie stanowiły informacji mogących choćby potencjalnie obejmować tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie bowiem z art. 11 ust. 4 UZNK przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Do takich informacji zalicza się m.in. informacje odnoszące się do struktury organizacyjnej, zasad finansowania działalności, wysokości wynagrodzeń pracowników, poufne know-how o charakterze produkcyjnym i handlowym (wyrok NSA z 31.01.2017 r., sygn. akt: II GSK 3659/16).

Tymczasem utajnione przez Zamawiającego komentarze prawdopodobnie - jak zostało wskazane powyżej AECOM może tylko domyślać się ich treści - nie dotyczyły takich kwestii. Obejmowały one bowiem (prawdopodobnie) określone braki, czy też wady opracowań przygotowanych przez pozostałych wykonawców. Tym samym nie dotyczyły one wiedzy, know-how czy też doświadczenia tych wykonawców, co samo w sobie nie pozwala uznać ich jako informacji obejmujących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Biorąc powyższe pod uwagę nie ma wątpliwości, iż skarżona czynność Zamawiającego była wadliwa i sprzeczna z Pzp i jako taka powinna zostać unieważniona. W efekcie, Zamawiający powinien ponownie przygotować informację o wynikach oceny ofert,

niezawierająca wskazywanych powyżej wad i braków, umożliwiającą wykonawcom weryfikację prawidłowości podjętych przez niego działań.

### **3. Zaniechanie odrzucenia oferty ARUP.**

Jak już wspomniano powyżej, w dniu 21.05.2018 r. wykonawcy zostali powiadomieni o wynikach oceny ofert, z których wynikało, że ARUP uzyskał największą liczbę punktów. O wysokiej klasyfikacji ARUP przesądziła ocena wysokości stawek godzinowych zaoferowanych przez wykonawców, tj.:

- a) ARUP - 270,00 zł netto,
- b) AECOM-360,00 zł netto,
- c) MULTICONSULT - 320,00 zł netto.

W/w wysokość stawek godzinowych pozwoliła wykonawcom zaoferować następujące ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia:

- a) ARUP - 3.764.100,00 zł netto (4.554.771,00 zł brutto),
- b) AECOM - 5.163.000,00 zł netto (6.212.490,00 zł brutto),
- c) MULTICONSULT - 4.330.200,00 zł netto (5.258.250,00 zł brutto).

Przy budżecie Zamawiającego w wysokości 5.376.030,59 zł netto (6.612.517,50 zł brutto).

#### **Cena - informacje ogólne**

Zgodnie z art. 2 Pzp przez cenę należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1830 z późn. zm.), tj. wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę.

Cena składa się z następujących elementów:

- a) koszty stałe (pośrednie), w tym wynagrodzenia, koszty najmu biura, koszty mediów.
- b) koszty zmienne (bezpośrednie), w tym koszty materiałów biurowych, przejazdów, hoteli.
- c) marża (zysk).

Z literatury wynika, że *"firma ponosi dwa rodzaje kosztów: stałe i zmienne. Koszty stałe (znane również jako pośrednie lub ogólne) to koszty, które nie zmieniają się wraz z wielkością produkcji i przychodów ze sprzedaży. Oznacza to, że firma musi płacić rachunki za czynsz, ogrzewanie, oprocentowanie kredytu, wynagrodzenia, niezależnie od poziomu produkcji. Koszty zmienne (bezpośrednie) zmieniają się bezpośrednio wraz z poziomem produkcji. Te koszty są raczej stałe na jednostkę produkcji. Nazywane są zmiennymi ponieważ zmieniają się wraz z ilością wyprodukowanych jednostek"* [np. surowce, papier firmowy, koszty wyjazdów, hoteli itp.]. *"Koszty całkowite składają się z sumy kosztów stałych i zmiennych."* /Philip Kotler "Marketing. Analiza, planowanie, wdrażanie i kontrola", Gebethner&ska, Noththwestern University, W-wa 1994, str. 454-455/.

Cena powinna pokrywać zatem co najmniej koszty całkowite oraz minimalny zysk.

Oczywiście każdy przedsiębiorca ustala własną politykę cenową - od polityki zapewniającej przetrwanie (czyli pokrycie kosztów przy minimalnej marży) po taką, która za cel stawia sobie maksymalizację zysku bieżącego, przychodu bieżącego czy maksymalny wzrost sprzedaży. W przedmiotowym zamówieniu niewątpliwie czynnikiem powodującym zmniejszenie oczekiwań odnośnie wysokości zysku jest to, że zamówienie wykonywane jest na rzecz sektora publicznego. W strategiach cenowych doradców międzynarodowych, w tym Odwołującego funkcjonuje często zasada niższej marży dla podmiotów publicznych. Natomiast strategia cenowa firmy powinna zamykać się jednak w ramach marży przedsiębiorcy. W innym przypadku prowadziłyby do ustalania cen poniżej kosztów wytworzenia tj. cen dumpingowych (vide: punkt *Cena dumpingowa. Stawka dumpingowa poniżej*). Podsumowując, strategia cenowa wykonawcy może dotyczyć zmniejszenia lub podwyższenia marży, natomiast nie powinna prowadzić do ustalenia ceny poniżej kosztów wytworzenia.

### **Stawka godzinowa eksperta - elementy składające się na stawkę godzinową**

Ponieważ stawka godzinowa za usługi stanowi cenę, do ustalania jej wartości należy zastosować analogiczne reguły. Tym samym na stawkę godzinową pracy składają się następujące elementy:

- a) koszty pośrednie (stałe);
- b) koszty bezpośrednie (związane w projektem);
- c) marża.

### **Koszty całkowite (zmienne oraz stałe)**

W rozdziale XIII pkt 2 SIWZ Zamawiający zobowiązał Wykonawcę, aby uwzględnił w cenie *"koszt realizacji Przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu Przedmiotu zamówienia, o których mowa w Opisie Przedmiotu Zamówienia, należne podatki, w tym podatek VAT, zysk oraz ewentualne upusty, a także pozostałe czynniki cenotwórcze związane z realizacją Przedmiotu zamówienia"*. Podobny zapis znalazł się również w IPU, stanowiącym załącznik do SIWZ (§ 5.7). Mając na uwadze powyższe stawka godzinowa powinna odzwierciedlać koszty całkowite, tj. sumę kosztów stałych i zmiennych przypadających na jedną roboczogodzinę.

### **Koszty zmienne (bezpośrednie)**

Zamawiający w treści zał. nr 1 do SIWZ, tj. OPZ (pkt 3, str. 6) wskazał, iż: *"do rozliczenia uczestnictwa w spotkaniu służyć będą stawki dniówek zaoferowane przez Wykonawcę w Formularzu ofertowym. Stawki te zawierają w sobie wszystkie koszty związane z realizacją zlecenia, w tym również koszt dojazdu na miejsce, noclegu, wyżywienia i inne niezbędne koszty, które nie będą dodatkowo pokrywane przez Zamawiającego"*. Mając na uwadze powyższe wyraźnym życzeniem Zamawiającego było odzwierciedlenie w stawce godzinowej antycypowanych kosztów zmiennych.

## **Koszty stałe**

### Wynagrodzenie ekspertów

Dla ustalenia stawki godzinowej Wykonawców należało wziąć pod uwagę koszty odnoszące się do usług świadczonych przez konkretnych ekspertów, zwanych Doradcami Kluczowymi, wskazanymi w ofercie oraz tzw. Doradców Specjalistycznych podlegających akceptacji w trakcie realizacji zamówienia, przed powierzeniem im świadczenia usługi.

Zgodnie bowiem z § 9 Istotnych postanowień umowy, stanowiących zał. nr 5 do SIWZ ("IPU"): „Wykonawca nie może powierzyć wykonania całości lub części Przedmiotu niniejszej Umowy podwykonawcy lub podwykonawcom, z zastrzeżeniem podwykonawcy wskazanego w Formularzu ofertowym (§ 9.1 IPU). Za podwykonawców nie będą uważani Doradcy i konsultanci oraz współpracownicy Wykonawcy wymienieni jako jego personel w Formularzu ofertowym (§9.2 IPU). Zmiana doradcy może nastąpić wyłącznie za uprzednią zgodą Zamawiającego wyrażoną na piśmie i wyłącznie na osobę o odpowiednich kwalifikacjach, doświadczeniu oraz dorobku zawodowym lub naukowym nie mniejszym niż wymagane przez Zamawiającego w OPZ (§ 9.5 IPU).”.

Mając powyższe na uwadze, w celu oszacowania stawki godzinowej pracy wykonawcy należało wziąć pod uwagę koszty wynagrodzenia ekspertów wymienionych jako jego personel w Formularzu ofertowym.

### **Pozostałe koszty stałe**

W przypadku Wykonawców najistotniejszymi kosztami stałymi poza wynagrodzeniem ekspertów są koszty najmu, obsługi administracyjnej, materiałów biurowych, IT.

**Oszacowanie kosztów stawki godzinowej Wykonawców w oparciu o dane publikowane raportach płacowych.** W celu wykazania, że stawki podane przez Wykonawców nie pokrywają kosztów całkowitych oraz marży można posłużyć się również kalkulacją opartą na szacowanym wynagrodzeniu ekspertów, w oparciu o dostępne publikacje w zakresie raportów płacowych. W celu ustalenia uśrednionych poziomów wynagrodzeń ekspertów posłużono się danymi z następujących raportów płacowych:

### **Cena dumpingowa. Stawka dumpingowa**

Raport Płacowy 2018, trendy na rynku pracy, opracowany przez Hays Polan. Z uwagi na oczekiwania Zamawiającego, co do wysoko wyspecjalizowanych ekspertów z danych dziedzin posłużono się poziomami wynagrodzeń odpowiadającym specjalistom o większym doświadczeniu. Założono, że ekspert jest w stanie przepracować efektywnie (koszt, którym jest obciążony klient) 120 godzin miesięcznie, chociaż w praktyce średnia efektywność jest znacznie mniejsza.

<b>Ekspert</b>	<b>Część kosztów stałych (Wynagrodzenia miesięczne)</b>	<b>Koszt roboczogodziny</b>
Ekspert ds. prawnych (uśrednione wynagrodzenie partnerów i starszych prawników)	35.000 zł	291,60 zł
Ekspert ds. technicznych	23.000 zł	191,60 zł
Ekspert ds. ekonomiczno- finansowych	22.000 zł	183.30 zł
<b>uśrednione</b>	<b>26.666 zł</b>	<b>222.16 zł</b>

Do powyższej kalkulacji należy dodać pozostałe koszty zmienne oraz koszty stałe, ponieważ nie obejmuje ona kosztów całej obsługi administracyjnej, najmu powierzchni biurowych, kosztów podróży służbowych, tłumaczeń itp. Na rynku usług doradczych przyjmuje się, że koszty te stanowią ok. 30 % całej stawki godzinowej.

**Ponadto, do wyliczonej wyżej kwoty należy doliczyć marżę.**

Przekładając powyższe na wysokość stawki godzinowej zaproponowanej przez ARUP w wysokości 270 zł netto należy uznać, że po doliczeniu pozostałych kosztów stałych (poza wynagrodzeniem) oraz kosztów zmiennych kwota tak wyliczonej stawki przekroczy stawkę podaną przez ARUP. Podsumowując, stawki podane przez ARUP nie uwzględniają wszystkich kosztów całkowitych oraz marży. W efekcie, powstaje wątpliwość, czy przedmiot zamówienia będzie realizowany przez ARUP przez ekspertów wskazanych w ofercie. Ustalanie cen jest ważnym elementem konkurencji rynkowej i przepisy prawa wspólnotowego, jak również polskiego nakierowane są na ochronę uczciwych reguł przy ustalaniu ceny. Jedną z zakazanych form ustalania ceny jest ustalanie ceny dumpingowej tj. poniżej kosztów wytworzenia, albowiem takie praktyki prowadzą do zachwiania konkurencji. /Philip Kotler "Ibidem, str. 465/. Zgodnie z literaturą fachową górną granicę ceny wyznacza popyt, którą firma może ustalić na swoje produkty/ usługi, natomiast koszty ustalają jej dolną granicę. Firma powinna otrzymać cenę pokrywającą koszty produkcji, dystrybucji i sprzedaży produktu, w którą wliczony jest uczciwy zysk i poniesione ryzyko. /Philip Kotler "Ibidem, str. 465/.

**Czyn nieuczciwej konkurencji**

Powyższe wzmocniają przepisy prawa, albowiem ustalanie ceny poniżej kosztów wytworzenia produktu/ usługi uważane jest za czyn niekonkurencyjny i tym samym jest zakazany. Zgodnie z art. 15 ust 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub

świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Czyn wskazany w art. 15 ust. 1 pkt 1 nazywany jest także dumpingiem; zob. T. Skoczny (w:) *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji...*, red. J. Szwaja, 2006, s. 574; dumpingiem cenowym - tak C. Kosikowski, T. Ławicki, *Ochrona prawna...*, s. 204; sprzedażą poniżej kosztów - E. Nowińska, M. du Vail, *Komentarz...*, 2008, s. 182). Przywołał wyrok KIO z 10.06.2014 r. KIO 1056/14. Okoliczność, że rynek doradców w coraz bardziej powszechny sposób oferuje stawki godzinowe poniżej kosztów wytworzenia nie powoduje, że działania te nie stanowią czynu nieuczciwej konkurencji. Działania takie mają niekorzystny wpływ na rynek, czego obrazowym przykładem był rynek branży budowlanej w poprzedniej perspektywie finansowej UE i prowadzą często do zapaści rynku i bankructw przedsiębiorców, którzy nie są w stanie udźwignąć konkurencji stosującej ceny dumpingowe. W takiej sytuacji argumenty, zgodnie z którymi działania takie są uzasadnione z uwagi na ich coraz bardziej powszechny charakter nie znajdują oparcia w przepisach prawa, które działania te penalizują lub wiążą z nimi inne negatywne skutki - jak w przedmiotowym przypadku - konieczność odrzucenia ofert Wykonawców.

#### **Eliminacja przedsiębiorców**

Jest oczywistym, że w przedmiotowym postępowaniu zastosowanie ceny dumpingowej miało na celu wyeliminowanie konkurentów z przetargu. Wykonawcy działają na rynku usług doradczych od wielu lat, więc motywacją dla zastosowania ceny poniżej kosztów nie mogła być potrzeba "wejścia w rynek" lub inne powody poza eliminacją konkurencji. Należy również wyeliminować potencjalny argument promocji, czy świadczenia usług dla sektora publicznego. Ewentualny argument za przyjęciem tezy, że stosowanie stawek dumpingowych związane jest ze strategią cenową dla podmiotów publicznych jest chybiony z uwagi na to, że ARUP w innym postępowaniu, organizowanym przez tego samego Zamawiającego w 2014 r., oferował stawkę godzinową wyższą niż w przedmiotowym postępowaniu, tj. 295,93 zł netto (brutto 364 zł). Powyższe potwierdza zał. nr 1 do protokołu prac Komisji Przetargowej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na *"Usługę doradztwa technicznego, prawnego oraz ekonomicznego dla Centrum Unijnych Projektów Transportowych"* 6/2014/ZAM.

#### **4. Wadliwa ocena oferty AECOM i pozostałych Wykonawców:**

Odwołujący kwestionuje nie tylko sposób uzasadnienia (a właściwie jego braku) oceny ofert, ale również samą ocenę oferty AECOM. Dokonana przez Zamawiającego ocena opracowań merytorycznych przygotowanych przez AECOM (w ramach kryterium "Jakość wykonania wzorcowych zleceń: Opracowanie A oraz w ramach kryterium "Metodyka zarządzania realizacją usługi": Opracowanie C) jest bowiem wadliwa. Poniżej omówione

zostaną zastrzeżenia AECOM odnoszące się do Opracowania A (podkryterium A1, A3 oraz A5), a w dalszej kolejności do Opracowania C (podkryterium C1).

### **Opracowanie A**

Sposób oceny Opracowania A Zamawiający określił w rozdziale XV Kryteria, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty. W pkt 3.3 ww. rozdziału Zamawiający wskazał, iż liczba punktów w tym kryterium zostanie przyznana w oparciu o ocenę załączonego do oferty wykonawcy Opracowania A, a ocena będzie dokonana w oparciu o następujące podkryteria:

- typy potencjalnych beneficjentów ("podkryterium A1"),
- główne zmiany w ustawie Prawo wodne mające wpływ na dotychczasową realizację inwestycji w ramach działania 3.2 Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020 ("podkryterium A2"),
- potencjalne ryzyka do wskazanych zmian w ustawie Prawo wodne w zakresie kwalifikowalności wydatków ("podkryterium A3"),
- potencjalne ryzyka do wskazanych zmian w ustawie Prawo wodne w zakresie zachowania trwałości projektu ("podkryterium A4"),
- kompleksowa propozycja działań minimalizujących do wszystkich opisanych ryzyk ("podkryterium A5").

Zastrzeżenia AECOM budzi dokonana przez Zamawiającego ocena Opracowania A jedynie w zakresie części podkryteriów, tj. podkryterium A1, A3 oraz A5. Poniżej omówione zostaną szczegółowe uwagi Odwołującego w tym zakresie.

### **Uwagi do podkryterium A1**

Zgodnie z pkt 3.3 1) rozdziału XV SIWZ, w celu uzyskania maksymalnej liczby punktów w ramach Podkryterium A1, tj. 10 pkt, wykonawca powinien wszystkie właściwe typy potencjalnych beneficjentów pomocy ze środków europejskich w ramach działania 3.2. Dokonując oceny Opracowania A w ramach tego podkryterium Zamawiający w komentarzach do zestawienia opracowań merytorycznych przygotowanych przez wykonawców wskazał, iż Odwołujący *"wymienił ponad połowę, nie wymienił Ministerstwa Gospodarki Morskiej"* i w rezultacie za tę część prac przyznał 5 pkt.

Ocena dokonana przez Zamawiającego jest nieprawidłowa z następujących względów. Opracowanie A, w tym część w ramach podkryterium A1, zostało przygotowane przez Odwołującego w dniu 24.01.2018 r., w oparciu o dokument opracowany w dniu 13 listopada 2017 r. przez Ministerstwo Inwestycji i Rozwoju, działające jako instytucja zarządzająca ("IZ") Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2014-2020 ("POIiŚ"), tj. Szczegółowy opis osi priorytetowych Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020 ("SzOOP") (wersja 1.21) /Dokument dostępny na stronie [https://www.pois.gov.pl/media/46676/SzOOP\\_POIS\\_1\\_21.pdf](https://www.pois.gov.pl/media/46676/SzOOP_POIS_1_21.pdf). Przedmiotowe opracowanie uwzględniało stan



prawny na dzień jego sporządzenia. SzOOP jest dodatkowym dokumentem opracowywanym przez IZ uszczegóławiającym zapisy POliŚ i "stanowi kompendium wiedzy dla potencjalnych beneficjentów programu operacyjnego na temat możliwości i sposobu realizacji projektów współfinansowanych z FS i EFRR. Uszczegółowienie zawiera informacje odnoszące się do ogólnych zasad i reguł realizacji programu, osi priorytetowych oraz poszczególnych działań. Dokument składa się z dwóch części: ogólnej, opisującej zasady horyzontalne obowiązujące we wszystkich działaniach nt. zakresu interwencji oraz podstawowych zasad realizacji PO przedstawianych w formie opisowej, oraz szczegółowego opisu poszczególnych osi priorytetowych i działań/poddziałań, jak również z załączników stanowiących integralną część SZOOP. Jednocześnie dokument ten stanowi podstawę do przygotowania i przedstawienia KM POliŚ do analizy i zatwierdzenia kryteriów wyboru projektów. Kryteria muszą ściśle wynikać z opisywanych działań i być z nimi powiązane. Uszczegółowienie jest przyjmowane przez Instytucję Zarządzającą POliŚ, po zasięgnięciu opinii Instytucji Koordynującej UP. Zmiany i uzupełnienia mogą być wprowadzone z inicjatywy IZ lub na wniosek instytucji pośredniczącej". /vide SzOOP, [https://www.pois.gov.pl/media/51561/SzOOP\\_POIS\\_1\\_23.pdf](https://www.pois.gov.pl/media/51561/SzOOP_POIS_1_23.pdf), str. 4-5/.

Pkt 3.2 SzOOP (wersja 1.21), w tabeli Działanie 3.2 Rozwój transportu morskiego, śródlądowych dróg wodnych i połączeń multimodalnych, w kolumnie 6 (str. 144-145) wskazywał szczegółowo typy beneficjentów przedmiotowego działania. Co istotne, SzOOP (wersja 1.21) nie wskazywał wśród typów beneficjentów Ministerstwa Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej. Podmiot ten, jako typ beneficjenta Działania 3.2 pojawił się dopiero w kolejnej wersji wytycznych (wersja 1.22), opracowanej przez Ministerstwo Inwestycji i Rozwoju w dniu 31.01.2018 r. /Dokument dostępny na stronie [https://www.pois.gov.pl/media/50728/SzOOP\\_POIS\\_1\\_22.pdf](https://www.pois.gov.pl/media/50728/SzOOP_POIS_1_22.pdf), str. 144-145/. Dokonując oceny Opracowania A w zakresie podkryterium A1 Zamawiający, bez wyraźnej do tego podstawy, dokonał interpretacji treści SIWZ (pkt 2. 6) a), rozdział X) i oparł się na treści SzOOP z dnia 31.01.2018 r. (wersja 1.22), względnie kolejnej wersji z dnia 20 lutego 2018 r. (wersja 1.23) /Dokument dostępny na stronie [https://www.pois.gov.pl/media/51561/SzOOP\\_POIS\\_1\\_23.pdf](https://www.pois.gov.pl/media/51561/SzOOP_POIS_1_23.pdf), str. 144-145/, która również jako typ beneficjenta uwzględniała Ministerstwo Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej. Tymczasem, co jest kluczowe w przedmiotowej sprawie, w SIWZ nie znalazło się wymaganie, aby Opracowanie A przygotowane przez wykonawców uwzględniało stan prawny na określony dzień, np. dzień składania ofert. Zamawiający ograniczył się jedynie do wskazania, iż Opracowanie A powinno "przedstawiać stan prawny, wielowariantową analizę oraz możliwie konkretne wnioski/rekomendacje" (vide pkt 2. 6) a) rozdziału X SIWZ).

Odwołujący wskazał w ramach Opracowania A wszystkie typy beneficjentów wymienionych w SzOOP (wersja 1.21). W związku z tym, iż SIWZ nie precyzował, czy przedmiotowe opracowanie powinno uwzględniać stan prawny na określony dzień,

Odwołujący nie może ponosić negatywnych skutków działań Zamawiającego, polegających na dokonaniu na etapie oceny ofert interpretacji treści SIWZ w sposób niekorzystny dla Odwołującego. Przywołał wyrok KIO z 28.09.2010 r., KIO/UZP 1985/10, wyrok KIO z 14.10.2011 r., sygn. akt: KIO 2093/11, jak i wyrok KIO z 05.05.2016 r. KIO 585/16, KIO 593/16. Mając na uwadze powyższe, uznał, iż w ramach podkryterium A1 Odwołujący wymienił wszystkie typy beneficjentów, a w konsekwencji Zamawiający powinien przyznać Odwołującemu w ramach tego podkryterium maksymalną liczbę pkt (10).

### **Uwagi do podkryterium A3**

Zgodnie z pkt 3.3 1) rozdziału XV SIWZ, w celu uzyskania maksymalnej liczby punktów w ramach Podkryterium A1, tj. 10 pkt, wykonawca powinien wskazać wszystkie potencjalne ryzyka do wskazanych zmian w ustawie Prawo wodne w zakresie kwalifikowalności wydatków. Dokonując oceny Opracowania A w ramach tego podkryterium Zamawiający w komentarzach do zestawienia opracowań merytorycznych przygotowanych przez wykonawców wskazał na: *"brak wskazania ryzyka w zakresie zmiany VAT co może być konsekwencją zmiany podmiotu (przekształcenie podmiotu)".* Dokonana przez Zamawiającego ocena jest nieprawidłowa. Punktem wyjścia dla analizy prawidłowości czynności Zamawiającego w zakresie oceny wymagania dotyczącego podkryterium A3 powinna być wykładnia pojęcia ryzyka, użytego przez Zamawiającego w pkt 2. 6) a) rozdziału X SIWZ.

Zgodnie ze słownikiem języka polskiego PWN ryzyko to:

1. możliwość, że coś się nie uda; też: przedsięwzięcie, którego wynik jest niepewny;
2. odważenie się na takie niebezpieczeństwo;
3. prawdopodobieństwo powstania szkody obciążające osobę poszkodowaną niezależnie od jej winy, jeśli umowa lub przepis prawny nie zobowiązały innej osoby do wyrównania szkody <https://sjp.pwn.pl/szukaj/ryzyko.html/>.

Dla przedmiotowej sprawy szczególne znaczenie ma określenie wskazane w pkt (c) powyżej, wiążące ryzyko z prawdopodobieństwem powstania szkody. Ryzykiem jest więc określony stan, który wiąże się z niepewnością co do prawdopodobnych skutków jego zaistnienia, przy czym przewidywane (prawdopodobne) skutki związane są z bliżej lub dalej określoną stratą (szkodą), mają więc bezwzględnie niekorzystny charakter. *A contrario*, jako ryzyko nie mogą być zakwalifikowane prawdopodobne stany (zdarzenia), które nie mają charakteru niekorzystnego lub pozwalają zachować *status quo*.

Właśnie z tym drugim przypadkiem mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. W ocenie AECOM nie ma żadnych podstaw do uznania, że zmiany podmiotowe wynikające z nowelizacji ustawy Prawo wodne same w sobie są źródłem ryzyka w zakresie podatku od towarów i usług (VAT). Jakkolwiek powołanie nowego podmiotu, Państwowego

Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie, wymaga oczywiście ustalenia zasad prowadzenia przez ten podmiot (zarejestrowany jako czynny podatnik VAT) rozliczeń w zakresie podatku VAT, to konieczność ustalenia sytuacji podatkowej danego podmiotu nie sposób uznać za dodatkowy czynnik ryzyka.

Odnosząc się do możliwości rozliczenia podatku VAT przez dany podmiot (podatnika), to zależy ona w pierwszym rzędzie od charakteru prowadzonej działalności i zasadniczo podlega zmianom w czasie wraz ze zmianami w przedmiocie i zakresie tej działalności. Odnosnie zaś do kwestii pozyskania dotacji unijnych oraz kwalifikowalności wydatków, z którymi związane jest finansowanie, to dokonane zmiany podmiotowe nie będą miały negatywnego wpływu na ostateczny wynik finansowy, ewentualnie - w przypadku prowadzenia przez Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie, jako czynnego podatnika VAT, działalności opodatkowanej - finalny rezultat finansowy może być jedynie korzystniejszy. W konsekwencji, nie można w żadnym przypadku mówić o jakimkolwiek ryzyku w zakresie podatku VAT, albowiem nie występuje „prawdopodobieństwo powstania szkody obciążające osobę poszkodowaną niezależnie od jej winy”.

Mając powyższe na uwadze, uznał, iż Odwołujący w ramach podkryterium A3 wskazał wszystkie potencjalne ryzyka do wskazanych przez zmiany w ustawie Prawo wodne w zakresie kwalifikowalności wydatków, a w konsekwencji Zamawiający powinien przyznać Odwołującemu w ramach tego podkryterium maksymalną liczbę pkt (10).

#### **Uwagi do podkryterium A5**

Konsekwentnie, wobec okoliczności, że zmiany podmiotowe wynikające z nowelizacji ustawy Prawo wodne nie są źródłem żadnych ryzyk w zakresie podatku VAT (jak wskazano powyżej przedmiotowe zmiany są neutralne z perspektywy VAT, względnie korzystniejsze dla nowopowstałego podmiotu) nie ma potrzeby (ani możliwości) wskazywania sposobów minimalizujących ryzyko. Skoro dany stan (zdarzenie) - w przedmiotowej kwestii określone zmiany w Prawie wodnym - nie kreują żadnego ryzyka w zakresie kwalifikowalności wydatków z perspektywy VAT, to nie jest możliwe (ani konieczne) wskazywanie jakichkolwiek działań, mających na celu zminimalizowanie tak określonego "ryzyka". W rezultacie, logicznym następstwem powyższego, tj. uznania określonych w Prawie wodnym zmian jako niekreujących ryzyk z perspektywy podatku VAT, powinno być uznanie przez Zamawiającego, że katalog działań minimalizujących ryzyko związane z ww. zmianami, zaprezentowany przez AECOM w ramach Opracowania A (podkryterium A5) jest wyczerpujący i kompletny. W takiej sytuacji AECOM - w zakresie podkryterium A5 - powinien zostać oceniony przez Zamawiającego w sposób korzystniejszy i w konsekwencji AECOM powinien uzyskać maksymalną liczbę punktów (tj. 10 pkt) w ramach podkryterium A5.

Niezależnie od powyższego AECOM wskazuje na daleko posuniętą niekonsekwencję Zamawiającego przy ocenie opracowań pozostałych wykonawców.

Z jednej strony, Zamawiający (prawdopodobnie - Odwołujący może się tego jedynie domyślać) ocenia, że oferta nr 2 oraz oferta nr 3 w ramach podkryterium A3 nie wskazuje wszystkich potencjalnych ryzyk do wskazanych przez pozostałych wykonawców zmian w ustawie Prawo wodne w zakresie kwalifikowalności wydatków - świadczy o tym punktacja w ramach tego podkryterium (opracowania obydwu pozostałych wykonawców zostały ocenione po 5 pkt każdy). Z drugiej strony, Zamawiający w ramach podkryterium A5 (prawdopodobnie - Odwołujący może się tego jedynie domyślać) ocenia, iż pozostali wykonawcy, pomimo niewskazania wszystkich potencjalnych ryzyk w ramach podkategorii A3, wskazali kompleksową propozycję działań minimalizujących do wszystkich opisanych ryzyk. W ocenie Odwołującego takie działanie Zamawiającego zawiera błąd logiczny i jest wewnątrznie sprzeczne. Skoro dany wykonawca nie wskazał wszystkich ryzyk, to nie jest możliwe wskazanie przez niego kompleksowej propozycji działań minimalizujących wszystkie opisane ryzyka. Przyznanie w takich warunkach pozostałym wykonawcom maksymalnej liczby pkt w ramach podkryterium A5 stanowi rażące naruszenie wyrażonej w art. 7 Pzp zasady równego traktowania wykonawców.

### **Opracowanie C**

Sposób oceny Opracowania C Zamawiający określił w rozdziale XV Kryteria, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty. W pkt 3.2 ww. rozdziału Zamawiający wskazał, iż liczba punktów w tym kryterium zostanie przyznana w oparciu o ocenę załączonego do oferty wykonawcy Opracowania C, a ocena będzie dokonana w oparciu o następujące podkryteria:

- 1) Znajomość otoczenia instytucjonalnego i prawnego ("Podkryterium C1"),
- 2) Identyfikacja ryzyka związanego z realizacją usług, minimalizacja prawdopodobieństwa wystąpienia zidentyfikowanego ryzyka oraz jego skutków,
- 3) Program zapewnienia jakości świadczenia usług.

Aby uzyskać maksymalną liczbę punktów w ramach Podkryterium C1, tj. 30 pkt, wykonawca powinien wymienić i opisać wszystkich interesariuszy (również w strukturach UE) mających wpływ na kształtowanie zasad kwalifikowalności (pogr. i podkr. - autor pisma) oraz wszystkie dokumenty regulujące problem kwalifikowalności (pogr. i podkr. - autor pisma), w ramach projektów weryfikowanych przez Zamawiającego.

Z zestawienia brzmienia przywołanych powyżej fragmentów Rozdziału X i XV SIWZ, odnoszących się do wymagań sformułowanych przez Zamawiającego w odniesieniu do treści Opracowania C wynika, że w Opracowaniu C - przygotowanym przez wykonawców (w tym AECOM):

- wykonawca powinien wykazać znajomość otoczenia instytucjonalnego i prawnego w zakresie kwalifikowalności środków UE - wymóg ogólny;
- wykonawca powinien wymienić i opisać wszystkich interesariuszy (także w strukturach

UE), którzy mają wpływ na kształtowanie zasad kwalifikowalności oraz wszystkie dokumenty regulujące problem kwalifikowalności - wymóg szczególny, a jednocześnie,

- Opracowanie C powinno być maksymalnie kompleksowe i konkretne, a jego objętość nie powinna przekroczyć 15 stron A4, tekstu pisanego czcionką Times New Roman wielkości 11, z zastosowaniem pojedynczych odstępów - wymóg formalny.

Tak sformułowane przez Zamawiającego wymagania w istotny sposób określiły wymaganą przez Zamawiającego treść Opracowania C, narzucając wykonawcom ograniczenie się do najistotniejszych kwestii mających wpływ na kształtowanie zasad kwalifikowalności oraz najistotniejszych dokumentów regulujących problem kwalifikowalności. Nie było to co prawda wyrażone wprost w przywołanej powyżej treści SIWZ, jednakże Zamawiający - od lat pełniący przecież funkcję instytucji pośredniczącej i wdrażającej w ramach systemu dystrybucji i wsparcia funduszy UE - zdawał sobie doskonale sprawę ze złożoności problematyki związanej z kwalifikowalnością wydatków i dlatego oczekiwał opracowania maksymalnie kompleksowego i konkretnego. Tymczasem, dokonując oceny Opracowania C w ramach podkryterium C1 Zamawiający w komentarzach do zestawienia opracowań merytorycznych przygotowanych przez wykonawców wskazał na *"brak IC i Prawa budowlanego"*. W konsekwencji Zamawiający obniżył Odwołującemu punktację w ramach tego podkryterium i przyznał mu 5 pkt (zamiast maksymalnej liczby 10 pkt). Odnosząc się do tak sformułowanych zastrzeżeń należy podnieść następujące kwestie.

### **Brak "IC"**

Użycie przez Zamawiającego wyrażenia IC (prawdopodobnie akronimu) wywołuje wątpliwości co do tego co Zamawiający miał na myśli. W konsekwencji Odwołujący może się jedynie domyślać na jakich podstawach Zamawiający oparł swoją ocenę i czego konkretnie zabrakło w Opracowaniu C1. Uniemożliwia to tym samym Odwołującemu weryfikację prawidłowości działań Zamawiającego i odniesienie się do zarzutów sformułowanych przez Zamawiającego. Wyrażenie "IC" może przecież oznaczać zarówno Izbę Celną jak i Instytucję Certyfikującą, względnie innego interesariusza (także w strukturach UE) mającego wpływ na kształtowanie zasad kwalifikowalności. Niezależnie od powyższego, Odwołujący antycypując (jakkolwiek bez żadnych uzasadnionych podstaw), iż Zamawiający w ramach podkryterium C1 dostrzegł brak wskazania przez AECOM Instytucji Certyfikującej wyjaśnia, iż takie stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe.

Po pierwsze, instytucja certyfikująca nie jest interesariuszem mającym wpływ na kształtowanie zasad kwalifikowalności. Do szczegółowych obowiązków instytucji certyfikujących należy:

- 1) poświadczanie zgodności wydatków z krajowymi i unijnymi przepisami i kryteriami;
- 2) uzyskiwanie od właściwych instytucji zarządzających wystarczających informacji

uzupełniających ich wnioski;

3) uwzględnianie sprawozdań z audytu;

4) prowadzenie dokumentacji w formie elektronicznej;

5) prowadzenie ewidencji niewykorzystanych i odzyskanych środków, które należy zwrócić Komisji /Rozporządzenie nr 1303.2013/.

Po drugie, zgodnie z art. 9 ust. 2. pkt 6) ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014- 2020 (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1460 z późn. zm.) pełnienie funkcji instytucji certyfikującej, o której mowa w art. 123 ust. 2 rozporządzenia ogólnego, należy do zadań instytucji zarządzającej. Funkcję instytucji zarządzającej w ramach POIiŚ oraz POPW pełni minister właściwy do spraw rozwoju regionalnego (aktualnie Minister Inwestycji i Rozwoju) i taka informacja znalazła się w Opracowaniu C1.

### **Brak "Prawa budowlanego"**

W ramach wymogu szczególnego, sformułowanego w pkt 3.2 rozdziału XV SIWZ Zamawiający wymagał wskazania przez wykonawców wszystkich dokumentów regulujących problem kwalifikowalności. Odwołujący, przygotowując Opracowanie C wskazał kompletną listę aktów prawnych (krajowych i UE), mając na uwadze dyrektywy określone przez Zamawiającego (wymóg formalny). Brak umieszczenia na tej liście przez Odwołującego ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1332 z późn. zm.) (zwane dalej: „*Prawo Budowlane*”) był celowy - nie jest to bowiem akt prawny regulujący problem kwalifikowalności. Zgodnie z art. 1 Prawa Budowlanego przedmiotowa ustawa normuje działalność obejmującą sprawy projektowania, budowy, utrzymania i rozbioru obiektów budowlanych oraz określa zasady działania organów administracji publicznej w tych dziedzinach. Oczywiście Prawo Budowlane, jako akt prawny regulujący m.in. proces budowlany, jest przedmiotem zainteresowania CUPT jako instytucji kompleksowo wspierającej beneficjentów w przygotowaniu i realizacji inwestycji finansowanych z funduszy UE. Podobnie jak:

1) ustawa z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1496 z późn. zm.),

2) ustawa z dnia 12 lutego 2009 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie lotnisk użytku publicznego (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1122 z późn. zm.),

3) ustawa z dnia 8 lipca 2010 r. o szczególnych zasadach przygotowania do realizacji inwestycji w zakresie budowli przeciwpowodziowych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 433),

4) ustawa z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1405 z późn. zm.),

5) ustawa z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 2117

z późn. zm.). Nie są to jednak - podobnie jak Prawo Budowlane - akty prawne regulujące problem kwalifikowalności. W tym miejscu przywołał orzecznictwo SIWZ odnoszące się do sposobu formułowania treści SIWZ (wyrok KIO z 28.09.2010 r., KIO/UZP 1985/10; podobnie wyrok KIO z 14.10.2011 r., KIO 2093/11).

W konsekwencji, uznał, iż Odwołujący w ramach podkryterium C1 wymienił i opisał wszystkich interesariuszy (także w strukturach UE), którzy mają wpływ na kształtowanie zasad kwalifikowalności oraz wszystkie dokumenty regulujące problem kwalifikowalności, a w konsekwencji Zamawiający powinien przyznać Odwołującemu w ramach tego podkryterium maksymalną liczbę pkt (10).

#### **5. Sposób reprezentacji Ove Arup & Partners International Ltd.**

Oferta OVE Arup & Partners International Ltd. została podpisana przez Panią E. C. działającą na podstawie pełnomocnictwa z 10.04.2017 r. udzielonego przez Pana M. S. . Do oferty zostało załączone również pełnomocnictwo udzielone Panu M. S. przez Pana M. S. T. oraz Panią V. J. S. . Jednakże do w/w dokumentów nie został dołączony odpis z właściwego rejestru handlowego wykazujący nie tylko imiona i nazwiska osób uprawnionych do reprezentacji spółki, ale także przedstawiających sposób reprezentacji spółki. Na późniejszym etapie postępowania, wykonawca (uzupełniając inne braki w dokumentacji) przedłożył wraz z pismem z 16.04.2018 r. zaświadczenie Naczelnika Urzędu Rejestrowego Spółek dla Anglii i Walii z 07.11.2017 r., jednak z tego dokumentu nie wynika ani kto był członkiem zarządu spółki w czasie udzielenia pełnomocnictwa Panu M. S. ani jaka reprezentacja jest wymagana do składania oświadczeń w imieniu spółki. Z uwagi na powyższe, Zamawiający zobowiązany był do wezwania wykonawcy do przedłożenia odpisu z rejestru handlowego w wersji wykazującej osoby uprawnione do reprezentacji spółki w czasie udzielenia pełnomocnictwa Panu M. S. i wykazania sposobu reprezentacji spółki.

#### **6. Opóźnienie w udostępnieniu protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz ofert wykonawców.**

Pismem z 22.05.2018 r. AECOM skierował do Zamawiającego wniosek o niezwłoczne udostępnienie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i ofert złożonych przez ARUP i MULTICONSULT. Zamawiający pismem z 25.05.2018 r. poinformował AECOM, iż zapoznanie się z treścią dokumentacji będzie możliwe dopiero 28.05.2018 r. w siedzibie Zamawiającego, przy czym Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił dlaczego dokumenty może udostępnić dopiero 28.05.2018 r. Tymczasem, zgodnie z § 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 26 lipca 2016 r. Zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół lub załączniki niezwłocznie. W wyjątkowych przypadkach, w szczególności związanych z zapewnieniem sprawnego toku prac dotyczących badania i oceny ofert, zamawiający udostępnia odpowiednio oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału

w postępowaniu w terminie przez siebie wyznaczonym, nie później jednak niż odpowiednio w dniu przekazania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty lub w dniu przekazania informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków albo w dniu przekazania informacji o unieważnieniu postępowania. Zaznaczył, że Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej została przesłana Odwołującemu w dniu 21.05.2018 r., wobec tego (po uwzględnieniu dnia 31.05.2018 r. jako wolnego od pracy) ostatni dzień 10-dniowego terminu przypada 01.06.2018 r. Wobec udostępnienia przez Zamawiającego dokumentacji niezwykle istotnej dla przygotowania niniejszego odwołania, dopiero 28.05.2018 r. AECOM na przygotowanie merytorycznych argumentów do odwołania pozostały wyłącznie 3 dni robocze. Opisanego działania Zamawiającego z pewnością nie można uznać za niezwłoczne, skoro udostępnienie informacji nastąpiło dopiero po 7 dniach od złożenia w tym przedmiocie wniosku. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie miał jakichkolwiek podstaw ani natury faktycznej ani prawnej, aby przekazać dokumenty dopiero 7-ego dnia po złożeniu wniosku i na 3 dni przed upływem terminu na złożenie odwołania. Biorąc pod uwagę wyżej przedstawione zarzuty i ich uzasadnienie, nie ulega wątpliwości, że Zamawiający dopuścił się szeregu naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych, co skutkowało wyborem oferty ARUP, zamiast oferty AECOM, która została przygotowana i złożona zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ i powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą.

Zamawiający w dniu 04.06.2018 r. wezwał (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 07.06.2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Ove Arup & Partners International Limited Sp. z o. o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

#### **Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1092/18 - Konsorcjum Multiconsult:**

W dniu 01.06.2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum Multiconsult wniosło odwołanie na czynność z 21.05.2018 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 91 Pzp poprzez nieprawidłową ocenę oferty Odwołującego na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ (zaniżenie liczby przyznanych punktów) oraz poprzez wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza w postępowaniu,
- b) art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 UZNK poprzez zaniechanie ujawnienia złożonych przez wyłonionego w postępowaniu wykonawcę - ARUP:



- wykazu osób
- wykazu usług
- wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp
- uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych w ww. dokumentach,

pomimo iż ARUP nie wykazało zasadności dokonanego zastrzeżenia,

d) art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 11 ust. 4 UZNK konkurencji poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu uzasadnienia oceny ofert w kryteriach jakościowych, pomimo iż nie zawierają one informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawców AECOM Polska Sp. z o.o. i ARUP,

e) art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia ARUP z postępowania pomimo, że wobec wykonawcy tego zachodzi wskazana podstawa wykluczenia,

f) art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia ARUP z postępowania pomimo, że wykonawca ten wprowadził (w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa) Zamawiającego w błąd, przy przedstawieniu informacji, że nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia, ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia ARUP z postępowania w związku z tym, że wykonawca ten przedstawił (w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa) informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, a powyższe miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, tj. na wybór oferty ARUP jako najkorzystniejszej.

Wnosił o uwzględnienie niniejszego odwołania poprzez nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty ARUP,
- 2) ponowienia badania ofert,
- 3) przyznania ofercie Odwołującego punktów w kryterium „Metodyka zarządzania realizacją usługi” oraz „Jakość wykonania wzorcowych zleceń” zgodnie z uzasadnieniem odwołania,
- 4) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
- 5) ujawnienia wykazu osób, wykazu usług, wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp ARUP oraz uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych w tych dokumentach,
- 6) ujawnienia uzasadnienia oceny ofert (karty oceny ofert w kryteriach jakościowych),
- 7) wykluczenia ARUP z postępowania.

Ponadto, Odwołujący wnosil o zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego.

#### **A. DOTYCZY ZARZUTU NARUSZENIA ART. 91 Pzp**

W dniu 21.05.2018r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego informacje o ocenie swojej oferty, w której wskazano iż jego oferta otrzymała następującą liczbę punktów w kryteriach: - Metodyka zarządzania realizacją usługi - 30% - liczba przyznanych punktów 25,50 - Jakość wykonania wzorcowych zleceń - 20 % - liczba przyznanych punktów 13,00.

W dniu 24.05.2018r. Odwołujący otrzymał ponadto kopię karty oceny ofert, w tym oferty Odwołującego, w której wskazano na uzasadnienie przyznania Odwołującemu mniejszej niż maksymalna możliwa do zdobycia zgodnie z SIWZ liczby punktów w ramach poszczególnych elementów polegających ocenie.

***/W tym miejscu odwołania znajduje się początek zastrzeżenie - tajemnicy przedsiębiorstwa, przy czym Odwołujący podczas rozpraw de facto odtajnił motywy/komentarze swojej punktacji, jakie otrzymał od Zamawiającego, ale również swoją argumentację zawartą w tym miejscu odwołania, fragmenty opracowań cytowane w tym miejscu odwołania zostały usunięte z uzasadnienia/***

W zakresie kryterium Jakość wykonania wzorcowych zleceń (Opracowanie A i B).

## **1. OPRACOWANIE A**

Z uzasadnienia oceny zawartej w karcie oceny oferty dla opracowania A wynika, że Zamawiający przyznał: a) 5 pkt w ramach wymagania A1 (Wykonawca wymienił wszystkie właściwe typy potencjalnych beneficjentów pomocy ze środków europejskich w ramach działania 3.2) - podczas gdy możliwych do uzyskania było 10 pkt, uzasadniając powyższe tym, iż: „nie wymienił Wód Polskich i Ministerstwa Gospodarki Morskiej”. W zakresie typów potencjalnych beneficjentów pomocy ze środków europejskich w ramach działania 3.2. - Odwołujący podał w Opracowaniu A informację identyczną z zawartą w Szczegółowym opisie osi priorytetowych (SZOOP) z dnia wszczęcia postępowania obowiązującym do 30.01.2018r. ([http://www.pois.gov.pl/media/46676/SzOOP\\_POIS\\_1\\_21.pdf](http://www.pois.gov.pl/media/46676/SzOOP_POIS_1_21.pdf)). Odwołujący wskazał także Wody Polskie i Ministerstwo Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej w tym samym Opracowaniu jako potencjalnych beneficjentów - str. 6 akapit drugi, szósty Opracowania A. Z uwagi na zmianę SZOOP jaka nastąpiła w okresie pomiędzy wszczęciem postępowania, a złożeniem oferty, Odwołujący założył, że tabelarycznie wypisuje „typy beneficjentów” zgodnie ze stanem dokumentów na dzień ogłoszenia postępowania. Jednak nie poprzestając na tym, Odwołujący uwzględnił zmianę SZOOP, która nastąpiła po wszczęciu postępowania, odnosząc się też do stanu przyszłego - i zidentyfikował dość szeroko także następców istniejących beneficjentów, a których to, jakoby - zgodnie z informacją zawartą w karcie oceny Opracowani A - Odwołujący nie wymienił. Odwołujący podnosił zatem po pierwsze, że wymienił Wody Polskie i Ministerstwo Gospodarki Morskiej jako potencjalnych beneficjentów pomocy ze środków europejskich w ramach działania 3.2.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że nie można uznać za zgodne z Pzp wymagania Zamawiającego, iż wykonawcy przygotowują (przykładowe) Opracowania wg treści SZOOP obowiązującego na dzień składania ofert (w tym zgodnego literalnie z SZOOP obowiązującym na dzień składania ofert). Takie oczekiwanie powodowałoby bowiem, że oferenci w istocie mieliby znacznie mniej czasu na przygotowanie ofert niż wymaga tego Pzp. Zmiana SZOOP nastąpiła 31.01.2018, a oferty składano 20.02.2018 r. Znaczyłoby to,

że Zamawiający przyznał Wykonawcom na analizę i przygotowanie ofert tylko 21 dni, co jest sprzeczne z Pzp.

Nie można też wskazać innego momentu pomiędzy wszczęciem postępowania a terminem składania ofert, który byłby adekwatny dla ustalenia treści SZOOP, do którego miało się odnosić przykładowe opracowanie, gdyż Zamawiający takiego terminu nie wskazał, a oferty odnoszące się do SZOOP o różnych treściach (obowiązujących na inne terminy) nie byłyby porównywalne. Stąd podejście Odwołującego, iż adekwatnym stanem prawnym i faktycznym jest stan na dzień wszczęcia postępowania jest jak najbardziej uzasadnione. Nadmienić przy tym należy, że w adnotacjach do tekstu Odwołujący wyraźnie wskazał na daty dostępu do dokumentów na które się powołuje, a przejęcie nadzoru nad Wodami Polskimi przez MGMIŻŚ nastąpiło 6 dni po ogłoszeniu postępowania i zostało to w Opracowaniu dostrzeżone (jak wyżej w cytowanych fragm. Opracowania). Mając powyższe na uwadze, ofercie Odwołującego dla Opracowania A w zakresie wymagania A1 powinno zostać przyznane 10 pkt.

b) 5 pkt w ramach wymagania A3 (Wykonawca wskazał wszystkie potencjalne ryzyka do wskazanych przez siebie zmian w ustawie Prawo wodne w zakresie kwalifikowalności wydatków) - podczas gdy możliwych do uzyskania było 10 pkt, uzasadniając powyższe w następujący sposób: *„brak wskazania ryzyka w zakresie zmiany VAT co może być konsekwencją zmiany podmiotu (przekształcenie podmiotu); brak ryzyka dotyczącego zmiany ustawy w zakresie wprowadzenia opłat za usługi wodne”*

W dokumencie SZOOP z 17.11.2017 (obowiązującym na dzień ogłoszenia postępowania) dla projektów z działania 3.2 wskazano: *„VAT może być uznany za wydatek kwalifikowalny po spełnieniu warunków określonych w wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków.”* Identyczne stanowisko prezentuje aktualny dokument SZOOP. Odwołujący nie widzi zatem różnicy w podejściu do kwalifikowalności VAT w związku z wejściem w życie ustawy Prawo Wodne i utworzeniem Wód Polskich od 01.01.2018 r., tym bardziej, że opracowanie miało być tworzone właśnie *„w kontekście zmian ustawy Prawo wodne”*. Jest to o tyle istotne, że w odróżnieniu od projektów działania 3.2 projekty inne rzeczywiście nie uznają VATu za wydatek kwalifikowalny (np. w zakresie POIiŚ, gdzie są obecnie i istniały w dniu ogłoszenia postępowania warunki w sprawie kwalifikowalności lub VAT jest w ogóle niekwalifikowalny). W związku z powyższym Odwołujący uznał temat VAT nie za ryzyko, ale za zwykły problem zarządczy (p. 3.2.2.i opracowania A). W związku z powyższym, zakwalifikowanie tematu VAT jako problemu zarządczego, a nie ryzyka nie powinno skutkować przyznaniem mniejszej liczby punktów.

Dodatkowo Odwołujący przywołał p. 3.2.2.i Opracowania A (str. 9), gdzie ujął wprost jedną z opłat za usługi wodne. Ponieważ zatem Odwołujący uwzględnił kwestę opłat za usługi wodne opisując ryzyka związane ze zmianą ustawy Prawo wodne, przyznanie

mniejszej liczby punktów jest nieuprawnione. Mając powyższe na uwadze, ofercie Odwołującego dla Opracowania A w zakresie wymagania A3 powinno zostać przyznane 10 pkt. W sumie za Opracowanie A Odwołujący powinien uzyskać maksymalną możliwą do przyznania liczbę punktów tj. 50.

## **2. OPRACOWANIE B**

Z uzasadnienia oceny zawartej w karcie oceny oferty dla Opracowania B wynika, że Zamawiający przyznał: a) 5 pkt w ramach wymagania B1 (Wykonawca wskazał główne typy obiektów hydrotechnicznych pełniących funkcje transportowe na gruncie prawa polskiego) - podczas gdy możliwych do uzyskania było 10 pkt, uzasadniając powyższe tym, iż: „wskazał 5 obiektów z 8 przyjętych przez CUPT (posługuje się rozporządzeniem Rady Europejskiej a nie prawem polskim)”.

Zauważył, iż nie jest zrozumiałe do jakiej „listy CUPT” odwołuje się Zamawiający w ocenie Opracowania B. Wydaje się, iż Zamawiający wprowadza założenia oceny ofert, które nie wynikały z SIWZ. Opis kryteriów oceny ofert nie zawierał żadnego wymagania odnoszącego się do „listy CUPT” dotyczącej obiektów hydrotechnicznych. W związku z tym, odwoływanie się przy ocenie ofert do wymagania niewyartykułowanego wprost w SIWZ jest nieuprawnione i nie powinno wpływać na ocenę oferty Odwołującego. Niezależnie od powyższego, Odwołujący podnosi, iż pomimo, że w treści Opracowania B zawarto odwołanie do rozporządzenia unijnego, i nie wymieniono wprost aktów prawa krajowego, to w tekście przedstawiono GŁÓWNE typy obiektów hydrotechnicznych pełniących funkcje transportowe, jakie są unormowane w prawie polskim (w pkt 1 Opracowania: „*Typy obiektów hydrotechnicznych pełniących funkcje transportowe wraz z zaprezentowaniem charakterystyki specyficznych warunków ich realizacji*”, akapit pierwszy). Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 20 kwietnia 2007 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie, odwołuje się do budowli hydrotechnicznej - rozumianej jako budowle wraz z urządzeniami i instalacjami technicznymi z nimi związanymi, służące gospodarce wodnej oraz kształtowaniu zasobów wodnych i korzystaniu z nich, w tym: zapory ziemne i betonowe, jazy, budowle upustowe z przelewami i spustami, przepusty wałowe i mnichy, śluzy żeglugowe, wały przeciwpowodziowe, siłownie i elektrownie wodne, ujęcia śródlądowych wód powierzchniowych, wyloty ścieków, czasze zbiorników wodnych wraz ze zboczami i skarpami, pompownie, kanały, sztolnie, rurociągi hydrotechniczne, syfony, lewary, akwedukty, budowle regulacyjne na rzekach i potokach, progi, grodzie, nadpoziomowe zbiorniki gromadzące substancje płynne i półpłynne, porty, baseny, zimowiska, pirsy, mola, pomosty, nabrzeża, bulwary, pochylnie i falochrony na wodach śródlądowych, przepławki dla ryb. Te spośród ww. obiektów hydrotechnicznych, które mają funkcje związane z transportem wymieniono w treści Opracowania B. Mając

powyższe na uwadze, ofercie Odwołującego dla Opracowania B w zakresie wymagania B1 powinno zostać przyznane 10 pkt.

b) 0 pkt w ramach wymagania B2 (Wykonawca przedstawił charakterystykę najważniejszych specyficznych warunków, w jakich są realizowane obiekty hydrotechniczne pełniące funkcje transportowe dla wszystkich wskazanych przez siebie typów obiektów) - podczas gdy możliwych do uzyskania było 10 pkt, uzasadniając powyższe tym, iż: „*nie przedstawił warunków w kontekście wskazanych obiektów*”.

Niezrozumiałym jest dlaczego Zamawiający uznał, iż Odwołujący nie przedstawił warunków, w jakich są realizowane obiekty hydrotechniczne pełniące funkcje transportowe dla wskazanych przez siebie typów obiektów. Wykonawca przedstawił uwarunkowania odnoszące się do takich obiektów hydrotechnicznych pełniących funkcje transportowe, jak: koryta rzeki, kanały, stopnie wodne, zapory, śluzy (lub urządzenia o podobnej funkcji takie jak podnośnie statków), jazy, przepławki dla ryb, pomiary i podawanie informacji o głębokościach oraz oczyszczanie rzek z przeszkód itd., jazy betonowe, podnośnie statków, obwałowania, przepusty betonowe przepusty stalowe. Warunki jw. przedstawiono dla więcej niż 50% obiektów wymienionych w Opracowaniu B. Powyższe powinno skutkować przyznaniem 5 pkt, zgodnie z warunkiem: „*B.2.2) Wykonawca przedstawił charakterystykę najważniejszych specyficznych warunków, w jakich są realizowane obiekty hydrotechniczne pełniące funkcje transportowe dla ponad połowy wskazanych przez siebie typów obiektów - 5 pkt*”. Zwrócił uwagę, że zgodnie z opisem sposobu oceny ofert w tym podkryterium wykonawca miał się odnieść do ponad połowy wskazanych przez siebie typów obiektów, a nie ponad połowy typów obiektów przyjętych przez Zamawiającego znajdujących się na nieokreślonej „*liście CUPT*”, czy w jakimkolwiek innym dokumencie. Mając powyższe na uwadze, ofercie Odwołującego dla Opracowania B w zakresie wymagania B2 powinno zostać przyznane 5 pkt. W sumie za Opracowanie B Odwołujący powinien uzyskać 35 punktów. W zakresie kryterium Metodyka zarządzania realizacją usługi (Opracowanie C). Odwołujący ponosi co następuje:

### **OPRACOWANIE C**

Z uzasadnienia oceny zawartej w karcie oceny oferty dla opracowania C wynika, że Zamawiający przyznał: a) 15 pkt w ramach wymagania „Znajomość otoczenia instytucjonalnego i prawnego” (Wykonawco wymienia i opisuje kompetencje wszystkich interesariuszy (również w strukturach UE) mających wpływ na kształtowanie zasad kwalifikowalności oraz wszystkie dokumenty regulujące problem kwalifikowalności, w ramach projektów weryfikowanych przez Zamawiającego) - podczas gdy możliwych do uzyskania było 30 pkt, uzasadniając powyższe tym, iż: „*nie wskazał Pzp, nie wskazał SZOP*”.

Pzp nie reguluje kwestii kwalifikowalności ani nie odnosi nie w żadnym artykule się do kwalifikowalności wydatków. Zgodność z prawem (w tym z Pzp) jest oczywiście niezbędna

z punktu widzenia kryteriów kwalifikowalności, ale kryteria te określone są gdzie indziej, w innych dokumentach (np. w wytycznych kwalifikowalności POliŚ). Jednak to, że zgodność działań beneficjenta z Pzp jest istotna dla oceny kwalifikowalności wydatków nie zmienia faktu, iż ustawa ta nie jest „dokumentem regulującym problem kwalifikowalności” o jakim mowa w przedmiotowym kryterium oceny ofert. Z kolei SZOOP nie jest dokumentem regulującym problem kwalifikowalności ale dokumentem o naturze informacyjnej. Jak wynika z treści SZOOP: „Z uwagi na ogólny charakter programów operacyjnych kierowanych do Komisji Europejskiej, każda IZ przygotowuje dodatkowy dokument uszczegółwiający jego zapisy. W przypadku POliŚ jest to "Szczegółowy opis osi priorytetowych Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020", zwany dalej SzOOP. Dokument ten został przygotowany na podstawie "Wytycznych w zakresie szczegółowego opisu osi priorytetowych krajowych i regionalnych programów operacyjnych na lata 2014-2020", które w dniu 30 stycznia 2015 r. wydał Minister Infrastruktury i Rozwoju. Uwzględniając stopień szczegółowości informacji zawartych w uszczegółwieniu, dokument ten stanowi kompendium wiedzy dla potencjalnych beneficjentów programu operacyjnego na temat możliwości i sposobu realizacji projektów współfinansowanych z FS i EFRR.”

Oznacza to, że SZOOP nie wprowadza reguł dotyczących problemu kwalifikowalności, tylko je opisuje, w tym opisuje takie sprawy jak minimalny wkład własny beneficjenta, minimalny i maksymalny poziom wydatków kwalifikowanych projektu, maksymalny poziom dofinansowania wydatków kwalifikowanych. Podobnie zresztą jak sam dokument „Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko na lata 2014-2020” - podaje limity dofinansowania unijnego (80% lub 85% - chyba że występowałyby kwestie związane z pomocą publiczną). SZOOP natomiast nie reguluje problemu kwalifikowalności, zatem także nie jest „dokumentem regulującym problem kwalifikowalności”, o jakim mowa w przedmiotowym kryterium oceny ofert. W Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020, w pkt 6.2. 3) napisano: „Wydatkiem kwalifikowalnym jest wydatek spełniający łącznie następujące warunki:

- a) został faktycznie poniesiony w okresie wskazanym w umowie o dofinansowanie, z zachowaniem warunków określonych w podrozdziale 6.1,
- b) jest zgodny z obowiązującymi przepisami prawa unijnego oraz prawa krajowego, w tym przepisami regulującymi udzielanie pomocy publicznej, jeśli mają zastosowanie,
- c) jest zgodny z PO i SZOOP (...).”

Z powyższego wynika jednoznacznie, że to Wytyczne (...) regulują problem kwalifikowalności, a nie sam SZOOP, który opisuje oś priorytetową. Zgodność z SZOOP jest - podobnie jak w przypadku Pzp - podstawą do oceny czy dany wydatek jest kwalifikowalny czy nie. Czym innym jest jednak dokument, który określa zasady działania beneficjentów,

a czym innym dokument ustalający, w jakich przypadkach przestrzeganie albo naruszenie określonych gdzie indziej zasad (np. w Pzp, w SZOOP) działania beneficjentów skutkuje odpowiednio kwalifikowalnością albo niekwalifikowalnością wydatków.

Powyższa interpretacja Odwołującego jest uprawniona. Gdyby w Wytycznych (...) nie powstały zapisy odwołujące się do SZOOP, być może takiego SZOOP nie trzeba by w ogóle tworzyć. Tak więc to Wytyczne... regulują konieczność powstania SZOOP, a nie SZOOP stanowi regułę powodującą utworzenie Wytycznych (...). Gdyby przyjąć, że sam fakt przywołania w Wytycznych (...). SZOOP stanowi o konieczności powołania się na ten dokument (tj. na SZOOP), to uwzględniając zasadę kwalifikowalności wskazaną w powyżej cytowanym zapisie Wytycznych... pod lit. b) - „*jest zgodny z obowiązującymi przepisami prawa unijnego oraz prawa krajowego*” - oznaczałoby, że trzeba wymienić dziesiątki tysięcy dokumentów ustanawiających to prawo. Podobnie należałoby uznać, że skoro wydatkiem kwalifikowanym jest tylko ten wydatek, który został faktycznie podniesiony, to dokumentami regulującymi problem kwalifikowalności wydatków są faktury VAT i rachunki dowodzące poniesienie wydatku, protokoły odbiorów, dzienniki budów i temu podobne tysiące dokumentów generowanych podczas każdej budowy. To oczywiście byłoby absurdem i niewątpliwie nie o tego rodzaju dokumenty chodziło w opisie przedmiotowego kryterium.

Wobec braku określenia albo sprecyzowania co Zamawiający uznaje za „dokument regulujący problem kwalifikowalności” uznać należy, że interpretacja Odwołującego jest uprawniona, a brak precyzyjnych odnośników czy definicji nie może działać na niekorzyść Odwołującego. Odwołujący stworzył bardzo kompleksowe opracowanie mieszczące się w limicie nakreślonym przez Zamawiającego (15 stron A4). Wymienianie wszystkich praw, rozporządzeń mających związek i pośredni wpływ na ocenę czy wydatek jest kwalifikowalny, czy nie, zajęłaby znacznie więcej miejsca. W konsekwencji brak przyznania Opracowaniu C w ramach wymagania „Znajomość otoczenia instytucjonalnego i prawnego” pełnej możliwej do uzyskania liczby punktów (tj. 30) z powołaniem się przez Zamawiającego na brak wymieniania jako „dokumentu regulującego problem kwalifikowalności” Pzp oraz SZOOP jest nieuprawnione, albowiem nie są to dokumenty regulujące problem kwalifikowalności. W sumie zatem, uwzględniając iż w dwóch pozostałych wymaganiach, Opracowanie C zostało ocenione na maksymalną możliwą liczbę punktów, za Opracowanie C Odwołujący powinien uzyskać 100 punktów.

***W tym miejscu odwołania znajduje się koniec zastrzeżenie - tajemnicy przedsiębiorstwa, przy czym Odwołujący podczas rozpraw de facto odtajnił motywy/komentarze swojej punktacji, jakie otrzymał od Zamawiającego, ale również swoją argumentację zawartą w tym miejscu odwołania, fragmenty opracowań cytowane w tym miejscu odwołania zostały usunięte z uzasadnienia/***

W sumie oferta Odwołującego powinna uzyskać:

- w kryterium Jakość wykonania wzorcowych zleceń (Opracowanie A i B):

85 pkt za oba opracowania, co przy wadze kryterium 20% daje 17 pkt w tym kryterium

- w kryterium Metodyka zarządzania realizacją usługi (Opracowanie C):

100 pkt za opracowanie, co przy wadze kryterium 30% daje 30 pkt w tym kryterium.

W efekcie Odwołujący powinien w kryteriach oceny ofert uzyskać w sumie 93,13 pkt (obliczone jako: 17pkt + 30pkt + 46,13pkt za cenę), co stanowi najwyższą liczbę punktów spośród ocenianych ofert, i jego oferta powinna zostać wyłoniona jako najkorzystniejsza.

Powyższe dowodzi, że Zamawiający przeprowadził czynność oceny ofert w sposób niezgodny z Pzp, naruszając postanowienia opracowanej przez siebie SIWZ i dlatego konieczne jest powtórzenie tej czynności, a w konsekwencji wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

#### **B. Dotyczy zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 UZNK.**

Zgodnie z pkt 27 udostępnionego Odwołującemu przez Zamawiającego protokołu postępowania, ARUP złożył Zamawiającemu wyjaśnienia w trybie art. 90 Pzp (pkt 36 listy załączników), dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu (pkt 46 oraz pkt 50 listy załączników), w tym jak należy zakładać - wykaz usług oraz wykaz osób wymagane zgodnie z pkt VII.2 ppkt 5) i ppkt 8) SIWZ. Ww. dokumenty nie zostały udostępnione Odwołującemu. Odwołujący przyjmuje zatem, że zostały one zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa ARUP. Ponadto Odwołującemu nie zostało także udostępnione uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dla informacji zawartych ww. dokumentach. Także i w tym wypadku Odwołujący przyjmuje więc, że zostały one zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa ARUP.

W związku z powyższym Odwołujący podnosi przede wszystkim, że nieuprawnione było zastrzeżenie informacji zawartych w uzasadnieniu zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazu osób, usług i wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 Pzp (dalej zbiorczo nazywanych „*ww. dokumentami*”). Wprawdzie Odwołujący nie otrzymał ww. pism, niemniej w ocenie Odwołującego ARUP nie przedstawił żadnego uzasadnienia utajnienia treści zawierającej wykazanie zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa ww. dokumentów, a co najmniej nie wykazał, iż w stosunku do informacji zawartych w uzasadnieniu objęcia zastrzeżeniem ww. dokumentów zachodzą łącznie wszystkie przesłanki określone w art. 11 ust. 4 UZNK, tj.:

- mają charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny przedsiębiorstwa oraz wartość gospodarczą,
- nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej,
- podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności.



W konsekwencji - o ile w ogóle zostało przez ARUP złożone - nie doszło do skutecznego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa uzasadnienia objęcia tajemnicą ww. dokumentów. Oznacza to, że Zamawiający nie udostępniając Odwołującemu przedmiotowych uzasadnień naruszył Pzp, przez co pozbawił Odwołującego prawa do weryfikacji prawidłowości zastrzeżenia przez ARUP informacji zawartych ww. dokumentach jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący podnosi także, iż nieuprawnione było zaniechanie przez Zamawiającego ujawnienia wykazu osób, wykazu usług oraz wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp.

Odwołujący nie miał możliwości dokonania weryfikacji uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jednakże ocenia, że ARUP nie wykazał, iż w stosunku do informacji zawartych w wykazie osób, wykazie usług i wyjaśnieniach w trybie art. 90 Pzp zachodzą łącznie wszystkie przesłanki określone w art. 11 ust. 4 UZNK. Tym samym nie doszło do skutecznego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa ww. dokumentów.

Odwołujący ponosił również, że: *„(...) pod pojęciem „wykazania”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp rozumieć należy nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie.”* (wyrok KIO z 05.10.2016 o sygn. akt KIO 1684/16). Same gołosłowne oświadczenia nie mogą być nawet traktowane w kategoriach uprawdopodobnienia, a co dopiero wykazania, że określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. W opinii Odwołującego ARUP nie sprostął obowiązkowi „wykazania”, o którym mowa w art. 8 ust.3 Pzp, nie przedstawiając dowodów na potwierdzenie, że w stosunku do zastrzeżonych przez niego dokumentów zachodzą przesłanki określone ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dodatkowo wskazał, że zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa podlegają informacje, a nie dokumenty. Wskazał na wyrok KIO o sygn. akt: KIO 200/2018 oraz na wyrok o sygn. akt: KIO 242/17 i KIO 258/17. A zatem wadliwe jest zastrzeżenie całości dokumentów, jeżeli niektóre części dokumentów nie są informacjami, w stosunku do których może w ogóle mieć miejsce, jak chociażby cytowanie przepisów prawa, poglądów doktryny, orzecznictwa, ogólne informacje o danym wykonawcy czy też ogólne informacje o rynku danych usług. Takie części pism zawsze powinny być udostępnione. Tymczasem Zamawiający podchodząc do zastrzeżenia bezkrytycznie, zaniechał udostępnienia pism chociażby w tych częściach, które bezdyskusyjnie i bez szczególnego badania, tajemnicy nie stanowią, odmawiając Odwołującemu dostępu do całości z nich.

W związku z zastrzeżeniem ww. dokumentów jaki i uzasadnienia zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący wskazuje także, że niedopuszczalne jest traktowanie uprawnienia do zastrzeżenia określonych informacji, jako narzędzia służącego uniemożliwieniu wykonawcom konkurencyjnym oceny ofert i dokumentów składanych

w postępowaniu. Tego rodzaju działanie należy uznać za nadużywanie uprawnień wyrażonych w art. 8 Pzp i jako takie za niepodlegające ochronie prawnej. Mając na uwadze, iż powyższe jest praktykowane przez wykonawców, Zamawiający winien wykazać się szczególną starannością w badaniu zasadności zastrzeżenia. W szczególności w sytuacji, gdy w postępowaniu wprowadza wysokie i trudne do spełnienia wymagania, w tym warunki udziału dotyczące personelu. Należy zwrócić przy tym uwagę, że w postępowaniu w odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ Zamawiający uszczegółowił wymagania dotyczące kompetencji ekspertów wprowadzając reguły interpretacji ich doświadczenia, które mocno zawężyły krąg osób takim doświadczeniem dysponujących. W takiej sytuacji utrudnianie Odwołującemu możliwości weryfikacji spełniania warunków udziału przez konkurentów jest wyjątkowo naganne. Odwołujący wskazuje na orzecznictwo KIO, w którym wskazuje się na niedopuszczalność zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazu osób – orzeczenia o sygn. akt: KIO 102/17 i KIO 110/17 oraz KIO 2113/16; KIO 2119/16, jak i KIO 2784/14. W odniesieniu do zastrzeżenia wykazu usług, Odwołujący wskazał także na marginesie, iż zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu dotyczącym zdolności zawodowej wykonawcy miał wykazać, że: *„w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - zrealizował w sposób należyty (lub realizuje nadal) - co najmniej 3 zamówienia (trzy) polegające na świadczeniu usług doradczych dotyczących przygotowywania, realizacji lub rozliczania projektów dotyczących infrastruktury transportowej (tj. drogowej, kolejowej lub lotniczej), na kwotę co najmniej 2 000 000,00 PLN brutto (słownie: dwa miliony złotych) każde zamówienie, trwające co najmniej 12 miesięcy (lub obecnie realizowane od co najmniej 12 miesięcy).”*

Przedmiot i wartość projektów, których dotyczyć miało doświadczenie wykonawcy wskazuje, iż doświadczenie to będą tworzyć z reguły realizacje na rzecz podmiotów publicznych, które z zasady nie mogą być zastrzeżone, gdyż informacje o takich zamówieniach należą do domeny publicznej (np. KIO 1387/17).

Podsumowując, uznał, że ARUP nie spełnił wymagań skutecznego zastrzeżenia wymienionych wyżej dokumentów oraz uzasadnienia objęcia ich tajemnicą, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zaś Zamawiający bezkrytycznie uznał samą czynność zastrzeżenia za skuteczną, nie badając w ogóle, czy spełnione zostały wymagania ustawowe. Zarzut naruszenia prawa w zakresie odmowy udostępnienia przedmiotowych dokumentów zasługuje zatem na uwzględnienie. Odwołujący podnosił także, iż w odpowiedzi na wniosek o przedstawianie szczegółowej oceny ofert w kryteriach jakościowych (co nota bene w ocenie Odwołującego powinno nastąpić już w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej) otrzymał w dniu 24.05.2017r. od Zamawiającego kartę oceny ofert. Kara ta w odniesieniu do ofert konkurentów Odwołującego zawierała zaciemnione uzasadnienie

pisemne oceny w ramach poszczególnych wymagań jakościowych. Jednakże zastrzeżenie przez wykonawcę jako tajemnicy przedsiębiorstwa treści opracowań merytorycznych podlegających ocenie w kryteriach oceny ofert nie powoduje, że Zamawiający jest uprawniony bądź zobowiązany do ujawnienia uzasadnienia oceny tej oferty. W ocenie Odwołującego, uzasadnienie oceny nie zawiera żadnych informacji, które poprzez cytaty czy kontekst mogłyby ujawnić tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności zakładając że uzasadnienie to nie zawiera żadnych cytatów, a jedynie informację o tym czego wykonawcy nie zawarli w opracowaniach, a nie co w nich zawarli. Zatem i zarzut naruszenia prawa w zakresie odmowy udostępnienia uzasadnienia oceny ofert w ramach kryteriów jakościowych zasługuje na uwzględnienie.

**C. Dotyczy zarzutu naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 2 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 (ewentualnie pkt 17) Pzp.** Zamawiający spośród fakultatywnych przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania uwzględnił w warunkach postępowania m. in. postawę określoną w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. ARUP w złożonym w postępowaniu JEDZ oświadczył, iż nie zachodzi wobec Niego ww. podstawa wykluczenia. Tymczasem wobec ARUP zachodzi postawa wykluczenia, o której tu mowa, z uwagi na nienależyte (w szczególności nie w terminie i w sposób niezgodny z pozostałymi wymaganiami zamawiającego) wykonanie zamówienia pn. *„Opracowanie projektu planu zrównoważonego rozwoju publicznego transportu zbiorowego dla Województwa Śląskiego”* realizowanego na rzecz Zamawiającego, którym było Województwo Śląskie, ul. Ligonja 46 40-037 Katowice. Jednocześnie w ocenie Odwołującego ARUP celowo pominął ww. informację w JEDZ wprowadzając w błąd Zamawiającego, a co najmniej działając z rażącym niedbalstwem. Zatem oświadczając w JEDZ, że nie zachodzi wobec niego przedmiotowa podstawa wykluczenia, działał z zamiarem wprowadzenia Zamawiającego w błąd albo co najmniej godził się na to, iż wprowadza Zamawiającego w błąd co do braku istnienia postaw wykluczenia. Wyczerpuje to przesłankę wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Nawet gdyby uznać, że ARUP nie działał tu z zamiarem albo z rażącym niedbalstwem, to Odwołujący podnosi, iż ARUP co najmniej powinien mieć świadomość że przekazuje informacje wprowadzające w błąd. Przy czym są to niewątpliwie informacje mające wpływ na decyzje Zamawiającego. Jednoznacznym wyrazem tego wpływu na decyzje Zamawiającego jest bowiem zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia ARUP i wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. Wyczerpuje to przesłankę wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Zamawiający w dniu 04.06.2018 r. wezwał (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 07.06.2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Ove Arup & Partners International Limited Sp. z o. o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

**Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1090/18, sygn. akt: KIO 1092/18:**

W dniu 15.06.2018 r. (e-mailem, a na posiedzeniu wpływ bezpośredni) Zamawiający wobec wniesienia odwołań wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na oba odwołania, w których wnosił o oddalenie w całości odwołań. Kopia została przekazana Odwołującym oraz Przystępującemu.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp a Wykonawcy wnoszący wszystkie odwołania posiadali interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający ich do złożenia odwołań. Pierwszy z nich Aecom Polska Sp. z o.o., zajął w rankingu trzecią pozycję, a jego zarzuty były skierowane wobec Wykonawców, którzy uplasowali się na wyższych pozycjach, z kolei drugi - Konsorcjum Multiconsult, zajął w rankingu drugą pozycję, a jego zarzuty były skierowane wobec Wykonawcy wybranego, czyli Przystępującego. Każdy z nich niezależnie, w wypadku ich potwierdzenia miał szanse na uzyskanie zamówienia, także w kontekście ewentualnych wnioskowanych odtajnień określonych dokumentów.

Jednocześnie, Izba wskazuje, że nie jest jej rolą przeliczania ostatecznej punktacji wszystkich Wykonawców w kontekście nakazanej w sentencji zmiany punktacji Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1092/18 w ramach kryterium jakości, gdyż należy to do prerogatywy Komisji Przetargowej. Należy przy tym zauważyć, że liczne uchybienia proceduralne ze strony Zamawiającego, na które Izba wskazuje w dalszej części uzasadnienia względem obu odwołań – odnośnie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 21.05.2018 r. i przekazanej w tym zakresie informacji poszczególnym Wykonawcom, mimo że z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp nie skutkowały uwzględnieniem poszczególnych zarzutów, zostały wzięte pod uwagę przez skład orzekający KIO przy ostatecznym uwzględnieniu odwołania o sygn. akt: KIO 1092/18 i nakazanym unieważnieniu czynności z 21.05.2018 r.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody: z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem w sprawie o sygn. akt: KIO 1090/18, sygn. akt: KIO 1092/18, w tym w szczególności treści postanowień SIWZ oraz wszystkich pozostałych oświadczeń oraz dokumentów przywołanych i wskazanych w dalszej części uzasadnienia niniejszego orzeczenia w obu sprawach.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie o sygn. akt: KIO 1090/18 załączony przez Odwołującego do odwołania:

1. Raport Płacowy 2018, trendy na rynku pracy, opracowany przez Hays Poland,
2. Załącznik nr 1 do protokołu prac Komisji Przetargowej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na "Usługę doradztwa technicznego, prawnego oraz ekonomicznego dla Centrum Unijnych Projektów Transportowych" 6/2014/ZAM,
3. Pismo AECOM z 22.05.2018 r.,
4. Pismo Zamawiającego z 25.05.2018 r.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie o sygn. akt: KIO 1090/18 załączone przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołania:

- wydruki z systemu kancelaryjnego Zamawiającego EZD wraz z logów poszczególnych wpisów do rejestru (trzy karty).

Izba dopuściła jako dowód w sprawie o sygn. akt: KIO 1090/18 przedłożone przez Zamawiającego na rozprawie:

1. wyciąg z wersji 1.21 – tzw. SzOOP-u – str. 145;
2. pismo Podsekretarza Stanu z Ministerstwa Rozwoju z 08.01.2018 r. wraz z wnioskami o wydanie interpretacji indywidualnej z 24.04.2018 r. oraz 11.06.2018 r.;
3. przykładowy wzoru umowy o dofinansowanie projektu.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie o sygn. akt: KIO 1090/18 załączone przez Przystępującego do pisma procesowego:

1. Raport Płacowy Antal. Wynagrodzenie oferowane specjalistom i menedżerom. 7. Edycja. Badanie Antal Grudzień 2017 r.,
2. Mikroraport Płacowy Banku Danych o Inżynierach z 08.06.2018 r.
3. Oferta Aecom Polska Sp. z o.o. w ramach postępowania pn.: „Świadczenie usług doradczych o charakterze technicznym w Projektach Drogowych - w tym projektach drogowych realizowanych w systemie PPP - w wybranych korytarzach obecnych i planowanych autostrad oraz projektach dzierżawy Miejsc Obsługi Podróżnych”.

4. SIWZ dla postępowania pn.: „Świadczenie usług doradczych o charakterze technicznym w Projektach Drogowych - w tym projektach drogowych realizowanych w systemie PPP - w wybranych korytarzach obecnych i planowanych autostrad oraz projektach dzierżawy Miejsc Obsługi Podróżnych”.

5. Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej dla postępowania pn.: „Świadczenie usług doradczych o charakterze technicznym w Projektach Drogowych - w tym projektach drogowych realizowanych w systemie PPP - w wybranych korytarzach obecnych i planowanych autostrad oraz projektach dzierżawy Miejsc Obsługi Podróżnych”.

6. Wysokość stawek godzinowych pracy ekspertów wchodzących w skład Zespołu doradców (tajemnica przedsiębiorstwa).

Izba dopuściła jako dowód w sprawie o sygn. akt: KIO 1092/18 przedłożone przez Odwołującego na rozprawie:

- 1) pismo Prezesa Wód Polskich z 30.03.2018 r.;
- 2) wydruki zdjęć dokumentów, które zostały Odwołującemu w określonej postaci udostępnione w toku wglądu (28.05.2018 r.) - tj. wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej oraz dokumentów przedłożonych w trybie art. 26 ust. 1 Pzp w tym także wykazu usług i osób.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie o sygn. akt: KIO 1092/18 załączone przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołania:

- pismo Przystępującego z 16.04.2017 r. (stanowiące odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z 06.04.2018 r. w trybie art. 26 ust. 1 Pzp) wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba dopuściła także jako dowód w sprawie o sygn. akt: KIO 1092/18 przedłożone przez Zamawiającego na rozprawie:

- wydruk ze strony POIS dotyczący tzw. SZOOP wraz z wyciągiem SZOOP wersja 1.21 – str. 142-149.

Jednocześnie, Izba zapoznała się z przedłożonym na rozprawie przez Zamawiającego - rozporządzeniem przywołanym przez Odwołującego, które utraciło moc 30.06.2006 r., rozporządzenie europejskie, tj. Komisji (EWG) Nr 2598/70 z 18.12.1970 r. Nadto, Zamawiający w toku rozprawy dotyczącej odwołania o sygn. akt: KIO 1092/18 powoływał się na złożone w toku rozprawy o sygn. akt: KIO 1090/18 - pismo Podsekretarza Stanu z Ministerstwa Rozwoju z 08.01.2018 r. oraz przykładowy wzoru umowy o dofinansowanie projektu.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę odwołanie o sygn. akt: KIO 1090/18, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie o sygn. akt: KIO 1090/18, pismo procesowe Przystępującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1090/18 złożone na posiedzeniu, odwołanie o sygn. akt: KIO 1092/18, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie

o sygn. akt: KIO 1092/18, pismo procesowe Przystępującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1092/18 złożone na posiedzeniu, a także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu w toku posiedzenia i rozprawy.

### **Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1090/18 - Aecom Polska Sp. z o.o.:**

Aecom Polska Sp. z o.o. zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) Art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 96 ust. 3 Pzp poprzez:

a) naruszenie przez Zamawiającego zasady jawności postępowania i uznanie za skuteczne zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa przez ARUP oraz MULTICONSULT, podczas gdy obaj wykonawcy nie zastrzegli w należyty sposób, że przekazywane informacje nie mogą być udostępniane oraz nie wykazali, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu UZNK, a ponadto powyższe uniemożliwia Odwołującemu dokonanie kontroli prawidłowości stanowiska Zamawiającego w zakresie potwierdzenia spełnienia przez wykonawców warunków zgodności ofert z SIWZ i przepisami prawa zamówień publicznych,

b) naruszenie przez Zamawiającego zasady jawności postępowania oraz SIWZ w zakresie oceny opracowań merytorycznych A, B i C, w stosunku do których ocena miała następować bez ujawnienia podmiotu, od którego pochodzą, podczas gdy z protokołu rozkodowania z 21.03.2018 r. nie wynika, jaką ilość punktów otrzymały poszczególne opracowania przed ich odtajnieniem, co uniemożliwia dokonanie kontroli czy postępowanie było przeprowadzone przez Zamawiającego zgodnie z SIWZ,

c) utajnienie w protokole z oceny ofert oceny punktowej Opracowań A, B i C przygotowanych przez ARUP oraz MULTICONSULT, co uniemożliwia Odwołującemu dokonanie kontroli prawidłowości stanowiska Zamawiającego w zakresie oceny poszczególnych części opracowań wykonawców, w konsekwencji powyższego zarzutu - naruszenie również art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i zasad przejrzystości w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,

2) art. 92 ust. 1 Pzp poprzez niewykonanie przez Zamawiającego zobowiązania do poinformowania wykonawców o przyznanej punktacji w poszczególnych kryteriach oraz podania łącznej punktacji z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego swojej decyzji,

3) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp oraz art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ARUP jako oferty zawierającej rażąco niską cenę i stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów UZNK,

4) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 poprzez dokonanie przez Zamawiającego wadliwej

oceny oferty, w tym opracowań merytorycznych przygotowanych przez AECOM (w ramach kryterium "Jakość wykonania wzorcowych zleceń: Opracowanie A oraz w ramach kryterium "Metodyka zarządzania realizacją usługi": Opracowanie C),

5) art. 26 ust. 3 Pzp względnie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie wezwania ARUP do złożenia dokumentów wskazujących należyty sposób reprezentacji OVE Arup & Partners International Ltd podczas udzielenia pełnomocnictwa panu M. S. do złożenia oferty i składania podpisów pod dokumentami tworzącymi ofertę i innymi dokumentami złożonymi w tym postępowaniu w imieniu OVE Arup & Partners International Ltd. względnie zaniechania uznania oferty jako nieważnej na podstawie art. 104 kc,

6) art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z § 4 ust. 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 26 lipca 2016 r. poprzez udostępnienie protokołu postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia oraz ofert wykonawców z opóźnieniem, nieuzasadnionym okolicznościami sprawy, co doprowadziło do znacznego ograniczenia czasu na przygotowanie odwołania w oparciu o informacje wynikające z udostępnionych przez Zamawiającego dokumentów.

Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowego odwołania.

W tym zakresie, Izba przywołuje w szczególności okoliczności wynikające z odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie, ale także pisma procesowego Przystępującego. Zamawiający ustalił następujące kryteria oceny ofert:

„1. Kryterium jakości - Nazwa: *Metodyka zarządzania realizacją usługi (Opracowanie C)*  
/Waga: 30

2. Kryterium jakości - Nazwa: *Jakość wykonania wzorcowych zleceń (Opracowanie A i B)* /  
Waga: 20

3. Cena - Waga: 50”.

W rozdz. X SIWZ Sposób przygotowania oferty, w pkt 2. 6) a) Zamawiający sformułował wymagania w zakresie Opracowania A: *"Identyfikacja i eliminowanie ryzyk w zakresie kwalifikowalności wydatków i zachowania trwałości projektu przy inwestycjach realizowanych w ramach działania 3.2 Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020 w kontekście zmian ustawy Prawo wodne"* w następujący sposób:

„*W opracowaniu należy zidentyfikować typy potencjalnych beneficjentów pomocy ze środków europejskich, wskazać zmiany w ustawie Prawo wodne mające wpływ na dotychczasową realizację inwestycji w ramach działania 3.2 PO HŚ 2014-2020, wskazać potencjalne ryzyka wprowadzonych zmian w zakresie kwalifikowalności wydatków oraz zachowania trwałości projektu, a także przedstawić propozycję działań minimalizujących opisane ryzyka. Opracowanie powinno być maksymalnie kompleksowe i konkretne. Powinno przedstawiać stan prawny, wielowariantową analizę oraz możliwie konkretne wnioski / rekomendacje.*”.



W rozdz. X Sposób przygotowania oferty, w pkt 2. 6) c) Zamawiający sformułował wymagania w zakresie Opracowania C: "Metodyka zarządzania realizacją usługi": "Opracowanie powinno opisywać sposób podejścia Wykonawcy do realizacji zamówienia (zgodny z wymaganiami zawartymi w SIWZ), umożliwiający dokonanie oceny opracowania w oparciu o kryterium oceny ofert o tej samej nazwie. W szczególności Wykonawca opisze w opracowaniu sposób organizacji pracy zespołu doradców, zaproponuje (jeśli nimi dysponuje) osoby mogące zastępować Kluczowych Doradców, **wykaże znajomość otoczenia instytucjonalnego i prawnego w zakresie kwalifikowalności środków UE** (pogr. i podkr. - autor pisma), opisze program zapewnienia jakości świadczenia usług, zidentyfikuje ryzyka związane z realizacją usług, wskaże metody minimalizacji prawdopodobieństwa ich wystąpienia oraz ograniczenia ich skutków. Opracowanie powinno być maksymalnie kompleksowe / konkretne, dostosowane do zasad realizacji przedmiotowego zamówienia określonych w SIWZ.

Opracowanie powinno być maksymalnie kompleksowe i konkretne. Powinno przedstawiać stan prawny, wielowariantową analizę. Zamawiający wymaga, aby przygotowane przez Wykonawcę opracowanie umożliwiło identyfikację poszczególnych elementów podlegających ocenie.

Objętość opracowania nie powinna przekroczyć 15 stron A4, tekstu pisanego czcionką Times New Roman wielkości 11, z zastosowaniem pojedynczych odstępów."

W SIWZ Zamawiający ustalił następujące zasady oceny ofert w kryteriach jakości – rozdz. XV:

„3.2. *Metodyka zarządzania realizacją usługi - 30%* Liczba punktów w tym kryterium, zostanie przyznana w oparciu o ocenę załączonego do oferty Wykonawcy *Opracowania C - max 100 pkt - „Metodyka zarządzania realizacją usługi”*.

Ocena będzie dokonana w oparciu o następujące podkryteria:

1) *Znajomość otoczenia instytucjonalnego i prawnego*

1.1) *Wykonawca wymienia i opisuje kompetencje wszystkich interesariuszy (również w strukturach UE) mających wpływ na kształtowanie zasad kwalifikowalności oraz wszystkie dokumenty regulujące problem kwalifikowalności, w ramach projektów weryfikowanych przez Zamawiającego - 30 pkt,*

1.2) *Wykonawca wymienia i opisuje kompetencje najważniejszych interesariuszy (również w strukturach UE) mających wpływ na kształtowanie zasad kwalifikowalności oraz najważniejsze dokumenty regulujące problem kwalifikowalności, w ramach projektów weryfikowanych przez Zamawiającego -15 pkt,*

1.3) *Wykonawca nie wymienia i nie opisuje kompetencji najważniejszych interesariuszy (również w strukturach UE) mających wpływ na kształtowanie zasad kwalifikowalności lub*

ważnych dokumentów regulujących problem kwalifikowalności, w ramach projektów weryfikowanych przez Zamawiającego - 0 pkt.

2) Identyfikacja ryzyka związanego z realizacją usług, minimalizacja prawdopodobieństwa wystąpienia zidentyfikowanego ryzyka oraz jego skutków

2.1) Wykonawca właściwie identyfikuje najważniejsze ryzyka związane z realizacją usług oraz proponuje właściwe sposoby zapobiegania wystąpieniu zidentyfikowanego ryzyka i minimalizacji skutków jego wystąpienia - 30 pkt,

2.2) Wykonawca identyfikuje ryzyka związane z realizacją usług lecz proponuje niewłaściwe sposoby zapobiegania wystąpieniu zidentyfikowanego ryzyka lub niewłaściwe sposoby minimalizacji skutków jego wystąpienia - 15 pkt,

2.3) Wykonawca nie identyfikuje ryzyk związanych z realizacją usług lub proponuje niewłaściwe sposoby zapobiegania wystąpieniu zidentyfikowanego ryzyka oraz minimalizacji skutków jego wystąpienia - 0 pkt.

3) Program zapewnienia jakości świadczenia usług

3.1) Wykonawca proponuje program zapewnienia jakości, który zapewnia terminowość i jakość świadczonych usług, w tym wskazuje metody koordynacji pracy ekspertów i przepływu informacji w ramach swojego zespołu oraz Zamawiającego, niwelujące do minimum zagrożenia w zakresie efektywnej realizacji usługi - 40 pkt,

3.2) Wykonawca proponuje ogólny program zapewnienia jakości, który zapewniać ma terminowość i jakość świadczonych usług, w tym wskazuje metody koordynacji pracy ekspertów i przepływu informacji w ramach swojego zespołu oraz z Zamawiającego - 20 pkt,

3.3) Wykonawca proponuje ogólny program zapewnienia jakości, nie przedstawiając metod koordynacji pracy ekspertów, przepływu informacji w ramach swojego zespołu i Zamawiającego, analizy wdrożenia systemów zapewnienia jakości wykonania usługi - 0 pkt.

Zamawiający wymaga, aby przygotowane przez Wykonawcę Opracowanie C, umożliwiło identyfikację poszczególnych elementów podlegających ocenie.

3.3. Jakość wykonania wzorcowych zleceń - 20 % - Liczba punktów w tym kryterium, zostanie przyznana w oparciu o ocenę załączonych do oferty Wykonawcy Opracowań A i B - max 100 pkt. Ocena załączonych do oferty opracowań będzie dokonana według następujących zasad:

1) Opracowanie A - Identyfikacja i eliminowanie ryzyk w zakresie kwalifikowalności wydatków i zachowania trwałości projektu przy inwestycjach realizowanych w ramach działania 3.2 Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020 w kontekście zmian ustawy Prawo wodne - max 50 pkt:

A. 1

A.1.1) Wykonawca wymienił wszystkie właściwe typy potencjalnych beneficjentów pomocy ze środków europejskich w ramach działania 3.2 - 10 pkt

A.1.2) Wykonawca wymienił ponad połowę właściwych typów potencjalnych beneficjentów pomocy ze środków europejskich w ramach działania 3.2 - 5 pkt

A. 1.3) Wykonawca wymienił mniej niż połowę właściwych typów potencjalnych beneficjentów pomocy ze środków europejskich w ramach działania 3.2 - 0 pkt

A.2

A.2.1) Wykonawca wskazał i opisuje główne zmiany w ustawie Prawo wodne mające wpływ na dotychczasową realizację inwestycji w ramach działania 3.2 Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020 -10 pkt

A.2.2) Wykonawca nie wskazał i nie opisał zmian w ustawie Prawo wodne mających wpływ na dotychczasową realizację inwestycji w ramach działania 3.2 Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020 - 0 pkt

A.3

A.3.1) Wykonawca wskazał wszystkie potencjalne ryzyka do wskazanych przez siebie zmian w ustawie Prawo wodne w zakresie kwalifikowalności wydatków -10 pkt

A.3.2) Wykonawca wskazał potencjalne ryzyka do ponad połowy wskazanych przez siebie zmian w ustawie Prawo wodne w zakresie kwalifikowalności wydatków - 5 pkt

A.3.3) Wykonawca wskazał potencjalne ryzyka do mniej niż połowy wskazanych przez siebie zmian w ustawie Prawo wodne w zakresie kwalifikowalności wydatków - 0 pkt

A.4

A.4.1) Wykonawca wskazał wszystkie potencjalne ryzyka do wskazanych przez siebie zmian w ustawie Prawo wodne w zakresie zachowania trwałości projektu -10 pkt

A.4.2) Wykonawca wskazał potencjalne ryzyka do ponad połowy wskazanych przez siebie zmian w ustawie Prawo wodne w zakresie zachowania trwałości projektu - 5 pkt

A.4.3) Wykonawca wskazał potencjalne ryzyka do mniej niż połowy wskazanych przez siebie zmian w ustawie Prawo wodne w zakresie zachowania trwałości projektu - 0 pkt

A.5

A.5.1) Wykonawca przedstawił kompleksową propozycję działań minimalizujących do wszystkich opisanych przez siebie ryzyk -10 pkt

A.5.2) Wykonawca przedstawił propozycję działań minimalizujących do ponad połowy opisanych przez siebie ryzyk - 5 pkt

A.5.3) Wykonawca przedstawił propozycję działań minimalizujących do mniej niż połowy opisanych przez siebie ryzyk - 0 pkt

Zamawiający wymagał, aby przygotowane przez Wykonawcę opracowanie umożliwiło identyfikację poszczególnych elementów podlegających ocenie.

2) Opracowanie B - Zarządzanie ryzykami specyficznymi związanymi z realizacją inwestycji polegających na budowie i modernizacji obiektów hydrotechnicznych pełniących funkcje transportowe na wodnych drogach śródlądowych w ramach działania 3.2 Programu

*Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020, w oparciu o doświadczenia krajowe i europejskie związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków UE - max 50 pkt:*

*B. 1*

*B.1.1) Wykonawca wskazał główne typy obiektów hydrotechnicznych pełniących funkcje transportowe na gruncie prawa polskiego -10 pkt*

*B.1.2) Wykonawca wskazał ponad połowę typów obiektów hydrotechnicznych pełniących funkcje transportowe na gruncie prawa polskiego - 5 pkt*

*B.1.3) Wykonawca wymienił mniej niż połowę, typów obiektów hydrotechnicznych pełniących funkcje transportowe na gruncie prawa polskiego - 0 pkt*

*B.2*

*B.2.1) Wykonawca przedstawił charakterystykę najważniejszych specyficznych warunków, w jakich są realizowane obiekty hydrotechniczne pełniące funkcje transportowe dla wszystkich wskazanych przez siebie typów obiektów -10 pkt*

*B.2.2) Wykonawca przedstawił charakterystykę najważniejszych specyficznych warunków, w jakich są realizowane obiekty hydrotechniczne pełniące funkcje transportowe dla ponad połowy wskazanych przez siebie typów obiektów -5 pkt*

*B.2.2) Wykonawca przedstawił charakterystyki najważniejszych specyficznych warunków, w jakich są realizowane obiekty hydrotechniczne pełniące funkcje transportowe dla mniej niż połowy wskazanych przez siebie typów obiektów - 0 pkt*

*B.3*

*B.3.1) Wykonawca zidentyfikował oraz opisał najważniejsze ryzyka specyficzne, związane z realizacją obiektów hydrotechnicznych na etapie przygotowania i realizacji inwestycji dla wszystkich wskazanych przez siebie typów obiektów -10 pkt*

*B.3.2) Wykonawca zidentyfikował oraz opisał najważniejsze ryzyka specyficzne związane z realizacją obiektów hydrotechnicznych na etapie przygotowania i realizacji inwestycji dla ponad połowy wskazanych przez siebie typów obiektów - 5 pkt*

*B.3.3) Wykonawca zidentyfikował oraz opisał najważniejsze ryzyka specyficzne związane z realizacją obiektów hydrotechnicznych na etapie przygotowania i realizacji inwestycji dla mniej niż połowy wskazanych przez siebie typów obiektów - 0 pkt*

*B4*

*B.4.1) Wykonawca wskazując przykłady konkretnych inwestycji opisał doświadczenia krajowe lub zagraniczne dla wszystkich zidentyfikowanych przez siebie ryzyk -10 pkt*

*B.4.2) Wykonawca wskazując przykłady konkretnych inwestycji opisał doświadczenia krajowe lub zagraniczne dla ponad połowy zidentyfikowanych przez siebie ryzyk - 5 pkt*

*B.4.3) Wykonawca wskazując przykłady konkretnych inwestycji opisał doświadczenia krajowe lub zagraniczne dla mniej niż połowy zidentyfikowanych przez siebie ryzyk - 0 pkt*

## B.5

B.5.1) Wykonawca wskazał sposoby / metody zarządzania dla wszystkich wskazanych przez siebie ryzyk -10 pkt

B.5.2) Wykonawca wskazał sposoby / metody zarządzania dla ponad połowy wskazanych przez siebie - 5 pkt

B.5.3) Wykonawca nie wskazuje wszystkich sposobów / metod zarządzania dla mniej niż połowy wskazanych przez siebie - 0 pkt

Zamawiający wymaga, aby przygotowane przez Wykonawcę opracowanie umożliwiło identyfikację poszczególnych elementów podlegających ocenie."

W pozostałym zakresie, ustalenia Izby zostaną przywołane przy rozpatrywaniu stosownego zarzutu w dalszej części.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

W zakresie zarzutu pierwszego, Izba w/w zarzuty oddaliła.

Dotyczy zarzutu pierwszego wskazanego w lit. a) powyżej.

Względem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1092/18, co do treści opracowań A, B i C, Izba stoi na stanowisku, że niniejszy Wykonawca skutecznie zastrzegł w złożonej ofercie – przedstawiając stosowne uzasadnienie zasadności tego zastrzeżenia – tajemnicy przedsiębiorstwa względem opracowania A, B i C. Na skutek wezwania do wyjaśnień względem opracowania B (którego fragmenty Zamawiający dostrzegł na stronie internetowej tego Wykonawcy), Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1092/18 odtajnił jedynie 4 strony opracowania B, w pozostałym zakresie podtrzymując zastrzeżenie dokonane w ofercie. Izba uznała, że dokonane zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wypełnia wszystkie trzy przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa wynikające z art. 11 ust. 4 UZNK. Wykonawca wykazał zasadność dokonanego zastrzeżenia. Stosowne uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa znajduje się w ofercie (w ramach pisma z 20.02.2018 r.) oraz w piśmie z 05.04.2018 r. Niewątpliwie opracowania są przygotowane na potrzeby konkretnego postępowania i mają autorski charakter, know-how Wykonawcy. Nadto, za wyjątkiem informacji zweryfikowanych pismem z 05.04.2018 r. nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności. Wymienił także przykładowe działania podejmowane w tym zakresie:

- wewnętrzne uregulowania mające gwarantować odpowiednie zabezpieczenie informacji i danych, a w szczególności zintegrowany systemy zarządzania jakością, środowiskiem, bezpieczeństwem i higieną pracy,
- zarządzanie projektami w oparciu o zindywidualizowane systemy zarządzania biznesowego - wskazujące, że w Wykonawcy przewidują proces wewnętrzny dotyczący zapewnienia poufności danych i informacji,
- wykonywanie dla każdego projektu indywidualnego planu realizacji projektu, w ramach którego nacisk kładzie się także na zapewnienie zachowania poufności danych i informacji.
- wprowadzenie programu kompleksowego audytu wewnętrznego w celu zapewnienia, że standardy bezpieczeństwa informacji są dotrzymane,
- bezpieczne przechowywanie informacji poufnych zgodnie z obowiązującymi u Wykonawców właściwymi procedurami,
- wprowadzenie odpowiednich klauzul poufności w umowach z pracownikami i podmiotami współpracującymi, obwarowanych obowiązkiem zapłaty kar umownych w przypadku ich złamania,
- Regulamin Pracy zobowiązujący pracowników do zachowania poufności określonych informacji,
- prowadzenie szkoleń personelu z zakresu ochrony informacji poufnych,
- obowiązek raportowania wykroczeń związanych z zachowaniem poufności oraz przeprowadzanie kontroli wewnętrznych w zakresie przestrzegania regulacji tego dotyczących,
- zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa ww. informacji w każdym przetargu, w którym startują wykonawcy. Dodatkowo Izba wskazuje w zakresie zastrzeżenia koncepcji, metodologii na wyrok SN z 03.12.2014 r., sygn. akt: III SO 8/14, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 2689/15, czy też wyrok KIO 2085/15; KIO 2087/15.

Względem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego, Izba stoi na stanowisku, że także zastrzeżenie dokonane względem wyjaśnień ceny rażąco niskiej, zobowiązania podmiotu trzeciego oraz wyjaśnień Przystępującego z 17.05.2018 r. co do złożonych dokumentów /str. 52-54/ (w odpowiedzi na wezwanie - pismo Zamawiającego z 8.05.2018 r.), jak i wobec wykazu osób i usług – w trybie art. 26 ust. 1 Pzp - było prawidłowe. Stosowne uzasadnienie znajdowało się wraz z wyjaśnieniami ceny rażąco niskiej (pismo z 03.04.2018 r. / str. 7 i 8/), ale także wraz z zobowiązaniem podmiotu trzeciego dołączonym do oferty. Uzasadnienie bowiem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie dotyczy wszystkich oczekiwanych opracowań A, B i C, ale także zobowiązania (wątpliwości Odwołującego abstrahują od pierwszego akapitu uzasadnienia, który wprost odnosi się do wszystkich trzech opracowań, jak i samego zobowiązania: „Zobowiązania do oddania zasobów”). Wykonawca wykazał wszystkie trzy przesłanki -

informacja ma charakter organizacyjny przedsiębiorstwa i w tym zakresie posiada dla niego wartość gospodarczą, informacja ta nie została podana do publicznej wiadomości w stosunku do niej określone działania mające na celu zachowanie tej informacji w poufności. W zakresie ostatniej przesłanki stwierdził, że: „(...) wskutek wdrożonych przez Wykonawcę wewnętrznych procedur dotyczących obiegu dokumentacji dostęp do informacji i dokumentów zastrzeżonych we ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa ma ograniczony krąg osób, zobowiązanych jednocześnie do zachowania poufności poprzez objęcie ich stosownymi klauzulami poufności. Wykonawca stosuje rygorystyczną politykę bezpieczeństwa informacji poprzez m.in. zawieranie odpowiednich postanowień w regulaminach pracy, w umowach o pracę, w umowach o zakazie konkurencji zawieranych z pracownikami oraz umowach o zachowaniu poufności zawieranych z podmiotami współpracującymi oraz klientami. W związku z tym pracownicy oraz podmioty współpracujące z Wykonawcą także są zobowiązane do zachowania w poufności uzyskanych informacji. (...)”.

Stosowne uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa znajduje się także oddzielnie względem złożonych wraz z wyjaśnieniami Przystępującego z 17.05.2018 r. dokumentów /str. 52-54/ (w odpowiedzi na wezwanie - pismo Zamawiającego z 8.05.2018 r.), jak i wobec wykazu osób i usług – w trybie art. 26 ust. 1 Pzp – do pisma z 16.04.2018 r./ str. 2-3/.

Przy czym, Izba wzięła pod uwagę że uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa zobowiązania, wykazu osób i usług pojawiało się wraz ze składaniem kolejnych dokumentów. Z tej przyczyny Izba wzięła pod uwagę kontekst przyczynowo- skutkowy pomiędzy tymi dokumentami i dołączonymi do nich uzasadnieniami tajemnicy przedsiębiorstwa. Z uwagi na utrzymanie tajemnicy Izba w tym zakresie ograniczy się do stwierdzenia, że wynika on z ich treści. Jednocześnie za dopuszczalnością zastrzeżenia wykazu osób przemawia orzecznictwo sądów powszechnych oraz KIO, którego stanowisko skład orzekający podzielił – wyrok SO w Warszawie z 29.03.2007 r., sygn. akt: V Ca 421/07, wyrok KIO o sygn. akt: KIO/UZP 667/10, wyrok KIO o sygn. akt: KIO/UZP 1498/10, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 908/13, wyrok KIO o sygn. akt: 1032/14, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 457/15; KIO 464/15, KIO 473/15; KIO 476/15.

Odnosnie wykazu usług Izba przywołuje wyrok KIO o sygn. akt: KIO 1542/13, zgodnie z którym: „(...) wykazywane przez Przystępującego usługi wykonywane były na rzecz podmiotów prywatnych i nie były to usługi, których wykonanie zostało zlecone w trybie ustawy Pzp. Zdaniem Izby informacje tam zawarte posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa o której stanowi art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wszystkie elementy tajemnicy przedsiębiorstwa, na które wskazuje się w tym przepisie oraz w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (sygn. akt: I CKN 304/00) zostały

wypełnione. Tak więc Izba stwierdziła, że informacja ma charakter organizacyjny przedsiębiorstwa i w tym zakresie podsiada dla niego wartość gospodarczą, informacja ta nie została podana do publicznej wiadomości (...) oraz podjęto w stosunku do niej określone działania mające na celu zachowanie tej informacji w poufności". Z uwagi na to, że przywołany wyrok jest adekwatny do przedmiotowego stanu faktycznego Izba także powyższe okoliczności wzięła pod uwagę.

Odnosnie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień ceny rażąco niskiej Izba za wyrokiem KIO o sygn. akt: KIO 188/16 stwierdza, że: „Wyjaśnienia wykonawcy zawierają szczegółowe dane ekonomiczne i handlowe dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty. Dane te niewątpliwie posiadają wartość gospodarczą i handlową dla wykonawcy, gdyż stanowią swego rodzaju know-how przedsiębiorcy. Podkreślić należy; że nie muszą to być informacje, których ujawnienie "mogłyby zachwiać pozycją spółki na rynku świadczonych usług", jak wskazywał Odwołujący. Wystarczy, że ujawnienie tych informacji może narazić przedsiębiorcę na stratę w postaci pozyskania przez konkurencję zdobytej przez niego wiedzy o charakterze gospodarczym i handlowym, której konkurencja nie posiada.". Nadto wskazuje również w kontekście zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień ceny rażąco niskiej na wyrok SO w Katowicach z 08.05.2007 r., sygn. akt: XIX Ga 167/07 oraz wyrok KIO o sygn. akt: KIO 95/15, jak i wyrok KIO 995/12.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Dotyczy zarzutu pierwszego wskazanego w lit. b) powyżej.

Z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego wynika jednoznacznie, że ocena punktowa opracowań Wykonawców miała miejsce przed ich rozkodowaniem (Protokół oceny ofert 19.03.2018 r., protokół rozkodowania 21.03.2018 r.). Postanowienia SIWZ nie przewidywały przekazania punktacji za złożone opracowania przed rozkodowaniem (taki zarzut wynika z petitum odwołania). Opracowana przez Zamawiającego procedura przewidywała w SIWZ (rozdz. X ust. 2 pkt 5 lit. a i b), najpierw kodowanie poszczególnych opracowań wraz z załączeniem oddzielnych formularzy do ich identyfikacji. Następnie zdeponowanie ich (formularzy identyfikacji opracowań) w sejfie u Zamawiającego i ich otwarcie na koniec procesu oceny na spotkaniu, o którym Wykonawcy mieli zostać poinformowani z co najmniej 3 dniowym wyprzedzeniem. Poszczególni Wykonawcy zostali powiadomieni pismem z 15.03.2018 r., czyli zgodnie z wyprzedzeniem wynikającym z SIWZ o terminie powyższego spotkania (21.03.2018 r.). Jednocześnie wątpliwości Odwołującego z rozprawy w kontekście dołączonych do odpowiedzi na odwołanie załączników z systemu EZD są zbyt daleko idące. Izba zweryfikowała w tym zakresie dołączone do odpowiedzi na odwołanie wydruki logów poszczególnych wpisów do rejestru. Brak jest wymiernych podstaw do twierdzenia, jakoby przed rozkodowaniem, po ocenie nastąpiła zmiana punktacji.



Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Dotyczy zarzutu pierwszego wskazanego w lit. c) powyżej.

W zakresie utajnienia w protokole oceny ofert – oceny punktowej opracowań - Izba rozpatrywała ten zarzut w kontekście zarzutu drugiego oraz szóstego. Z ustaleń Izby bowiem wynika, że Zamawiający pierwotnie w sposób niezgodny z pierwszym wnioskiem z 22.05.2018 r. Odwołującego przekazał dokumenty postępowania w dniu 24.05.2018 r. (przekazał protokół ZP bez punktacji za opracowania oraz oferty złożone w postępowaniu – wniosek był szerszy i został błędnie odczytany przez Zamawiającego). Nadto, czynność wyboru była wadliwa, gdyż nie udostępniono w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej z 21.05.2018 r. punktacji za opracowania uzyskanej przez poszczególnych Wykonawców. Punktacja za opracowania nie znajdował się także w przekazanym protokole ZP (stricte w kontekście niniejszego zarzutu). Dopiero de facto – przy wglądzie (na drugi wniosek z 25.05.2018 r. Zamawiający w dniu 25.05.2018 r. zaprosił Odwołującego do wglądu na 28.05.2018 r.) – a więc na 3 dni przed upływem terminu na złożenie odwołania – Zamawiający udostępnił tą punktację, także względem opracowań samego Odwołującego. Czynności Zamawiającego były dokonywane z naruszeniem przepisów, ale z uwagi na późniejsze działanie, jak i złożenie odwołania, w którym Wykonawca odniósł się do punktacji własnej, jak i punktacji uzyskanej przez konkurentów, zarzut z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp, podlega oddaleniu. Jednocześnie, Izba celem unaocznienia wadliwości działania Izby, wskazuje nie tylko na wyrok KIO z 10.10.2017 r., sygn. akt: KIO 1994/17 znany Zamawiającemu, ale także na wyrok KIO z 26.07.2016 r., sygn. akt: KIO 1227/16, KIO 1236/16, jak i na wyrok KIO z 24.09.2015 r. o sygn. akt 1957/15 i KIO 1962/15 (w tym ostatnim wypadku nie chciano nawet składowi orzekającemu Izby przekazać motywów punktacji, i odmówiono udostępnienia tych motywów samym zainteresowanym w zakresie ich koncepcji, z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa).

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Względem drugiego zarzutu, Izba w/w zarzut oddaliła.

W tym wypadku, przedmiotem zarzutu był brak udostępnienia uzasadnienia faktycznego – tzn. komentarzy/motywów Komisji Przetargowej dotyczących powodów przyznania takiej lub innej punktacji za opracowania - konkurencyjnym Wykonawcom w ramach poszczególnych podkryteriów jakościowych związanych z przygotowywanymi opracowaniami.

W pierwszej kolejności, Izba podkreśla, że co do zasady zgodnie z art. 92 ust. 1 Pzp konieczne jest udostępnienie uzasadnienia faktycznego przyznaje punktacji. Przy czym, w wypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa takich opracowań, w ocenie Izby – konieczne jest udostępnienie, co najmniej w zakresie komentarzy dotyczących w tym

wypadku Odwołującego, czyli każdorazowo o uzasadnieniu przyznania danej punktacji opracowaniom konkretnego Wykonawcy (nie zrobiono tego w stanie faktycznym opisanym w wyroku KIO z 24.09.2015 r. o sygn. akt 1957/15 i KIO 1962/15 przywołanym powyżej). Zaś, sama punktacji winna zostać przekazana względem wszystkich opracowań. Skład orzekający Izba nie przychylił się, co do tezy, że takie komentarze nie podlegają utajnieniu, jako nie odnoszące się do treści opracowań. Skoro, co miało miejsce w tym stanie faktycznym, opracowania zostały skutecznie zastrzeżone, to takie uzasadnienia (komentarze/motywy) odnoszące się wprost do tych opracowań takiemu utajnieniu podlegają. Przy czym, niewątpliwie, w niektórych przypadkach istnieją możliwości ujawnienia motywów Komisji Przetargowej, choć zawsze tego rodzaju działania obarczone są ryzykiem odtajnienia nawet przypadkowego.

Izba podkreśla że w przedmiotowym stanie faktycznym – podczas rozprawy de facto wszyscy Wykonawcy nawet Przystępujący odtajнили pośrednio, czy też bezpośrednio komentarze w taki sposób, że mogą być one przyporządkowane. Powyższą okoliczność skład orzekający Izby wziął pod uwagę także przy orzekaniu w tej sprawie.

Czynności Zamawiającego z 21.05.2018 r. były częściowo wadliwe (jak Izba podnosiła przy rozpatrywaniu wcześniejszego zarzutu – przytoczone orzecznictwo adekwatne także w zakresie przedmiotowego zarzutu), gdyż nawet o samej punktacji konkurentów i własnej oraz motywach przyznania punktacji własnym opracowaniom – powziął wiedzę nie wraz z zawiadomieniem (21.05.2018 r.), ale tylko dzięki własnej wtórnej aktywności i uporze – przy wglądzie 28.05.2018 r. Jednakże, z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp, jak i wskazywane powyżej działania samych Wykonawców, zarzut podlega oddaleniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Względem trzeciego zarzutu, Izba w/w zarzut oddaliła.

W zakresie zarzutu złożenia oferty zawierającej cenę rażąco niską, Izba podkreśla, że Odwołujący nie wykazał zasadności swoich zarzutów. Izba zweryfikowała przekazane Zamawiającemu wyjaśnienia dotyczące ceny rażąco niskiej zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz dołączone do ich dowody – w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Argumentacja i dołączone do pisma Przystępującego złożonego w toku posiedzenia i rozprawy - dowody miały wtórny charakter. Nadto, odnosząc się do wątpliwości Odwołującego z rozprawy, Izba zweryfikował złożony w trybie art. 26 ust.1 Pzp przez Przystępującego w dniu 16.04.2018 r. – wykaz osób oraz wyjaśnienia z 17.05.2018 r., z pośród osób wymienionych znajdują się także osoby z poza Warszawy.

W zakresie zarzutu złożenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, Izba uznała zarzut, tak jak poprzedni, za nieudowodniony. Należy mieć na względzie, że inicjatywa dowodowa w powyższym zakresie leżała po stronie Odwołującego, który ze

wspomnianej okoliczności wywodził skutki prawne w postaci konieczności odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Izba doszła do wniosku, że oprócz zidentyfikowania zarzucanego Przystępującemu czynu nieuczciwej konkurencji, przytoczenia wniosków płynących z przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk i opisanie potencjalnych negatywnych dla Zamawiającego skutków, będących następstwem popełnienia tego czynu, zarzut odwołania nie zawiera w istocie wskazania okoliczności faktycznych mających stanowić jego podstawę. Jedyne na marginesie dodać należy, że przepis art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk niejako penalizuje takie zachowania przedsiębiorcy, które ukierunkowane są na eliminację konkurenta z rynku. Odwołując się do terminologii prawa karnego należałoby powiedzieć, że chodzi tu o zamiar bezpośredni ze szczególnym zabarwieniem (zamiar kierunkowy – *dolus directus coloratus*), którego wykazanie obciąża – zgodnie z podstawowym rozkładem ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym – Odwołującego. Abstrahując od okoliczności, że skoro nie potwierdził się zarzut rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego, to także omawiany zarzut, stanowiący niejako konsekwencję twierdzeń o niedoszacowaniu ceny jego oferty, również należało uznać za chybiony (nie stwierdzono bowiem oferowania przez Przystępującego towarów/usług poniżej kosztów ich zakupu/świadczenia), to nie wydaje się zasadne, aby złożeniu korzystniejszej oferty w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przypisywać znamiona działania w celu eliminacji Odwołującego z rynku, a nie normalnej gry rynkowej (konkurencji). W płaszczyźnie konkretnego postępowania wyraża się ona w rywalizowaniu o zamówienie, w szerszej perspektywie – w dążeniu do ograniczenia udziału w rynku danego przedsiębiorcy, czego nie można w każdym przypadku utożsamiać z dążeniem do jego wyeliminowania.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu czwartego – punktacji uzyskanej przez Odwołującego, Izba w/w zarzut oddaliła.

A 1 – w zakresie tego podkryterium: „wymienił ponad połowę, nie wymienił Ministerstwa Gospodarki Morskiej” – Izba oddaliła zarzuty. W opracowaniu znajduje się co prawda właściwy minister, jednakże w odróżnieniu od sytuacji w opracowaniu Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1092/18 – był to fragment opracowania odnoszący się stricte do ryzyk. Jednocześnie Izba stoi na stanowisku, że każdy z Wykonawców miał wiedzę w zakresie zmian w zakresie Prawa Wodnego, skoro ustawa w tym zakresie została uchwalona 20.07.2017 r., a więc przed 01.01.2018 r.

W konsekwencji tych braków nie ma podstaw – aby przyznać max punktacje w tym podkryterium i uznać, że: „Wykonawca wymienił wszystkie właściwe typy potencjalnych beneficjentów pomocy ze środków europejskich w ramach działania 3.2”.

A3 - w zakresie tego podkryterium: „*brak wskazania ryzyka w zakresie zmiany VAT co może być konsekwencją zmiany podmiotu (przekształcenia podmiotu)*” – Izba oddalił zarzuty. W tym zakresie, Izba uznała kwestie VAT-u za ryzyko kierując się dowodami złożonymi przez Zamawiającego (pismo Podsekretarza Stanu z Ministerstwa Rozwoju z 08.01.2018 r., przykładowy wzoru umowy o dofinansowanie projektu) /kwestia VAT-u winna być bowiem wyartykułowana przez Wykonawców w sposób wyraźny w kontekście zmian w prawie Wodnym, w tym zmian podmiotowych, tzn. Wykonawcy winni stwierdzić czy uznają tą kwestie za potencjalne ryzyko, albo przeciwnie – wskazując dlaczego nie stanowi to ryzyka/.

W konsekwencji tych braków nie ma podstaw – aby przyznać max punktację w tym podkryterium i uznać, że: „*Wykonawca wskazał wszystkie potencjalne ryzyka do wskazanych przez siebie zmian w ustawie Prawo wodne w zakresie kwalifikowalności wydatków*”.

A5 - w zakresie tego podkryterium: „*Wykonawca przedstawił propozycje działania ale nie jest to opis kompleksowy (brak np. wystąpienia o interpretację do Izby Skarbowej w zakresie podatkowym)*” – Izba oddalił zarzuty. Z uwagi na charakter podkryterium, jako powiązanego z podkryterium A3.

C1 - w zakresie tego podkryterium: „*Brak IC i Prawa budowlanego*” – Izba oddalił zarzuty. W tym zakresie Izba uznała, że tak IC, jak i prawo budowlane mieszczą się w formule tego podkryterium. Niewątpliwie bowiem IC jest podmiotem (interesariuszem), który ma faktyczny wpływ na kształtowanie zasad kwalifikowalności, zaś prawo budowlane - dokumentem regulujące w sensie szerokim problem kwalifikowalności, w ramach projektów weryfikowanych przez Zamawiającego.

W konsekwencji tych braków nie ma podstaw – aby przyznać max punktację w tym podkryterium i uznać, że: „*Wykonawca wymienia i opisuje kompetencje wszystkich interesariuszy (również w strukturach UE) mających wpływ na kształtowanie zasad kwalifikowalności oraz wszystkie dokumenty regulujące problem kwalifikowalności, w ramach projektów weryfikowanych przez Zamawiającego*”.

Odnośnie zarzutu piątego, Izba w/w zarzut oddaliła.

Zarzut dotyczył braku realnego umocowania osoby podpisującej ofertę do działania w imieniu Przystępującego. Zgodnie z rozdz. X ust. 2 pkt 3 SIWZ Zamawiający wymagał, aby oferta wykonawcy zawierała pełnomocnictwo do reprezentowania wykonawcy. Stosownie do tego Przystępujący złożył wraz z ofertą wymagane pełnomocnictwa, tj. pełnomocnictwo udzielone p. M. S. przez dyrektora spółki p. M. S. T. (pełnomocnictwo z 04.04.2017 r.) oraz pełnomocnictwo udzielone przez pana M. S. pani E. C. (pełnomocnictwo z 10.04.2017 r.), która podpisała ofertę.

Dodatkowo, Przystępujący nie był zobowiązany do złożenia odpisu z właściwego rejestru handlowego, co prawda zgodnie z rozdz. VII ust. 2 pkt 1 SIWZ Zamawiający wymagał złożenia, w wyznaczonym terminie, odpisu z właściwego rejestru w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 1 Pzp. Jednakże w rozdz. VII ust. 3 pkt 2 SIWZ Zamawiający wskazał, że jeżeli wykonawca ma siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej, zamiast odpisu z właściwego rejestru w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 1 Pzp. wykonawca składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę, potwierdzające, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, wezwał Przystępującego do złożenia, w terminie do dnia 16.04.2018 r., właściwych dokumentów. Przystępujący wraz pismem z 16.04.2018 r. przedstawił Zamawiającemu zaświadczenie Naczelnika Urzędu Rejestrowego Spółek dla Anglii i Walii z 07.11.2017 r., w którym ten ostatni oświadczył, że według jego najlepszej wiedzy spółka nie znajduje się w stanie likwidacji, nie wydano wobec niej nakazu sądowego celem ustanowienia zarządu komisarycznego, a w odniesieniu do jej majątku nie został wyznaczony żaden syndyk ani zarządca. Przystępujący złożył zatem odpowiedni dokument, wystawiony w kraju, w którym ma siedzibę, potwierdzający, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości.

Jednocześnie pełnomocnictwo udzielone panu M. S. przez pana M.S. T. zostało złożone przed notariuszem, który w osobnym dokumencie potwierdził jego skuteczność oświadczając, że: *„niniejsze Pełnomocnictwo, podpisane i opieczątowane w powyższy sposób, zostało w sposób ważny udzielone i jest wiążące dla wskazanej spółki zgodnie z przepisami prawa angielskiego”*. Nadto, Przystępujący złożył Zamawiającemu przy piśmie z 17.05.2018 r. aktualny odpis z Krajowego Rejestru Sądowego dla polskiego oddziału spółki, z którego wynika, że p. M.S. T. jest uprawniony do samodzielnej reprezentacji spółki. Jednocześnie wraz z tym pismem wyjaśnił, że dyrektorzy spółki są umocowani do samodzielnej reprezentacji, a sekretarz nie (pytanie dotyczyło także niego jako wymienionego w pełnomocnictwie z 04.04.2017 r.).

Izba wzięła powyższe okoliczności pod uwagę, uznając za rozstrzygające, że z uwagi na art. 26 ust. 6 Pzp – Zamawiający mógł zapoznać się samodzielnie z dostępnym KRS-em polskiego oddziału spółki. Zgodnie z nim p. M.S. T. jest uprawniony do samodzielnej reprezentacji spółki. Nadto, p. M. S. (udzielił pełnomocnictwa z 10.04.2017 r.) – został wskazany z kolei jako osoba reprezentująca przedsiębiorcę zagranicznego w oddziale. Izba w tym ostatnim wypadku kierowała się również - uchwałą SN z 26.02.2014 r., sygn. akt: III CZP 103/13. Sąd Najwyższy słusznie zauważył, że upoważnienie osoby, o której mowa w przepisie art. 87 u.s.d.g. obejmuje wszystkie te czynności, które pozwalają na możliwie pełne, kompleksowe i samodzielne prowadzenie spraw oddziału. Zadaniem ww. osoby jest

zatem nie tylko reprezentowanie przedsiębiorcy zagranicznego w sensie ścisłym, a więc dokonywanie w jego imieniu czynności prawnych na terytorium Polski, lecz także ogólna dbałość o jego interesy, która może wiązać się również z podejmowaniem innych działań w ramach bieżącej działalności oddziału, nie wyłączając realizacji obowiązków o charakterze administracyjnym. Ustanowienie osoby upoważnionej na podstawie przepisu art. 87 u.s.d.g. oznacza także przyznanie jej możliwości dokonywania czynności o charakterze faktycznym w stosunkach wewnętrznych i zewnętrznych oddziału, jak również obejmuje swoim zakresem uprawnienie do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego w postępowaniach sądowych. Tym samym, osoba upoważniona do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego w oddziale może skutecznie udzielać pełnomocnictw procesowych w imieniu przedsiębiorcy zagranicznego. W komentowanej uchwale Sąd Najwyższy wskazał również, że jeśli w KRS jest ujawnionych kilka osób upoważnionych w oddziale do reprezentowania przedsiębiorcy zagranicznego, wówczas każda osoba może samodzielnie udzielić pełnomocnictwa procesowego. A zatem może także samodzielnie reprezentować oddział bez konieczności współdziałania z pozostałymi osobami.

Co więcej, jak zauważył Sąd Najwyższy, obowiązek ustanowienia osoby, o której mowa w przepisie art. 87 u.s.d.g., stanowi dodatkowe zabezpieczenie prawne w obrocie. Osoby zawierające umowy handlowe lub wchodzące w inne relacje handlowe z oddziałem przedsiębiorcy zagranicznego w Polsce mogą działać w zaufaniu, że osoba ujawniona w KRS jako „reprezentant” tego przedsiębiorcy może podejmować skuteczne działania zarówno w sferze faktycznej, jak i prawnej, korzystając w tym zakresie z domniemania prawdziwości wpisu w KRS.

W rezultacie brak było podstaw do jakichkolwiek działań ze strony Zamawiającego, takich jak wnioskowane w odwołaniu, a tym bardziej odrzucenia oferty Przystępującego.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu szóstego, Izba w/w zarzut oddaliła.

W pierwszej kolejności Izba podkreśla, tak jak w wypadku zarzutu 1 c) oraz drugiego, że po stronie Zamawiającego miało miejsce naruszenie (przywołane orzecznictwo względem poprzednich zarzutów adekwatne także w zakresie przedmiotowego zarzutu). Pierwszy wniosek nie został wykonany zgodnie z jego treścią (stanowisko Zamawiającego wyrażone po wglądzie w piśmie z 29.05.2018 r., co do czynności podjętych w zakresie pierwszego wniosku z 22.05.2018 r. w odpowiedzi na pismo z 25.05.2018 r. /wpływ 28.05.2018 r./ Odwołującego dotyczące udostępnienia danych – jest niezgodne z ustaleniami Izby/, stąd drugi wniosek Odwołującego. W konsekwencji, Zamawiający, karty ocen za opracowania udostępnił – także samego Odwołującego – dopiero przy wglądzie, co jest niedopuszczalne (na co Izba wskazywał przy rozpatrywaniu szczegółowym obu wcześniejszych zarzutów),

jednakże z uwagi na okoliczności wskazane wcześniej, biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 Pzp, tak jak wcześniejsze zarzuty, także ten zarzut podlega oddaleniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie o sygn. akt: KIO 1090/18 na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

### **Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1092/18 – Konsorcjum Multiconsult:**

Konsorcjum Multiconsult zarzuciło Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 91 Pzp poprzez nieprawidłową ocenę oferty Odwołującego na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ (zaniżenie liczby przyznanych punktów) oraz poprzez wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza w postępowaniu,

2) art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 UZNK poprzez zaniechanie ujawnienia złożonych przez wyłonionego w postępowaniu wykonawcę - ARUP:

- wykazu osób
- wykazu usług
- wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp
- uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych w ww. dokumentach,

pomimo iż ARUP nie wykazało zasadności dokonanego zastrzeżenia,

3) art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 11 ust. 4 UZNK konkurencji poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu uzasadnienia oceny ofert w kryteriach jakościowych, pomimo iż nie zawierają one informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawców AECOM Polska Sp. z o.o. i ARUP,

4) art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia ARUP z postępowania pomimo, że wobec wykonawcy tego zachodzi wskazana podstawa wykluczenia,

5) art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia ARUP z postępowania pomimo, że wykonawca ten wprowadził (w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa) Zamawiającego w błąd, przy przedstawieniu informacji, że nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia, ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia ARUP z postępowania w związku z tym, że wykonawca ten przedstawił (w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa) informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, a powyższe miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, tj. na wybór oferty ARUP jako najkorzystniejszej.

Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowego odwołania.

W tym zakresie, Izba przywołuje w szczególności okoliczności wynikające z odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie, ale także pisma procesowego Przystępującego. Nadto, Izba przywołuje postanowienia SIWZ powołane w ustaleniach w sprawie o sygn. akt: KIO 1090/18 odnośnie podkryteriów jakościowych dotyczących opracowań A, B i C i zasad oceny kryteriów oceny ofert. W pozostałym zakresie, ustalenia Izby zostaną przywołane przy rozpatrywaniu stosownego zarzutu w dalszej części.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu pierwszego, Izba w/w zarzut uwzględniła w zakresie podkryterium A1.

A 1 – w zakresie tego podkryterium: „*nie wymienił Wód Polskich i Ministerstwa Gospodarki Morskiej*” – Izba uwzględniła zarzuty. W opracowaniu znajduje się bowiem właściwy minister, jak i Wody Polskie. Miało to miejsce w wyodrębnionej jednostce redakcyjnej dotyczącej zmian w Prawie Wodnym odnoszącym się do typów beneficjentów.

A3 - w zakresie tego podkryterium: „*brak wskazania ryzyka w zakresie zmiany VAT co może być konsekwencją zmiany podmiotu (przekształcenie podmiotu); brak ryzyka dotyczącego zmiany ustawy w zakresie wprowadzenia opłat za usługi wodne*” – Izba oddalił zarzuty. W tym zakresie, Izba uznała kwestie VAT-u za ryzyko kierując się dowodami złożonymi przez Zamawiającego (pismo Podsekretarza Stanu z Ministerstwa Rozwoju z 08.01.2018 r., przykładowy wzór umowy o dofinansowanie projektu /dwa pierwsze dowody przywołane także podczas rozprawy o sygn. akt: KIO 1092/18/, wydruk ze strony POIS dotyczący tzw. SZOOP oraz sam SZOOP – wersja 1.21 /pkt 15 – str. 147/, pismo Prezesa Wód Polskich z 30.03.2018 r. /to ostatnie złożone przez Odwołującego, ale w ocenie Izby potwierdzające stanowisko Zamawiającego/) /kwestia VAT-u winna być bowiem wyartykułowana przez Wykonawców w sposób wyraźny w kontekście zmian w prawie Wodnym, w tym zmian podmiotowych, tzn. Wykonawcy winni stwierdzić czy uznają ta kwestie za potencjalne ryzyko, albo przeciwnie – wskazując dlaczego nie stanowi to ryzyka/. W opracowaniu przygotowanym przez Wykonawcę, nie znajduje się wprost takie stwierdzenie jak w odwołaniu, tzn. że kwestia VAT-u stanowi nie ryzyko, ale problem zarządczy. Odnosnie opłat za wodę, Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego - w opracowaniu – niewątpliwie znajduje się odniesie do opłat tego rodzaju. Jednocześnie stanowisko Zamawiającego w zakresie opłat było niespójne i nieprecyzyjne. Nie wynikało także z motywów zawartych w protokole. Przy czym, z uwagi na charakter tego podkryterium nawet sanowanie decyzji przez Zamawiającego w zakresie tego motywu nie zmieni



punktacji, gdyż aby uzyskać 10 pkt. Należało podać wszystkie ryzyka, a brak jest w zakresie VAT-u. W konsekwencji tego braku nie ma podstaw – aby przyznać max punktacje w tym podkryterium i uznać, że: „Wykonawca wskazał wszystkie potencjalne ryzyka do wskazanych przez siebie zmian w ustawie Prawo wodne w zakresie kwalifikowalności wydatków”.

B1, B2 - w zakresie tych podkryterium: „wskazał 5 obiektów z 8 przyjętych przez CUPT (posługuje się rozporządzeniem Rady Europejskiej a nie prawem polskim)” / „nie przedstawił warunków w kontekście wskazanych obiektów” – Izba oddalił zarzuty. Izba zweryfikowała stanowisko Zamawiającego oraz Odwołującego przedstawione na rozprawie i wynikające z odpowiedzi na odwołanie, w kontekście przywołanych aktów prawnych, w tym rozporządzenia krajowego - rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 20 kwietnia 2007 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie (Dz. U. nr 86, poz. 579 - § 3 pkt 1. Jednocześnie potwierdzając, że zgodnie § 3 pkt 3 Prawa budowlanego z 7 lipca 1994 r. (t.j. z 2018 r., poz. 1202) przez budowle należy rozumieć m.in. obiekt hydrotechniczny. Uniemożliwia powyższe przyjęcie stanowiska Odwołującego w zakresie uznania za taki np. punktu poboru opłat. Uznając trafność stanowiska Zamawiającego, należy potwierdzić, iż Odwołujący przedstawił jedynie 5 obiektów. Opis zaś dotyczy głównie rzeki. Przy czym, w tym wypadku, Izba podzieliła stanowisko Przystępującego, że należało przedstawić każdy obiekt z osobna i przynależny mu specyficzny warunek, samo kryterium wskazywało na specyficzne warunki w jakich są realizowane obiekty hydrotechniczne, czyli wynika z tego za każdy obiekt charakteryzował się pewną specyfiką stąd, aby określić, czy wskazano dla ponad połowy owe specyficzne warunki należało przyjąć takie jak wyżej przyporządkowane.

W konsekwencji brak jest podstaw do jakiegokolwiek zmiany punktacji w tych podkryteriach. W pierwszym bowiem wypadku, aby uzyskać max ilość punktów (Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1092/18 uzyskał - 5 pkt „ponad połowę”) w tym podkryterium należało wskazać: „główne typy obiektów hydrotechnicznych pełniących funkcje transportowe na gruncie prawa polskiego”, zaś w drugim wypadku, aby uzyskać oczekiwane 5 pkt (Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1092/18 uzyskał - 0 pkt) w tym podkryterium należało wskazać: „charakterystykę najważniejszych specyficznych warunków, w jakich są realizowane obiekty hydrotechniczne pełniące funkcje transportowe dla ponad połowy wskazanych przez siebie typów obiektów”.

C1 - w zakresie tego podkryterium: „nie wskazał Pzp, nie wskazał SZOP” – Izba oddalił zarzuty. W tym zakresie izba uznała że tak Pzp oraz SZOOP mieszczą się w formule tego podkryterium. Niewątpliwie bowiem oba dokumenty – to dokumenty regulujące szeroko - problem kwalifikowalności, w ramach projektów weryfikowanych przez Zamawiającego.

W konsekwencji tych braków nie ma podstaw – aby przyznać max punktacje w tym podkryterium i uznać, że: „Wykonawca wymienia i opisuje kompetencje wszystkich

*interesariuszy (również w strukturach UE) mających wpływ na kształtowanie zasad kwalifikowalności oraz wszystkie dokumenty regulujące problem kwalifikowalności, w ramach projektów weryfikowanych przez Zamawiającego”.*

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu drugiego, Izba w/w zarzut oddaliła.

W ocenie Izby, Przystępujący wykazał wszystkie trzy przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa – w konsekwencji skutecznie zastrzegł tajemnice przedsiębiorstwa względem wykazu osób i wykazu usług, jak i wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Wykazał zasadność dokonanego zastrzeżenia, odpowiednio co do wykazów osób i usług w pismach z 16.04.2018 r. (str. 2 i 3) i w piśmie z 17.05.2018 r. (str. 53 -54), czyli wraz z przykazaniem wykazów oraz złożeniem wyjaśnień do wykazów. Jednocześnie, w piśmie z 17.05.2018 r. (str. 52-54), czyli wraz ze złożeniem wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Odnosnie zastrzeżenia samego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, takie działanie byłoby niezgodne z przepisami. Izba wskazuje w tym zakresie za postanowieniem z 21.06.2017 r. o sygn. akt: KIO 1153/17: *„(...) art. 8 ust.3 ustawy Pzp w zdaniu 1 stanowi: „3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”. To oznacza, że uzasadnienie zastrzeżenia informacji samo w sobie nie powinno stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, albowiem wykonawca zasadność wyłączenia jawności informacji [ich zastrzeżeń] ma wykazać nie tylko przed zamawiającym, ale także wobec konkurujących z nim wykonawców. Jednakże hipotetycznie zakładając, jeżeli, z jakichś przyczyn obiektywnych, w uzasadnieniu decyzji o zastrzeżeniu danych informacji, konieczne jest wskazanie na elementy, które także spełniają wymagania z definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, to wykonawca powinien je przedstawić, przykładowo – chociażby z praktycznych powodów - na odrębnych kartach. (...)”.* W przedmiotowym stanie faktycznym, Przystępujący jednakże nie zastrzegł samego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W tym zakresie więc zarzut jest niezasadny.

Odnosnie kwestii nie udostępnienia Odwołującemu przez Zamawiającego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczącego wykazu osób i usług oraz wyjaśnień udzielonych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Zamawiający uzasadnienie dotyczące wykazu osób i usług udostępnił Odwołującemu wraz z odpowiedzią na odwołanie. Jednocześnie, Izba nie ma podstaw do uznania zasadności argumentacji Odwołującego, że Zamawiający uniemożliwił mu przy wglądzie de facto zapoznanie się z uzasadnieniem

zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, tak przy obu wykazach, jak i przy wyjaśnieniach w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, czyli pośrednio przez swoje działanie zastrzegł samo uzasadnienie. W tym zakresie, Izba wzięła pod uwagę oświadczenie złożone przez osobę ze strony Odwołującego dokonującej wglądu w dniu 28.05.2018 r. (w odpowiedzi na wniosek z 25.05.2018 r.), która w ramach oświadczenia z 28.05.2018 r. potwierdziła dokonanie wglądu i nie zawarła żadnych uwag np. co sposobu udostępnienia, na podpisanym oświadczeniu w tym zakresie.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Oдноśnie zarzutu trzeciego, Izba w/w zarzut oddaliła.

Izba tak jak przy rozpatrywaniu odwołania o sygn. akt: KIO 1090/18 podtrzymuje, że kwestia zastrzeżenia komentarzy, motywów co do punktacji za złożone opracowania należy rozpatrywać w kontekście skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa opracowań oraz istniejących możliwości udostępnienia w kontekście tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że ta ocena dotyczy tego czego nie ma w opracowaniu, a więc braków które nie podlegają zastrzeżeniu. Niewątpliwie bowiem, czasem nawet ujawnienie takich braków jest równoznaczne z naruszeniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Przy czym, w przedmiotowym stanie faktycznym, wobec de facto odtajnienia na rozprawie komentarzy przez wszystkich Wykonawcy nawet Przystępującego (pośrednio, czy też bezpośrednio w taki sposób, że mogą być one przyporządkowane), brak było podstaw do uwzględnienia zarzutu. Nie zmienia to jednak stanowiska Izby, że udostępnienie punktacji i motywów komentarzy dotyczących opracowań Odwołującego miało miejsce po zawiadomieniu o wyniku (21.05.2018 r.), na skutek własnej wtórnej aktywności – w tym wypadku na wniosek z 22.05.2018 r. – dopiero 24.05.2018 r., co jest działaniem niedopuszczalnym.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Oдноśnie zarzutu czwartego oraz piątego wraz z jego zarzutem ewentualnym, zostały one na rozprawie wycofane przez Odwołującego. W konsekwencji wycofania powyższych zarzutów, Izba pozostawiła je bez rozpoznania.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie o sygn. akt: KIO 1092/18 na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp w związku z § 13 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j.: Dz. U. z 2014, poz. 964 oraz Dz. U.

z 2017 r., poz.14), wydała w sprawach o sygn. akt: KIO 1090/18, sygn. akt: KIO 1092/18 orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 6 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 (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba uznała wniosek Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1092/18 o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....