

**Sygn. akt: KIO 1368/11**

**WYROK**

**z dnia 11 lipca 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Honorata Łopianowska**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lipca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 czerwca 2011 r. przez wykonawcę ECORYS Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości przy udziale WYG International spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie;**

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego ECORYS Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez ECORYS Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:**

## Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „*Instrument Szybkiego Reagowania*” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – wartość zamówienia została ustalona na kwotę 62.821.307,06 zł (16.363.976,82 euro).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 marca 2011r., pod nr 2011/S 45-073977.

Odwołujący w dniu 17 czerwca 2011 r. otrzymał informację o wyniku postępowania, zaś w dniu 27 czerwca 2011r. wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez WYG International spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz zaniechania wykluczenia tego wykonawcy i odrzucenia jego oferty. Odwołujący postawił zarzuty, dotyczące:

- 1) dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez WYG International Sp. z o.o., zwanej w dalszej treści niniejszego pisma WYG, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 2 co prowadzi do naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy;
- 2) zaniechania wykluczenia WYG z uwagi na fakt iż wykonawca ten nie wniósł wadium, czym naruszono art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy;
- 3) zaniechania odrzucenia oferty WYG z uwagi na fakt, iż treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ, czym naruszono art. 89 ust. 2 pkt 2 ustawy;
- 4) zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty ECORYS, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 2 co prowadzi do naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy;
- 5) zaniechania udostępnienia informacji stanowiących podstawę oceny oferty – wskaźnika efektywności zatrudnienia oraz zaniechanie badania skuteczności zastrzeżenia dokumentów i elementów oferty, czym naruszono art. 8 ust. 1 ustawy;
- 6) zaniechania niezwłocznego udostępnienia dokumentacji postępowania czym naruszono art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 oraz art. 96 ust. 5 ustawy w związku z § 5 ust. 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r., w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W oparciu o tak wyrażone zarzuty, Odwołujący postawił następujące żądania:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty WYG;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 3) wykluczenia WYG z postępowania;
- 4) odrzucenia oferty WYG;
- 5) dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej

alternatywnie, w przypadku nie uwzględnienia zarzutów odnoszących się do oferty WYG: nakazanie unieważnienia postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, iż:

1. Wraz z ofertą, WYG złożył wadium w postaci gwarancji bankowej numer 693/11/WAR, wystawionej przez BNP Paribas Fortis BANK. Kwota w treści gwarancji jest równa żądanej w ogłoszeniu i SIWZ -wynosi 500 000,00 PLN. W treści gwarancji zawarto zapis, iż *„Pisemne żądanie wypłaty od Beneficjenta (...) musi zostać doręczone Bankowi w terminie obowiązywania niniejszej gwarancji za pośrednictwem innego banku i wraz z jego potwierdzeniem, iż żądanie wypłaty wraz z oświadczeniem, zostały podpisane przez osoby uprawnione do działania w imieniu Beneficjenta”*, co oznacza, że Zamawiający w celu uzyskania wypłaty musi skierować żądanie przez bank prowadzący obsługę rachunku bankowego, wskazany do wpłaty wadium to jest Raiffeisen Bank Polska. Zgodnie z pkt. 11 Wyciągu z tabeli opłat i prowizji RFB dla podmiotów gospodarczych, potwierdzenie zgodności podpisów Klienta kosztuje 30,00 PLN. Oznacza to, iż kwota wadium, którą może otrzymać Zamawiający wynosi nie 500 000 zł, lecz 499 970,00 zł. Zamawiający nie ma zatem możliwości otrzymania pełnej kwoty wadium. To po stronie wykonawcy leży obowiązek zapewnienia możliwości uzyskania przez Zamawiającego beneficjum w wysokości pełnej kwoty wadium: nie można także obciążać Zamawiającego żadnymi kosztami transakcyjnymi związanymi z wpłatą kwoty wadium na jego rachunek bankowy. Za takim rozumowaniem przemawia treść art. 45 ust. 4 ustawy, który nakazuje zwrot wadium wniesionego w pieniądzu z odsetkami, ale pomniejszonymi o koszty prowadzenia rachunku - koszty obrotu pieniężnego ponosi wykonawca. WYG podlega zatem wykluczeniu w trybie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy. Do upływu terminu składania ofert, wadium nie zostało bowiem wniesione.

2. W treści oferty WYG nie podano wartości majątkowych praw autorskich. W § 10 SIWZ Zamawiający zawarł „Opis sposobu obliczenia ceny”; w punkcie 2 podano tabelaryczny sposób obliczenia ceny. Zamawiający zażądał w SIWZ podania w ofercie kwoty wartości autorskich praw majątkowych. Kwota wartości autorskich praw majątkowych zalicza się do istotnych warunków umowy, co wynika z § 6. ust 1 a także § 24 ust. 4 załącznika nr 6 „Wzór umowy”. W treści oferty złożonej przez WYG nie podano kwoty wartości autorskich praw majątkowych. To istotny brak w treści wyraźnego oświadczenia woli zawartego w ofercie; nie

może on zostać w żaden sposób uzupełniony. Zamawiający nie ma możliwości bez negocjacji otrzymać tej istotnej informacji, zatem treść oferty WYG nie odpowiada treści SIWZ, podlega więc odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

**3.** W formularzu oferty, WYG zaoferował termin rozpoczęcia pierwszego naboru równy 33 dni od dnia zawarcia umowy. Zgodnie z § 2 ust 4 wzoru umowy, nabór przedsiębiorców do usługi może rozpocząć się po zakończeniu audytu systemowego, o którym mowa w § 19 umowy. Zgodnie z treścią wyjaśnienia z dnia 24 marca 2011 roku w odpowiedzi na pytanie nr 14, Zamawiający stwierdził: W opinii Zamawiającego, nie jest możliwe rozpoczęcie przez Wykonawcę realizacji działań przed przeprowadzeniem audytu systemowego, tj. zaakceptowaniem przez Zamawiającego raportu z audytu systemowego (Typu A), a to następuje w ciągu 33 dni od dnia zgłoszenia Zamawiającemu gotowości do poddania się audytowi systemowemu. Można stąd wyprowadzić prosty wniosek, że jeżeli WYG zgłosi gotowość do poddania się audytowi systemowemu w dniu zawarcia umowy, to dopiero po upływie 33 dni może rozpocząć pierwszy nabór przedsiębiorców do usługi. Zatem dniem, w którym rozpocznie się pierwszy nabór do usługi jest dzień numer trzydzieści cztery (34). Termin rozpoczęcia pierwszego naboru jest treścią kryterium oceny ofert nr 3 o wadze 16 punktów. Oferując termin rozpoczęcia naboru WYG musiał uwzględnić konieczne czynności Zamawiającego. Nie uczynił tego, zatem treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. Uchybienie w ocenie ma wpływ na wynik postępowania, a oferta WYG podlega odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

**4.** W dniu 22 czerwca 2011 roku dokonano wglądu i kopiowania udostępnionej dokumentacji postępowania, przy czym nie udostępniono szeregu ważnych informacji, istotnych z punktu widzenia oceny oferty jak również oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nie udostępniono: informacji dotyczącej wskaźnika efektywności zatrudnienia - stanowiącego podkryterium opisane w kryterium oceny ofert „Sposób realizacji usługi szkoleniowo-doradczej”; wykazu osób, które będą realizować zamówienie; wykazu wykonanych usług; zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia potencjału.

W dokumentacji postępowania brak jest korespondencji związanej z wyjaśnieniem przez Zamawiającego podstaw zastrzeżenia informacji publicznej. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 kwietnia 2010 r., KIO/UZP 528/10 należy stwierdzić, iż aby można było mówić o uprawnionym bądź nieuprawnionym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający powinien dokonać oceny, czy łącznie zostały spełnione przesłanki opisane w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przede wszystkim powinien dokonać oceny, jaki charakter ma zastrzeżona informacja. Następnie powinien ustalić, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznanne ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca ma wolę, by dana

informacja pozostała tajemnicą dla pewnych odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. To na Zamawiającym spoczywa obowiązek badania skuteczności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępnienia informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia (uchwała SN z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05). Jedną z podstawowych zasad jest zasada jawności postępowania. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa należy postrzegać jako wyjątek od tej zasady. Tak więc tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób, a powyższe mieści się w charakterze obowiązków, a nie uprawnień Zamawiającego. Zamawiający, w każdym przypadku powinien indywidualnie zbadać, w odniesieniu do każdego dokumentu zastrzeżonego jako tajny, czy zachodzą przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, zwłaszcza, że decyduje o tym treść dokumentu. Tym samym bardzo precyzyjnie i dokładnie należy się odnosić do treści poszczególnych dokumentów, może bowiem wystąpić sytuacja, iż tajemnicą przedsiębiorstwa faktycznie jest objęta tylko część dokumentu, nie zaś jego całość. W takim przypadku zastrzeżenie całej treści dokumentu jest nieuprawnione. Z taką sytuacją mamy do czynienia wprost w odniesieniu do zastrzeżenia informacji dotyczącej wskaźnika efektywności zatrudnienia. Objęto zastrzeżeniem i nie udostępniono informacji, która z racji swojej funkcji - stanowi podstawę oceny oferty - posiada zasadnicze znaczenie w sprawie, za „Wskaźnik” można było otrzymać aż 30 pkt, podczas gdy za cenę tylko 14. To głównie na skutek punktacji za „Wskaźnik” - oferta WYG została wyraźnie wyżej oceniona niż oferta Odwołującego. Co więcej, jeżeli uznać, że punktacja w kryterium „Wskaźnik efektywności zatrudnienia” została oparta na faktycznie podanej przez WYG wartości matematycznej, to ze wzoru matematycznego opisującego sposób oceny w ramach tego kryterium, znajdującego się w § 12 ust. 2 pkt 2) na str. 20 SIWZ, można ten wskaźnik wyliczyć. Nie udostępnienie wartości wskaźnika efektywności zatrudnienia, dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału jak również brak badania podstaw i skuteczności zastrzeżenia - wywarły wpływ na wynik postępowania. W przypadku bowiem stwierdzenia, że jakiegokolwiek nieudostępnione informacje są jawne - Zamawiający musiałby udostępnić je Odwołującemu. To z kolei mogłoby zaskutkować stwierdzeniem nie potwierdzenia spełnienia warunku udziału lub/i stwierdzeniem, że wskaźnik efektywności zatrudnienia jest inny niż to wynika z punktacji Zamawiającego.

**5.** Doszło do naruszenia zasady równego traktowania oraz zasady jawności postępowania w dniu 17 czerwca 2011 r., o godzinie 17.09 Zamawiający drogą faksową powiadomił Odwołującego o wyniku postępowania. Zawiadomienie przekazano w piątek, po godzinach pracy zarówno Zamawiającego, jak również Odwołującego. Moment powiadomienia spowodował, że Odwołujący nie miał możliwości w dniu otrzymania informacji - złożenia

wniosku o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami. Zamawiający także nie miał możliwości takiego wniosku skutecznie przyjąć ani wykonać obowiązku płynącego z art. 96 ust. 5 ustawy w związku z § 5 ust. 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie określenia wzoru protokołu postępowania, zgodnie z którym w przypadku, gdy udostępnienie kopii protokołu na wniosek dotyczy informacji o wyniku postępowania, powinno zostać dokonane nie później, niż w dniu przesłania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Działanie Zamawiającego naruszyło bezpośrednio art. 7 ust. 1 ustawy, bowiem poprzez taki sposób powiadomienia Odwołujący faktycznie utracił prawo do wniesienia środka ochrony prawnej w terminie 10 dni od daty powzięcia wiadomości o zdarzeniu, które stanowi podstawę do jego wniesienia. Jakkolwiek tego rodzaju patologiczne praktyki, stosowane są w systemie zamówień publicznych w Polsce nagminnie, nie może ująć uwadze Izby, iż jest to rażące naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Przepis art. 7 ust. 1 ustawy wprowadza bezwzględny nakaz prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. Realizacji tego przepisu służy między innymi uregulowanie § 5 ust. 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie określenia wzoru protokołu postępowania, ograniczające Zamawiającego w ustaleniu terminu udostępnienia kopii protokołu postępowania wraz z załącznikami i nakazujący ich udostępnianie w dniu ogłoszenia o wyborze oferty. Należy przy tym wskazać, iż zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy, Zamawiający nie udostępnia załączników do protokołu aż do chwili ogłoszenia o wyborze oferty. Z jednej strony, Wykonawca nie ma zatem innej możliwości uzyskania dostępu do kopii protokołu i załączników, jak tylko od dnia ogłoszenia o wyborze, z drugiej, Zamawiający nie ma możliwości udostępnienia ich później, niż w dniu tego ogłoszenia.

Odwołujący, który nie wie, czy jego oferta nie została uznana za najkorzystniejszą (zawierała najniższą cenę), nie posiadał wiedzy, czy potrzebne mu jest wnioskowanie o udostępnienie kopii protokołu postępowania wraz z załącznikami. Wiedzę tę uzyskał po otrzymaniu informacji o wyborze oferty.

Nie można wszak twierdzić, że wszyscy uczestnicy postępowania powinni „na wszelki wypadek” składać wcześniej wnioski aby zabezpieczyć się przed wadliwym działaniem zamawiającego. Przed tym działaniem ma ich zabezpieczać obowiązujące prawo.

Korelacja powyższych przepisów i okoliczności faktycznych wskazuje jednoznacznie, że dla zachowania zasady jawności postępowania oraz w celu zachowania zasady uczciwej konkurencji, Zamawiający powinien był dokonać czynności powiadomienia o wyborze oferty w terminie, który pozwalał na przyjęcie wniosku o udostępnienie od Odwołującego oraz wykonanie czynności udostępnienia. W przedmiotowym postępowaniu stało się inaczej. Sposób powiadomienia zdecydował o tym, że Odwołujący mógł złożyć wniosek faktycznie w trzecim dniu od dnia ogłoszenia - Odwołujący złożył wniosek o udostępnienie kopii protokołu

wraz z załącznikami w dniu 20 czerwca 2011 roku (poniedziałek) przed godziną dwunastą (12.00). W odpowiedzi, tego samego dnia o godzinie 13.23 Zamawiający ustalił termin udostępnienia na dzień 22 czerwca 2011 roku na godzinę 10.30. Nie uwzględniono przy tym sugestii Odwołującego zawartej we wniosku, aby udostępnienia dokonać 21 czerwca o godzinie 11.00. Nie wzięto także pod uwagę po raz kolejny, obowiązku niezwłocznego udostępnienia. Zamawiający, który o 13.23 wskazał odległy termin, mógł próbować naprawić poprzednie wadliwe działanie i wskazać termin tego samego dnia. Nie skorzystał z tej możliwości.

Na skutek udostępnienia dokumentów w dniu 22 czerwca 2011 roku, z dziesięciu (10) dni do wniesienia odwołania - pozostało Wykonawcy pięć (5).

Jeżeli zatem Krajowa Izba Odwoławcza uzna, że postawione w niniejszym odwołaniu zarzuty merytoryczne, nie zostały dostatecznie udowodnione, albo, iż Odwołujący nie postawił istotnego zarzutu, stanowić to będzie dowód, iż ogłoszenie o wyborze oferty w terminie utrudniającym wykonanie prawa a także zaniechanie udostępnienia kopii protokołu postępowania wraz z załącznikami w terminie prawem przewidzianym, co odebrało Odwołującemu prawo do wniesienia odwołania w terminie dziesięciu (10) dni od daty ogłoszenia, pozostawiając pięć (5) - miało istotny wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Odwołujący wnosi o nakazanie unieważnienia przedmiotowego postępowania. W przypadku nieuwzględnienia zarzutów merytorycznych postawionych w stosunku do oferty WYG, należy stwierdzić, że czas na wniesienie środka ochrony, pomimo, że okrojony, wystarczył Odwołującemu dla prawidłowego skorzystania ze środka ochrony prawnej. Omawiane naruszenie Zamawiającego nie będzie miało wpływu na wynik postępowania - zatem wniosek o nakazanie unieważnienia nie zostaje postawiony.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca WYG International spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

W przystąpieniu wykonawca podjął polemikę z argumentacją odwołania, wskazując – w zakresie ostatecznie podtrzymywanym przez Odwołującego – na następujące okoliczności:

- co do tego, że treść oferty Przystępującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z powodu nie wskazania w ofercie wartości autorskich praw majątkowych - cały § 10 specyfikacji dotyczy sposobu, w jaki należy obliczyć cenę - a to nie to samo, co sposób, w jaki należy przygotować ofertę. Ten został opisany w § 9 specyfikacji (zatytułowanym „Opis sposobu przygotowania ofert”). W ust. 8 tegoż paragrafu wskazano, iż: „Zaleca się sporządzenie oferty na Formularzu Ofertowym, którego wzór stanowi załącznik

nr 5 do SIWZ lub zawrzeć wszystkie informacje i oświadczenia określone we wzorze Formularza Ofertowego". Oferta Przystępującego została sporządzona na ww. Formularzu Ofertowym i zawiera wszystkie informacje i oświadczenia określone we wzorze Formularza Ofertowego. Tym samym Odwołujący stawiając zarzuty w przedmiotowym zakresie całkowicie pomija treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i oczekiwania, które sformułował Zamawiający w zakresie sposobu kalkulowania ceny oferty i jej przygotowania. Postanowienia § 10 są bowiem komplementarne z postanowieniami § 9 i treścią Formularza Oferty. W § 10 Zamawiający określił sposób obliczenia ceny (i jest to wewnętrzna czynność wykonawcy), a w § 9 i załączniku nr 5 (Formularz Oferty) sposób przygotowania oferty (która ma charakter zewnętrzny - oferta jest składana Zamawiającemu). Konsekwentnie w § 10 Zamawiający szeroko opisał, jakie koszty musi pod uwagę wziąć wykonawca kalkulując cenę, natomiast w § 9 i w Formularzu Oferty ustalił, jakie informacje wykonawca musi umieścić w ofercie. Skoro porównywana jest łączna cena brutto, to wystarczające jest podanie tej informacji w Formularzu Ofertowym. Wyraźnie wskazywał na to druk Formularza Ofertowego przygotowany przez Zamawiającego, który nie miał w tym zakresie dodatkowych wymagań odnośnie chociażby praw autorskich. Istotne było tylko, aby koszty praw autorskich stosownie do § 10 zostały ujęte w kwocie wskazanej w formularzu.

- co do zarzutu dotyczącego wskazania w ofercie Przystępującego, iż rozpoczęcie pierwszego naboru do usługi nastąpi w terminie 33 dni od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego – Odwołujący nie przedstawił w swoim odwołaniu żadnego argumentu na poparcie tezy, że oferta jest w tym zakresie niezgodna ze specyfikacją.

- w zakresie zarzutów Odwołującego odnośnie nieudostępnienia mu przez Zamawiającego zastrzeżonej części oferty Przystępującego, podkreślono, iż ta część oferty stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacje zawarte w tej części oferty spełniają przesłanki o których mowa w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bowiem posiadają wartość gospodarczą, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej i podjęto w stosunku do nich działania niezbędne w celu zachowania poufności.

- z faktu, iż brak jest korespondencji Zamawiającego w sprawie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący wyciąga wniosek, że Zamawiający nie dokonał oceny, czy zostały spełnione przesłanki zastrzeżenia tej tajemnicy;

- Odwołujący zarzuca, iż uzyskał wgląd do oferty Przystępującego dopiero w dniu 22 czerwca 2011 r., ale stawiając w tym zakresie zarzuty pomija art. 96 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym oferty są jawne od chwili otwarcia - tym samym nic nie stało na przeszkodzie, aby Odwołujący złożył wniosek o wgląd do oferty Przystępującego już w dniu 26 kwietnia 2011 r.

- odnosząc się do pozostałych zarzutów Odwołującego odnośnie wyznaczenia terminu wglądu do protokołu stwierdzić należy, że Zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy, a w związku z tym zarzuty Odwołującego są w tym zakresie bezzasadne.



**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofertę złożoną przez WYG International, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, ustalono i zważono, co następuje.**

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż w razie uwzględnienia zarzutów odwołania oferta Odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą.

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone takie naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Oceniając stan faktyczny sprawy oraz kwestionowaną w odwołaniu i w granicach tego odwołania (zgodnie z brzmieniem art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych), czynność Zamawiającego wyboru oferty WYG International w Warszawie uznano, że w analizowanym zakresie nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które – w myśl regulacji art. 192 ust. 2 ustawy, mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. I tak, uzasadniając dokonane rozstrzygnięcie, w zakresie podniesionych zarzutów uwzględniono okoliczności:

**Co do zarzutu dotyczącego niezgodności oferty WYG International sp. z o.o. w Warszawie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia z powodu nie wyodrębnienia w ofercie wartości autorskich praw majątkowych** ustalono, iż Wykonawca WYG International spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w złożonej ofercie, opracowanej na formularzu stanowiącym załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (załącznik nr 5) nie wskazał odrębnej kwoty odpowiadającej wartości praw autorskich majątkowych w cenie oferty.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia, w § 10 SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny”, w ust. 2, w ujęciu tabelarycznym oraz po części opisowym zawiera opis sposobu obliczenia

ceny. W części poprzedzającej tabelę (ust. 1 i 2) Zamawiający wskazał: *Wykonawca poda w pkt III.1 Formularza Ofertowego, którego wzór stanowi załącznik nr 5 do SIWZ, całkowitą cenę za wykonanie zamówienia (nie pomniejszoną o wkład własny przedsiębiorców za szkolenie i doradztwo o którym mowa w § 7 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 Umowy stanowiącej Załącznik nr 6 do SIWZ), obejmującą wartość autorskich praw majątkowych. Cenę należy obliczyć, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, postępując dokładnie według poniższej tabeli: (...).* W tabeli Zamawiający wymienił poszczególne elementy kalkulacyjne ceny, w podziale na części A, B i C obejmujące różne kategorie wydatków, jak przykładowo: wydatki objęte regułami pomocy publicznej; wynagrodzenie za zarządzanie procesami związanymi z wdrożeniem u przedsiębiorcy 1 indywidualnego PR; wynagrodzenie za zarządzanie procesami związanymi z udzieleniem wsparcia (szkolenia, doradztwo, outplacement) 1 pracownikowi, w ramach wdrażania PR, wynagrodzenia Zarządzającego usługą, Specjalisty ds. szkoleń, Specjalisty ds. doradztwa, Specjalisty ds. outplacementu, Specjalisty ds. informacji i rekrutacji, Specjalisty ds. monitoringu i sprawozdawczości, Specjalisty ds. rozliczeń, Specjalisty ds. pomocy publicznej, wynagrodzenie stałe za: rekrutację i informację, opracowanie, wykonanie, testowanie i utrzymanie narzędzia informatycznego służącego do rekrutacji przedsiębiorców, przedłożenie do PARP i Partnera co najmniej 3 zbiorów kompletnych danych z monitoringu sytuacji ekonomiczno-finansowej przedsiębiorców uczestniczących w ISR (w których są wdrażane PR). Jednocześnie w tej samej tabeli należało podać całkowitą cenę brutto za realizację zamówienia (poz. 1 tabeli zamieszczonej w § 10 specyfikacji).

Zamawiający pod tabelą zamieścił zapis o treści: *„w tym, wartość autorskich praw majątkowych ustala się na kwotę ..... (słownie: .....) złotych brutto.”*

W tej samej jednostce redakcyjnej specyfikacji, w § 10 ust. 3 i 4 Zamawiający podał: *Wszystkie ceny należy podać w złotych polskich. Wykonawca określi ceny na wszystkie elementy zamówienia zgodnie z powyższą tabelą, wypełniając odpowiednio wszystkie jej pola. Wykonawca określi liczbę dni pracy ekspertów (...), zgodnie z powyższą tabelą, wypełniając odpowiednie jej pola.*

Następnie w ust. 5 Zamawiający wyszczególnił jednostkowe wydatki, jakie składają się na części A, B i C. Końcowo wskazano, że *Całkowita cena brutto za realizację zamówienia stanowi sumę cen brutto za realizację części A oraz części B i C budżetu.* W ust. 10 Zamawiający podał, że *W cenie wykonawca uwzględni wartość autorskich praw majątkowych oraz wynagrodzenie z tytułu ich przeniesienia.*

Następnie we wzorze formularza oferty (załącznik nr 5 do specyfikacji) Zamawiający powielił tabelę z § 10 ust. 2 specyfikacji z tym zastrzeżeniem, że nie powtórzono tej części opisu sposobu obliczenia ceny, która zawiera zdanie dotyczące podania wartości praw autorskich.

W § 6 ust 1 Wzoru umowy (załącznik nr 6 do specyfikacji) Zamawiający zawarł postanowienie: *Wynagrodzenie Wykonawcy. Zamawiający zapłaci za wykonanie niniejszej umowy, w tym również za przeniesienie autorskich praw majątkowych, o których mowa w § 24, kwotę nie większą niż <wpisać kwotę> zł (słownie: <wpisać kwotę> złotych) brutto, w tym z tytułu przeniesienia autorskich praw majątkowych kwotę nie większą niż <wpisać kwotę> zł (słownie: <wpisać kwotę> złotych) brutto.*

Wobec brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym zakresie wykonawcy nie zadawali Zamawiającemu zapytań.

Mając na uwadze powyższe zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia uznano, że Zamawiający ukształtował przedmiotowe postępowanie w ten sposób, że wykonawcy zobowiązani byli podać te informacje, i w taki sposób, jaki wynika z treści wzoru formularza oferty. W konstrukcji formularza oferty nie zawarto wymagania podania wartości prawa autorskich majątkowych.

Istotnie, zawarcie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowienia wskazującego na konieczność podania wartości autorskich praw majątkowych mogło wykonawcom dawać podstawę do wnioskowania, że tego rodzaju informację należy w ofercie wyraźnie wyodrębnić, szczególnie, że konstrukcja tego postanowienia specyfikacji („w tym, wartość autorskich praw majątkowych ustala się na kwotę ..... (słownie: ..... ) złotych brutto.”) pozwala czynić rozważania, że należało konkretne dane liczbowe (wartość autorskich praw majątkowych) ująć w „wykropkowanych” częściach. Tak uczynił Odwołujący w swojej ofercie, dodając do wzoru formularza oferty takie zdanie. Takie działanie Zamawiającego należy zatem uznać za mogące wprowadzać wykonawców w błąd co do sposobu opracowania oferty.

Niezależnie od tego Zamawiający, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w § 9 ust. 8 podał, iż *Zaleca się sporządzenie oferty na Formularzy Ofertowym, którego wzór stanowi załącznik nr 5 do SIWZ lub zawrzeć wszystkie informacje i świadczenia określone we wzorze Formularza Ofertowego, zaś w § 9: W ofercie wykonawca poda cenę w rozbiciu na informacje zgodne z § 10.* Powyższe wskazuje zatem, że Formularz Oferty (załącznik nr 5 do specyfikacji) jest tą częścią specyfikacji, która służy właśnie jednolitemu przez wszystkich wykonawców zaprezentowaniu istotnych z perspektywy Zamawiającego oświadczeń i informacji. Stąd zasadnym jest przyjęcie, że skoro Zamawiający opracował taki formularz, to uczynił to, by wykonawcy za jego pomocą wykazali wszystkie istotne informacje i

oświadczenia, w tym te dotyczące ceny – jej prezentacji i wymaganych elementów, a w konsekwencji – że formularz ten zawiera wszystkie tego rodzaju informacje; że jest zupełny i nie wymaga dodatkowej analizy co do tego, czy inne jeszcze informacje należy w nim zamieścić.

Potwierdzeniem powyższej konkluzji jest okoliczność, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, w części dotyczącej opisu sposobu obliczenia ceny (§ 10 ust. 1 i 2 specyfikacji) wyraźnie przewidział, że *Wykonawca poda w pkt III.1 Formularza Ofertowego, którego wzór stanowi załącznik nr 5 do SIWZ całkowitą cenę za wykonanie zamówienia (...), obejmującą wartość autorskich praw majątkowych. Cenę należy obliczyć z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, postępując dokładnie według poniższej tabeli: (...)*. Te postanowienia wskazują, że najpierw zamieszczona w § 10 ust. 2 specyfikacji a następnie dosłownie przeniesiona do Formularza Oferty tabela stanowi ścieżkę, w jakiej należało obliczyć i przedstawić cenę. Zamawiający zaakcentował w tym zakresie znaczenie ujętego w omawianej tabeli mechanizmu obliczenia ceny, wskazując w poprzedzającym ją postanowieniu, iż obliczenie ceny ma być dokonane „dokładnie” według tej tabeli a tym samym, że to owa tabela zawiera wszystkie istotne dla niego informacje w zakresie ceny i jej elementów składowych. Wobec powyższego należało przyjąć, że zakres informacyjny Formularza Oferty, w zasadniczej części składającego się z opisywanej tabeli, w intencji Zamawiającego, nie wymagał już dopełniania go o inne, wyraźnie przez Zamawiającego nie ujęte w tym Formularzu informacje i oświadczenia.

Stąd nie podzielono zarzutu odwołania, zgodnie z którym wartość majątkowych praw autorskich, jako istotne oświadczenie, musiało się znaleźć w ofercie, a jego brak – w ocenie Odwołującego – stanowi o niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podzielono w tym zakresie stanowisko Zamawiającego, który wyjaśnił, iż w jego intencji, sporne postanowienie dotyczyło uwzględnienia w cenie oferty (cenach za elementy ujęte w częściach A, B i C Formularza Oferty) odpowiednio wycenionych praw autorskich majątkowych. Potwierdza to bowiem brzmienie specyfikacji – jej § 10 ust. 10, który wskazuje, że rzeczywiście uwzględnienie wartości autorskich praw majątkowych odnosiło się do kwestii wyceny tej wartości w ramach ceny oferty. Powyższe jest także spójne z tymi postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącymi obliczenia ceny oferty, które szczegółowo wymieniają kategorie kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia (§ 10 ust. 5 specyfikacji) – ujęto tam bowiem koszty i nakłady, w których mieszczą się min. autorskie prawa majątkowe (wymienione w tym postanowieniu wartości niematerialne i prawne).

Bez znaczenia dla oceny powyższej kwestii pozostaje brzmienie § 6 ust. 1 Wzoru umowy, gdzie konieczne będzie wskazanie wartości autorskich praw majątkowych - jak

wyjaśniał Zamawiający – wskazanie tej wartości przed podpisaniem umowy nie będzie stanowiło niedopuszczalnych negocjacji z wyłonionym wykonawcą w zakresie ceny, skoro dla porównania cen zaoferowanych w postępowaniu brane były pod uwagę ceny brutto podane za wykonanie zamówienia i tylko te ceny z perspektywy Zamawiającego mają znaczenie.

Z powyższych względów uznano, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia w powyższym zakresie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 7 ust. 1 i 3 tej ustawy.

**2. W zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oferty WYG International sp. z o.o. w Warszawie, w odniesieniu do wskazania w ofercie tego wykonawcy terminu rozpoczęcia pierwszego naboru przedsiębiorców** stwierdzono, że Zamawiający w specyfikacji przewidział (§ 12 pkt 3), iż termin będzie wartością punktowaną w ramach kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty:

Termin ten nie został narzucony przez Zamawiającego, rzeczą wykonawców było zaoferować odpowiedni, wedle swego uznania i oceny możliwości czas, w jakim od dnia podpisania umowy rozpoczęty zostanie nabór przedsiębiorców. Termin ten wykonawcy mieli podać w ramach Wzoru Formularza Oferty:

Rozpoczęcie naboru przedsiębiorców w ramach wykonywania zamówienia – w świetle brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia – uwarunkowane jest od czynności, których część leży w gestii Zamawiającego, w tym dokonanie audytu systemowego. Zamawiający w związku z tym zagadnieniem udzielił wykonawcom kilku odpowiedzi na zadane pytania, zawierających istotne wskazówki, pozwalające oszacować przez wykonawców czas, po jakim każdy z nich będzie, w warunkach swoich możliwości mógł rozpocząć pierwszy nabór przedsiębiorców.

Odwołujący podniesiony zarzut opiera na tezie, że wszystkie postanowienia specyfikacji oraz udzielone w związku z jej brzmieniem odpowiedzi na pytania składają się na specyfikację istotnych warunków zamówienia, zaś wynikający z odpowiedzi z dnia 24 marca 2011 r. maksymalny termin 33 dni na czynności co do zasady leżący poza wykonawcą (audyt systemowy) stanowi treść specyfikacji, której respektowanie przez wykonawcę jest wymagane, zaś wskazanie w ofercie terminu krótszego ma stanowić – w ocenie Odwołującego – o niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Powyższe rozumowanie sprowadza się do przyjęcia, że jeśli Zamawiający w udzielonej odpowiedzi na pytanie podał, że akceptacja raportu z audytu systemowego może nastąpić w ciągu maksymalnie 33 dni od zgłoszenia gotowości poddania się takiemu audytowi i że nie jest możliwe rozpoczęcie pierwszego naboru przed przeprowadzeniem takiego audytu, to

determinuje to wniosek, że wykonawcy w odpowiedzi mogli podać w formularzu oferty jedynie taki termin rozpoczęcia naboru liczony od momentu podpisania umowy w dniach kalendarzowych, który będzie opiewał na liczbę dłuższą aniżeli owe 33 dni, skoro – zgodnie z przepisami KC - do końca ostatniego z 33 dni mogło nastąpić zatwierdzenie raportu z audytu.

Nie negując co do zasady tej argumentacji Odwołującego, która odnosi się do sposobu obliczania terminów, w tym, że znajdują zastosowanie w tym wypadku ogólne zasady kodeksu cywilnego, przesądzić w pierwszym rzędzie należało charakter i znaczenie spornego postanowienia specyfikacji (w tym udzielonej do niego odpowiedzi Zamawiającego).

I tak, podkreślenia wymaga, że Zamawiający nie narzucił w sztywny sposób minimalnego terminu, od którego należy rozpocząć nabór przedsiębiorców, pozostawiając powyższe ocenie wykonawców, zależnie od ich własnej sytuacji i możliwości, z tym zastrzeżeniem, że termin ten nie może być późniejszy niż 30 dni od dnia zaakceptowania Sprawozdania Wstępnego. W tym zakresie zatem specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie wyznacza sztywnych ram wykonawcom ubiegającym się o zamówienie. Informacja o terminie rozpoczęcia naboru przedsiębiorców uczyniona została przez Zamawiającego treścią oświadczenia kontraktowego składanego przez wykonawców w postępowaniu w odpowiedzi na postawione warunki. Z tej perspektywy, jedyną płaszczyzną, na której kwestia określenia terminu rozpoczęcia spornego naboru może być rozpatrywana w kategorii zgodności bądź nie ze specyfikacją jest, czy wykonawca w swoich oświadczeniach zawartych w ofercie zawarł tego rodzaju informację. Informacja ta stanowi bowiem odpowiedź na warunki określone w specyfikacji w zakresie przedmiotu świadczenia w tym postępowaniu, w ramach którego zawiera się min. opracowanie, wykonanie, testowanie i utrzymanie narzędzia informatycznego służącego do rekrutacji przedsiębiorców oraz prowadzenie przy wykorzystaniu tego narzędzia monitoringu sytuacji ekonomiczno – finansowej przedsiębiorców uczestniczących w Instrumencie Szybkiego Reagowania (komponent 2). Szczegółowa analiza postanowień specyfikacji wskazuje, że Zamawiający pozostawił swobodę wykonawcom w zakresie momentu uruchomienia naboru przedsiębiorców, przy czym termin rozpoczęcia pierwszego naboru przedsiębiorców do usługi uczynił jednym z kryteriów oceny ofert o wadze 16 pkt. Ponadto, Zamawiający nie stawiał wymagań dotyczącego przedmiotu zamówienia w powyższym zakresie, podał jedynie informacje dotyczące procesów związanych z wprowadzeniem narzędzia informatycznego, jakie są niezbędne dla właściwego oszacowania czasu i czynności wykonawczych związanych z uruchomieniem narzędzia informatycznego służącego do naboru przedsiębiorców:

- Termin rozpoczęcia pierwszego naboru oraz jego rezultat, o którym mowa w pkt 7 ZZW, musi pozostać zgodny z ZZW (vide: § 12 ust. 3 specyfikacji). Natomiast Zakres Zadań Wykonawcy (ZZW), wskazuje w tym zakresie jedynie: *Plan rekrutacji musi zakładać cykliczność naborów przedsiębiorców do usługi oraz uwzględniać zobowiązanie Wykonawcy do terminu, wyrażonego liczbą dni kalendarzowych od dnia podpisania umowy z Zamawiającym, rozpoczęcia pierwszego naboru przedsiębiorców do usługi z oferty, stanowiącej Załącznik nr 2 do Umowy.* (pkt 7.4 ZZW);

- w zestawie odpowiedzi na pytania z dnia 24 marca 2011 r., w odpowiedzi nr 14 Zamawiający podał, iż: *„Akceptacja przez Zamawiającego raportu z audytu systemowego (Typu A) następuje w ciągu 33 dni od dnia zgłoszenia Zamawiającemu przez Wykonawcę gotowości do poddania się audytowi systemowemu (typu A).”* a następnie: *„W opinii Zamawiającego, nie jest możliwe rozpoczęcie przez Wykonawcę realizacji działań (rozpoczęcie pierwszego naboru przedsiębiorców do usługi) przed przeprowadzeniem audytu systemowego, tj. zaakceptowaniem przez Zamawiającego raportu z audytu systemowego (Typu A). Z uwagi, iż zgodnie z § 19 ust. 3. Celem audytu systemowego będzie dostarczenie Zamawiającemu racjonalnego zapewnienia, że system zarządzania, o którym mowa w § 21 ust. 1. gwarantuje prawidłową realizację usługi, w szczególności ocenie Audytora podlegać będzie:*

- 1) *czy system zarządzania jest gotowy do natychmiastowego rozpoczęcia realizacji usługi.*
- 2) *czy system uniemożliwia podwójne fakturowanie kosztów, wielokrotne przedkładanie do rozliczenia (wnioskiem o płatność) poniesionych kosztów.*
- 3) *czy system umożliwia uzyskiwanie informacji o realizacji usługi.*
- 4) *czy system umożliwia sporządzanie rzetelnych sprawozdań merytorycznych i finansowych z realizacji usługi, w tym terminowego zbierania informacji niezbędnych do przygotowania wniosków o płatność.*

*W opinii Zamawiającego, nie jest możliwe rozpoczęcie przez Wykonawcę realizacji działań (rozpoczęcie pierwszego naboru przedsiębiorców do usługi) przed przeprowadzeniem audytu systemowego, tj. zaakceptowaniem przez Zamawiającego raportu z audytu systemowego (typu A).”*

- w dniu 30 marca 2011 r. Zamawiający dokonał modyfikacji specyfikacji, w tym wzoru umowy w § 2 ust. 4, któremu nadał następującą treść: *„Rozpoczęcie przez Wykonawcę działań w ramach usługi, o której mowa w § 1 może nastąpić po przeprowadzeniu audytu systemowego (tzw. Audyt typu A), o którym mowa w § 19 umowy. Do dnia akceptacji przez Zamawiającego raportu z audytu, o którym mowa w § 19 ust. 4. lub wprowadzenia zaleceń przez Wykonawcę, o których mowa w § 19 ust. 6. Wykonawca ponosi koszty realizacji*

*działań na własne ryzyko, z wyłączeniem kosztów Działań przeprowadzenia naboru przedsiębiorców do usługi. Rozpoczęcie przez Wykonawcę działań przeprowadzenia naboru przedsiębiorców do usługi może nastąpić po spełnieniu warunków określonych w pkt 7 ZZW.”*

- w zestawie odpowiedzi na pytania z dnia 12 kwietnia 2011 r., w odpowiedzi na pytanie 2 Zamawiający wskazał, że dokonał modyfikacji § 2 ust. 4 we wzorze umowy a ponadto podał: *Dodatkowo należy zwrócić uwagę na następujące kwestie:*

- *Termin rozpoczęcia pierwszego naboru przedsiębiorców do usługi, jest liczony od dnia podpisania umowy z Zamawiającym:*

- *termin, w jakim Wykonawca jest zobowiązany do złożenia Sprawozdania wstępnego nie może przekroczyć 30 dni po podpisaniu umowy.*

- *Zamawiający może zgłosić uwagi do Sprawozdania wstępnego w terminach określonych w umowie, jednakże to od Wykonawcy zależy czy ustosunkuje się do uwag Zamawiającego w krótszym terminie niż wskazany przez Zamawiającego jako nieprzekraczalny:*

- *akceptacja przez Zamawiającego raportu z audytu systemowego (typu A) następuje w ciągu 33 dni od dnia zgłoszenia Zamawiającemu przez Wykonawcę gotowości do poddania się audytowi systemowemu (typu A), jednakże to od Wykonawcy zależy w jakim terminie od dnia podpisania umowy Wykonawca zgłosi Zamawiającemu gotowości do poddania się audytowi. Termin ten nie może być jednak późniejszy niż – do 30 dni od dnia zaakceptowania Sprawozdania Wstępnego.*

Wbrew twierdzeniom odwołania, podanie terminu rozpoczęcia naboru przedsiębiorców krótszego aniżeli wskazane 33 dni lub dokładnie odpowiadającego tej wielkości nie oznacza niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Wskazanie tego terminu, liczonego od dnia zawarcia umowy należało do wykonawców, na ich ryzyko. Potwierdza taki wniosek brzmienie zmodyfikowanego § 2 ust. 4 wzoru umowy, gdzie wskazano, że *rozpoczęcie przez Wykonawcę działań może nastąpić po przeprowadzeniu audytu systemowego (tzw. audyt typu A). Do dnia akceptacji przez Zamawiającego raportu z audytu lub wprowadzenia zaleceń przez Wykonawcę, o którym mowa w § 19 ust. 6. Wykonawca ponosi koszty realizacji działań na własne ryzyko, z wyłączeniem kosztów działań przeprowadzenia naboru przedsiębiorców do usługi..*

Z postanowień specyfikacji nie wynika niedopuszczalność podania terminu dokładnie odpowiadającego ostatniemu możliwemu terminowi, jaki został przewidziany dla sfinalizowania raportu z audytu systemowego. Skutkiem takiej sytuacji będzie jedynie poniesienie przez wykonawcę ryzyka, że ze względów po części od niego niezależnych,



bowiem leżących po stronie innych podmiotów, jak Zamawiający czy też podmiot, który będzie przeprowadzał audyt, nie uda się dotrzymać założonego w ofercie terminu rozpoczęcia naboru przedsiębiorców. Każdorazowo, podanie takiego czy innego terminu rozpoczęcia tego naboru będzie następstwem dokonanej przez wykonawcę analizy własnych możliwości, oszacowania czasu niezbędnego dla dokonania wymaganych czynności, z uwzględnieniem indywidualnych okoliczności dotyczących danego wykonawcy – jego doświadczenia i przyjętych założeń co do czasu trwania poszczególnych czynności, w tym przyjęcia na siebie ryzyka wraz z jego skutkami niewłaściwego oszacowania tych okoliczności. Zamawiający w udzielonych odpowiedziach na pytania podał te informacje, które wpływały na oświadczenie przez każdego z wykonawców o terminie rozpoczęcia pierwszego naboru. Zakładały one możliwie najdłuższy przewidywany czas trwania audytu systemowego, poprzedzającego rozpoczęcie naboru, choć w praktyce może ten audyt trwać krócej. Zasadniczą w tej mierze jest odpowiedź na pyt. 2 z dnia 12 kwietnia 2011 r. stanowiąca zarazem o modyfikacji specyfikacji w zakresie wzoru umowy: Zamawiający podał w niej, iż rozpoczęcie przez wykonawcę działań może nastąpić po przeprowadzeniu audytu systemowego (tzw. audyt typu A). Do dnia akceptacji przez Zamawiającego raportu z audytu lub wprowadzenia zaleceń przez Wykonawcę, o którym mowa w § 19 ust. 6. Wykonawca ponosi koszty realizacji działań na własne ryzyko, z wyłączeniem kosztów działań przeprowadzenia naboru przedsiębiorców do usługi. Rozpoczęcie przez Wykonawcę działań przeprowadzenia naboru przedsiębiorców do usługi może nastąpić po spełnieniu warunków określonych w pkt 7 ZZW. Jednocześnie, jak wynika z wcześniejszej odpowiedzi nr 1 z dnia 29 marca 2011 r. na zadane pytanie, akceptacja raportu z audytu systemowego może odbyć się mimo wskazania uchybień i konieczności wprowadzenia działań naprawczych, ponieważ *wstrzymywanie akceptacji do dnia w którym Wykonawca poinformuje Zamawiającego, w drodze pisemnej o wprowadzeniu zaleceń Audytora, mogłoby się okazać nieproporcjonalne do skali uchybień wskazanych przez Audytora.* Dodatkowo, Zamawiający zastrzegł, we wzorze umowy (§ 30 ust. 2 pkt 4 wzoru umowy) kary umowne w razie nieterminowego – wobec terminu podanego przez danego wykonawcę w złożonej ofercie – rozpoczęcia naboru przedsiębiorców: za przekroczenie określonego w Ofercie Wykonawcy (pkt III.2. Formularza ofertowego) terminu rozpoczęcia pierwszego naboru przedsiębiorców do usługi, w wysokości 0,05 % wynagrodzenia określonego w § 6 ust. 1, za każdy dzień opóźnienia, naliczane do czasu przeprowadzenia tego naboru. Wszystkie te postanowienia specyfikacji oraz udzielone wobec ich brzmienia wyjaśnienia i odpowiedzi wskazują, że wskazanie nawet krótszego terminu rozpoczęcia pierwszego naboru przedsiębiorców, aniżeli zadeklarowany przez Zamawiającego maksymalny czas na przeprowadzenie audytu systemowego nie przesądza o niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a świadczy jedynie o przyjęciu przez wykonawcę na własne ryzyko założeń co do momentu własnej zdolności w

zakresie rozpoczęcia naboru. Termin pierwszego naboru przedsiębiorców podany w ofercie WYG International sp. z o.o. odpowiada terminowi, jaki podał Zamawiający jako czas maksymalny na wykonanie czynności leżących po jego stronie, w tym wykonywanych przez zewnętrznego Audytora, z tym zastrzeżeniem, że teoretycznie czynności te mogą trwać – tak jak to wykazywał Odwołujący – do północy ostatniego dnia, co by skutkowało że dopiero 34 dnia można uruchomić nabór. Nie oznacza to jednak obiektywnej niemożliwości rozpoczęcia naboru w ciągu 33 dni podanych przez Przystępującego, skoro audyt systemowy może być dokonany wcześniej a nawet przy najmniej optymistycznym założeniu – że Zamawiający do ostatniego dnia będzie zatwierdzał raport z tego audytu, to wykonawcy, działając o własne wcześniejsze doświadczenia (zarówno Odwołujący jak Przystępujący akcentowali swą wieloletnią współpracę z Zamawiającym i znajomość jego praktyk) mogli przyjąć, że owe zatwierdzenie nastąpi nie w ostatnim momencie 33 dniowego terminu, o rzeczonyj północy, ale w godzinach pracy Zamawiającego. Z momentem zatwierdzenia raportu z audytu przez Zamawiającego może być bowiem rozpoczęty nabór przedsiębiorców. Tym samym termin podany w ofercie Przystępującego nie może być także rozpatrywany w kategorii jego nierealności, czy obiektywnej niedopuszczalności.

Trzeba także zwrócić uwagę, że nawet gdyby przyjąć, że Zamawiający w ramach udzielonych odpowiedzi na zadane pytania wyraził intencję, że nabór przedsiębiorców ma nastąpić bezwzględnie nie wcześniej aniżeli upłynie pełne 33 dni kalendarzowe i że stanowi to element postanowienia specyfikacji sztywno i definitywnie wyznaczający niemożność podania krótszego terminu na własne ryzyko wykonawcy, to w kontekście zarzutu stawianego w tym zakresie przez Odwołującego, to jest zarzutu niezgodności oferty z treścią specyfikacji, rozważeniu najpierw podlegałoby potraktowanie powyższej kwestii w kategorii pomyłki podlegającej poprawieniu z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów uznano, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy prawo zamówień publicznych.

**3.** Nie podzielono także tych zarzutów odwołania, które wskazują na **zaniechanie przez Zamawiającego zbadania zasadności zastrzeżenia przez WYG International spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa**. Wykonawca ten w złożonej ofercie zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje zawarte na str. 13-59, 67-82 oraz 84 – 351 oferty.

Na wstępie, nie podzielono argumentacji Zamawiającego, iż podniesione zarzuty w tym zakresie są spóźnionymi. Zasadnym mógł być taki wniosek, gdyby Zamawiający dokonał jakiegokolwiek czynności związanej z zastrzeżonymi informacjami (przykładowo

uznałby jakakolwiek część z nich za bezpodstawnie zastrzeżoną), co pozwalałoby wykonawcom przyjąć, że z tą chwilą przedmiotowa czynność podlega ewentualnej kontroli w ramach środków ochrony prawnej. Jednak brak jakiejkolwiek reakcji Zamawiającego w tym zakresie pozwala przyjąć, że do momentu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający był w trakcie czynności oceny ofert, w czym mieści się min. ocena zasadności zastrzeżenia informacji. Wobec powyższego, przy braku sygnałów dla wykonawców o jakichkolwiek czynnościach związanych z dokonaniem oceny takiego zastrzeżenia, należy przyjąć, że dopiero z momentem wyboru najkorzystniejszej oferty, będącej reasumpcją badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, wykonawcy mogli podnosić zarzuty w tym zakresie.

Podkreślenia wymaga, że zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 ustawy – *Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne*. Przejawia się ona w szeregu czynności podejmowanych przez zamawiającego i uczestników postępowania, począwszy od publicznego, jawnego ogłoszenia o zamówieniu, przez jawne otwarcie ofert i udostępnienie protokołu, ofert, oświadczeń składanych w toku postępowania aż po jawność umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z brzmieniem art. 8 ust. 3 ustawy - *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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4*. Art. 86 ust. 4 ustawy wymienia enumeratywnie elementy jakie w złożonej ofercie nie mogą zostać zastrzeżone, należą do nich nazwa (firma), adres wykonawcy a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Ustawodawca tym samym, *a contrario* dopuścił możliwość objęcia pozostałych informacji tajemnicą 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. Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. W zakresie informacji, które nie podlegają udostępnieniu ustawa odsyła do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa ujętej w Ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 roku (Dz. U. z 2003 roku, Nr 153 poz. 1503 ze zm.). Zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, 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*. Przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Wcześniejsze uregulowanie przepisu odwoływało się do tajemnicy handlowej, która dzisiaj zawarta jest w „*innych informacjach posiadający wartość gospodarczą*”. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Stanowisko to wyraził także Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 października 2000 roku, Sygn. akt I CKN 304/ 2000, gdzie jednoznacznie wykluczono możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej dozwolonej drodze (również wyrok Sądu Najwyższego z 5 września 2001 r., I CKN 1159/00, OSNC 2002, Nr 5, poz. 67). Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Obowiązkiem Zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na obowiązek badania przez Zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, III CZP 74/05 cyt. „*w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następnym stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji*”. Wyrażony przez SN pogląd zachowuje, w ocenie Izby, pełną aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawa. Tak więc Zamawiający przede wszystkim powinien dokonać oceny, jaki charakter ma zastrzeżona informacja. Następnie powinien mieć pewność, że informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznane ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca – dysponent informacji wyraża wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnego kręgu odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od

zasady jawności postępowania musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób, a powyższe mieści się w charakterze obowiązków, a nie uprawnień Zamawiającego.

Podkreślenia dalej wymaga, że istotnie, Zamawiający nie uzewnętrzniał w żaden sposób dokonanej czynności badania zasadności zastrzeżenia przez WYG International sp. z o.o. w Warszawie określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa (dotyczy to także informacji zastrzeżonych w ofercie Odwołującego). Dostrzec trzeba jednak, że żaden przepis nie stawia wyraźnego obowiązku formalnego potwierdzenia takiego badania, czy też dania wyrazu dokonania odrębnej czynności w tym zakresie i zakomunikowania o tym w postępowaniu o zamówienie publiczne: istotne jest, by zamawiający poddał złożone dokumenty niezbędnej refleksji w kategorii zasadności i dopuszczalności zastrzeżenia ich treści. Nie stawia takiego wymogu żaden z przepisów – tak ustawy Prawo zamówień publicznych, jak i ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie wynika taki obowiązek z zasady pisemności postępowania: jeśli Zamawiający dokonując oceny informacji zawartych w ofercie dojdzie do przekonania, że dysponent informacji dokonał zasadnie takiego zastrzeżenia, nie ma potrzeby szczególnego dokumentowania takiej oceny. O ile w razie uznania bezpodstawnego zastrzeżenia takich informacji przez wykonawcę, Zamawiający powinien uprzednio zwrócić się do tego wykonawcy celem wyjaśnienia podstaw i zasadności takiego zastrzeżenia, to w razie uznania, że wszystkie informacje zostały zastrzeżone prawidłowo, odnotowanie faktu takiej oceny jest co najwyżej pożądanym, ale nie stanowi obowiązku zamawiającego. Nie jest zasadną w tym miejscu argumentacja Odwołującego, zgodnie z którą obowiązek Zamawiającego uzewnętrznienia dokonanej oceny należy wywodzić z treści art. 27 ustawy dotyczącej zasad komunikacji z uczestnikami postępowania. Czym innym jest bowiem ukształtowanie zasad komunikacji w postępowaniu, inną zaś kwestia istnienia obowiązku lub jego brak udokumentowania odpowiednich czynności. Przytoczone przez Odwołującego orzeczenia, jak również te wskazane wyżej akcentują obowiązek zamawiającego dokonania oceny zasadności zastrzeżenia tajemnicy, analizy tej kwestii, co jednak nie jest równoznaczne z uzewnętrznieniem dokonania tej oceny, jej udokumentowaniem.

Analiza treści zastrzeżonych w postępowaniu przez WYG International sp. z o.o. w Warszawie, a zawartych w wykazie osób, wykazie usług, zobowiązań na podstawie których podmioty trzecie udostępniły swoje zasoby nie wskazuje, by to zastrzeżenie było niedopuszczalne. W szczególności, wśród zastrzeżonych informacji nie znajdują się treści udostępnione do powszechnej wiadomości, jak np. usługi wykonywane na podstawie umów w sprawach zamówień publicznych, które są, zgodnie z art. 139 ust. 3 ustawy, jawne i podlegają udostępnieniu na zasadach określonych w ustawie o dostępie do informacji publicznej. W powyższym zakresie Odwołujący nie stawia szczegółowych zarzutów,

ograniczając się do wykazywania bezpodstawnego zastrzeżenia wskaźnika efektywności zatrudnienia.

Bezpornie informacje zawarte w części opisowej oferty, zawierającej opis świadczenia usługi z wykorzystaniem własnych koncepcji osiągnięcia odpowiednich rezultatów mogą być zasadnie potraktowane jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Obaj wykonawcy uczestniczący w przedmiotowym postępowaniu zastrzegli te informacje, w tym tę część oferty, która prezentowała sposób dojścia do osiągnięcia wskaźnika efektywności zatrudnienia. Zgodzić się należy z Zamawiającym, iż ta część oferty stanowi wartość, która zasadnie może być rozpatrywana w kategorii informacji o wartości gospodarczej. Uznano za dopuszczalne podjęcie przez wykonawców (zarówno Odwołującego jak i WYG International sp. z o.o.) działań zmierzających do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji dotyczących sposobu realizacji zamówienia oferty, w tym w części, która prezentuje dojście do osiągnięcia przez wykonawców do określonej wartości wskaźnika efektywności zatrudnienia. Wątpliwości budzi zastrzeżenie przez obu wykonawców wskaźnika efektywności zatrudnienia. Wskaźnik ten, jako pochodna zastosowania własnych rozwiązań organizacyjnych jest pewną wartością procentową, co do której trudno dopatrzeć się wartości gospodarczej. Informacja o zaplanowanym z zastosowaniem pewnych rozwiązań koncepcyjnych osiągnięciu konkretnego rezultatu nie ujawnia tych rozwiązań, sama w sobie także nie stanowi informacji, mogącej w tym konkretnym wypadku być postrzegana w kategorii tajemnicy przedsiębiorstwa. Fakt zaniechania analizy, czy w tej mierze wykonawcy zasadnie zastrzegli tę informację (co wymagałoby uzyskania stanowisk tych wykonawców, jako dysponentów informacji) pozostaje jednak bez wpływu na wynik postępowania.

Podkreślić należy, że Odwołujący również poczynił starania celem ochrony informacji odnoszących się do sposobu realizacji zamówienia zawartych w jego ofercie. Mając na uwadze powyższe oraz biorąc pod uwagę zakres zgłoszonego żądania, nie znaleziono podstaw do zadośćuczynienia żądaniu Odwołującego w tym zakresie, a w konsekwencji uznano, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie udostępnienia informacji stanowiących podstawę oceny oferty – wskaźnika efektywności zatrudnienia oraz zaniechanie badania skuteczności zastrzeżenia dokumentów i elementów oferty.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, iż udostępnienie zastrzeżonych informacji stanowiących wskaźnik efektywności *mogłoby zaskutkować stwierdzeniem nie potwierdzenia spełnienia warunku udziału lub/i stwierdzeniem, że wskaźnik efektywności zatrudnienia jest inny niż to wynika z punktacji Zamawiającego*, nie byłoby możliwe w oparciu tylko o tę wartość przy jednoczesnym, zasadnym zastrzeżeniu tej części oferty, która obrazuje sposób

dojścia do osiągnięcia takiego wskaźnika, dokonanie stwierdzenia, że ma on inną wartość, niż wynika z punktacji Zamawiającego, wyjąwszy jedynie hipotetyczną sytuację omyłki Zamawiającego przy podstawieniu tej wartości do algorytmu obliczenia punktacji, co jednak w niniejszym postępowaniu nie miało miejsca.

**4. Nie podzielono również zarzutu odwołania dotyczącego nieudostępnienia niezwłocznie protokołu wraz z załącznikami.** Jak wynika z dokumentacji postępowania, Odwołujący zwrócił się o *udostępnienie przedstawicielom ECORYS Polska sp. z o.o. (...) dokumentacji postępowania dotyczącej zamówienia na: Instrument Szybkiego Reagowania znak sprawy R/18/DRK/2011, to jest oferty złożonej przez WYG International sp. z o.o., protokołu postępowania oraz wszystkich załączników do protokołu w tym także arkuszy indywidualnej oceny ofert, korespondencji pomiędzy Zamawiającym a WYG oraz dowodu wniesienia wadium* w dniu 20 czerwca 2011 o godz. 11.01 w formie korespondencji za pośrednictwem faxu. Zamawiający wyznaczył ten termin na 22 czerwca 2011 godz. 10.30, w odpowiedzi na co Odwołujący potwierdził zamiar przybycia do siedziby Zamawiającego. Wcześniej, po otwarciu ofert (data 26 kwietnia 2011 r.) oraz w trakcie badania ofert Odwołujący nie występował o wgląd do ofert. Odwołujący oświadczył na rozprawie, że w dacie powiadomienia o wyniku postępowania otrzymał faks w tym przedmiocie na e - mail.

Odwołujący zdaje się nie dostrzegać, że przytoczony przez niego przepis Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dotyczący obowiązku udostępnienia protokołu lub załączników do niego, odnosi się do sytuacji, gdy podmiot zainteresowany złoży wniosek o takie udostępnienie. Odwołujący natomiast takiego wniosku nie złożył.

Nie sposób przy tym podzielić tej argumentacji odwołania, która zmierza do wykazania, iż w tym wypadku mamy do czynienia z naruszeniem przepisów ustawy i to nie tylko mającym wpływ na wynik postępowania, ale skutkującym koniecznością unieważnienia postępowania. Jeśli Odwołujący nie złożył wniosku o udostępnienie ofert – co mógł uczynić po momencie otwarcia ofert (26 kwietnia 2011 r., godz. 12.00) - to trudno dopatrzeć się w tej mierze zasadności zarzutu opartego jedynie na nieudostępnieniu protokołu z postępowania wraz z załącznikami. Jakkolwiek bowiem złożone w postępowaniu wnioski i oferty stanowią załączniki do protokołu, to możliwość zapoznania się z nimi istnieje od momentu ich otwarcia. Sam protokół oraz te załączniki, które nie pochodzą od uczestników postępowania i są generowane przez zamawiającego, zawierają uczynioną w systematyce wyznaczonej wzorem do rozporządzenia w sprawie protokołu z postępowania reasumpcję czynności zamawiającego i dokonanej przez niego oceny ofert i jako takie znajdują odzwierciedlenie w informacji podawanej wykonawcom w ramach rozstrzygnięcia postępowania. Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 17 czerwca 2011 r., przekazane wykonawcom

zawiera wszystkie istotne z perspektywy wykonawców informacje, łącznie z punktacją przyznaną każdemu z nich w ramach przyjętych kryteriów. Zgodnie z treścią art. 182 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie dotyczące innych czynności aniżeli określone w art. 182 ust. 1 i 2 wnosi się w odpowiednim terminie liczonym od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Wykonawca działający z należyłą starannością mógł zatem zapoznać się z treścią ofert już po ich otwarciu. Odwołujący nie wykazał takiego zainteresowania od dnia otwarcia ofert (26 kwietnia 2011r.) aż po dzień wyboru najkorzystniejszej oferty (17 czerwca 2011r.). Czynienie w tej sytuacji zarzutu co do nieudostępnienia protokołu wraz załącznikami, szczególnie, że takie udostępnienie następuje na wniosek, w okolicznościach, że Odwołujący nie złożył takiego wniosku, zdaje się być bezpodstawnym. Również zarzut dotyczący nieudostępnienia protokołu wraz z załącznikami bezpośrednio po złożeniu w tym zakresie wniosku (20 czerwca 2011 r.), tylko w dniu 22 czerwca 2011 r. wydaje się być bez wpływu na wynik postępowania. Jeśli Odwołujący nie korzystał z możliwości zapoznania się z treścią złożonych ofert po ich otwarciu, to opieranie zarzutu na fakcie nieudostępnienia oferty konkurenta bezpośrednio po złożeniu wniosku o udostępnienie protokołu z załącznikami zdaje się być nie tylko nieuzasadnionym, jak i spóźnionym.

Nie zasługuje też na uwzględnienie ta argumentacja odwołania, która zmierza do wykazania podstawy do unieważnienia postępowania. Odwołanie nie wskazuje tu żadnej z enumeratywnie wymienionych w art. 93 ust. 1 i 1 a ustawy Prawo zamówień publicznych podstaw, zaś wniosek opiera się na fakcie skrócenia czasu na sformułowanie zarzutów odwołania oraz naruszeniu ogólnych zasad postępowania wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy. Jakkolwiek działanie Zamawiającego polegające na nieudostępnieniu w terminie wnioskowanym przez Odwołującego protokołu z załącznikami (Odwołujący zwrócił się, by możliwe było zapoznanie się z dokumentami w dniu 21 czerwca 2011 r. o godz. 11) może nie zasługiwać na aprobatę, skoro protokół wraz z załącznikami powinien być udostępniany po wyborze najkorzystniejszej oferty niezwłocznie – w razie złożenia stosownego wniosku przez zainteresowanego, to jednak powyższe jeszcze nie prowadzi do uznania, że zaistniała podstawa do unieważnienia postępowania. Odniesienie się do argumentacji Odwołującego w tym zakresie, w tym do tezy, iż poprzez działanie Zamawiającego uległ Odwołującemu znaczącemu skróceniu czas na wniesienie odwołania do zaledwie 5 dni, wymaga bowiem dopełnienia o następujące okoliczności:

- po pierwsze – Odwołujący nie złożył w dniu otrzymania zawiadomienia o wyniku postępowania wniosku o udostępnienie protokołu z załącznikami, a dopiero w dniu 20 czerwca 2011 r.;



- Odwołujący nie wnioskował o natychmiastowe udostępnienie protokołu z załącznikami, ale proponował dzień 21 czerwca 2011 r., godz. 11.

Tym samym, teza o skróceniu o 5 dni terminu na przygotowanie odwołania wymaga wskazania, że owe skrócenie czasu jest następstwem czynności, do których przyczynił się także Odwołujący, zaś ewentualne skrócenie tego terminu może co najwyżej dotyczyć jednego dnia, liczonego od terminu zaproponowanego przez Odwołującego.

Z tych względów, również ten zarzut nie podlegał uwzględnieniu.

Powyższe okoliczności determinowały wniosek, że nie potwierdziły się – podniesione w odwołaniu – zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 2 co prowadzi do naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty ECORYS, naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie udostępnienia informacji stanowiących podstawę oceny oferty – wskaźnika efektywności zatrudnienia oraz zaniechanie badania skuteczności zastrzeżenia dokumentów i elementów oferty a także art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 oraz art. 96 ust. 5 ustawy w związku z § 5 ust. 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r, w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez zaniechanie niezwłocznego udostępnienia dokumentacji postępowania.

Nie podlegały rozpoznaniu zarzuty dotyczące niewniesienia przez WYG International spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie wadium w prawidłowej wysokości – na rozprawie Odwołujący ograniczył odwołanie w zakresie tego zarzutu, oświadczając, że nie podtrzymuje w tej części odwołania.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

**Przewodniczący:**