

WYROK
z dnia 10 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 czerwca 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A. G. B. Sp. z o.o. Sp. k. w J., A. B. Sp. z o.o., Sp. k. w J. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego M. Ż. W. w O. (w organizacji) w O.

przy udziale wykonawcy B. S.A. w W. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A. G. B. Sp. z o.o. Sp. k. w J., A. B. Sp. z o.o., Sp. k. w J. i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A. G. B. Sp. z o.o. Sp. k. w J., A. B. Sp. z o.o., Sp. k. w J. tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A. G. B. Sp. z o.o. Sp. k. w J., AGB B. Sp. z o.o., Sp. k. w J. na rzecz M. Ż. W. w O. (w organizacji) w O. kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 Ostrołęce.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – M. Ż. W. w O. (w organizacji) w O. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest przebudowa i rozbudowa budynków na cele M. Ż. W. w O. przy ul. (...) wraz z wykonaniem kładki dla pieszych. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym UE 21 marca 2017 r. pod numerem ogłoszenia ... Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania 26 czerwca 2017 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia A. G. B. Sp. z o.o. Sp. k. w J., A. B. Sp. z o.o., Sp. k. w J. wnieśli odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp przez przyznanie B. S.A. 20 pkt w kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy”, podczas gdy zgodnie z zasadami ustalonymi przez zamawiającego wykonawca ten winien uzyskać maksymalnie 10 pkt w tym kryterium oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1-3 Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dalej: jako „uznk”, przez zaniechanie udostępnienia dodatkowych zastrzeżonych informacji zawartych w wyjaśnieniach i dokumentach dołączonych do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez B. S.A. pomimo, że zastrzeżone informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk, bądź B. w odpowiednim terminie nie wykazał zaistnienia przesłanek uprawniających do ich zastrzeżenia. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty B. jako najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny oferty, w tym przyznanie B. 10 pkt w kryterium oceny ofert „Doświadczenie Kierownika Budowy” oraz o udostępnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z przedłożonymi do tych wyjaśnień dodatkowymi wyjaśnieniami.

B. S.A. w W. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której

odwołujący i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska, zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w pkt 9.2.3.2. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej jako: „SIWZ”, ustalił spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych. Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że dysponuje osobami, które skieruje do realizacji zamówienia, posiadającymi opisane uprawnienia i doświadczenie. W stosunku do kierownika budowy zamawiający wymagał, aby posiadał on uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń oraz minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe (po uzyskaniu uprawnień budowlanych) w pełnieniu funkcji kierownika robót budowlanych lub kierownika budowy. Zamawiający wymagał również, posiadania przez kierownika budowy doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy, przez okres co najmniej 12 miesięcy, na zadaniu inwestycyjnym obejmującym zakresem budowę/rozbudowę/remont budynku/budynków o wartości robót co najmniej 10.000.000 PLN brutto.

Zamawiający ustalił, że kryteriami oceny ofert będą: cena (waga 60%), doświadczenie kierownika budowy (waga 20%) oraz okres gwarancji na wykonane roboty (waga 20%).

W odniesieniu do kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy” zamawiający w pkt. 22.3 SIWZ wyjaśnił, że oznacza ono posiadanie doświadczenia zawodowego przez osobę wskazaną do pełnienia funkcji Kierownika Budowy ponad wymagane dla potwierdzenia warunku, o którym mowa w w pkt 9.2.3.2. SIWZ oraz, że w kryterium tym można uzyskać 20 pkt. Ustalił, że punkty będzie przyznawać za zrealizowane zadania polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy, przez okres co najmniej 12 miesięcy, na zadaniu inwestycyjnym obejmującym zakresem budowę/rozbudowę/remont budynku/budynków o wartości robót co najmniej 10.000.000 PLN brutto, przy czym za 1 zadanie – 1 pkt, za 2 zadania – 10 pkt, za 3 i więcej zadań 20 pkt, z założeniem, że 1 pkt to 1%. Zamawiający ustalił, że ocena w ramach tego kryterium odbywać się będzie w oparciu o Informacje dotyczące doświadczenia Kierownika budowy wskazane w pkt D. Formularza Oferty. Zamieścił również uwagę, że w sytuacji nie wskazania żadnego zadania spełniającego wymagania, nie wskazania imienia i nazwiska osoby, oferta wykonawcy w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie Kierownika Budowy” otrzyma 0 pkt.

B. S.A. na stanowisko kierownika budowy wskazał Pana G. C., który nabył doświadczenia przy realizacji zadań:

- Budynek dydaktyczny i hala laboratoryjno-technologiczna I. T. Ż. PWSIP w Ł.;
- „C. S.-R. W. U. M. w W.”;
- „Zajezdnia tramwajowa w O.”.

Te same zadania zostały wskazane w JEDZ oraz w treści wykazu osób.

Pismem z 24 maja 2017 r. zamawiający w celu wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej

ceny, wezwał przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w szczególności kosztorysu ofertowego, wyliczenia ceny elementów robót drogi remontowe zewnętrzne i obiekt inżynierski – kładka dla pieszych. Wskazał, że jako istotne części składowe mają one znaczenie dla ceny oferty.

Przystępujący pismem z 30 maja 2017 r. złożył wyjaśnienia składające się z części jawnej i zastrzeżonej. Uzasadnienie zastrzeżenia zostało zamieszczone w jawnej części wyjaśnień. Przystępujący wskazał tam, że metody kalkulacji ceny, kalkulacje oraz konkretne dane cenotwórcze zostały wytworzone na potrzeby konkretnego postępowania posiadają wartość gospodarczą i handlową. Podkreślił, że dane te wykraczają poza zakres informacji wymaganych przez zamawiającego w SIWZ. B. S.A. wyjaśnił również, że zastrzeżone informacje mają wartość gospodarczą, gdyż określają zasady rozliczeń i finansowania przedmiotu zamówienia, dane osób zaangażowanych w przygotowanie oferty oraz identyfikujące dostawców i poddostawców, czyli strategii pozyskiwania materiałów oraz sposobu realizacji robót. Opisał również przystępujący, że informacje zawarte w wyjaśnieniach nie są informacjami powszechnie dostępnymi, a wykonawca podjął kroki zmierzające do zachowania ich w poufności m.in. przez ograniczenie liczby pracowników mających do nich dostęp (wprowadzenie wewnętrznych procedur wewnętrznego obiegu informacji, zabezpieczeniu hasłami danych na serwerze itp.), dodatkowo zobowiązanych do zachowania informacji w tajemnicy. Konieczność zachowania poufności wynika również z uzgodnień z dostawcami lub poddostawcami. Przystępujący wskazał, że stosowane przez niego procedury zostały opisane w Deklaracji Stosowania Bezpieczeństwa Informacji oraz Polityce Bezpieczeństwa Informacji, które stanowią załącznik do części niejawnej pisma.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący jest narażony na poniesienie szkody. Gdyby zamawiający przyznał ofercie przystępującego niższą liczbę punktów w kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy”, oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Izba uznała również, że odwołujący spełnił niezbędne przesłanki materialnoprawne dopuszczalności odwołania w odniesieniu do zarzutu zaniechania udostępnienia informacji zastrzeżonych przez przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołanie jest niezasadne.

Ocena zarzutu wadliwej oceny oferty B. S.A. w kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy” wymaga oceny postanowień SIWZ, na podstawie których zamawiający dokonywał oceny ofert w tym kryterium. Na rozprawie każda ze stron wywodziła, że postanowienia te są

jednoznaczne, jednak dokonywana przez nie wykładnia językowa prowadziła do innych rezultatów. Zdaniem odwołującego uzyskanie maksymalnej liczby punktów wymagało wykazania przez wykonawcę doświadczenia przy realizacji co najmniej 3 zadań polegających na pełnieniu funkcji kierownika budowy przez okres co najmniej 12 miesięcy, na zadaniu inwestycyjnym obejmującym zakresem budowę/rozbudowę/przebudowę/remont budynku/budynków o wartości robót co najmniej 10.000.000,00 PLN brutto, innych niż zadanie wymagane dla wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia kierownika budowy określonego w pkt. 9.2.3.2 SIWZ. Natomiast zdaniem zamawiającego wskazanie łącznie trzech zadań pozwala na wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz uzyskanie maksymalnej liczby punktów w kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy”. Istota sporu sprowadzała się więc do tego, czy 1 zadaniem wskazanym w formularzu oferty, za które zamawiający nie przyznaje punktów mogło być zadanie powołane dla wykazania warunku udziału w postępowaniu - doświadczenia kierownika budowy.

Zdaniem Izby powołane postanowienia SIWZ nie zostały zredagowane w sposób jednoznaczny i nie poddają się jasnej interpretacji. Z jednej strony bowiem zamawiający zapisał, że na potrzeby oceny oferty będzie uwzględniał doświadczenie ponad wskazane na potrzeby spełniania warunku udziału w postępowaniu. Racjonalnie należałoby oczekiwać zatem, że w formularzu oferty nie powinny być wskazywane zadanie powołane w JEDZ. Jednak przy opisie kryterium w tabeli zamawiający wskazał ponadto, że za wykonanie 1 zadania nie zostaną przyznane pkt w ogóle, co może oznaczać, że w istocie pierwsze zadanie dotyczyć może wyłącznie wykazania warunku udziału w postępowaniu. Ponadto, gdyby - tak jak chciałby odwołujący - zamawiający wysoko premiował wykonawcę dysponującego kierownikiem budowy o znaczącym doświadczeniu i rozpoczął przyznawanie punktów w sytuacji, gdy osoba wskazana jako kierownik budowy posiada doświadczenie przy realizacji co najmniej trzech zadań, stwierdzenie zamieszczone w uwagach o braku punktów w sytuacji niewskazania jakiegokolwiek zadania, byłoby całkowicie zbędne, skoro w celu otrzymania punktów należy powołać co najmniej dwa zadania, inne niż wskazane w JEDZ. Postanowienia SIWZ rodzą dodatkowo niepewność, co do relacji pomiędzy JEDZ a formularzem oferty, nie jest bowiem jasne, czy te same zadania nie powinny być wskazane w obu tych dokumentach.

Rozbieżności interpretacyjnych nie usuwa przypomnienie, że zamawiający postanowił skorzystać w badanym postępowaniu z dobrodziejstwa tzw. „procedury odwróconej”, w której po myśli art. 24aa Pzp najpierw dokonuje oceny ofert, a oświadczeń i dokumentów potwierdzających zdolność podmiotową wykonawcy oraz brak przesłanek do wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, żąda wyłącznie od wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Przeciwnie, należy zauważyć, że podniesione wątpliwości pozostają aktualne, zwłaszcza w odniesieniu do zastrzeżenia o przyznaniu 0 pkt za brak wykazania jakiegokolwiek zadania.

Mając na uwadze niejasność relacji pomiędzy warunkiem udziału w postępowaniu o opisem oceny w kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy” polegającą na braku jednoznacznego

przesądzenia, czy zadanie powołane przez wykonawcę na potrzeby wykazania warunku udziału w postępowaniu jest jednocześnie pierwszym zadaniem uwzględnianym w toku oceny ofert. Izba zdecydowała przyznać rację zamawiającemu i uznać za uprawnioną wykładnię względniejszą dla wykonawców. W sytuacji, gdy interpretacja postanowień SIWZ daje rozbieżne rezultaty, należy przyznać prymat wykładni bardziej liberalnej, rozszerzającej. Wykładnia wąska powinna bowiem mieć oparcie w literalnych postanowieniach SIWZ, których treść nie budzi wątpliwości.

Kierując się tymi racjami Izba uznała, że wykazanie przez przystępującego trzech zadań uprawnia go do uzyskania maksymalnej liczby punktów w kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy”. Pierwsze zadanie jest wskazane na potrzeby wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu i jednocześnie jest pierwszym zadaniem punktowanym przy ocenie ofert, dwa pozostałe pozwalają na otrzymanie 20 pkt. Posiadane przez odwołującego lub innych wykonawców osoby na stanowisko Kierownika Budowy o większym doświadczeniu nabytym przy wykonywaniu czterech lub większej liczby zadań nie da mu zatem przewagi w kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy”. Zamawiający stwierdził w tym przypadku wyraźnie, że wskazanie trzech lub większej liczby zadań jest punktowane tak samo tzn. wykonawca otrzyma 20 pkt.

Izba uznała zatem, że art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp przez przyznanie B. S.A. 20 pkt w kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy”.

Nie podzielono również zarzutu dotyczącego nieudostępnieniu odwołującemu szczegółowych wyjaśnień dotyczących obliczenia, zastrzeżonych przez przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba stwierdziła, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego w rozumieniu przepisów uznk. Art. 11 ust. 4 uznk stanowi, pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Izba zbadała zastrzeżoną część wyjaśnień i skonstatowała, że zawierają one informacje powołane w części jawnej. Uznała zatem, że wyjaśnienia w części zastrzeżonej precyzują i rozszerzają informacje jawne zawarte w wyjaśnieniach, z którymi odwołujący mógł się zapoznać. Treść informacji zastrzeżonych przez przystępującego spełnia zatem kryteria uznania danych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa zdefiniowane w wyroku Sądu Najwyższego z 3 października 2000 r. w sprawie I CKN 304/00, (OSNC 2001, nr 4, poz.59). Spełnione zostały bowiem łącznie następujące warunki:

1. informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
2. informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Wymienione przesłanki zostały wskazane przez B. S.A. w części jawnej wyjaśnień

udzielonych zamawiającemu, zatem przystępujący w odpowiednim terminie, czyli w momencie udzielenie tych wyjaśnień zamawiającemu, wykazał zaistnienie przesłanek uprawniających do zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.)

Przewodniczący: