

WYROK

z dnia 10 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska
Członkowie: Klaudia Szczytowska – Maziarz
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 października września 2017 r., w Warszawie,
odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 września 2017 r.
przez wykonawcę **B. S.A., (...)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Puławy, (...)**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum:
P. R. – B. „T.” Sp. z o. o., (...) i M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D.
P.H.U. M. K., (...), zgłaszających przystąpienie - po stronie zamawiającego

orzeka:

1

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie:

1.1. zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 3 oraz art. 96 ust. 3 p.z.p.
w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez niezgodne z ustawą nieujawnienie informacji zawartych

w ofercie konsorcjum P.

R. – B. „T.” Sp. z o. o. i M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą
D. P.H.U. M. K., zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa,
i nakazuje zamawiającemu odtajnienie całości treści oferty konsorcjum: P. R. – B. „T.” Sp. z o. o. i
M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D.
P.H.U. M. K.;

1.2. zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 1 p.z.p. poprzez brak uzasadnienia faktycznego
dotyczącego obniżenia ceny w kryterium "Jakość"
i nakazuje zamawiającemu – Miasto Puławy - unieważnienie czynności wyboru
oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności oceny ofert, powtórzenia czynności oceny ofert
z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego oceny;

3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Miasto Puławy, (...) i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000,00 zł
(słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez B. S.A., (...)
tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Miasta Puławy, (...) na rzecz B. S.A., (...) kwotę 23 600,00 zł
(słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty
postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz
tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

2

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

Przewodniczący:

.....
Członkowie:
.....
.....

3

Uzasadnienie

do wyroku z dnia 10 października 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1994/17

Zamawiający – Miasto Puławy - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Przebudowa Puławskiego Ośrodka Kultury „Dom Chemika” w P. – etap I”, numer postępowania nadany przez Zamawiającego: BZP.271.10.2017, dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, iż postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 z dnia 29 stycznia r. publicznych ustawy 2004 Prawo zamówień (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), dalej jako „p.z.p.”

W dniu 7 lipca 2017 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej, które 12 lipca 2017 r. zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 131-268806.

Dnia 12 września 2017 r. Zamawiający, drogą elektroniczną, poinformował Wykonawców, biorących udział w postępowaniu, o wyborze oferty najkorzystniejszej, zaś w dniu 22 września 2017 r., odwołanie od wobec czynności Zamawiającego w toku badania i oceny oferty wniósł Wykonawca B. S.A. z siedzibą w W. przy ul. (...) dalej jako „Odwołujący”.

Zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 p.z.p., w odwołaniu postawiono następujące zarzuty (pisownia oryginalna):

1. Art. 8 ust. 3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („Znk”) poprzez niezgodne z ustawą nieujawnienie informacji zawartych w ofercie konsorcjum T., zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, mimo iż informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa z racji braku posiadania przez te informacje waloru wartości gospodarczej oraz z uwagi na fakt, że przedsiębiorca nie podjął w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności;
2. Art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust 1 pkt 2 oraz art. 22 ust 1b pkt 3 i art. 22d ust 1 ustawy oraz § 2 ust 4 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju w spr. rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wykonawca T. nie spełnił warunków nie realizując wymaganych robót budowlanych, a ponadto przepis rozporządzenia nakazuje by w przypadku robót budowlanych potwierdzenie należyłości dotyczyło wykonania robót, a nie innych zamówień. Złożone potwierdzenie należyłości (referencje) dotyczą dostaw. Przepisy naruszono poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum T., mimo że nie

4

spełnia ono warunków udziału w postępowaniu;

3. Art. 24 ust. 1 pkt 16 poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum T., które podało nieprawdziwe informacje wskazujące, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a nieprawdziwość ta jest oczywista i jedynie działanie celowe lub rażące niedbalstwo mogło spowodować, że informacjom tym w ofercie nadano walor prawdziwości;
4. Art. 91 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 oraz art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 70 i § 4 Kc poprzez dokonanie oceny ofert w kryterium jakości wbrew znaczeniom tych kryteriów podanych w SIWZ oraz wbrew podanym w SIWZ zasadom oceny ofert w tych kryteriach, co doprowadziło także do naruszenia art. 7 ust. 1, gdyż w ofercie konsorcjum T. oceny zawyżono, a w ofercie Odwołującego zaniżono;
5. Art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 355 Kc poprzez brak zachowania należytej staranności

w ocenie ofert w kryterium jakościowym i przyznanie maksymalnych ocen ofercie konsorcjum T., mimo iż już z dostępnych w jawnej części dokumentów wchodzących w skład oferty wynika, że przedstawiony Harmonogram oraz Program zapewnienia jakości są błędne;

6. Art. 7 ust. 1 poprzez zastosowanie różnych zasad oceny ofert w świetle kryteriów jakościowych i przyznanie ofercie konsorcjum T. wysokich ocen mimo rażących błędów przy jednoczesnym obniżeniu oceny oferty Odwołującego, która takich błędów nie zawiera;
7. Art. 92 ust. 1 pkt 1 poprzez brak uzasadnienia faktycznego dotyczącego obniżenia oceny w kryterium "Jakość" w ofercie Odwołującego.

Wobec powyższego wniesiono o nakazanie Zamawiającemu (pisownia oryginalna):

- ☐ unieważnienia czynności badania i oceny ofert, ☐ odtajnienia części oferty konsorcjum T. zastrzeżonej niezgodnie z prawem jako tajemnica przedsiębiorstwa,
- ☐ dokonania ponownego badania i oceny ofert,
- ☐ wykluczenia z postępowania wykonawcy konsorcjum T. ewentualnie przyznanie tej ofercie niższej oceny w kryterium Jakość w obu podkryteriach tj 0 punktów w podkryterium S1 i nie więcej niż 15 pkt w podkryterium S2,
- ☐ przyznania ofercie B. S.A. wyższej oceny w kryterium Jakość tj. 5 pkt w podkryterium S1 oraz 30 punktów w podkryterium S2, ☐ podania uzasadnienia faktycznego i prawnego oceny ofert,
- ☐ wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty B. S.A.

5

Uzasadniając swoje stanowisko, w zakresie zarzutu niezgodnego z ustawą nieujawnienia informacji zawartych w ofercie konsorcjum T., zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, Odwołujący odwołał się do przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2017 r. poz. 933 ze zm.) i konieczności spełniania przez informację uznaną za tajemnicę przedsiębiorstwa trzech warunków: posiadania wartości gospodarczej, braku ujawnienia do wiadomości publicznej oraz podjęcia przez jej dysponenta działań niezbędnych do zachowania przedmiotowej informacji w poufności.

Odwołujący wskazał, że wyjaśnień zawartych w piśmie konsorcjum T. z dnia 18.08.2017 r. nie można było potraktować jako wystarczających w zakresie wykazania tych elementów, ponieważ nie zawierały one żadnych konkretnych informacji na podstawie których można byłoby je zweryfikować. Odwołujący podkreślił przy tym, że nie wskazano na żadną określoną wartość przedmiotowej informacji oraz, odwołując się do szeregu orzeczeń Izby, wskazał że wyjaśnienia na tym poziomie ogólności co przedstawione przez wybranego Wykonawcę nie mogą zostać uznane za spełniające nawet kryterium uprawdopodobnienia ww. trzech warunków. Odwołujący podniósł również, że nie wykazano aby osoby mające dostęp do zastrzeżonych informacji w rzeczywistości były zobowiązane do zachowania ich w tajemnicy, jak również podniesiono, że nie przedstawiono żadnych dowodów na okoliczność nie tylko podejmowania przez konsorcjum T. czynności mających na celu adekwatną ochronę tych informacji, ale w ogóle jakichkolwiek czynności zmierzających do zachowania ich poufności.

W stosunku do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 22 ust. 1b pkt 3 i art. 22d ust. 1 ustawy oraz § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum T., Odwołujący stwierdził, iż konsorcjum nie spełniło warunku udziału w postępowaniu nie realizując wymaganych robót budowlanych. W jego ocenie przepis rozporządzenia nakazuje by w przypadku robót budowlanych potwierdzenie należytości dotyczyło wykonania robót, a nie innych zamówień, zaś złożone potwierdzenie należytości (referencje) Wykonawcy T. dotyczą dostaw.

Odwołujący podniósł, iż konsorcjum T. powinno zostać wykluczone z postępowania, gdyż nie spełnia warunku wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej sformułowanego w SIWZ i ogłoszeniu (IDW punkt V ppkt 2 lit c). W tym zakresie Odwołujący podnosił, że:

„Konsorcjum T. w JEDZ wskazało, że spełnia wymagane warunki udziału w postępowaniu. W celu wykazania spełnienia warunku doświadczenia podano, iż Wykonawca zrealizował dostawę i montaż akustycznych okładzin sali teatralnej, foyer i szatni dla Gdańskiego Teatru

6

Szekspirowskiego oraz dostawę i montaż akustycznych okładzin ściennych i sufitowych dla Teatru Muzycznego im. Danuty Baduszkowej w G. W tym miejscu wskazać należy, iż analiza przedłożonych przez Wykonawcę referencji, ale zwłaszcza analiza ogłoszenia o udzieleniu zamówienia 2013/S 162-282408 doprowadza do wniosku, że konsorcjum T. nie spełnia warunków określonych w SIWZ. Jak wynika z ogłoszenia o udzieleniu zamówienia dla Gdańskiego Teatru Szekspirowskiego przedmiotem zamówienia była „Dostawa i instalacja wyposażenia teatralnego wbudowanego i ruchomego oraz wyposażenia technologicznego - część 2.” Z krótkiego opisu zamówienia lub zakupu (pkt II. 1.4)) wynika, że przedmiotem zamówienia jest tylko dostarczenie określonych okładzin, maskownic, drewnianych balustrad oraz drewnianych podłóg zapadni scenicznych i widowni. Do takiego wniosku prowadzi wprost literalne brzmienie opisu zamówienia, a zwłaszcza szczegółowo określone wymagania Zamawiającego, gdzie w żadnym z elementów nie wskazano na konieczność wykonania jakichkolwiek robót budowlanych, lecz jedynie dostawę. Nie zmienia powyższego fakt, że nadana zamówieniu obejmowała również „instalację wyposażenia”. „Instalacja wyposażenia” nie jest robotą budowlaną. Wskazuje na to zarówno kwalifikacja świadczenia przez zamawiającego jako dostawy, jak i definicja robót budowlanych, (zawarta w art. 2 pkt 8 ustawy Pzp) która w świetle art. 2 pkt 7 w zw. z pkt 6 ustawy Prawo budowlane oraz treścią warunku udziału w postępowaniu pozwalałaby uznać za wystarczające jedynie doświadczenia w zakresie wykonania przebudowy lub rozbudowy lub modernizacji.”

Odnosząc się do zakresu ww. zamówienia, jakim była również "instalacja" wyposażenia, Odwołujący argumentował, iż w jego ocenie pojęcie to nie wchodzi w zakres wymaganych przy ocenie zdolności technicznej lub zawodowej sformułowanej w SIWZ "przebudowy", "rozbudowy" lub "modernizacji". Dodatkowo w zakresie wykazania, iż pojęcie „instalacja wyposażenia”, nie mieści się w pojęciu „modernizacja”, wskazano na stanowisko Głównego Urzędu Nadzoru Budowlanego, w przedmiocie interpretacji pojęcia „modernizacja”.

Odwołujący wskazał również zastrzeżenia co do pozostałych referencji konsorcjum T., zwracając uwagę na rolę E. S., użytkującego konsorcjum zasobów, w realizacji tych zamówień, która to rola w ocenie Odwołującego, nie odpowiadała zakresowi wymaganemu przez SIWZ dla uznania wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej, a sprowadzała się do dostawy i montażu paneli akustycznych.

W konsekwencji powyższego, zdaniem Odwołującego naruszony został również art. 24 ust. 1 pkt 16 poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum T., które podało nieprawdziwe informacje wskazujące, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a nieprawdziwość ta jest oczywista i jedynie działanie celowe lub rażące niedbalstwo mogło spowodować, że informacjom tym w ofercie nadano walor prawdziwości.

7

Uzasadniono, iż profesjonalista, jakim jest wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia nie może podawać informacji o spełnianiu warunku udziału w postępowaniu bez starannego porównania treści warunku do posiadanych doświadczeń. Nie można przy tym założyć, że profesjonalista może nie rozumieć znaczenia pojęć „przebudowa”, „rozbudowa” oraz „modernizacja”. Wskazanie, że przeprowadził jedną z tych trzech prac, podczas gdy jedynie instalował urządzenia świadczy o rażącym niedbalstwie przy podawaniu informacji o spełnianiu warunków. Narusza tym samym zakaz wprowadzania zamawiającego w błąd wskutek rażącej niestaranności (niedbalstwa) wyrażony w art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p.

Co do zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 p.z.p., art. 14 p.z.p., art. 7 ust. 1 p.z.p. oraz art. 70 i § 4 i 355 k.c., w świetle zasadności zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 p.z.p., związanych z oceną ofert przez pryzmat pozacenowego kryterium „Jakość – przedstawienie programu zapewnienia jakości organizacji i wykonania robót budowlanych” Odwołujący podniósł szereg merytorycznych zastrzeżeń do ocenianych w kryterium dokumentów, w szczególności do harmonogramu

realizacji przedmiotu zamówienia (kryterium S1), obszernie je uzasadniając.

Konkluzją wywodów odwołania w tym zakresie jest stwierdzenie, iż informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej nie zawiera w tym zakresie żadnego uzasadnienia, uzasadnienia takiego brak także w indywidualnych ocenach sporządzonych przez członków komisji przetargowej oraz protokole postępowania. Dopiero więc podanie uzasadnienia przyznanych punktów ocen może być podstawą do przedstawienia wyczerpującej argumentacji i jednoznacznego sformułowania żądania co do konieczności zmian dokonanej oceny.

W istocie zatem, twierdzenia odwołania w zakresie tych zarzutów sprowadzały się do próby odtworzenia jakie elementy poszczególnych ofert i dlaczego mogły zostać przez Zamawiającego ocenione i w jaki sposób.

Działając w imieniu Zamawiającego - Miasta Puławy, jego reprezentant ustawowy przedstawił pisemne stanowisko z dnia 29.09.2017 r., które wpłynęło Izby w dniu 02.10.2017 r., wskazując, iż w jego ocenie zarzuty Odwołującego są bezpodstawne, zaś podjęte przez Zamawiającego czynności w pełni odpowiadają prawu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 oraz art. 96 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Zamawiający podniósł, iż postąpił prawidłowo nie ujawniając informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę, zaś samo zastrzeżenie w ocenie Zamawiającego odpowiadało prawu. Zamawiający wskazał przy tym, że w jego ocenie to sam wykonawca decyduje, które z informacji przedstawianych Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowią

8

prawnie chronioną tajemnicę tego przedsiębiorcy i Zamawiający musi polegać na stanowisku wykonawcy i złożonych przez niego oświadczeniach, ponieważ ma ograniczone możliwości żądania od wykonawców dokumentów celem potwierdzenia określonych okoliczności istotnych z punktu widzenia przebiegu postępowania. Zamawiający wskazał również, iż *"nie znalazł podstaw do tego, by podważać jego [oświadczenia] wiarygodność i prawdziwość"*.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutami stawianymi mu w odwołaniu wskazując, że nie mógł żądać od wykonawcy dodatkowych dokumentów w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa, a *"na Wykonawcy nie ciążył obowiązek wykazywania i udowadniania stosownymi dokumentami tego, iż przedłożone i zastrzeżone dokumenty zawierają prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa; zarówno bowiem wysunięcie takiego żądania przez Zamawiającego, jak i ustosunkowanie się do tego żądania przez Wykonawcę naruszałoby bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa regulujące kwestie dokumentów"*. Jednocześnie Zamawiający podkreślił, że uważa „za chybiony zarzut naruszenia art. 6 k.c. – w ocenie Zamawiającego to bowiem na Odwołującym ciąży obowiązek wykazania i udowodnienia, że informacje, które zostały zastrzeżone przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa nie noszą cech takich informacji i winny zostać w toku postępowania ujawnione wszystkim oferentom - niewątpliwie taki obowiązek nie ciąży na Wykonawcy" dodatkowo podnosząc, iż każdy z oferentów zastrzegł te same informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W stosunku co do zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia Przystępującego, Zamawiający również uznał je za bezpodstawne. Zamawiający przyznał przy tym, że wymagał, aby potencjalni wykonawcy *"w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej 3 roboty budowlane polegające na przebudowie, rozbudowanie, modernizacji obiektu z salą widowiskową lub koncertową, w tym 2 obiekty o pojemności minimum 500 stałych miejsc siedzących oraz montażu akustycznych okładzin ściennych i sufitowych w ilości nie mniejszej niż 300 m² łącznie"*, jak również, że na dowód spełnienia tego warunku w zakresie spornej oferty przedłożono wykaz, w którym umieszczono roboty polegające na dostawie i montażu akustycznych okładzin ściennych i sufitowych.

Dodano, iż Przystępujący przedłożył dokument zatytułowany „Poświadczenie” pochodzący od Gdańskiego Teatru Szekspirowskiego, w którym to dokumencie potwierdzono, iż spółka wykonująca prace wykonała zamówienie pod nazwą „dostawa i instalacja wyposażenia teatralnego wbudowanego i ruchomego oraz wyposażenia technologicznego dla Gdańskiego Teatru Szekspirowskiego - Część 2” obejmujące swym zakresem m.in. okładziny akustyczne w trzech pomieszczeniach.

Zamawiający stwierdził, iż sporna jest nie tyle treść ww. dokumentów, ile ich

definicję robót budowlanych określoną w art. 2 pkt 8) p.z.p. oraz na art. 2 c p.z.p., a także roboty budowlane w zakresie wykonywania podłóg i ścian ujęte w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie wykazu robót budowlanych (Dz. U. z 2016 r. poz. 1125), co w jego ocenie, prowadzi do wniosku, że w zamówienia wskazane w wykazie spełniają postawiony warunek.

Dalej argumentował, że „Skoro więc we wskazanym powyżej rozporządzeniu wyraźnie wskazano, iż robotą budowlaną jest układanie, wyklejanie, wieszanie lub instalowanie w budynkach okładzin ściennych nie może być wątpliwości, iż dostawa i montaż (a więc instalowanie) okładzin akustycznych (a więc okładzin ściennych) na ścianach i sufitach budynków uznaje należy za robotę budowlaną w rozumieniu przepisów prawa zamówień publicznych”, dodatkowo posiłkując się treścią Rozporządzenia Komisji (WE) nr 213/2008 z dnia 28 listopada 2007 roku zmieniającego rozporządzenie (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) oraz Dyrektywy 2004/17/ WE i 2004/18/ WE Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczące procedur udzielania zamówień publicznych - w ramach kodu CPV 45430000-0 „pokrywanie podłóg i ścian” i podgrupy tego kodu 4543211-5 „kładzenie wykładzin elastycznych”.

W tym kontekście za bezpodstawne, w ocenie Zamawiającego, uznać należało również kwestionowanie przez Odwołującego także pozostałych referencji przedłożonych wraz z ofertą przez Wykonawcę, a dotyczących tej samej materii (dostawy i montażu okładzin). W zakresie referencji wystawionych w ramach umów, gdzie podmiot otrzymujący referencje był podwykonawcą, Zamawiający obszernie uzasadnił stanowisko w zakresie tego, iż słusznie i zgodnie z prawem zaakceptował przedłożone poświadczenie podnosząc, iż nie miał żadnego powodu aby kwestionować zakresu prac czy faktu, że łącznie zostały one wykonane w wymaganym przez Zamawiającego zakresie i dotyczyły powierzchni wymaganej w SIWZ.

Zamawiając, mając powyższe na uwadze stanął na stanowisku, że Przystępujący spełnił warunki udziału w postępowaniu dotyczące wymagania odpowiedniej zdolności technicznej lub zawodowej.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących wadliwej oceny w kryteriach oceny ofert art. 91 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 p.z.p., art. 14 p.z.p., art. 7 ust. 1 p.z.p. oraz art. 70 i § 4 i 355 k.c., a także braku prawidłowego uzasadnienia zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 1 p.z.p., Zamawiający podniósł, iż twierdzenia Odwołującego w tym zakresie zmierzają do uzasadnienia przyznania wybranemu Wykonawcy niższej oceny, przyznania Odwołującemu oceny wyższej oraz zdyskredytowania członków komisji poprzez sugerowanie, że poszczególni członkowie nie stosowali tych samych kryteriów przy dokonywaniu oceny ofert.

10

Zamawiający wskazał przy tym na kompetencje osób dokonujących oceny, a także procedury oceny zapewniające jej obiektywizm. Zamawiający przytoczył przy tym szereg argumentów, bazujących na ocenie merytorycznej ocenianych w kryterium dokumentów, na poparcie swojego stanowiska w zakresie prawidłowości dokonanej oceny.

Tak określone na podstawie art. 180 ust. 3 p.z.p. zarzuty i stanowiska stron zakreśliły zakres sporu objętego kognicją Krajowej Izby Odwoławczej w ramach przedmiotowego postępowania. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 p.z.p., Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu, a zatem, *a contrario*, musi orzec co do tych zarzutów, które w odwołaniu były zawarte.

Izba jest zatem związana przedstawionymi zarzutami i co do zasady nie może orzekać w zakresie szerszym niż wskazano w odwołaniu, co jednak nie oznacza związania Izby podstawą prawną wskazaną przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez Zamawiającego. Izba jest zatem uprawniona do orzekania w sytuacji, gdy okoliczności faktyczne podniesione w zarzutach odwołania, a także opis czynności lub zaniechania Zamawiającego wskazują na faktyczne naruszenie przepisów ustawy i nie budzą jakichkolwiek wątpliwości (vide wyrok KIO z 26.04.2012 r., KIO 711/12).

Zakres kognicji Krajowej Izby Odwoławczej i związanie go bezpośrednio z zarzutami,

które Odwołujący stawia zachowaniu Zamawiającego był wielokrotnie potwierdzany przez orzecznictwo samej Izby (tak KIO w wyrokach: z 8.12.2015 r., KIO 2598/15; z 9.09.2016 r., KIO 1610/16) jak i Sądów powszechnych i Sądu Najwyższego (tak Sąd Najwyższy w Uchwale z dnia 17 lutego 2016 r. w sprawie o sygn. akt III CZP 111/15).

W toku postępowania do udziału w sprawie, wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 p.z.p. oraz braku zgłoszenia opozycji stron, dopuszczono - po stronie Zamawiającego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia P. R. – B. „T.” Sp. z o. o., (...) i M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D. P.H.U. M. K., (...) (dalej jako "Przystępujący").

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu oraz stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym w odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uwierzytelnioną przez Zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowieniami SIWZ, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w rozprawie ustaliła i zważyła, co następuje:

11

Odwołujący i Zamawiający podtrzymali stanowiska przedstawione pisemnie, zaś Przystępujący podzielił stanowisko Zamawiającego, przy czym podniósł, iż w jego ocenie wskazane przez niego roboty budowlane w celu potwierdzenia spełnienia przez Przystępującego warunku posiadania odpowiedniej zdolności technicznej lub zawodowej mieściły się w pojęciu "modernizacji", które stanowiło jeden z elementów zawartej w SIWZ definicji robót budowlanych, wobec czego - mając na uwadze brak ustawowego zdefiniowania tego terminu, przedłożone przez niego dowody na posiadane zasoby zdolności technicznej lub zawodowej były wystarczające.

Mając na uwadze tak określony spór, Izba w pierwszej kolejności ustaliła, iż niniejsza sprawa, w zakresie zarzutów podniesionych przez Odwołującego, mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p. i że odwołanie, które ją zainicjowało zostało wniesione przez podmiot uprawniony i dotyczy materii określonej w art. 179 oraz art. 180 ust. 1 p.z.p., a więc podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Izba ustaliła również, że odwołanie podlega rozpoznaniu na podstawie art. 187 ust. 1 p.z.p. i że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania *meritum* sprawy. Izba stwierdziła również z urzędu, do czego była zobowiązana, spełnienia przez Odwołującego hipotezy art. 179 ust. 1 p.z.p., co warunkuje możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Odwołujący wykazał, a Zamawiający nie kwestionował interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów p.z.p. Jak podniósł Odwołujący jego oferta została sklasyfikowana przez Zamawiającego na drugiej pozycji, zaś działania Zamawiającego, którym zarzuca naruszenie przepisów p.z.p. doprowadziły do poniesienia szkody, w postaci niezyskania zamówienia.

Izba, w oparciu o obszerne uzasadnienie zarzutów odwołania oraz repliki Zamawiającego, doprecyzowane w toku rozprawy, uznała że zarzuty odwołania sprowadzają problematykę sprawy do trzech osi sporu - w pierwszej kolejności dotyczącą uznania przez Zamawiającego za prawidłowo zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa w ofercie Przystępującego, w dalszej - zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania, a ostatecznie kwestii oceny ofert w kryterium „Jakość – przedstawienie programu zapewnienia jakości organizacji i wykonania robót budowlanych”.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: *"Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie*

12

o udzielenie zamówienia". Uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności ustalenia poczynione na podstawie dokumentacji postępowania dostarczonej przez Zamawiającego oraz zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują częściowe oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 8 ust. 3 p.z.p. oraz art. 96 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez niezgodne z ustawą nieujawnienie informacji zawartych w ofercie Przystępującego, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, mimo iż informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa z racji braku posiadania przez te informacje waloru wartości gospodarczej oraz z uwagi na fakt, że przedsiębiorca nie podjął w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności;
- 2) art. 92 ust. 1 pkt 1 p.z.p. poprzez brak uzasadnienia faktycznego dotyczącego obniżenia oceny w kryterium "Jakość" w ofercie Odwołującego.

Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy, które może mieć lub ma istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie okoliczności faktycznych ujętych w zarzutach odwołania wyżej wskazanych, a zawartych w punktach 1 i 7. Twierdzenia w zakresie tych okoliczności podnoszone przez Zamawiającego i Przystępującego w sprawie Izba uznała za gołosłowne, zmierzające wyłącznie do poprawy sytuacji procesowej tych stron i nie mogących uchylić obiektywnej bezprawności odpowiednich, zakwestionowanych przez Odwołującego zaniechań.

Pozostałe zarzuty postawione czynnościom Zamawiającego Izba oceniła jako nie zasługujące na uwzględnienie. W świetle wyjaśnień Przystępującego, Zamawiający prawidłowo ocenił, iż Przystępujący spełnia warunek posiadania zdolności technicznej lub zawodowej postawiony w postępowaniu, zaś zarzuty dotyczące oceny ofert poprzez naruszenie przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 p.z.p., art. 14 p.z.p., art. 7 ust. 1 p.z.p. oraz art. 70 i § 4 i 355 k.c., okazały się przedwczesne i niemożliwe do merytorycznej weryfikacji – z uwagi na naruszenie przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 1 p.z.p. - poprzez brak uzasadnienia faktycznego, które to rozpoznanie tychże zarzutów uniemożliwiło.

Mając powyższe na uwadze, Izba nakazała Zamawiającemu:

13

-
- ☐ odtajnienie całości treści oferty konsorcjum: P. R. – B. „T.” Sp. z o. o. i M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D. P.H.U. M. K.;
 - ☐ unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności oceny ofert, powtórzenia czynności oceny ofert.

U podstaw takiego orzeczenia, co do zakresu żądań podniesionych w odwołaniu, legła ocena - w zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 oraz art. 96 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - że Zamawiający nie ujawnił informacji zastrzeżonych w ofercie Przystępującego, jako tajemnica przedsiębiorstwa, dotyczących ocenianych w ofercie parametrów, tj. planu zapewnienia jakości.

Zarzut Odwołującego w zakresie twierdzenia, że brak ujawnienia tych informacji naruszał prawo, zasługiwał na uwzględnienie z uwagi na naruszenie przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 p.z.p. w związku z art. 11 ust. 4 przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2017 r. poz. 933 ze zm.), dalej "znk". W istocie zasadność tego zarzutu ustalić można już w oparciu o opis czynności Zamawiającego, połączony z jego stanowiskiem wskazanym w pkt 1 pisma z dnia 29 września 2017 r.

Zamawiający, podnosząc tezę o zasadności nie ujawnienia ww. informacji powołał się na fakt, iż, w zakresie oświadczenia konsorcjum, *"nie znalazł podstaw do tego, by podważać jego wiarygodność i prawdziwość"*, dodatkowo wskazując, że *"na Wykonawcy nie ciążył obowiązek wykazywania i udowadniania stosownymi dokumentami tego, iż przedłożone i zastrzeżone dokumenty zawierają prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa; zarówno bowiem wysunięcie takiego żądania przez Zamawiającego, jak i ustosunkowanie się do tego żądania przez Wykonawcę naruszałoby bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa"*

regulujące kwestie dokumentów".

Stanowisko to jest wprost sprzeczne z brzmieniem art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze *in fine* p.z.p., który stanowi, że: *"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."* Podążając zatem za wykładnią językową przytoczonego przepisu należy wskazać, że to po stronie zastrzegającego wykonawcy leży ciężar dowodu w zakresie nie uprawdopodobnienia, a wprost wykazania, że zastrzeżone informacje w istocie spełniają wszystkie elementy konieczne dla jej uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w świetle art. 11 ust. 4 znk. Przepis ten wprost definiuje jaka informacja może zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa: *"Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej*

14

informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności."

Aby zatem dokonać skutecznego zastrzeżenia, wykonawca musi wykazać (udowodnić), że informacja spełnia wszystkie trzy elementy wspomnianej definicji

- tj. że nie

jest ujawniona do wiadomości publicznej, że ma charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny, który dotyczy przedsiębiorstwa zastrzegającego lub stanowi inną informację posiadającą wartość gospodarczą, a także, że przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania tej informacji w poufności. Nie można zatem zgodzić się z ferowaną przez Zamawiającego oceną, że to *"na Odwołującym ciąży obowiązek wykazania i udowodnienia, iż informacje, które zostały zastrzeżone przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa nie noszą cech takich informacji i winny zostać w toku postępowania ujawnione wszystkim oferentom - niewątpliwie taki obowiązek nie ciąży na Wykonawcy"*. Art. 8 ust. 3 p.z.p. wprost bowiem wskazuje na to, na kim spoczywa ciężar wykazania, iż dana informacja jest tajemnicą przedsiębiorstwa - podmiotem tym jest wyłącznie zastrzegający. Z kolei na Zamawiającym ciąży obowiązek - w przypadku braku skutecznego wykazania zasadności zastrzeżenia - ujawnienia nieprawidłowo lub sprzecznie z prawem zastrzeżonej informacji.

Jeżeli zastrzegający nie wykaże, że informacja ta w istocie spełnia definicję art. 11 ust. 4 znk, Zamawiający nie może odmówić jej ujawnienia. Należy przy tym wskazać, że Ustawodawca stanął w przypadku tej regulacji na słusznym stanowisku, iż absolutnym minimum, którego można wymagać od profesjonalnego podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą jest podejmowanie działań w celu zachowania informacji w poufności nie tylko w obrocie prywatnym, ale również publicznym - gdyby bowiem "poprzeczka" ciężaru udowodnienia zasadności zastrzeżenia nie była tak postawiona, w istocie wymagano by od ubiegającego się o zamówienie mniejszej staranności w ramach postępowania o udzielenie zamówienia niż wymaga się w jakichkolwiek innych okolicznościach.

W przedmiotowej sprawie Przystępujący pismem z dnia 18 sierpnia 2017 roku objął ochroną wynikającą z tajemnicy przedsiębiorstwa, dołączony do oferty „Plan Zapewnienia Jakości” wskazując, co dokument ten zawiera (m.in. schemat procedur przepływów finansowych spółki, plan zapewnienia jakości wykonywanych poszczególnych rodzajów robót, schemat koordynacji prowadzenia robót, schemat procedury inspekcji robót, schemat procedury inspekcji robót, wewnętrzne procedury jakościowe spółki, wewnętrzne plany monitorowania i pomiarów spółki, wewnętrzne procedury nadzoru nad jakością i wyrobami niezgodnymi) oraz cytując definicję tajemnicy przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 ust 4 znk. W powołanym piśmie wskazano także, że Plan Zapewnienia Jakości nie jest ogólnie dostępny i posiada do niego dostęp jedynie kadra zarządzająca. Dodano również, że dane

15

zawarte w Planie stanowią kapitał intelektualno-organizacyjny, zapewniający przewagę na rynku, stanowiąc oryginalne i autorskie rozwiązania w zakresie funkcjonowania firmy budowlanej oraz że ich ujawnienie w sposób istotny naruszyłoby interesy spółki, jak również pozbawiłoby spółkę znacznej przewagi nad konkurencją.

W istocie, tak sformułowanego ogólnego oświadczenia nie sposób jest przyjąć jako wystarczającego dla wykazania, że informacje w nim wskazane stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa - poddać można w wątpliwość fakt, czy oświadczenie takie byłoby wystarczające nawet do uprawdopodobnienia tej okoliczności z uwagi na jego bardzo ogólnikowy charakter i brak wskazania na jakiegokolwiek możliwe do obiektywnego przyjęcia elementy, które przekonująco wskazywałyby na spełnianie przez te informacje choćby jednego z elementów definicji zawartej w art. 11 ust. 4 znk. W istocie bowiem, twierdzenie Przystępującego analizowane przez Izbę w niniejszej sprawie, o tak ogólnym charakterze, ciężko jest zakwalifikować nawet jako oświadczenie wiedzy - nie zawiera ono bowiem żadnego stwierdzenia, które wskazywałoby na faktyczną, zobiektywizowaną wartość informacji czy faktycznie podjęte czynności zastrzegającego związane z ochroną przedmiotowej informacji czy brakiem jej publicznej dostępności. Skoro zatem wątpliwe jest nawet, czy oświadczenie o tej treści byłoby wystarczające do przyjęcia uprawdopodobnienia istnienia tajemnicy, to tym bardziej, zgodnie z utrwaloną już linią orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej dotyczącą tej problematyki, nie może zostać uznane za jej wykazanie.

W wyroku z dnia 23 kwietnia 2010 r., KIO/UZP 528/10, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „*wykonawca powinien wskazać konkretne okoliczności, czy chociażby działania które zostały podjęte przez wykonawcę, tj. np. wykazanie się wewnętrznymi regulaminami, wskazującymi iż powyższa informacja nie może zostać w żaden sposób upubliczniona.*” Wykonawca nie może zatem poprzestać na głoślowej deklaracji, że dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa - działanie takie należy bowiem zakwalifikować jako niedochowanie wymaganego przepisami aktu staranności, a zatem rezygnację w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z faktycznej, materialnej ochrony informacji, nawet jeśli ta informacja poprzednio mogła zostać uznana za spełniającą przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 4 znk.

Co więcej Zamawiający nie jest przy tym ani zobowiązany, ani uprawniony do zastępowania wykonawcy i dokonywania obiektywnej weryfikacji czy dana informacja w istocie stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 znk - jest natomiast zobowiązany do jej ujawnienia w przypadku, gdy Wykonawca tej okoliczności nie wykazał (vide wyrok z dnia 3 kwietnia 2015r., KIO 561/15).

Jak wskazano powyżej informacja, którą zastrzega przedsiębiorca jako tajemnicę przedsiębiorstwa, musi być należycie chroniona przede wszystkim przez przedsiębiorcę. W piśmie z 18.08.2017 r. wskazano jedynie, że informacje zawarte w Planie Zapewnienia

16

Jakości nie są ogólnie dostępne, i że dostęp do nich posiada jedynie kadra zarządzająca. Jednocześnie Przystępujący nie przedstawił Zamawiającemu żadnych instrukcji czy potwierdzenia, że osoby z kadry zarządzającej przyjmują na siebie zobowiązanie do zachowania poufności, na co słusznie zwrócił uwagę Odwołujący. Przystępujący nie wskazał realnie na żadne czynności faktyczne lub prawne, które

zmierzałyby choćby w stopniu minimalnym, do skutecznej ochrony przedmiotowej informacji, poza enigmatycznym sformułowaniem o ograniczeniu dostępu do niej poprzez udostępnianie jej jedynie kadrze zarządzającej (bez wskazania, że związane było to z jakimkolwiek obowiązkiem zachowania tej informacji w tajemnicy, umową o zakazie konkurencji czy jakimkolwiek innymi okolicznościami wskazującymi na to, że dostęp do tej informacji faktycznie był regulowany, a nie, że została ona przekazana jedynie tym osobom, które i tak musiałyby tą informację posiadać, aby wykonywać swoje obowiązki). Okoliczności te pozostały zatem w sferze deklaracji, nie zaś czynności faktycznie zmierzających do wykazania prawidłowości zastrzeżenia. Wszystko to sprawia, że posiadanie szczególnych zasad ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego nie tylko nie zostało udowodnione, ale nawet uprawdopodobnione - usprawiedliwione zatem pozostaje przekonanie Odwołującego, że brak ujawnienia tych informacji wynikał z naruszającego prawo zaniechania odtajnienia rzeczonych informacji przez Zamawiającego.

Ponieważ ze stanowiska Zamawiającego w niniejszej sprawie wprost wynika, że dokonana przez niego czynność ugruntowana była w błędnej wykładni omawianych przepisów, Izba, mając na uwadze powyższe rozważania, przyjęła, iż w toku jej dokonania doszło do naruszenia art. 8 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 4 znk i uznała odwołanie w tym zakresie za skuteczne.

W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia Przystępującego w oparciu

o art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 22 ust. 1b pkt 3 i art. 22d ust. 1 p.z.p. oraz § 2 ust 4 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego, który podał, w ocenie Odwołującego, nieprawdziwe informacje wskazujące, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a nieprawdziwość ta jest oczywista i jedynie działanie celowe lub rażące niedbalstwo mogło spowodować, że informacjom tym w ofercie nadano walor prawdziwości, Izba ustaliła, mając na uwadze dokumentację przeprowadzonego postępowania oraz wyjaśnienia Przystępującego, że konsorcjum, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie powinno podlegać wykluczeniu.

Odwołujący twierdził, że Przystępujący nie spełnia warunku wymaganej zdolności

17

technicznej lub zawodowej sformułowanego w SIWZ i ogłoszeniu (IDW punkt V ppkt 2 lit c) który stanowi, że *"Wykonawca winien wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej: 3 roboty budowlane polegające na przebudowie, rozbudowie, modernizacji obiektu z salą widowiskową lub koncertową, w tym: 2 obiekty o pojemności minimum 500 stałych miejsc siedzących oraz montażu akustycznych okładzin ściennych i sufitowych w ilości nie mniejszej niż 3000 m² łącznie.*

Za wykonaną robotę budowlaną Zamawiający rozumie taką robotę, która została zrealizowana na rzecz podmiotu (Zamawiającego/Odbiorcę) w ramach danej umowy i odebrana przez ten podmiot, jako wykonana w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona. Zamawiający zastrzega sobie prawo do ewentualnego sprawdzenia prawdziwości przedstawianych danych, które będą wyszczególnione w ofercie.", lecz twierdzenia odwołania w tym zakresie pozostały gołosłowne.

Izba ustaliła, że Przystępujący w wykazie robót budowlanych z 04.09.2017 r. wskazał trzy zamówienia, których przedmiot/zakres zamówienia obejmował dostawę i montaż akustycznych okładzin, w tym:

- ☐ dostawa i instalacja wyposażenia teatralnego wbudowanego i ruchomego oraz wyposażenia technologicznego dla Gdańskiego Teatru Szekspirowskiego, obejmowało dostawę i montaż akustycznych okładzin Sali teatralnej, foyer i szatni – 3560 m² łącznie. Dostawę i montaż maskownic wentylacji, drewnianych balustrad, drewnianej podłogi widowni i zapadni scenicznych. Sala teatralna – 580 miejsc siedzących. Podmiot który wykonał zamówienie – E. S. z siedzibą w G.; ☐ rozbudowa Teatru Muzycznego im. Danuty Baduszkowej w G., polegającej na powiększeniu widowni dużej sceny z 697 do 1070 miejsc, rozbudowie foyer, budowie nowej sceny dla 300 widzów, obejmowało dostawę i montaż akustycznych okładzin ściennych i sufitowych na salach widowiskowych, scenach i pomieszczeniach pomocniczych powiększenie widowni dużej sceny z 697 do 1070 miejsc. Podmiot który wykonał zamówienie – E. S. z siedzibą w G.;
- ☐ aranżacja wnętrza Sali koncertowej wraz ze sceną i holem w zakresie akustyki, elektroakustyki i wyposażenia multimedialnego w Szkole Muzycznej I i II stopnia im. Tadeusza Szeligowskiego (...), obejmowała dostawę i montaż akustycznych okładzin ściennych i sufitowych – 1500 m², wykonanie tynków akustycznych, montaż foteli teatralnych, dostawa i montaż systemu wentylacji i klimatyzacji, dostawa i montaż systemu oświetlenia i nagłośnienia scenicznego, na salach widowiskowych. Podmiot który wykonał zamówienie – D. P.H.U. M. K. z siedzibą w L.

18

Pierwszą kwestią sporną pomiędzy stronami postępowania było w zasadzie ustalenie, czy dostarczenie i instalacja ww. wyposażenia teatralnego na rzecz Gdańskiego Teatru Szekspirowskiego mieściła się w sformułowanej przez Zamawiającego w rozdz. V pkt 2) lit. c) SIWZ co do warunku zdolności technicznej lub zawodowej, siatce pojęciowej robót budowlanych, w którą Zamawiający, niespornie, obok przebudowy i rozbudowy, wplótł również modernizację, która - co jest również niesporne między stronami - nie posiada

definicji legalnej.

Dokonując oceny tej okoliczności, Izba miała na względzie, że Zamawiający może wedle własnych potrzeb oraz dbając o uzasadniony interes sprecyzować lub zdefiniować pewne elementy stawianych wykonawcom (i oferowanym przez nich produktom czy usługom) wymagań. Izba z uwagi na to pominęła jako sprzeczne z treścią SIWZ stanowisko samego Zamawiającego, który podnosił, że *"stanowisko Odwołującego, jakoby za robotę budowlaną należało uznać jedynie przebudowę, rozbudowę oraz modernizację budynku uznać należy za bezpodstawne"* - ciężko jest nie zgodzić się z Odwołującym, że w istocie to właśnie sam Zamawiający wskazał, że za robotę budowlaną spełniającą kryteria konieczne dla uznania ją za reprezentatywną celem wykazania w spornym postępowaniu dostatecznego doświadczenia uznaje, m.in. taką robotę, która jest przebudową, rozbudową oraz modernizacją. Na marginesie jedynie warto zauważyć, że brzmienie i treść tego warunku nie zostało przez żadnego z wykonawców zakwestionowane na etapie przed złożeniem ofert.

Izba zatem skoncentrowała się na badaniu, czy prace, które zostały dokonane na rzecz Gdańskiego Teatru Szekspirowskiego mieściły się w siatce pojęciowej sprecyzowanej przez Zamawiającego. Pojęcie "modernizacji" zostało w 1998 r. (z dniem wyjścia w życie 1 stycznia 1999 r.) wykreślone z ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (w obecnym brzmieniu Dz. U. z 2017 r. poz. 1332 ze zm.) - dalej jako "pb", do której zostało wprowadzone w 1997 r. Mając na uwadze, że, jak słusznie zauważyła każda ze stron, "modernizacja" nie ma od bez mała półtorej dekady definicji ustawowej - użycie go zatem nie mogło odbyć się omyłkowo. Należało w tym zakresie zatem uznać, mając na względzie zasady logiki i doświadczenia życiowego, że Zamawiający wprowadził obok sformułowań o określonym zakresie pojęciowym sformułowanie z języka potocznego intencjonalnie, zakładając racjonalność Zamawiającego, odstępując od ustawowej siatki pojęciowej w tym zakresie (co sugeruje także pominięcie zdefiniowanego pojęcia "remontu").

Skoro zatem Zamawiający wprowadził do SIWZ język potoczny, nie sposób przyjąć, że uczynił to bezcelowo - zwłaszcza w świetle braku kwestionowania tego zakresu treści SIWZ, co pozwala Izbie przyjąć, że określenie to było dla potencjalnego kręgu wykonawców zrozumiałe.

Należy przy tym zauważyć, że pojęcie modernizacji w języku potocznym jest szersze

19

niż pojęcie "remontu" zawarte w art. 3 pkt 8 pb, ponieważ jego zakres jest dużo pojemniejszy i nie dotyczy wyłącznie sektora budowlanego. Modernizacja zgodnie ze Słownikiem języka polskiego PWN oznacza „1. *unowocześnienie i usprawnienie czegoś*”, należało zatem przyjąć, że czynności (dostawa i montaż/installacja wyposażenia etc.), na które powoływało się konsorcjum wypełniając zakres pojęciowy terminologii użytej przez Zamawiającego przy formułowaniu warunku w treści SIWZ.

Określenie „modernizacja” pozostające poza wyraźnie zdefiniowaną siatką pojęciową aktów prawnych (języka prawnego) często jednak przemyka do metajęzyka używanego w stosowaniu prawa (języka prawniczego) jako szerokie określenie, które dotyczy każdego rodzaju przebudowy, rozbudowy, remontu lub wymiany elementów konstrukcji połączonej z obiektywną poprawą w stosunku do stanu poprzednio istniejącego (stąd: termomodernizacja, hydromodernizacja, modernizacja trakcji elektrycznej). Można zatem stwierdzić, że w istocie Zamawiający, posługując się pojęciem "modernizacji", pragnął pozostawić potencjalnym wykonawcom otwarty katalog prac, których realizacja pozwala na zakwalifikowanie pod kątem spełnienia stawianych, dalej doprecyzowanych warunków w zakresie doświadczenia.

Stanowisko takie potwierdza jednolite orzecznictwo Izby oraz Sądów powszechnych na kanwie używania w SIWZ tego rodzaju "otwartych" konstrukcji pojęciowych. I tak, w wyroku z dnia 14 września 2009 r. pod sygn. akt KIO/UZP 1086/09 wskazano, że skoro treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wymogu) nie jest do końca zrozumiała, a więc może mieć więcej niż jedną poprawną interpretację, trudno mówić o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji. Ponadto ze wskazań wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 sierpnia 2009 r. (KIO/UZP 1031/09), wynika, iż: *„w związku z tym, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym, to z nieprecyzyjnych zapisów SIWZ i niepoprawnych językowo, Zamawiający nie ma prawa wywodzić ujemnych skutków dla wykonawców”*.

W przypadku, gdy istnieje kilka możliwości interpretacji postanowień specyfikacji

istotnych warunków zamówienia, okoliczność, że wykonawca zinterpretował te postanowienia w sposób odmienny niż zamawiający nie może rodzić negatywnych następstw dla wykonawcy. Utrwalona linia orzecnicza sądów powszechnych, Krajowej Izby Odwoławczej, przyjmuje, że okoliczność braku doprecyzowania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stosownych wymogów nie może wywoływać negatywnych skutków dla wykonawcy. Stanowisko takie zostało wyrażone między innymi w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 20 marca 2007 r. (XIX Ga 80/07). Również Sąd Okręgowy w Bydgoszczy, VIII Wydział Gospodarczy w wyroku z dnia 10 maja 2017 r. w sprawie VIII Ga 43/17 podkreślił, że: *"W przekonaniu Sądu należy w konsekwencji stwierdzić – przy uwzględnieniu ww. ugruntowanej w orzecznictwie zasady, że nieprecyzyjne i wieloznaczne*

20

postanowienia (...) w zakresie wiedzy i doświadczenia nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawcy – że stawiany przez zamawiającego warunek miał charakter otwarty."

W konsekwencji powyższych rozważań Izba stanęła na stanowisku, iż wszystkie z trzech przytoczonych powyżej, a wskazane w wykazie zamówień przez Przystępującego roboty, wypełniają definicję modernizacji wskazaną w treści warunku kwalifikacji zawodowej lub technicznej w rozdziale V pkt 2 lit c) SIWZ.

Ponadto w stosunku do zamówienia, którego przedmiotem była rozbudowa Teatru Muzycznego im. Danuty Baduszkowej w G., polegająca na powiększeniu widowni dużej sceny z 697 do 1070 miejsc, rozbudowie foyer, budowie nowej sceny dla 300 widzów, obejmującego dostawę i montaż akustycznych okładzin ściennych i sufitowych na salach widowiskowych, scenach i pomieszczeniach pomocniczych powiększenie widowni dużej sceny z 697 do 1070 miejsc, gdzie Odwołujący zarzucał, iż podmiot używający zasób – E. S. z siedzibą w G., był jedynie poddostawcą tj. wykonywał dostawę i montaż paneli akustycznych, a nie roboty budowlane, na kanwie powyższych rozważań co do określenia w warunku wyrażenia „modernizacja”, krótko wskazać należy, iż zarzut ten nie potwierdził się. Wskazane w wykazie literalne brzmienie zakresu zamówienia, potwierdzone treścią poświadczenia z 26.07.2017 r., jest robotą budowlaną zawartą w warunku kwalifikacji zawodowej lub technicznej.

Nie znalazło potwierdzenia również, wskazanie iż trzecia robota z wykazu - aranżacja wnętrza Sali koncertowej wraz ze sceną i holem w zakresie akustyki, elektroakustyki i wyposażenia multimedialnego w Szkole Muzycznej I i II stopnia im. Tadeusza Szeligowskiego (...) w L., która obejmowała dostawę i montaż akustycznych okładzin ściennych i sufitowych – 1500 m² etc., nie potwierdza wykazania spełnienia postawionego warunku. Odwołujący podniósł, że „nie potwierdza doświadczenia w montażu 3000 m² okładzin akustycznych, gdyż jak wprost wskazano jest ich 1500 m²”, co w konsekwencji skutkuje nie wykazaniem spełnienia wymogu doświadczenia przy realizacji trzech robót budowlanych.

Z takim twierdzeniem nie sposób się zgodzić. Warunek brzmi *"Wykonawca winien wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej: 3 roboty budowlane polegające na przebudowie, rozbudowie, modernizacji obiektu z salą widowiskową lub koncertową, w tym: 2 obiekty o pojemności minimum 500 stałych miejsc siedzących oraz montażu akustycznych okładzin ściennych i sufitowych w ilości nie mniejszej niż 3000 m² łącznie."* Zatem dokonując wykładni językowej brzmienia warunku wywieść należy, iż trzy roboty winny spełniać wymóg montażu okładzin w ilości 3000 m², w sposób łączny – poprzez sumowanie. Pierwsza robota wskazana w wykazie obejmowała montaż 3560 m² okładzin, (dla Gdańskiego Teatru Szekspirowskiego), więc już w tym momencie

21

wymóg łącznego montażu 3000 m² został spełniony, co wprost nie mogło uzasadnić uwzględnienia podniesionego zarzutu przez Izbę.

Mając powyższe na uwadze, należało przyjąć, że Przystępujący wykazał spełnienie warunku posiadania wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej, określonej w rozdz. V pkt 2) lit. c), co świadczy, iż nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego, bowiem brak wykluczenia tego wykonawcy nie nosił znamion naruszenia prawa po stronie Zamawiającego.

Wobec braku potwierdzenia, iż Przystępujący nie spełnia warunku posiadania

wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej, za bezzasadny Izba uznała również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p., poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum wobec podania nieprawdziwych informacji co do tego warunku - jeżeli bowiem konsorcjum spełnia sporny warunek, zarzut ten należało oddalić.

W zakresie natomiast zarzutów zmierzających do zakwestionowania sposobu dokonania oceny ofert Izba stwierdziła, iż najistotniejszym z nich i jedynym, który można ocenić z perspektywy zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 1 p.z.p. poprzez brak uzasadnienia faktycznego dotyczącego obniżenia oceny w kryterium "Jakość" w ofercie Odwołującego.

Wskazywane w pkt 4-6 odwołania zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 p.z.p., art. 14 p.z.p., art. 7 ust. 1 p.z.p. oraz art. 70 i § 4 poprzez dokonanie oceny ofert w kryterium jakości wbrew znaczeniom tych kryteriów podanych w SIWZ oraz wbrew podanym w SIWZ zasadom oceny ofert w tych kryteriach; a także art. 14 p.z.p. w zw. z art. 355 k.c., poprzez brak zachowania należytej staranności w ocenie ofert w kryterium jakościowym i przyznanie maksymalnych ocen ofercie konsorcjum T., mimo iż już z dostępnych w jawnej części dokumentów wchodzących w skład oferty wynika, że przedstawiony Harmonogram oraz Program zapewnienia jakości są błędne; oraz naruszenie art. 7 ust. 1 p.z.p. poprzez zastosowanie różnych zasad oceny ofert w świetle kryteriów jakościowych i przyznanie ofercie konsorcjum T. wysokich ocen mimo rażących błędów przy jednoczesnym obniżeniu oceny oferty Odwołującego, która takich błędów nie zawiera; po konfrontacji z materiałem dowodowym, okazały się opierać zasadniczo na spekulacjach Odwołującego co do tego jak ocena tego kryterium mogła (i twierdzeniach co do tego jak powinna była w ocenie Odwołującego) przebiegać.

Izba stwierdziła, że w aktach postępowania o udzielenie spornego zamówienia nie znalazło się żadne uzasadnienie dotyczące oceny kryterium "Jakość – przedstawienie programu zapewnienia jakości organizacji i wykonania robót budowlanych". Jedyne dokument to dołączona do protokołu ZP-PN „ocena ofert”, z której wynika jedynie ile

22

punktów, w podkryteriach S1 i S2 przyznali ofertom poszczególni członkowie komisji przetargowej. Jak wskazywał Zamawiający, w jego ocenie art. 92 ust 1 pkt 1 p.z.p. sprowadza się do „jedynie wskazania „punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację”. Oznacza to, iż na Zamawiającym nie ciążył obowiązek wymuszenia na poszczególnych członkach komisji przetargowej sporządzenia szczegółowego uzasadnienia przyjętego przez każdego z nich stanowiska (zmuszenia do podania argumentów, jakimi kierowali się dokonując takiej a nie innej oceny poszczególnych ofert w poszczególnych punktach oceny) - nie mógł więc Zamawiający oczekiwać, iż takie uzasadnienia poszczególni członkowie komisji sporządzą. Innymi słowy: na Zamawiającym - po dokonaniu wyboru oferty ciążył obowiązek informacyjny, którego treść szczegółowo opisano w treści ust. 1 art. 92 p. z. p. i Zamawiający tego obowiązku niewątpliwie dopełnił.”

Z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić, przede wszystkim mając na uwadze treść art. 92 ust. 1 *in fine*, zwrócić należy uwagę na fakt, iż nakazuje on zamawiającemu niezwłoczne poinformowanie wszystkich wykonawców o m.in. wyborze najkorzystniejszej oferty, przy czym "Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, (...) – podając uzasadnienie faktyczne i prawne."

Już zatem pobieżna analiza wskazuje na to, że czynność Zamawiającego pozostawała w sprzeczności z dyspozycją tego przepisu, albowiem nie zawierała ona wymaganego wprost przez przepis prawa uzasadnienia i takie uzasadnienie nie zostało przez Zamawiającego sporządzone. Jak wskazują liczne orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, wynikające z powołanego bezspornego brzmienia analizowanego przepisu (tak wyrok z 19.04.2017 r., KIO 638/17; wyrok z 05.04.2017 r., KIO 517/17; czy wyrok z 26.06.2017 r., KIO 1072/17, 1076/17, 1078/17 i 1090/17), uzasadnienie dokonanej oceny w pozacenowym kryterium jest obligatoryjnym elementem informacji o wyborze. Brak tego

uzasadnienia w sposób fundamentalny narusza nie tylko zasadę jawności postępowania, ale również prawo do wniesienia środków ochrony prawnej - wykonawca, któremu przyznano mniejszą niż maksymalna ilość punktów w tym kryterium nie jest bowiem w stanie w żaden sposób ustalić, co legło u podstaw tej oceny. Należy zauważyć, że w istocie stanowisko Zamawiającego w zakresie oceny tego kryterium tak Izba, jak i Odwołujący, poznali dopiero po złożeniu przez niego pisemnego stanowiska w sprawie - z uwagi jednak na fakt, iż zawarte tam twierdzenia miały głównie charakter polemiki z twierdzeniami odwołania, ciężko było uznać je nawet za ogólne zręby takiego uzasadnienia.

23

W konsekwencji powyższego należało zgodzić się z zarzutem naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 1 p.z.p. w sytuacji, w której wprost zabrakło wymaganego przez ten przepis elementu, jakim było uzasadnienie oceny w kryterium „Jakość – przedstawienie programu zapewnienia jakości organizacji i wykonania robót budowlanych”. Ponadto brak ten stanowił w istocie na tyle poważne naruszenie prawa, że uczynił bezprzedmiotowym rozpatrywanie pozostałych zarzutów w zakresie oceny - Izba bowiem, mając na uwadze art. 191 ust. 2 p.z.p., art. 192 ust. 2 p.z.p. oraz art. 9 ust. 1 p.z.p., nie była w stanie odnieść się do *meritum* dokonanej oceny, ponieważ nie sporządzono w tym zakresie żadnego uzasadnienia. Izba nie mogła zatem zbadać zasadności podnoszonych przez Odwołującego argumentów, ponieważ pozostawały one w sferze spekulacji co do rzeczywistych przyczyn przyznania mu niższej punktacji w kryterium „Jakość” oraz zmierzały do przeforsowania korzystnego dla Odwołującego, a niekorzystnego dla Przystępującego stanowiska w przedmiocie tego, jak ta ocena powinna zostać dokonana.

Izba, nie mając z czym skonfrontować zarzutów Odwołującego w zakresie naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13, art. 14, art. 7 ust. 1 oraz art. 70 i § 4 i 355 k.c., w świetle zasadności zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 p.z.p. i skutku, jaki ten zarzut wywołał (w postaci nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności oceny ofert oraz jej powtórzenie) zmuszona była do uznania tych zarzutów za przedwczesne w tym stanie sprawy, a w konsekwencji niezasadne.

Na marginesie jedynie dodać należy, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 1 p.z.p. w *petitum* odwołania sformułowany jako naruszenie poprzez brak uzasadnienia faktycznego dotyczącego obniżenia oceny w kryterium „Jakość” w ofercie Odwołującego, jednocześnie kwestionując zarówno w żądaniach („unieważnienia czynności badania i oceny ofert”) jak i w uzasadnieniu czynność oceny ofert co do zasady. W tak postawionym, wysoce nieprecyzyjnym w świetle art. 180 ust. 3 p.z.p. zakresie zarzutów i braku korelacji pomiędzy literalną treścią poszczególnych elementów odwołania, Izba musiała dokonać wykładni w zakresie rzeczywistego zakresu postawionych zarzutów i żądań (w świetle art. 192 ust. 7 p.z.p.).

Oczywiście optymalną sytuacją jest taka, w której Odwołujący wprost zgodnie z art. 180 ust. 3 p.z.p. wskazuje precyzyjnie na to jakiej czynności lub zaniechaniu czynności Zamawiającego i co konkretnie zarzuca, stawia spójne z tym żądanie oraz wskazuje okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające zajęte stanowisko. W takiej sytuacji, Izba może wprost orzec o zasadności lub bezzasadności postawionego zarzutu i w konsekwencji uwzględnić lub nie uwzględnić żądania odwołania.

W niniejszej sprawie z taką sytuacją nie mamy do czynienia – Odwołujący co prawda wskazał w odwołaniu na to, że jego zarzuty dotyczą czynności Zamawiającego w toku

24

badania i oceny ofert w postępowaniu, jak również wskazał, iż „Zamawiający w toku badania i oceny ofert naruszył (...)” (bez wskazania których, a w szczególności - czy wszystkich), lecz już w dalszych zarzutach koncentrował się albo wyłącznie na ofercie wybranego wykonawcy (który miał nie spełnić w ocenie Odwołującego warunków określonych w siwz i którego oferta miała zostać oceniona zbyt korzystnie), albo wyłącznie na ocenie oferty samego Odwołującego (którego, w jego ocenie, oceniono niesprawiedliwie). W zakresie zarzutów nr 4, 5 i 6 Odwołujący wprost zarzucił błędną ocenę obu ofert (ale ponownie - tylko tych). W uzasadnieniu zarzutu oznaczonego numerem 7 Odwołujący co prawda wskazywał na ocenę jedynie jego oferty, ale dalej sprecyzował, że chodzi również o ocenę oferty wybranej jako najkorzystniejsza (ostatnia strona uzasadnienia).

Z tak postawionymi zarzutami w tylko ograniczonym zakresie korespondowały żądania odwołania, gdzie zażądano m.in. unieważnienia czynności badania i oceny ofert (bez wskazania których), dokonania ponownego badania i oceny ofert (ponownie - bez sprecyzowania o które oferty chodzi), a także nakazanie Zamawiającemu podania uzasadnienia faktycznego i prawnego oceny ofert (ponownie - bez wskazania których). Z okoliczności faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania wynika tymczasem, że Zamawiający w istocie nie uzasadnił oceny żadnej ze złożonych ofert i Odwołujący z tego faktu wywodził zasadniczo naruszenie prawa.

W związku z powyższym, ustalając na podstawie zakresu przedmiotowego zarzutów i nie wychodząc poza niego, zakres kognicji Izby w niniejszej sprawie, należy stwierdzić, że Odwołujący zmierzał do obalenia całej czynności oceny ofert, powołując poszczególne znane lub domniemywane przez niego naruszenia w toku jej dokonania. Tak też należało wyklądać żądania postawione w odwołaniu, jako, mając na względzie zakres postawionych zarzutów oraz dyspozycję art. 192 ust. 7 oraz art. 180 ust. 3 p.z.p., które były Odwołującemu niewątpliwie znane, zmierzające do uzyskania ponownej, zgodnej z prawem w przekonaniu Odwołującego oceny wszystkich złożonych ofert - tym razem bez naruszenia prawa.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 p.z.p., orzeczono jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie części zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p.

O kosztach postępowania orzeczono, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p. w zw. z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz

25

rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.) zaliczając na poczet kosztów postępowaniu uiszczony przez Odwołującego wpis oraz nakazując Zamawiającemu dokonanie zwrotu na rzecz odwołującego kosztów związanych z wniesionym wpisem oraz kosztami wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

26