

WYROK

z dnia 29 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski
Członkowie: Jolanta Markowska
Małgorzata Matecka
Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 27 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 12 czerwca 2023 r. przez wykonawcę Sweco Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Narodowy Instytut Fryderyka Chopina w Warszawie

przy udziale wykonawcy Ayesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 16 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w części dotyczącej osoby skierowanej do realizacji zamówienia na stanowisko Dyrektora Projektu.
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach:
 - 2.1. wezwanie wykonawcy Ayesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym w § 8 ust. 1 pkt 4) I specyfikacji warunków zamówienia, oraz
 - 2.2. uznanie za bezskutecznie zastrzeżone jako zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa załączników nr 8a-8d do oferty wykonawcy Ayesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej oraz ich ujawnienie.
3. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża w 1/4 zamawiającego, w 1/4 przystępującego oraz w 2/4 odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
5. Zasądza od zamawiającego Narodowego Instytutu Fryderyka Chopina w Warszawie na rzecz odwołującego Sweco Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu kwotę 3 750 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych, zero groszy) z tytułu proporcjonalnego rozdzielenia kwoty wpisu od odwołania.
6. Zasądza od przystępującego Ayesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej na rzecz odwołującego Sweco Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu kwotę 3 750 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych, zero groszy) z tytułu proporcjonalnego rozdzielenia kwoty wpisu od odwołania.
7. Koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem dojazdu oraz wynagrodzenia pełnomocnika znosi wzajemnie między odwołującym Sweco Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zamawiającym Narodowym Instytutem Fryderyka Chopina w Warszawie oraz przystępującym Ayesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....

Narodowy Instytut Fryderyka Chopina w Warszawie, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest świadczenie usług Inżyniera Kontraktu dla inwestycji budowa obiektu wielofunkcyjnego zespołu usługowego z zakresu usług kultury p/n „Międzynarodowe Centrum Muzyki w Żelazowej Woli”.

Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 7 marca 2022 r. pod numerem 119619-2022-PL.

W dniu 12 czerwca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Sweco Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, dalej jako: „Odwołujący”, w którym zakwestionował on następujące czynności i zaniechania Zamawiającego:

1. niezgodną z przepisami ustawy PZP czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to jest wybór oferty złożonej przez Wykonawcę Ayesa Polska sp. z o.o. z siedzibą ul. Szyb Walenty 26a, 41-700 Ruda Śląska (dalej jako „Ayesa PL”) pomimo, iż oferta Odwołującego zwiera korzystniejszy bilans punktów w kryteriach oceny ofert określonych w §17 SWZ, a oferta Wykonawcy Ayesa PL podlega odrzuceniu z uwagi na jej złożenie przez Wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w SWZ.

2. zaniechanie czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp to jest:

a) zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,

b) zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Ayesa PL pomimo jej złożenia przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, podlegającego wykluczeniu z postępowania,

c) ewentualnie zaniechanie wezwania Wykonawcy Ayesa PL do uzupełnienia lub wyjaśnienia przedłożonych dokumentów lub oświadczeń złożonych w postępowaniu, w tym w szczególności Wykazu usług (załącznik nr 7 do SWZ) w zw. ze zobowiązaniem podmiotu Ayesa Inżynieria y Architectura S.A, Wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia (załącznik nr 8 do SWZ),

d) zaniechanie odtajnienia oferty Wykonawcy Ayesa PL:

- w zakresie treści złożonego wraz z ofertą Załącznika nr 8a do SWZ - Doświadczenie zawodowe Eksperta akustyki wnętrz;

- w zakresie treści złożonego wraz z ofertą Załącznika nr 8b do SWZ - Doświadczenie zawodowe Eksperta akustyki budowlanej;

- w zakresie treści złożonego wraz z ofertą Załącznika nr 8c do SWZ - Doświadczenie zawodowe Inspektora nadzoru robót konstrukcyjno - budowlanych;

- w zakresie treści złożonego wraz z ofertą Załącznika nr 8d do SWZ - Doświadczenie zawodowe Eksperta akustyki muzycznej i psychoakustyki.

3. Nieprawidłową ocenę oferty Odwołującego, zaniechanie dokonania przez Zamawiającego oceny oferty Odwołującego w sposób zgodny z kryteriami oceny ofert oraz sposobem przyznawania punktów w ramach kryterium pn. „Doświadczenie Eksperta akustyki muzycznej i psychoakustyki”, a w konsekwencji zaniechanie przyznania punktacji w liczbie 2 podpunktów oraz finalnie 5 pkt dla oferty Odwołującego w zakresie kryterium oceny ofert pn. „Doświadczenie Eksperta akustyki muzycznej i psychoakustyki”, podczas gdy Odwołujący przedłożył wymagane w SWZ dokumenty dot. Doświadczenia Eksperta potwierdzające posiadanie dodatkowego doświadczenia opisanego w §17 ust. 2 pkt 5) SWZ, co skutkowało zaniżeniem łącznej punktacji przyznanej Odwołującemu w ramach kryteriów oceny ofert;

4. Zaniechanie przeprowadzenia Postępowania w zgodzie z określoną w treści art. 18 ustawy PZP zasadą jawności postępowania, to jest brakiem możliwości weryfikacji stanowiska Zamawiającego w zakresie oceny ofert w ramach kryteriów zw. z doświadczeniem Ekspertów ds. akustyki wnętrz, akustyki budowlanej, inspektora nadzoru robót konstrukcyjno-budowlanych, eksperta ds. akustyki muzycznej i psychoakustyki;

5. Pozostałe czynności lub zaniechania w zakresie wskazanym w części wstępnej i w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Kwestionując ww. czynności i zaniechania, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP w zw. z art. 17 ust. 2 oraz art. 16 ust. 1-3 ustawy PZP poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie oceny oferty Odwołującego w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert określonymi w treści SWZ;
- 2.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP w zw. z art. 16 ust. 1-3 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Ayesa PL jako wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu dotyczących I. Doświadczenia wykonawcy, II. Kwalifikacji zawodowych/wykształcenia/doświadczenia osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia;
- 3.art. 128 ust. 1 i 4 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Ayesa PL do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów złożonych w przedmiotowym postępowaniu, w tym treści wykazu usług (załącznik nr 7 do SWZ), zobowiązania podmiotu Ayesa Ingenieria y Arquitectura S.A., wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia (załącznik nr 8 do SWZ);
- 4.art. 18 ust. 1 i 3 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy PZP polegające na przeprowadzeniu postępowania bez zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz bez zachowania zasady przejrzystości i proporcjonalności postępowania, naruszenie zasady jawności postępowania poprzez nie odtajnienie (nie ujawnienie) i nie udostępnienie Odwołującemu informacji (szczegółowo wskazanych w treści uzasadnienia odwołania) zastrzeżonych przez Ayesa Polska Sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa, pomimo iż złożone informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, a wykonawca Ayesa Polska Sp. z o.o. nie dochował czynności, do których był zobowiązany w świetle art. 18 ustawy PZP.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- b) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu;
- c) odrzucenia oferty Ayesa Polska Sp. z o.o.;
- d) ewentualnie – wezwania wykonawcy Ayesa Polska Sp. z o.o. do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 lub 4 ustawy PZP;
- e) dokonania czynności odtajnienia oferty wykonawcy Ayesa Polska Sp. z o.o. w zakresie wnioskowanym przez Odwołującego
- f) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Stanowisko Odwołującego:

Odwołujący wskazywał, co następuje:

Zarzut nr 1:

Zdaniem Odwołującego Zamawiający błędnie przyznał jego ofercie 0 punktów w kryterium „Doświadczenie eksperta akustyki muzycznej i psychoakustyki”. Nieprawidłowe jest zdanie Zamawiającego, że „w wykazie nie wskazano, by proponowana osoba przeprowadziła badania opinii dot. jakości akustycznej dla wykazanych realizacji”.

Według Odwołującego, z opisu doświadczenia zawartego w załączniku 8d, wynikają wprost wszystkie elementy niezbędne do przyznania mu punktacji w ww. kryterium. Zarówno z całego opisu sposobu wykonania oceny jakości akustycznej danej sali koncertowej na podstawie odsłuchu oraz oceny jakości dźwięku odbieranego przez muzyków na estradzie i słuchaczy na widowni (w tym ww. elementów ocenianych subiektywnie np. na podstawie opinii muzyka w zakresie słyszalności brzmienia dźwięków własnego instrumentu, poczucia nośności dźwięku własnego instrumentu, komfortu gry zespołowej) , jak i z ostatniego zdania podsumowującego zakres raportu, w którym ujęto wyniki badań oraz oceny jakości akustycznej sali na podstawie cech wrażeniowych dźwięku, wynika, iż badanie opinii dot. jakości akustycznej dla wykazanych realizacji zostało przeprowadzone.

Zarzut nr 2 i 3:

Odwołujący zauważył, że wykonawca Ayesa wraz z ofertą przedłożył zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia - w zakresie warunku określonego w §8 pkt. 1 ppkt.4) I.SWZ. Z treści zobowiązania wynika, iż zasoby będą udostępniane poprzez udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy poprzez faktyczne świadczenie usług nadzoru inwestorskiego, w tym w szczególności, ale nie wyłącznie usługi nadzoru w branży konstrukcyjno-budowlanej.

Z treści wykazu usług wynika, że wykonawca Ayesa całkowicie polega na doświadczeniu podmiotu trzeciego.

Jak kontynuował Odwołujący, jednocześnie w treści wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia w pkt. 4. Tabeli na stanowisko Inspektora nadzoru robót konstrukcyjno-budowlanych wskazano osobę, którą

Ayesa PL dysponuje w sposób bezpośredni, bez udziału podmiotu trzeciego. Co więcej nadzór nad realizacją robót w pozostałych robotach branżowych, w tym branży elektrycznej i elektroenergetycznej, telekomunikacyjnej, sanitarnej, wentylacji i klimatyzacji, drogowej oraz kontroli kosztów wykonywać będzie personel skierowany przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, wskazany w treści Załącznika nr 8 do SWZ, którym bezpośrednio dysponuje Wykonawca Ayesa PL, bez udziału podmiotu udostępniającego zasoby. Tym samym faktyczny udział podmiotu trzeciego w wykonaniu usługi poprzez faktyczne świadczenie usług nadzoru inwestorskiego jest co najmniej wątpliwy.

Zdaniem Odwołującego powyższe stoi w oczywistej sprzeczności ze złożonym w treści zobowiązania oświadczeniem o sposobie udostępnienia doświadczenia podmiotu trzeciego na etapie realizacji zamówienia poprzez realizację usług nadzoru, w tym w zakresie branży konstrukcyjno-budowlanej. Tym samym w ocenie Odwołującego wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji co do spełniania warunku udziału w postępowaniu, w tym planowanego sposobu oraz rzeczywistego zakresu udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego, rzeczywistego udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia, pozorując jedynie realność udostępnienia i wykorzystania ww. zasobów na etapie realizacji zamówienia.

Dalej Odwołujący wskazał, że Usługi nadzoru inwestorskiego, nawet w szerszym zakresie niż tylko nadzór w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, to bez wątpliwości doświadczenie, zakres usług inny niż wymagany przez Zamawiającego - wynikający z funkcji Inwestora Zastępczego lub Inżyniera Kontraktu. Nadzór inwestorski nie obejmuje przypisanych Inżynierowi Kontraktu uprawnień i obowiązków w zakresie zarządzania kontraktem na roboty budowlane (w tym np. rozstrzyganie roszczeń stron) lub przypisanych Inwestorowi Zastępczemu obowiązków i uprawnień w zakresie działania w imieniu i na rzecz inwestora.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że w obydwu przypadkach - wykonywanie funkcji Inżyniera Kontraktu i Inwestora Zastępczego - zakres uprawnień i obowiązków obejmuje również kontrolę kosztów, w tym ustalanie wynagrodzenia należnego wykonawcy robót, co nie jest obowiązkiem nadzoru inwestorskiego. Tymczasem w wykazie osób dedykowanych do realizacji przedmiotowego zamówienia wykonawca Ayesa wskazuje na potencjał własny - dysponowanie bezpośrednio osobą proponowaną na stanowisko Kontrolera kosztów, zobowiązanie podmiotu trzeciego w zakresie sposobu udostępnienia potencjału w żaden sposób nie wskazuje na udział w wykonywaniu usługi Inżyniera Kontraktu w zakresie kontroli kosztów inwestycji, co budzi zasadnicze wątpliwości co do realności udostępnienia potencjału w postaci doświadczenia.

W ocenie Odwołującego z treści przedłożonych dokumentów, wynika, iż Wykonawca Ayesa PL nie udowodnił, iż stosunek łączący go z podmiotem udostępniającym zasoby gwarantuje rzeczywisty do nich dostęp na etapie realizacji zamówienia, tym samym Wykonawca Ayesa PL nie wykazał skutecznie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia Wykonawcy, oferta Wykonawcy Ayesa PL powinna zostać odrzucona, ewentualnie Zamawiający powinien wezwać Wykonawcę Ayesa PL do wyjaśnień lub uzupełnień dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. doświadczenia wykonawcy.

Dalej Odwołujący przedstawił argumentację dotyczącą zarzutu niespełniania przez Wykonawcę Ayesa PL warunku udziału w postępowaniu dot. kwalifikacji zawodowych/wykształcenia/doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia. Zarzuty Odwołującego dotyczyły osoby skierowanej na stanowisko Dyrektora Projektu (zakres wycofany), Eksperta ds. akustyki wnętrz, Eksperta ds. akustyki budowlanej oraz Eksperta ds. akustyki muzycznej i psychoakustyki.

W zakresie Eksperta ds. akustyki wnętrz oraz Eksperta ds. akustyki budowlanej Odwołujący wskazywał, że opisane w treści wykazu doświadczenie nie potwierdza wszystkich elementów wynikających z treści warunku. Zdaniem Odwołującego zupełnie pominięto wymagane w SWZ:

- doświadczenie w projektowaniu akustyki wnętrz oraz samodzielne wykonanie co najmniej jednego Projektu akustyki wnętrz dla co najmniej jednej sali filharmonii lub opery, lub teatru muzycznego lub innej sali koncertowej. Powszechnie spotykaną praktyką jest wykonywanie nadzoru autorskiego przez inny podmiot niż Projektant, więc wskazanie doświadczenia w zakresie pełnienia nadzoru autorskiego w żadnym razie nie jest tożsame z potwierdzeniem samodzielnego autorstwa projektu objętego nadzorem autorskim (ekspert ds. akustyki wnętrz) oraz

- doświadczenie w projektowaniu ochrony przeciwdźwiękowej, oraz samodzielne wykonanie co najmniej jednego Projektu ochrony przeciwdźwiękowej budynku użyteczności publicznej, który zawierał co najmniej jedną salę koncertową. Powszechnie spotykaną praktyką jest wykonywanie nadzoru autorskiego przez inny podmiot niż Projektant, więc wskazanie doświadczenia w zakresie pełnienia nadzoru autorskiego w żadnym razie nie jest tożsame z potwierdzeniem samodzielnego autorstwa projektu objętego nadzorem autorskim.

Z kolei w zakresie eksperta ds. akustyki muzycznej i psychoakustyki Odwołujący wskazał, że Zamawiający w odniesieniu

do doświadczenia osoby wskazanej na to stanowisko, przedstawionego na to samo stanowisko przez Wykonawcę Safege, zweryfikował przedłożone doświadczenie i uznał, że nie spełnia ono wymagań określonych w SWZ. Wykonawca Ayesa PL nie może się skutecznie posługiwać kwestionowanym przez Zamawiającego w tym postępowaniu w ofercie innego Wykonawcy doświadczeniem dla skutecznego wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Dalej Odwołujący wskazał, że z treści komunikatu opublikowanego na stronie internetowej Opery Wrocławskiej wynika, iż w okresie od 24.11.2020 r. do 27.12.2020 r., z uwagi na obowiązujące ograniczenia działania instytucji kultury związane z pandemią COVID-19, odwołano zaplanowane na miesiąc grudzień wydarzenia. Tymczasem w SWZ wprost wskazano, iż ocena ma obejmować co najmniej jakość dźwięku odbieranego przez muzyków na estradzie i słuchaczy na widowni, pogłosowość, przestrzenność, przydatność sali do koncertów z małymi i dużymi składami orkiestrowymi. Tym samym wykonana przez osobę skierowaną na ww. stanowisko ocena jakości akustycznej dla Opery Wrocławskiej nie odpowiada treści warunku postawionego w SWZ.

W ocenie Odwołującego z treści przedłożonych dokumentów, wynika iż Wykonawca Ayesa PL nie wykazał, iż osoby proponowane na ww. stanowiska posiadają wymagane w SWZ doświadczenie, tym samym Wykonawca Ayesa PL nie potwierdził skutecznie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie warunku dot. kwalifikacji zawodowych/wykształcenia/doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia.

Zarzut nr 4:

Odwołujący wskazał, że po zapoznaniu się z przedłożonym przez Wykonawcę Ayesa Polska sp. z o.o. uzasadnieniem zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa dla Wykazu osób, jego zdaniem informacje zawarte w/w dokumencie nie wykazują ziszczenia się wszystkich 3 przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, a zatem w/w dokumenty nie mogły zostać skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. W szczególności Odwołujący wskazał, że nie ma uzasadnienia argument o „podbieraniu” i przejęciach pracowników przez konkurencję. Wskazanie możliwości przejęcia przez podmioty konkurencyjne kluczowego personelu, w celu realizacji przedmiotowego zamówienia nie świadczy jeszcze o posiadaniu przez niniejsze informacje wartości gospodarczej.

Dalej Odwołujący zauważył, że przekazany Odwołującemu w dniu 06.06.2023 r. przez Zamawiającego załącznik nr 8 zawiera imienną listę Personelu Wykonawcy, z której wprost wynika, jaka osoba skierowana została na które stanowisko. Tym samym informacja dotycząca Personelu, z którym współpracę nawiązał Wykonawca Ayesa sp. z o.o. stała się informacją jawną, złożony wraz z ofertą załącznik nr 8a-8d nie podlega już ochronie prawnej w trybie art. 18 ustawy PZP, zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa jest bezskuteczne.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 26 czerwca 2023 r. odpowiedź na odwołanie wniósł Zamawiający. Zamawiający wskazał, że uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu nr 4 dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ponadto Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania w części dotyczącej zarzutu skierowanego wobec oceny ekspertów przedstawionych przez wykonawcę Ayesa w zakresie ich doświadczenia. Przedłożone obecnie przez Ayesa Polska informacje na temat kwalifikacji i doświadczenia tych osób były informacjami znanymi Odwołującemu już w toku pierwotnej oceny ofert unieważnionej wskutek rozpatrzenia przez Izbę wyrokiem KIO 3053/22 odwołania innego wykonawcy (Safege) do którego Sweco przystąpiło po stronie zamawiającego. W toku tej pierwotnej oceny Sweco nie wniosło odwołania co do oceny kwalifikacji tych osób. Ocena ta nie została zmieniona obecnie. Tym samym zarzuty te nie powinny być obecnie przedmiotem rozpatrzenia przez Izbę.

Dalej Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie, wskazując że:

Zarzut braku przyznania punktów ofercie Odwołującego w kryterium doświadczenie eksperta akustyki muzycznej i psychoakustyki (pkt III uzasadnienia odwołania) jest nietrafny. Jest niesporne pomiędzy stronami że powodem braku przyznania punktów było uznanie przez zamawiającego, że w Załączniku 8d stanowiącym podstawę do oceny (ani w żadnych innych miejscach oferty) nie wskazano iż wskazywany ekspert nie przeprowadził „badania opinii o jakości akustycznej”. Zamawiający nie negował i podtrzymuje to iż w pozostałym zakresie doświadczenie eksperta jest właściwe. Odwołujący podnosi, że skoro z zawartych w załączniku nr 8d informacji wynika, iż ocena jakości akustycznej obejmowała m in jakość dźwięku odbieranego przez muzyków i słuchaczy na widowni – to należy utożsamić to z faktem, że ekspert badał opinie muzyków i słuchaczy co do jakości akustycznej. Jest to wg zamawiającego domniemanie błędne. Jakość dźwięku odbieranego przez muzyków i widownię ekspert mógł badać w różnych sposób – niekoniecznie przez badanie ich opinii. Mógł np. zająć podczas prób dźwiękowych miejsce na widowni lub w miejscu przeznaczonym dla orkiestry i oceniać jak dźwięk odbierany jest przez siedzące tam słuchaczy i muzyków. A treścią wymagania zamawiającego było, aby doświadczenie obejmowało też przeprowadzenie badania opinii, a nie tylko wyrażanie poglądu

własnego. Tego doświadczenia ekspert nie wykazał i punkty nie zostały ofercie przyznane. Oferta w tym zakresie nie może podlegać uzupełnieniu stąd obniżona punktacja.

Zarzut niewykazania spełniania przez Ayesa warunku doświadczenia (pkt IV uzasadnienia odwołania):

a) Odwołujący wskazuje na wstępie, że nie jest możliwe przyjęcie iż podmiot udostępniający swoje doświadczenie będzie mógł wykonać usługi dla których je udostępnił, gdyż jedną z osób które zostały w ofercie dedykowane do ich wykonania jest osoba którą dysponuje bezpośrednio wykonawca a nie ten podmiot. Jest to zarzut nietrafny. Żaden przepis prawa nie wymaga, by celem spełnienia dwóch warunków tj doświadczenia podmiotowego oraz dysponowania zespołem osób do realizacji zamówienia konieczne było korzystanie z zasobów tego samego podmiotu. Nie doszło więc do jakiegokolwiek naruszenia prawa przez zamawiającego poprzez zaakceptowania takiego rozwiązania. Ponadto odwołujący nie może przeprowadzać wnioskowania iż połączenie pracy podmiotu udostępniającego doświadczenie z wykorzystaniem doświadczenia osoby będącej w zasobie Wykonawcy jest w kategoriach faktycznych niemożliwe. Zależy to od organizacji pracy Wykonawcy i współpracy z podmiotem trzecim – można bez trudu przywołać powszechną w tym zakresie praktykę zobowiązującą eksperta z doświadczeniem do pracy pod kierownictwem podmiotu udostępniającego zasób doświadczenia podmiotowego.

b) Odwołujący podnosi też, że sposób korzystania z zasobów podmiotu udostępniającego doświadczenie to wyłącznie podwykonawstwo zadeklarowane w zakresie nadzoru autorskiego. Odwołujący pomija jednakże treść pkt 4) tego samego zobowiązania, w którym w/w podmiot trzeci wskazał, że zrealizuje jako podwykonawca część zamówienia – nie wyłącznie nadzory. Pominął także punkt 5 tego zobowiązania, zgodnie z którym jednoznacznie uściślono, że realizacja przez podmiot trzeci będzie dotyczyć tych usług, których dotyczą udostępniane zdolności. Brak jest więc podstaw by negować treść tego zobowiązania i jego zgodność z przepisami art. 118 Pzp.

Dodatkowe stanowiska procesowe:

Pismem z dnia 26 czerwca 2023 r. stanowisko w sprawie zajął również wykonawca Ayesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, przedstawiając wnioski o odrzucenie odwołania w części, a w pozostałym zakresie o jego oddalenie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła istnienie przesłanek materialnoprawnych do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Ponadto Izba nie stwierdziła istnienia przesłanek do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawcę Ayesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, dalej jako: „Przystępujący”. Wszystkie wymogi formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba nie zgodziła się z sformułowanymi przez Zamawiającego i Przystępującego wnioskami o odrzucenie odwołania. Wskazać należy, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu dokonywał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dwukrotnie. Pierwszy wybór miał miejsce 8 listopada 2022 r. i wówczas jako najkorzystniejsza została wybrana Odwołującego. Zdaniem Izby, biorąc pod uwagę kształt postawionych zarzutów, obecny Odwołujący nie miał wtedy możliwości wniesienia odwołania, gdyż nie byłby w stanie wykazać przesłanki szkody (art. 505 ust. 1 ustawy PZP).

Podkreślenia wymaga, że szkodę, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP, zarówno zaistniałą, jak i potencjalną, należy odnosić do sytuacji w postępowaniu, jaka ma miejsce w dacie wniesienia odwołania. Przez możliwość poniesienia szkody nie można natomiast rozumieć możliwości, która dopiero mogłaby powstać w hipotetycznym przypadku dokonania nowych czynności, czy to na mocy wyroku Izby, czy też z inicjatywy własnej Zamawiającego. Przyjęcie stanowiska przeciwnego nie dałoby się pogodzić z racjonalnością i ekonomią postępowania, prowadziłoby bowiem do przyznania legitymacji do wnoszenia odwołań każdemu wykonawcy w każdej sytuacji (zawsze wykonawca mógłby się bowiem powołać na choćby teoretyczną możliwość wystąpienia zdarzeń, które będą godzić w jego interesy), a wówczas przepis art. 505 ust. 1 ustawy PZP nie znajdowałby w praktyce zastosowania (tak też: wyrok z dnia 13 września 2022 r., KIO 2238/22).

Wobec powyższego, wnioski o odrzucenie odwołania sformułowane przez Zamawiającego jak i Przystępującego, zdaniem Izby, nie miały uzasadnienia.

Dalej wskazać należy, że w ramach odpowiedzi na odwołanie Zamawiający oświadczył, że uwzględni odwołanie w

zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia zasady jawności poprzez nieujawnienie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Przystępujący w trakcie posiedzenia zgłosił sprzeciw wobec tego uwzględnienia, a więc nie było podstaw do umorzenia postępowania odwoławczego w tym zakresie.

Odwołujący w trakcie posiedzenia oświadczył, że cofa odwołanie w części dotyczącej wykazu osób Przystępującego, konkretnie w odniesieniu do zarzutów odnoszących się do doświadczenia osoby skierowanej do realizacji zamówienia na stanowisko Dyrektora Projektu. Z tego względu, postępowanie odwoławcze w tym zakresie należało umorzyć w oparciu o art. 568 pkt 1 ustawy PZP.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy. Dodatkowo w ramach postępowania odwoławczego złożone zostały następujące dowody, które Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego:

1. Dowody Odwołującego:

- a. Opinia w sprawie procedur badania jakości akustycznej sal koncertowych datowana na dzień 26.06.2023 r.
- b. Wydruk zrzutu ekranu ze strony internetowej
- c. Wydruk zrzutu ekranu ze strony internetowej Opery Wrocławskiej ukazujący repertuar na dni 22 listopada, 31 grudnia oraz 1 stycznia.
- d. Protokół postępowania w wersji na listopad 2022 r. wraz z naniesionymi uwagami dotyczącymi punktacji ofert.

2. Dowody Przystępującego:

Dowody wskazane i opisane w piśmie pn. „Wniosek dowodowy Przystępującego po stronie Zamawiającego w sprawie KIO 1669/23”.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest świadczenie usług Inżyniera Kontraktu dla inwestycji budowa obiektu wielofunkcyjnego zespołu usługowego z zakresu usług kultury p/n „Międzynarodowe Centrum Muzyki w Żelazowej Woli”.

Zamawiający w ramach warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wymagał m. in. określonego doświadczenia wykonawcy, tj.:

„Wykonawca powinien wykazać, że w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej jedną usługę polegającą na pełnieniu przez co najmniej 12 miesięcy funkcji Inwestora Zastępczego/Inżyniera Kontraktu obejmującą nadzór nad robotami budowlanymi w toku jednej inwestycji polegającej na budowie budynku użyteczności publicznej o wartości co najmniej 200.000.000,00 PLN brutto i obejmującą kontrolę kosztów inwestycji.

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunek może być spełniony łącznie przez wszystkich Wykonawców lub przez co najmniej jednego z Wykonawców.” - § 8 ust. 1 pkt 4 I SWZ.

W § 8 ust. 1 pkt 4 II SWZ Zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu w zakresie Kwalifikacji zawodowych/ wykształcenia/ doświadczenia osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia.

Doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia oceniane było również w ramach kryteriów oceny ofert, w zakresie doświadczenia eksperta akustyki wnętrz (15%), eksperta akustyki budowlanej (5%), inspektora nadzoru robót konstrukcyjno-budowlanych (15%) oraz eksperta akustyki muzycznej i psychoakustyki (5%).

§ 5 ust. 1 SWZ:

„Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą informacji dotyczących doświadczenia zawodowego osób wyznaczonych

do realizacji zamówienia na stanowisku: Eksperta akustyki wnętrz, Eksperta akustyki budowlanej, Inspektora nadzoru robót konstrukcyjno-budowlanych, Eksperta akustyki muzycznej i psychoakustyki. Informacje te pozwolą ocenić ofertę i przyznać jej punkty odpowiednio w kryteriach „Doświadczenie Eksperta akustyki wnętrz”, „Doświadczenie Eksperta akustyki budowlanej”, „Doświadczenie inspektora nadzoru robót konstrukcyjno-budowlanych”, „Doświadczenie Eksperta akustyki muzycznej i psychoakustyki” wskazanych odpowiednio w § 17 ust. 1 i opisanych odpowiednio w § 17 ust. 2 pkt 2 – 5.”

W postępowaniu oferty złożone zostały przez 6 wykonawców.

Na realizację zamówienia Zamawiający zamierza przeznaczyć łączną kwotę 15 000 000 zł brutto.

W dniu 8 listopada 2022 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, którą okazała się oferta Odwołującego.

Zamawiający odrzucił m. in. ofertę wykonawcy SAFEGE S.A.S. Wobec tej czynności wykonawca wniósł odwołanie. Postępowanie odwoławcze toczyło się pod sygnaturą akt KIO 3053/22. Czynnością z dnia 19 stycznia 2023 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynność odrzucenia oferty ww. wykonawcy.

W dniu 31 maja 2023 r. Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, którą okazała się oferta Przystępującego.

Uzasadnienie prawne:

Zarzut nr 1:

W § 17 SWZ Zamawiający opisał kryteria oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert. Jednym z kryteriów o wadze 5% było „Doświadczenie Eksperta akustyki muzycznej i psychoakustyki (D_{AMP}). Kryteria odnoszące się do doświadczenia osób wskazanych do realizacji zamówienia odnosiły się jednocześnie do warunków udziału w postępowaniu w zakresie tych osób.

Zgodnie z § 17 ust. 2 pkt 5 SWZ ocenie w ramach ww. kryterium „*podlegać będą informacje dotyczące wykonanych przez eksperta wskazanego przez Wykonawcę w załączniku nr 8d do SWZ Projektów akustyki wnętrz zgodnie z opisem podanym w § 8 ust. 1 pkt 4.II lit. I).*

Za każdą wykazaną dodatkową salę koncertową (ponad jedną wymaganą w warunkach udziału) dla której wskazany ekspert przeprowadził badanie opinii o jakości akustycznej i dokonał oceny jakości akustycznej na podstawie odsłuchu w formie raportu oferta otrzyma 1 ppkt do max 5 ppkt (należy wskazać maksymalnie 6 sal koncertowych).”

Z kolei zgodnie z § 8 ust. 1 pkt 4.II lit. I) SWZ Zamawiający wymagał wykazania się dysponowania osobą *do pełnienia funkcji Eksperta akustyki muzycznej i psychoakustyki posiadającą wyższe wykształcenie muzyczne albo wyższe wykształcenie techniczne i muzyczne równocześnie oraz doświadczenie w prowadzeniu słuchowych ocen brzmienia dźwięku w salach koncertowych, z udziałem grup ekspertów z zakresu akustyki muzycznej, psychoakustyki, reżyserii dźwięku i muzyków orkiestrowych, i która przeprowadziła badania opinii o jakości akustycznej co najmniej 1 sali koncertowej, z co najmniej 500 stałymi miejscami siedzącymi dla słuchaczy i estradą dla co najmniej 50 osobowej orkiestry, wśród członków orkiestry, chóru, dyrygentów, reżyserów dźwięku i akustyków posiadających doświadczenie w ocenach słuchowych barwy dźwięku oraz która dokonała dla tej sali oceny jakości akustycznej na podstawie odsłuchu prób orkiestry i koncertów, która to ocena obejmowała co najmniej jakość dźwięku odbieranego przez muzyków na estradzie i słuchaczy na widowni, słyszalność i jakość brzmienia dźwięków własnego instrumentu, słyszalność i jakość brzmienia dźwięków wykonywanych przez innych muzyków na estradzie, zrozumiałość słów dyrygenta, poczucie nośności dźwięku własnego instrumentu, komfort gry zespołowej, czystość, czytelność, selektywność, barwa dźwięku, pogłosowość, przestrzenność, przydatność sali do koncertów z małymi i dużymi składami orkiestrowymi, przydatność sali do realizacji studyjnych nagrań muzyki, zaś wyniki badań opracowała w formie raportu zawierającego ocenę jakości akustycznej sali na podstawie cech wrażeniowych dźwięku.”*

W § 5 SWZ „Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych” Zamawiający wymagał *złożenia wraz z ofertą informacji dotyczących doświadczenia zawodowego osób wyznaczonych do realizacji zamówienia na stanowisku: Eksperta akustyki wnętrz, Eksperta akustyki budowlanej, Inspektora nadzoru robót konstrukcyjno-budowlanych, Eksperta akustyki muzycznej i psychoakustyki. Informacje te pozwolą ocenić ofertę i przyznać jej punkty odpowiednio w kryteriach „Doświadczenie Eksperta akustyki wnętrz”, „Doświadczenie Eksperta akustyki budowlanej”, „Doświadczenie*

inspektora nadzoru robót konstrukcyjno-budowlanych”, „Doświadczenie Eksperta akustyki muzycznej i psychoakustyki” wskazanych odpowiednio w § 17 ust. 1 i opisanych odpowiednio w § 17 ust. 2 pkt 2 – 5.”

Zamawiający dodatkowo wskazał, że *„Informacje, o których mowa w ust. 1 stanowią przedmiotowe środki dowodowe w postępowaniu służące potwierdzeniu zgodności oferowanej usługi z cechami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert i na podstawie art. 107 ust. 3 ustawy Pzp nie podlegają uzupełnieniu.”*

Odwołujący w załączniku nr 8d do oferty wskazał na 2 dodatkowe sale koncertowe ponad wymagane w zakresie warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący przedstawił następujący opis przeprowadzonych ocen jakości akustycznej: *„Ocena jakości akustycznej na podstawie odsłuchu prób orkiestry i koncertów, która to ocena obejmowała jakość dźwięku odbieranego przez muzyków na estradzie i słuchaczy na widowni, słyszalność i jakość brzmienia dźwięków własnego instrumentu, słyszalność i jakość brzmienia dźwięków wykonywanych przez innych muzyków na estradzie, zrozumiałość słów dyrygenta, poczucie nośności dźwięku własnego instrumentu, komfort gry zespołowej, czystość, czytelność, selektywność, barwa dźwięku, pogłosowość, przestrzenność, przydatność sali do koncertów z małymi i dużymi składami orkiestrowymi, przydatność sali do realizacji studyjnych nagrań muzyki. Wyniki badań opracowała w formie raportu zawierającego ocenę jakości akustycznej sali na podstawie cech wrażeniowych dźwięku.”*

Zamawiający przyznał Odwołującemu 0 punktów w ramach przedmiotowego kryterium uzasadniając brak przyznania punktów tym, że *„W wykazie nie wskazano, by proponowana osoba przeprowadziła badania opinii dot. jakości akustycznej dla wykazanych realizacji – brak podpunktów. Przedstawiono 2 doświadczenia ponad warunek”.*

Po przeanalizowaniu ww. dokumentów Izba doszła do przekonania, że odwołanie w analizowanej części nie zasługuje na uwzględnienie, a czynność Zamawiającego polegająca na braku przyznania punktów Odwołującemu była prawidłowa.

Przepis art. 107 ust. 1 Prawa zamówień publicznych wprowadza zasadę, zgodnie z którą przedmiotowe środki dowodowe wykonawca obowiązany jest złożyć wraz z ofertą. Tym samym to na moment złożenia oferty wykonawca winien dołożyć należytej staranności i przedstawić Zamawiającemu kompletne dokumenty umożliwiające weryfikację oferty w ramach kryterium oceny ofert. To na podstawie złożonych wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych Zamawiający podejmuje decyzję w przedmiocie zasadności przyznania punktów ofercie danego wykonawcy lub nie. Uchybienia wykonawcy w powyższym zakresie w zależności od rodzaju błędów skutkować będą brakiem możliwości przyznania punktów w ocenianym kryterium, względnie odrzuceniem oferty i nie mogą być sanowane na etapie postępowania odwoławczego przed Izbą, której zadaniem jest ocena prawidłowości dokonanych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia czynności (tak też: KIO w wyroku z dnia 23 stycznia 2023 r., KIO 70/23).

Innymi słowy, w przedkładanych przedmiotowych środkach dowodowych, wykonawca powinien przedstawić Zamawiającemu wszelkie informacje, które niezbędne są z punktu widzenia przyznania ofercie dodatkowych punktów. Z uwagi na to, że w przypadku tego rodzaju przedmiotowych środków dowodowych, brak jest możliwości ich uzupełnienia, na podstawie ich treści Zamawiający powinien mieć możliwość kompleksowego zbadania czy okoliczności na jakie powołuje się wykonawca, uzasadniają przyznanie ofercie dodatkowych punktów czy też nie. Zamawiający nie może domniemywać okoliczności, które wprost nie wynikają z treści przedmiotowych środków dowodowych. Zamawiający nie ma innej możliwości niż ocenić to czy zasadnym jest przyznanie ofercie dodatkowych punktów tylko i wyłącznie na podstawie tych informacji, które uzyskał od wykonawcy.

W niniejszym postępowaniu, celem uzyskania punktów w kryterium „Doświadczenie Eksperta akustyki muzycznej i psychoakustyki (D_{AMP})”, wykonawca powinien był przedłożyć informacje na temat doświadczenia osoby skierowanej do pełnienia ww. funkcji, które to doświadczenie powinno obejmować trzy elementy, tj.:

- badanie opinii o jakości akustycznej wśród określonych osób,
- dokonanie oceny jakości akustycznej na podstawie odsłuchu prób orkiestry i koncertów, która to ocena obejmowała określone elementy oraz
- opracowanie raportu zawierającego wyniki badań oraz ocenę jakości akustycznej sali na podstawie cech wrażeniowych dźwięku.

Wszystkie ww. informacje powinny znaleźć się w przedkładanym wraz z ofertą załączniku 8d do SWZ.

Z analizy wzoru załącznika nr 8d do SWZ wynika, że wykonawcy składający tenże załącznik, treścią wypełniali jego punkt

1 (imię i nazwisko eksperta), punkt 2 (podstawa dysponowania) oraz tabelę znajdującą się pod punktem 4, gdzie wpisać należało określenie sali koncertowej oraz opis przeprowadzonej oceny jakości akustycznej. Treść zawarta w punkcie 3, która wskazywała na wymagania w zakresie wykształcenia i doświadczenia eksperta, stanowiła powtórzenie postanowień SWZ i nie była podstawą do oceny przez Zamawiającego czy wskazana przez wykonawcę osoba spełnia lub nie spełnia określonych wymagań. Podstawę do tej oceny stanowiła treść wpisywana przez wykonawców w tabeli znajdującej się pod punktem 4.

Zdaniem Izby powyższe zapatrywanie potwierdza treść § 17 ust. 2 pkt 5 SWZ, zgodnie z którym w ww. kryterium „ocenie podlegać będą informacje dotyczące wykonanych przez eksperta wskazanego przez wykonawcę w załączniku nr 8d do SWZ projektów akustyki wnętrz zgodnie z opisem podanym w § 8 ust. 1 pkt 4. II lit. I).”

Trzeba więc uznać, że to na podstawie uzupełnionego przez wykonawców opisu doświadczenia Zamawiający weryfikował czy wskazuje on na wszystkie elementy ujęte w punkcie 3.

Zdaniem Izby, z opisu przeprowadzonej oceny jakości akustycznej, znajdującego się w tabeli pod punktem 4 załącznika nr 8d do oferty Odwołującego, nie wynika by osoba wskazywana na stanowisko eksperta akustyki muzycznej i psychoakustyki, przeprowadziła badanie opinii o jakości akustycznej, które to badanie było jednym z obligatoryjnych elementów doświadczenia wymaganego dla przyznania dodatkowej punktacji. Fakt przeprowadzenia przez wskazywanego eksperta badania opinii o jakości akustycznej powinien wynikać wprost z opisu jego doświadczenia i nie może być domniemywany przez Zamawiającego. Zamawiający celem przyznania dodatkowych punktów oceniał bowiem tylko i wyłącznie informacje przedłożone mu przez wykonawców w tabeli.

Zdaniem Izby argumentacja podnoszona przez Odwołującego, że elementem obligatoryjnym oceny jakości akustycznej obiektu musi być przeprowadzenie badania opinii, tak naprawdę potwierdza prawidłowość czynności Zamawiającego. Przyjmując zasadność ww. twierdzenia stwierdzić należy, że w przypadku gdy badanie opinii nie zostało przeprowadzone, nie można mówić o prawidłowym wykonaniu oceny jakości akustycznej obiektu. Tym bardziej więc ww. okoliczność powinna wynikać z opisu doświadczenia eksperta skierowanego do realizacji zamówienia, a Zamawiający nie może jej domniemywać.

Trzeba więc uznać, że Odwołujący nie przedstawił Zamawiającemu minimalnego zakresu informacji pozwalającego na pozytywną ocenę wskazywanego doświadczenia i przyznania mu z tego tytułu dodatkowych punktów. Tym samym czynność Zamawiającego była prawidłowa.

Argumentem przemawiającym za ww. tezą jest fakt, że Odwołujący w wykazie osób składanym na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przywołał opis doświadczenia eksperta referujący do literalnego brzmienia warunku udziału, potwierdzając tym samym, że wskazany przez niego ekspert posiada wymagane doświadczenie. Zatem argument, że informacja o posiadaniu wymaganego doświadczenia wynika z całości opisu zawartego w tabeli załącznika nr 8d do SWZ, jest nieuprawniona. Powyższe twierdzenie jest prawdziwe w odniesieniu do wykazu osób składanego na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jednak nie znajduje zastosowania w przypadku opisu wskazanego w treści załącznika nr 8d do SWZ, złożonego przez Odwołującego wraz z ofertą.

Wobec powyższego zarzut należało oddalić.

Zarzut nr 2 i 3 w zakresie zobowiązania podmiotu trzeciego:

Zgodnie z art. 118 ustawy PZP:

1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

2. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

3. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu

udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

4. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;

2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;

3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Następnie należy zwrócić uwagę na treść warunku udziału w postępowaniu opisanego w § 8 ust. 1 pkt 4) I SWZ:

„Wykonawca powinien wykazać, że w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej jedną usługę polegającą na pełnieniu przez co najmniej 12 miesięcy funkcji Inwestora Zastępczego/Inżyniera Kontraktu obejmującą nadzór nad robotami budowlanymi w toku jednej inwestycji polegającej na budowie budynku użyteczności publicznej o wartości co najmniej 200.000.000,00 PLN brutto i obejmującą kontrolę kosztów inwestycji.

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunek może być spełniony łącznie przez wszystkich Wykonawców lub przez co najmniej jednego z Wykonawców.”

Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 20 kwietnia 2023 r. przedstawił załącznik nr 7 – wykaz usług, w którym całkowicie polega na doświadczeniu podmiotu trzeciego.

Wobec tego uznać należy, że z zobowiązania, o którym mowa w art. 118 ust. 3 ustawy PZP, powinno wynikać wprost, że podmiot trzeci w całości zrealizuje usługi, w zakresie których udostępnia swoje zdolności na wykazanie warunku udziału w postępowaniu. Udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego musi mieć realny charakter, co winno wynikać z treści złożonego zobowiązania lub innego podmiotowego środka dowodowego. Z treści tego dokumentu powinien m.in. wynikać konkretny zakres czynności, do wykonania których zobowiązuje się podmiot udostępniający swoje zasoby w sytuacji, o której mowa w art. 118 ust. 2 Prawa zamówień publicznych (czyli m.in. w przypadku udostępnienia doświadczenia) (tak wyrok KIO z dnia 22 marca 2022 r., KIO 650/22). W przypadku, gdy wykonawca w całości polega na doświadczeniu podmiotu trzeciego dla wykazania warunku udziału w postępowaniu, z treści zobowiązania powinno bez wątpliwości wynikać, że podmiot ten zrealizuje w całości usługi, w zakresie których udostępnia swoje doświadczenie.

Tymczasem w treści zobowiązania podmiotu trzeciego, w punkcie 4, wskazano że podmiot udostępniający zasoby zrealizuje następujące czynności:

„Realizacja w charakterze podwykonawcy części zamówienia, w tym w szczególności ale nie wyłącznie wykonywanie usługi nadzoru w branży konstrukcyjno-budowlanej.

Zasoby zostaną udostępnione na cały okres realizacji zamówienia.”

Zakres udostępnianego doświadczenia tylko częściowo odpowiada treści warunku udziału w postępowaniu, tj. można stwierdzić jedynie, że dotyczy świadczenia usług nadzoru. Tymczasem w treści warunku mowa jest o pełnieniu funkcji Inwestora Zastępczego/Inżyniera Kontraktu, która obejmowała również nadzór nad robotami budowlanymi. Zdaniem Izby z treści zobowiązania ma w sposób nie budzący wątpliwości wynikać, że zobowiązanie jest realne, a udzielane zasoby są wystarczające w kontekście postawionego warunku udziału w postępowaniu. Jakikolwiek wątpliwości w tym zakresie działają na niekorzyść wykonawcy składającego tego typu oświadczenie i w sytuacji ich zaistnienia, powinno nastąpić wezwanie do wyjaśnienia lub uzupełnienia takiego zobowiązania, w zależności od okoliczności.

Porównując treść art. 25 i 26 ustawy Prawo budowlane (t. j. Dz. U. z 2023 r. poz. 682), gdzie opisane są główne obowiązki inspektora nadzoru z treścią OPZ (punkt III załącznika nr 2 do SWZ), należy uznać, że funkcja Inżyniera

Kontraktu obejmuje szersze spektrum obowiązków niż funkcja inspektora nadzoru. Najkrócej rzecz ujmując Inżynier Kontraktu odpowiada nie tylko za nadzór, ale także zarządzanie.

Okoliczność, że w treści zobowiązania mowa jest również o innym zakresie, w tym konkretnym przypadku nie może zostać uznana, gdyż zakres ten nie został sprecyzowany, a co podkreślone zostało we wcześniejszej części uzasadnienia, z zobowiązania musi wynikać w sposób nie budzący wątpliwości, że udzielane zasoby są wystarczające w kontekście postawionego warunku. Z wyjątkiem punktu 4, treść zobowiązania operuje pojęciami bardzo ogólnymi, z których nie sposób wywieść, jaki będzie faktyczny udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia.

Z tego względu, zdaniem Izby, z treści analizowanego zobowiązania nie wynika, że zakres udostępnionych zasobów odpowiada treści warunku udziału w postępowaniu, a co za tym idzie, odwołanie w analizowanym zakresie należało uwzględnić.

Wskazać również należy, że w treści zobowiązania jest mowa o „delegowaniu pracowników posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie”. Tymczasem w treści wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia nie ma żadnej osoby, która byłaby w dysponowaniu tego podmiotu trzeciego, którego dotyczył przedmiotowy zarzut. Okoliczność ta również może wzbudzać wątpliwości w zakresie realności udostępnienia zasobów, co przemawia za koniecznością uzupełnienia zobowiązania.

Zarzut nr 2 i 3 w zakresie kwalifikacji zawodowych/ doświadczenia osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia:

Ekspert ds. akustyki wnętrz oraz ekspert ds. akustyki budowlanej:

Zgodnie z § 8 ust. 1 pkt 4 II. b), c) SWZ, w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kwalifikacji zawodowych/ wykształcenia/ doświadczenia osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, wykonawca powinien wykazać, że będzie dysponował następującym personelem:

„b) co najmniej jedną osobą na stanowisko Eksperta akustyki wnętrz posiadającą wyższe wykształcenie techniczne w specjalności akustyka oraz doświadczenie w projektowaniu akustyki wnętrz, która samodzielnie wykonała co najmniej jeden Projekt akustyki wnętrz dla co najmniej jednej sali filharmonii lub opery, lub teatru muzycznego lub innej sali koncertowej, z co najmniej 500 stałymi miejscami siedzącymi dla słuchaczy i estradą dla co najmniej 50 osobowej orkiestry oraz w ramach tego projektu pełniła nadzór autorski nad rozwiązaniami akustycznymi podczas realizacji budowy, przez co najmniej 6 miesięcy, w tym w trakcie odbiorów akustycznych.

c) co najmniej jedną osobą na stanowisko Eksperta akustyki budowlanej, posiadającą wyższe wykształcenie techniczne w specjalności akustyka oraz doświadczenie w projektowaniu ochrony przeciwdźwiękowej, która samodzielnie wykonała co najmniej jeden Projekt ochrony przeciwdźwiękowej budynku użyteczności publicznej, który zawierał co najmniej jedną salę koncertową, z co najmniej 500 stałymi miejscami siedzącymi dla słuchaczy i estradą dla co najmniej 50 osobowej orkiestry (filharmonia lub opera, lub teatr muzyczny lub inna sala koncertowa) oraz w ramach tego projektu pełniła nadzór autorski nad rozwiązaniami z zakresu ochrony przeciwdźwiękowej podczas realizacji budowy, przez co najmniej 6 miesięcy, w tym w trakcie dokonywania odbiorów w zakresie ochrony przeciwdźwiękowej.”

Przystępujący w przedłożonym wykazie osób (załącznik nr 8 do SWZ) na ww. stanowiska wskazał tę samą osobę. W kolumnie 3 opisał wykształcenie tejże osoby oraz jej doświadczenie i w obu przypadkach zawarł stwierdzenie, że „W/w doświadczenie potwierdza spełnianie wymogów wskazanych w § 8 ust. 1 pkt 4. II lit. b) oraz c) SWZ”.

Izba w zakresie rozpatrywanego zarzutu zgodziła się z argumentacją przedstawianą przez Przystępującego, że sposób redakcji opisu doświadczenia poprzez odwołanie się do treści SWZ zamiast jej zacytowania nie powoduje, że przedstawiony opis jest niepełny. Przystępujący pokrótce opisał doświadczenie eksperta i wskazał, że spełnia ono wymogi przedstawione w SWZ. Mógł on po prostu wskazać na nazwę zadania i następnie przepisać treść SWZ, wypunktowując poszczególne czynności składające się na wymagane doświadczenie, ale odwołanie się do konkretnego punktu specyfikacji, zdaniem Izby, również było prawidłowe.

Powszechnie przyjętą praktyką jest, że w analogicznych sytuacjach podawana jest właśnie nazwa zadania/ inwestycji referencyjnej, w której realizacji brała udział określona osoba, następnie przepisuje się treść SWZ wskazując, że czynności objęte opisem warunku były wykonywane w ramach wskazywanej inwestycji. Zdaniem składu orzekającego odwołanie się do konkretnego punktu SWZ zamiast przepisywania jego treści nie powoduje, że opis doświadczenia jest

niepełny.

Powodem oddalenia postawionego zarzutu jest również brak wykazania przez odwołującego twierdzeń zawartych w treści odwołania i przedstawienie stosownego materiału dowodowego przez Przystępującego.

Na marginesie jedynie wskazać należy, że Izba nie zgadza się z twierdzeniem Odwołującego podnoszonym na rozprawie, że dowody przedłożone przez Przystępującego potwierdzają, że osoba skierowana na stanowisko eksperta ds. akustyki wnętrz oraz akustyki budowlanej nie wykonała samodzielnie projektów objętych treścią warunku udziału w postępowaniu.

Z dowodów przedstawionych przez Przystępującego wynika, że faktycznie projekt branżowy został wykonany przez dwóch projektantów. Zauważyć jednak należy, że elementów opracowania było wiele, a „Projekt akustyki pomieszczeń, wyniki obliczeń” jest tylko jednym z nich. Uwzględniając powyższe, zdaniem Izby, nie można wyprowadzić jednoznacznego wniosku, że osoba wskazywana przez Przystępującego na eksperta akustyki wnętrz oraz akustyki budowlanej nie wykonała samodzielnie projektu akustyki wnętrz. Elementów opracowania było wiele, a pozostali projektanci mogli być autorami ich poszczególnych rozdziałów.

Przystępujący potwierdził w ramach wypowiedzi na rozprawie, że: „W ramach całościowego projektu, w zakresie wymaganym w warunku, jego (tj. osoby proponowanej na stanowisko eksperta ds. akustyki wnętrz oraz akustyki budowlanej – przyp. red.) projekty były wykonane przez niego samodzielnie.” Odwołujący nie przedstawił dowodów, które takie twierdzenie by podważyły.

Ponadto w treści odwołania Odwołujący kwestionuje w zasadzie jedynie opis doświadczenia eksperta, nie podważając faktycznego doświadczenia przez niego zdobytego, a więc omawiana kwestia ma jedynie charakter marginalny, gdyż nie była objęta treścią postawionego zarzutu.

Ekspert ds. akustyki muzycznej i psychoakustyki:

Zgodnie z § 8 ust. 1 pkt 4 II. I) SWZ, w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kwalifikacji zawodowych/ wykształcenia/ doświadczenia osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, wykonawca powinien wykazać, że będzie dysponował następującym personelem:

„co najmniej jedną osobę do pełnienia funkcji Eksperta akustyki muzycznej i psychoakustyki posiadającą wyższe wykształcenie muzyczne albo wyższe wykształcenie techniczne i muzyczne równocześnie oraz doświadczenie w prowadzeniu słuchowych ocen brzmienia dźwięku w salach koncertowych, z udziałem grup ekspertów z zakresu akustyki muzycznej, psychoakustyki, reżyserii dźwięku i muzyków orkiestrowych, i która przeprowadziła badania opinii o jakości akustycznej co najmniej 1 sali koncertowej, z co najmniej 500 stałymi miejscami siedzącymi dla słuchaczy i estradą dla co najmniej 50 osobowej orkiestry, wśród członków orkiestry, chóru, dyrygentów, reżyserów dźwięku i akustyków posiadających doświadczenie w ocenach słuchowych barwy dźwięku oraz która dokonała dla tej sali oceny jakości akustycznej na podstawie odsłuchu prób orkiestry i koncertów, która to ocena obejmowała co najmniej jakość dźwięku odbieranego przez muzyków na estradzie i słuchaczy na widowni, słyszalność i jakość brzmienia dźwięków własnego instrumentu, słyszalność i jakość brzmienia dźwięków wykonywanych przez innych muzyków na estradzie, zrozumiałość słów dyrygenta, poczucie nośności dźwięku własnego instrumentu, komfort gry zespołowej, czystość, czytelność, selektywność, barwa dźwięku, pogłosowość, przestrzenność, przydatność sali do koncertów z małymi i dużymi składami orkiestrowymi, przydatność sali do realizacji studyjnych nagrań muzyki, zaś wyniki badań opracowała w formie raportu zawierającego ocenę jakości akustycznej sali na podstawie cech wrażeniowych dźwięku.”

Przystępujący w załączniku nr 8 do SWZ wskazał osobę proponowaną na ww. stanowisko i opisał jej doświadczenie powołując się na przeprowadzenie badania opinii o jakości akustycznej i dokonania oceny jakości akustycznej na podstawie odsłuchu prób orkiestry i koncertów zgodnie z wymogami wskazanymi w § 8 ust. 1 pkt 4.II lit. I SWZ, które to badanie zostało przeprowadzone w ramach zadania „Badanie opinii o jakości akustycznej Sali operowej Opery Wrocławskiej”.

Co istotne, ta sama osoba, wskazując w części na tożsame doświadczenie, przedstawiona została na jednakowe stanowisko przez wykonawcę SAFEGE, którego oferta zgodnie z informacją z dnia 08.11.2022 r. została odrzucona z uwagi na fakt, że została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Na ww. czynność wykonawca wniósł odwołanie. Postępowanie odwoławcze zakończyło się wyrokiem z dnia 5 grudnia 2022 r., sygn. akt KIO 3053/22. W ramach ww. postępowania odwoławczego Izba analizowała m. in. okoliczności, na które

obecnie powołuje się Odwołujący, tj. dotyczące kwestii przeprowadzenia badania w czasie prób i koncertu oraz kwestii odwołania wydarzeń z okresu, w którym przeprowadzone zostało badanie z uwagi na zagrożenie epidemiczne. Izba w uzasadnieniu ww. wyroku wyraziła ocenę, m. in. że:

- 1) „Słuchaczami mogły być dowolne osoby obecne na widowni. Badania przeprowadzane podczas prób, mogą się odbywać z udziałem słuchaczy, którzy nie są publicznością. Zatem warunek jest spełniony, pomimo braku udziału publiczności.”
- 2) „W tamtym okresie ze względu na pandemię nie odbywały się koncerty biletowane z fizycznie obecną publicznością, co jednak, w świetle warunku postawionego przez zamawiającego oraz w kontekście prawidłowości przeprowadzenia badań jest bez znaczenia.”

Zamawiający prawidłowo więc oparł się na ocenie ww. zagadnień przedstawionej przez Izbę w uzasadnieniu ww. wyroku, którą to ocenę podziela również skład orzekający Izby rozpoznający niniejszą sprawę. Izba nie znajduje podstaw by inaczej oceniać to samo doświadczenie wobec tej samej osoby tylko dlatego, że jest to osoba prezentowana w innej ofercie.

Zarzut nr 4 dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa:

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest kluczowym elementem zarówno funkcjonowania systemu zamówień publicznych jak i zasadności (transparentności) wydatkowania na ten cel środków publicznych. Z powyższego stanowiska należy wywieść, że tylko w sytuacjach wyjątkowych istnieje możliwość ograniczenia jawności postępowania i to wyłącznie w uzasadnionych przypadkach i po spełnieniu wskazanych w przepisach prawa przesłanek. Każdy podmiot starający się o uzyskanie zamówienia finansowanego ze środków publicznych winien mieć powyższą kwestie na względzie (tak: KIO w wyroku z dnia 26 lutego 2019 r., KIO 260/19).

Zdaniem Izby uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być stosowane do gry konkurencyjnej wykonawców, lecz ma za zadanie zapewnić im ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa, ściśle w granicach jej definicji, zawartej w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r., poz. 1913- dalej „uznk”).

Zgodnie z treścią tego przepisu, który statuuje definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, „przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności”.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest wykazać, że zastrzeżona informacja spełnia łącznie wystąpienie następujących przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

Przechodząc od powyższych ogólnych uwag na grunt rozpatrywanej sprawy wskazać należy, że w zasadzie jedynym argumentem, na którym Przystępujący opierał istnienie wartości gospodarczej zastrzeganych przez niego informacji, jest ryzyko przejścia pracowników przez konkurencję.

Zdaniem Izby ww. argument nie jest wystarczający by wykazać wartość gospodarczą zastrzeganych informacji. W interesie wykonawcy powinno być zabezpieczenie się przed utratą kluczowych pracowników poprzez stworzenie

atrakcyjnych warunków pracy i płacy, aby osoby takie nie były zainteresowane ofertą konkurencyjnych firm. Okoliczność, że pracownicy mogą przejawiać chęć zmiany pracodawcy w sytuacji, gdy dotychczasowe warunki zatrudnienia im nie odpowiadają jest praktyką powszechną, dotyczącą każdej branży. W tej sytuacji konieczne jest zapewnienie przez pracodawcę np. odpowiedniego wynagrodzenia dla pracowników, korzystnych warunków zatrudnienia a także zawarcie odpowiednich umów o zakazie konkurencji. Powoływanie się zaś na tajemnicę przedsiębiorstwa jako narzędzia do nieujawniania danych specjalistów przeznaczonych do realizacji zamówienia, w świetle zasady jawności postępowania, należy uznać za nieprawidłowe (tak też np.: Wyrok KIO z dnia 26 kwietnia 2021 r., KIO 698/21, Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2022 r., KIO 3724/21).

Podobny pogląd został wyrażony również w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 lutego 2020 r., sygn. akt KIO/KU 5/20, w której wskazano, że: „nie sposób uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa takich informacji, jak imię i nazwisko, kwalifikacje i doświadczenie konkretnych specjalistów wskazanych w wykazie osób wykonawcy. Informacje te bowiem nie stanowią wyłącznej wiedzy wykonawcy, który sporządził wykaz, zatem nie można uznać, iż nie zostały ujawnione do wiadomości innych osób lub podmiotów skoro same osoby mogą dowolnie informować o posiadanym przez siebie doświadczeniu oraz podmioty, które udostępniły swój potencjał kadrowy wykonawcy, swobodnie dysponują informacjami na temat doświadczenia udostępnionych przez siebie osób. (...) Tym samym w prawie każdej dziedzinie gospodarki poszukiwani są wysokiej klasy eksperci, a w interesie wykonawcy winno być zabezpieczenie się przed utratą kluczowych specjalistów, poprzez na przykład zawarcie umów na wyłączność z tymi osobami, czy wprowadzenie w ramach zawieranych umów postanowień dotyczących zakazu konkurencji. Powoływanie się zaś na tajemnicę przedsiębiorstwa jako narzędzia do ochrony specjalistów przeznaczonych do realizacji zamówienia w świetle zasady jawności postępowania należy uznać za nieprawidłowe.”

Dodatkowo wskazać należy, że Przystępujący powołuje się jedynie na „ryzyko przejścia pracowników, które ma charakter realny”. Brak jest jednak argumentów, które wskazywałyby czy wykonawca zetknął się z praktyką przejmowania personelu, w jakim wymiarze itd. Wyjaśnienia Przystępującego mają charakter ogólny i lakoniczny, możliwy do sporządzenia w zasadzie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia i przez każdego wykonawcę.

Okoliczność, na którą dalej powołuje się wykonawca, tj. ponoszenie kosztów związanych z poszukiwaniem odpowiedniego personelu, zdaniem składu orzekającego, nie ma znaczenia w kontekście wykazywania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Wskazać należy, że fluktuacja kadr jest zwykłym zjawiskiem rynkowym, występującym w każdej branży. Koszty związane z szeroko rozumianym zarządzaniem kadrą, powinny zostać w kalkulowane przez każdego przedsiębiorcę działającego z należytą starannością, w bieżące koszty prowadzenia działalności gospodarczej. Fakt ponoszenia tychże kosztów nie może świadczyć o wartości gospodarczej danych zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa w wykazie osób.

Dalej wskazać należy, że zdaniem Izby, nie została wykazana również druga z ww. przesłanek, których zaistnienie jest warunkiem koniecznym dla skutecznego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wynika to z treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy, gdzie wykonawca w punkcie dotyczącym kosztów związanych z poszukiwaniem odpowiedniego personelu wskazuje, że *„był zobowiązany do dokonania researchu baz danych oraz weryfikacji informacji dotyczących doświadczenia poszczególnych członków personelu dedykowanego do realizacji zamówienia - na podstawie informacji kontaktowych otrzymanych od innych podmiotów (w tym od podwykonawców, pracowników, podmiotów publicznych etc.) w celu zidentyfikowania osób, których kwalifikacje spełniałyby oczekiwania Zamawiającego.”*

Z powyższego fragmentu wynika, że dysponentami informacji na temat określonych osób i ich wykształcenia jest wiele podmiotów. Informacje te są więc stosunkowo łatwo dostępne, gdyż można uzyskać do nich dostęp m. in. przez zwrócenie się np. do podmiotów publicznych.

Zgodzić również należy się z Odwołującym, że uwzględniając okoliczności stanu faktycznego, tj. przekazanie przez Zamawiającego Odwołującemu imiennej listy personelu Przystępującego oraz fakt, że informacje na temat tego personelu były przedmiotem sporu w innym postępowaniu odwoławczym, informacja ta straciła walor poufnej i nie korzysta z ochrony przewidzianej dla informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z powyższych względów zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Dodatkowo wskazać należy, że zdaniem Izby uwzględnienie tego zarzutu może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zastrzeżone przez Przystępującego załączniki 8a-8d stanowią przedmiotowe środki dowodowe oraz nie

podlegają uzupełnieniu (§ 5 SWZ). Charakter zarzutów stawianych wobec tego typu dokumentów może dotyczyć takich kwestii jak choćby opis doświadczenia osób w nich wskazanych, jak to miało miejsce w przypadku zarzutu nr 1 w niniejszej sprawie odwoławczej. Nie jest więc rolą Izby aby przesądzać jakie potencjalne zarzuty wobec treści tych dokumentów mogą zostać postawione, a umożliwienie weryfikacji tego przez wykonawców biorących udział w postępowaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 7 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

W związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....