

WYROK

z dnia 6 marca 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 6 marca 2018 roku odwołania
wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lutego 2018 roku przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie:

ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz IDOM Inżynieria, Architektura
i Doradztwo Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez
PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, zgłaszającego przystąpienie
do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie
zamówienia - konsorcjum w składzie: ECM Group Polska S.A. z siedzibą w
Warszawie oraz IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. z siedzibą we
Wrocławiu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie:

ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz IDOM Inżynieria,
Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od

odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu na

rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiąca koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji ul. Targowa 74 03-734 Warszawa (dalej „zamawiający”) na Nadzór oraz pełnienie funkcji Inżyniera projektu nad realizacją inwestycji w ramach projektu POLiŚ 5.1-20 „Budowa infrastruktury systemu ERTMS/GSM-R na liniach kolejowych PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w ramach NPWERTMS”, nr. ref. postępowania 9090/IRZU/08343/05709/17/P, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - konsorcjum w składzie: ECM Group Polska S.A. (Lider), ul. Rondo ONZ 1 00-124 Warszawa oraz IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. (Partner) ul. Belgijka 18, 54-404 Wrocław (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec:

1. badania i oceny ofert oraz nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. zaniechania odtajnienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa części oferty wykonawcy MGGP S.A. (dalej „MGGP”) w postaci wykazu osób, które zostały wyznaczone do realizacji projektu, pomimo braku wykazania przez wykonawcę MGGP przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
3. zaniechania wykluczenia wykonawcy MGGP z postępowania, pomimo, iż z dokumentów załączonych do oferty tegoż wykonawcy nie wynika spełnienie przez niego warunku udziału w postępowaniu w opisanego w pkt. 8.6.1 IDW w postaci wykazania w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, wykonania jednej usługi polegającej na zarządzaniu i nadzorze nad kompleksowym projektem inwestycyjnym obejmującym co najmniej wdrożenie systemu ERTMS/GSM-R projektowanego do współpracy z systemem ETCS poziom 2, przy czym całkowita wartość projektu nie może być mniejsza niż 100 000 000 PLN netto,
4. błędnego przyznania wykonawcom, którzy złożyli swoje oferty w postępowaniu punktów w Kryterium 1, tj. Całkowita Cena brutto, na skutek czego wykonawca MGGP otrzymał większą ilość punktów niż wynika to z właściwego wzoru opisanego w pkt. 19.9 IDW,
5. błędnego przyznania odwołującemu punktów w Kryterium 2 „Metodologia”, podkryterium 2 Rozmowa z inżynierem projektu, poprzez przyznanie 5,38 pkt, podczas, gdy odwołujący w tym podkryterium powinien uzyskać maksymalną punktację tj. 10 pkt.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 91 ust. 1, poprzez wybór oferty wykonawcy, który podlega wykluczeniu, i którego oferta nie jest najkorzystniejsza w świetle określonych kryteriów oceny ofert,
2. art. 96 ust. 3 i art. 8 ust. 1 i 3 w związku z art. 7 ust. 1, poprzez zaniechanie udostępnienia dokumentów w postaci wykazu osób, które zostały wyznaczone do

realizacji przedmiotowego projektu, złożonych przez MGGP pomimo, iż informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, zaś Wykonawca nie zastrzegł skutecznie objęcia tych dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa,

3. art. 24 ust. 1 pkt 12, poprzez zaniechanie wykluczenia MGGP z postępowania, pomimo iż nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie wykazał wykonania w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania

ofert wykonania jednej usługi polegającej na zarządzaniu i nadzorze nad

kompleksowym projektem inwestycyjnym obejmującym co najmniej wdrożenie systemu ERTMS/GSM-R projektowanego do współpracy z systemem ETCS poziom 2, przy czym całkowita wartość projektu nie może być mniejsza niż 100 000 000 PLN

netto; Przedstawione przez Wykonawcę referencje wskazują na wykonanie dwóch

usług, co nie może być uznane za spełnienie warunku opisane przez Zamawiającego w SIWZ,

4. art. 24aa ust. 1, poprzez dokonanie oceny ofert, tak jakby w postępowaniu brały udział tylko dwa podmioty, podczas gdy ocenie powinny podlegać wszystkie cztery oferty złożone w postępowaniu, co skutkowało przyznaniem wykonawcom błędnie punktów w Kryterium 1 tj. „Całkowita Cena brutto”,

5. art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MGGP,

6. art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 i 3, poprzez prowadzenie postępowania w sposób

niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji poprzez doprowadzenie do

sytuacji, w której ocena ofert dokonana została wbrew art. 24 aa ustawy Pzp, jak również w sposób nieprawidłowy przyznane zostały punkty w ramach Kryterium 2 „Metodologia”, podkryterium 2 Rozmowa z inżynierem projektu,

7. art. 91 ust. 1, poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej,

8. art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych, poprzez dokonanie wyboru oferty przekraczającej kwotę, którą zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia, podczas, gdy oferta o 10 mln tańsza spełniała wszystkie warunki udziału i powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert,
2. odtajnienia wskazanych w odwołaniu dokumentów dotyczących wykazu osób złożonych przez MGGP, a zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa,
3. wykluczenia wykonawcy MGGP,
4. odrzucenia oferty wykonawcy MGGP,
5. dokonania ponownej oceny ofert w tym przyznanie odwołującemu 10 pkt. w ramach Kryterium 2 „Metodologia”, podkryterium 2 Rozmowa z inżynierem projektu, a także zastosowanie przez zamawiającego w ramach Kryterium 1 tj. „Całkowita Cena brutto” wzoru znajdującego się w pkt. 19.9 b) IDW,
6. wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł nadto o dopuszczenie dowodu z dokumentów załączonych do odwołania.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odtajnienia dokumentów w postaci „Wykazu osób” złożonych przez wykonawcę MGGP odwołujący wskazał, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa jakichkolwiek informacji jest możliwe jedynie w przypadku wykazania przez wykonawcę, który dokonuje zastrzeżenia, łącznego ziszczenia się przesłanek określonych w przepisie art. 11 ust. 4 UoZNK, tj. wykazania, że dana informacja:

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

Odnosnie do pierwszej z przesłanek odwołujący stwierdził, że powszechnie przyjmuje się, że informacjami organizacyjnymi są dane używane w bieżącej działalności przedsiębiorstwa, informacjami technicznymi czy technologicznymi są informacje dotyczące procesu produkcji, czy też usług świadczonych przez przedsiębiorcę, zastrzegając że każda taka informacja musi mieć wartość gospodarczą.

Odnosnie do drugiej z przesłanek stwierdził, że przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nieujawniona do wiadomości publicznej”, to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Uzupełnił, że informacja ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną; w szczególności przesłanka ta wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej

drodze,

w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa lub gdy są publikowane w powszechnie jawnych rejestrach.

Odnosnie do trzeciej z przesłanek stwierdził, że podjęcie niezbędnych działań w celu

zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony; w szczególności za podjęcie takich działań można uznać zawarcie odpowiednich umów o poufności lub umieszczenie stosownych klauzul w umowach.

W ocenie odwołującego dokonane przez MGGP zastrzeżenie jawności części oferty oraz składanych później wykazów było i jest bezpodstawne, ponieważ zawarte w tych dokumentach informacje nie realizują łącznie ww. przesłanek.

Wskazał w związku z powyższym, że zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia

21 października 2005 roku (Sygn. akt: III CZP 74/05) zamawiający powinien odtajnić zastrzeżone informacje, czego nie uczynił, naruszając w szczególności zasadę jawności postępowania, jak i zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji.

Odwołujący stanął na stanowisku, że zamawiający nie dokonał rzeczywistego badania wykazania przez MGGP spełnienia się ww. przesłanek definicji ustawowej, a jedynie formalnie uznał zastrzeżenie za prawidłowe na podstawie samego złożenia oświadczenia przez tego wykonawcę.

Podał, że MGGP zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wykaz osób na potrzeby weryfikacji kryterium 3 „Personel Inżyniera” (zgodnie z Załącznikiem nr 8 do IDW). Wyjaśnił, że tym kryterium ocenie podlegało doświadczenie wyłącznie kluczowych członków Personelu Wykonawcy tj. Inżyniera Projektu (1 osoba) oraz Inżyniera Rezydenta (4 osoby). Dodał, że

zamawiający przyznawał punkty za każdy projekt, w którym wskazane w wykazie osoby

pełniły funkcję Inżyniera Projektu lub Inżyniera Rezydenta lub też Dyrektora Projektu przez co najmniej 12 miesięcy, przy czym punktowane były jedynie projekty obejmujące wdrożenie

systemu ERTMS/GSM-R zgodnie z wymaganiami wskazanymi w pkt. 8.6.1 lit. a-c IDW. Dowód: Wykaz osób został przedstawiony zamawiającemu pismem z 11 grudnia 2017 roku.

Odwołujący wskazał, że wykonawca MGGP zawarł również uzasadnienie dla objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa załącznika w postaci wykazu osób.

Zdaniem odwołującego MGGP wskazało w sposób niezwykle ogólnikowy, że zastrzeżone informacje spełniają wymogi ustawowe, jak również posiadają wartość gospodarczą; wykonawca wskazał na unikalne na polskim rynku kwalifikacje wskazanych osób oraz groźbę utraty zasobów osobowych. Odwołujący podkreślił, że wykonawca MGGP nie przedstawił żadnych dowodów świadczących o wartości gospodarczej czy też podjętych krokach mających na celu ochronę rzekomej tajemnicy przedsiębiorstwa, wniosek ograniczył się jedynie do oświadczeń.

Dowód: treść IDW, pismo MGGP z dnia 11 grudnia 2017 roku.

W ocenie odwołującego odnośnie żadnej z informacji nie wykazano spełnienia się przesłanek ustawowej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. wartości gospodarczej, braku ujawnienia do wiadomości publicznej oraz podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności. Powołał się na wyrok z dnia 17 maja 2017 roku, sygn. akt KIO 864/17 i KIO 872/17, zgodnie z którym: „...w celu wykazania tych przesłanek niezbędne jest przedłożenie dowodów na powoływane okoliczności, podjętych działań w celu zachowania poufności. W tym konkretnym przypadku niezbędne było przedłożenie, choćby przykładowych umów z pracownikami i personelem niezatrudnionym na podstawie umowy o pracę, w których to umowach zawarte byłyby odpowiednie klauzule...”

Stwierdził, że MGGP nie wykazał, że skutecznie zobowiązało członków personelu oraz osoby sporządzające ofertę do zachowania w poufności faktu wskazania konkretnych osób

w wykazie osób.

Wskazał, że MGGP wykonywał już na rzecz zamawiającego zamówienie związane z budową infrastruktury systemu ERTMS/GSM-R (odcinek linii kolejowej E 30 Legnica-

Wrocław-Opole), w realizacji którego to zamówienia - wedle odwołującego - udział brali inżynierowie, którzy zostali z pewnością dedykowani również dla przedmiotowego projektu; działaniem nieracjonalnym byłaby zmiana składu sprawdzonego już zespołu, a zwłaszcza jego kluczowych członków. Uzupełnił, że na wąskim rynku firm świadczących usługi Inżyniera Projektu dla PKP PLK S.A. osoby te są zatem znane, a uzyskanie zestawienia osób, które

w imieniu MGGP realizowały ww. projekt możliwe jest w ramach regulacji Ustawy o dostępie do informacji publicznej.

Wskazał także, że projekty dotyczące systemu ERTMS realizowane są w Polsce co najmniej od 2013 roku, co oznacza, że nie jest to projekt innowacyjny, który wymaga nowych specjalistów o niespotykanych wcześniej kompetencjach.

W ocenie odwołującego MGGP wskazało w uzasadnieniu jedynie gołostownie, że zastrzeżone informacje mają wartość gospodarczą, bez jakiegokolwiek rozwinięcia tej kwestii, w tym rzeczywistego wykazania tej wartości. Powołał się na wyrok z dnia 13 marca 2017 roku KIO 385/17, zgodnie z którym: „W ocenie Izby argumentacja przystępującego odnośnie wartości gospodarczej informacji okazała się ogólna, wręcz szczątkowa. Jak wynikało z powyższego, wykonawca powoływał się jedynie lakonicznie na sytuację na rynku i znaczenie wiedzy fachowej osób. Wspomniał także jednym zdaniem o zaostrzeniu walki o pracowników. Nie wiadomo czy jak, jeżeli tak to kiedy, przystępujący zetknął się z praktyką podkupowania osób, jakiej liczby osób w jego firmie taka praktyka dotknęła. Na te okoliczności nie przedstawiono też zamawiającemu żadnego dowodu. Przystępujący nie wykazał również, aby wymagane w SIWZ doświadczenie miało charakter wyjątkowo specjalistyczny, unikalny, usprawiedliwiający przypuszczenie, że na rynku może istnieć praktyka agresywnego pozyskiwania takich osób. W szczególności nie wiadomo, ile osób z doświadczeniem zawodowym wymaganym przez zamawiającego jest dostępnych na rynku.” Powołał się nadto na wyrok z dnia 12 stycznia 2015 roku sygn. KIO 2784/14, zgodnie z którym: „Wykonawca zastrzegający określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa musi wykazać m.in., że dane informacje posiadają określoną wartość gospodarczą. Wartość ta może wyrażać się w sposób pozytywny - poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (...), posiadająca określoną wartość dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości. Za informacje posiadające wartość gospodarczą dla danego wykonawcy, można uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor Wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby danego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem.”

Zwrócił uwagę, że treść wykazu osób determinowana jest przez SIWZ, który w

sposób precyzyjny wskazuje, jakie dane powinny zostać wykazane, przedmiotem wykazu jest jedynie pięć osób kluczowego personelu Wykonawcy. Powołał się na wyrok o sygn. akt KIO 385/17, zgodnie z którym: „Dostrzeżenia wymagało, że w wykazie osób, Wykonawcy zobowiązani byli ujawnić ograniczoną ilość informacji. Znajdowały się tam tylko dane odnośnie imienia i nazwiska kilku osób, opis fragmentu ich doświadczenia zawodowego, podstawy dysponowania przez Wykonawcę dana osobą, posiadane przez nią uprawnienia i proponowane stanowisko na kontrakcie. W szczególności w analizowanej sprawie istotnym było, iż należało ujawnić nie całe doświadczenie zawodowe kandydata, ale opis jego doświadczenia w zakresie koniecznym do spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Ponadto wykaz ograniczał się do danych na temat kilku osób, a nie całego personelu, którym dysponuje wykonawca. Zakres ten był więc bardzo ograniczony”.

Nadto powołał się na orzeczenie KIO 297/13, zgodnie z którym: „W ocenie Izby, tak wyartykułowane uzasadnienie utajnienia informacji, a przede wszystkim zawartość informacyjna pisma z dnia 21 stycznia 2013 roku, nie są wystarczające dla uznania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy z całą mocą podkreślić, że to jawność postępowania jest zasadą, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie ogólnych wyjaśnień bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby Wykonawcom biorącym udział w przyszłych postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji składanych w postępowaniu

o zamówienie publiczne w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznałoby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i jako takie - byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. W konsekwencji ograniczałoby możliwość kontroli działań i zaniechań Zamawiającego, w trybie środków ochrony prawnej, skoro wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, wobec nieuprawnionego zastrzegania informacji, w istocie zostaliby pozbawieni możliwości kwestionowania nieznanych im informacji. Podkreślenia przy tym wymaga, że ciężar udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na podmiocie, który z tego działania wyciąga korzystne dla siebie skutki prawne. Nie można przyjąć, że to na Odwołującym, który nie ma możliwości zapoznania się z treścią zastrzeżonych przez wykonawców dokumentów, winien przedstawić dowody na bezskuteczność zastrzeżeń ujętych w dokumentach składanych przez innego wykonawcę”.

Zdaniem odwołującego zarzut dotyczący odtajnienia części oferty jest tym bardziej zasadny w świetle naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia MGGP z postępowania, pomimo iż nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. warunku wskazanego w pkt. 8.6.1 IDW na który to warunek powołuje się zamawiający również w ramach kryterium dotyczącego personelu Inżyniera.

Podniósł, że ustawodawca nie uregulował trybu badania skuteczności zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, przepisy ustawy Pzp nie wskazują wprost od jakiego zdarzenia rozpoczyna się bieg terminu do wniesienia odwołania na utajnienie części oferty danego wykonawcy.

Stwierdził, że zarzut odwołującego złożony został w ustawowym terminie, gdyż dopiero chwila zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej jest właściwa dla oceny całokształtu działań zamawiającego wobec zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez wykonawcę.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania wykluczenia MGGP z postępowania pomimo,

iż nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. warunku wskazanego w pkt

8.6.1 IDW stwierdził, że w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 grudnia 2016 roku (KIO 2342/16) Izba wskazała, iż precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców; szczególnie wybór oferty winien być dokonywany stricte według zasad przewidzianych w SIWZ, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji.

Podał, że w pkt. 8.6.1 IDW w zakresie warunku określonego w pkt. 8.2.3 IDW zamawiający wymagał wykazania przez wykonawcę w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonania jednej usługi polegającej na zarządzaniu i nadzorze nad kompleksowym projektem inwestycyjnym obejmującej co najmniej wdrożenie systemu ERTMS/GSM-R projektowanego do współpracy z systemem ETCS poziom 2, które obejmowało co najmniej:

- projekt i budowę obiektów radiokomunikacyjnych (wież i kontenerów telekomunikacyjnych),
- projekt i budowę sieci teletransmisyjnej (kable światłowodowe i niezbędnych urządzeń teletransmisyjnych),
- certyfikację (certyfikat WE) systemu GSM-R w zakresie kolejowego podsystemu „sterowanie” oraz uzyskanie zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji;

a całkowita wartość nadzorowanego projektu nie była mniejsza niż 100 mln PLN netto.

Wskazał także, że wykonawca MGGP, pismem z dnia 11 grudnia 2017 roku, podał, iż sprawował nadzór i zarządzanie projektem, budową i wdrożeniem systemu ERTMS na odcinku linii kolejowej E30 Legnica-Wrocław-Opole w ramach projektu POiŚ 7.1-14 „Modernizacja linii kolejowej E30 Etap II, wdrożenie ERTMS/ETCS i ERTMS/GSM-R w Polsce na odcinku Legnica - Wrocław-Opole, w miejscu tabeli przeznaczonej na wskazanie nazwy zamówienia, wskazano dwa numery umów zawarte z zamawiającym tj. umowę nr 90/125/0012/13/Z/I oraz umowę nr 90/125/0001/16/Z/I, a także różne daty realizacji zamówienia, tj. od 25.10.2013 do 24.12.2015 oraz od 19.02.2016 do 31.07.2017.

W ocenie odwołującego oznacza to, że dla spełnienia warunku MGGP wskazało nie jedną, a dwie usługi, objęte odrębnymi umowami i wykonywane w różnym czasie. Dowód: tabela załączona przez MGGP S.A.

Podniósł, że gdyby zamawiający dopuszczał spełnienie warunku, poprzez przedstawienie więcej niż jednej usługi, to powinien to w sposób jednoznaczny wskazać w SIWZ. Natomiast sformułowanie, iż wymagane jest „wykonanie jednej usługi” nie pozwala wykonawcom na wykazanie spełnienia warunku w ramach większej ilości usług.

W ocenie odwołującego potwierdza to sformułowanie w tabeli, którą należało wypełnić - przy nazwie zamówienia zamawiający prosił o wskazanie numeru umowy, a nie umów.

Stanął na stanowisku, że pomimo faktu, że Zamawiający nie zdefiniował w ramach SIWZ pojęć takich jak „usługa”, „projekt” czy „zamówienie” to, mając na uwadze literalne brzmienie SIWZ, nie ma wątpliwości, że wykonawca powinien wykazać jedną usługę czy zamówienie w ramach jednego Projektu.

Uznał, że wykonawca MGGP wykazał nie jedną a dwie usługi, o czym świadczy zarówno wskazanie dwóch różnych umów jak i różnych dat realizacji, podkreślając że przerwa pomiędzy zakończeniem jednej a rozpoczęciem drugiej usługi wynosiła prawie 2 miesiące - nie było ciągłości.

Zdaniem odwołującego warunek, w którym istniałaby możliwość wykazania więcej niż jednej usługi, byłby warunkiem łatwiejszym do spełnienia, a tym samym mogłoby się zmienić grono wykonawców, którzy mogliby wziąć udział w postępowaniu.

Zwrócił uwagę na fakt, że żadna z usług wskazanych przez MGGP samodzielnie nie spełnia warunku o którym mowa w pkt. 8.6.1 IDW, a także że na 24.12.2015 roku czyli dzień wskazany jako zakończenie pierwszej z usług, zamówienie nie uzyskało wymaganej certyfikacji.

Podsumował, że brak spełniania warunków udziału w postępowaniu kwalifikowany jest jako podstawa do wykluczenia wykonawcy w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu dokonanie przez zamawiającego oceny ofert tak, jakby w postępowaniu brały udział tylko dwa podmioty, podczas gdy ocenie powinny podlegać wszystkie cztery oferty złożone w postępowaniu odwołujący podał, że zgodnie z pkt. 19.1

IDW zamawiający skorzystał z uprawnienia, o którym mowa w art. 24 aa ust. 1 ustawy Pzp, tj. zamawiający najpierw dokonał oceny ofert, a następnie zbadał czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Wskazał, że zgodnie z art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w SIWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu.

Na tej podstawie uznał, że zamawiający dokonuje oceny ofert wszystkich wykonawców, a efektem tej oceny ofert jest ocena oferty najkorzystniejszej i ocena wykonawcy, który tą ofertę złożył pod kątem braku zaistnienia przesłanek do wykluczenia z postępowania oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Stwierdził, że możliwa i dopuszczona jest rezygnacja z prowadzenia postępowania na podstawie art. 24aa ustawy Pzp, jednakże musi ona nastąpić przed terminem składania ofert, a nadto musi być jednoznacznie przedstawiona podmiotom chcącym ubiegać się o zamówienie; niedopuszczalna jest dorozumiana rezygnacja z procedury "odwróconej" jak również rezygnacja z tej procedury po terminie składania ofert (za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 kwietnia 2017 r., KIO 643/17). Powołał się na wyrok z 27.10.2017 r. (KIO 2108/17), zgodnie z którym: „... przepisy PZP nie definiują pojęć badania i oceny oferty. Nie sposób jednak nie zauważyć, że są to czynności poprzedzające wybór oferty najkorzystniejszej, którego prawidłowość warunkowana jest przeprowadzeniem ich w zgodzie z przepisami ustawy PZP. Z analizy art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt. 5 PZP wynika, że ocena ofert to ich uszeregowanie w oparciu o przyjęte w danym postępowaniu kryteria oceny ofert, pozwalające zamawiającemu na ustalenie, która ze złożonych ofert jest najkorzystniejsza

i powinna zostać wybrana.”

Podał, że w postępowaniu złożone zostały cztery ważne oferty, tj. oferta EPC Consulting Engineers Sp. z o.o., MGGP S.A., odwołującego oraz J.S. Hamilton Poland S.A., o czym Zamawiający poinformował pismem z dnia 20.09.2017 roku.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 20.09.2017 roku

Oświadczył, że stosując procedurę odwróconą, w listopadzie 2017 roku zamawiający dokonał oceny złożonych ofert według trzech przyjętych kryteriów, tj. biorąc pod uwagę całkowitą cenę brutto, metodologię oraz personel inżyniera.

W kryterium nr 1 - Całkowita cena brutto (pkt. 19.9 ID W) zamawiający przyznał odwołującemu (a także innym oferentom) punkty na podstawie wzoru wskazanego w punkcie a, to jest wzoru opisanego dla przypadku, gdy liczba ofert w postępowaniu wyniesie od 1 do 3.

Podniósł, że zamawiający nie skorzystał ze wzoru opisanego w pkt. b, który to wzór odnosił się do przypadku, w którym liczba ofert podlegająca ocenie wynosi 4, wzór ten stosował średnią miarodajną wartości ofert.

Dowód: protokół z oceny ofert z listopada 2017 roku

Odwołujący uznał, że mając na względzie podstawową zasadę procedury odwróconej, zamawiający powinien dokonać oceny wszystkich ofert złożonych w ramach postępowania,

tj. czterech ofert.

Zdaniem odwołującego brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia tak faktycznego, jak i prawnego dla dokonania oceny mniejszej ilości ofert, a tym samym zastosowania wzoru opisanego w pkt. a.

Z ostrożności procesowej wskazał, iż w chwili dokonywania przez zamawiającego oceny ofert (listopad 2017 roku) wszystkie 4 oferty pozostawały zabezpieczone wadium (wadia dla 2 ofert wygasły dopiero w dniu 19 grudnia 2017 roku).

Za niezrozumiałą i nieuzasadnioną uznał nadto zwłokę zamawiającego z zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej - ocena ofert miała bowiem miejsce w listopadzie 2017 roku, a zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy otrzymali w lutym 2018 roku.

Odwołujący przedstawił symulację wyliczenia punktów dla Kryterium nr 1, z zastosowaniem wzoru z użyciem średniej miarodajnej wartości ofert (średnia miarodajna dla postępowania wynosi 78 532 500 PLN), jak niżej.

Wskazał, że w przypadku oferty MGGP powinien zostać zastosowany wzór odpowiadający sytuacji, gdy cena brutto jest powyżej średniej miarodajnej czyli:

$$XI = ((\text{cena oferty najdroższej} - \text{cena oferty badanej}) / (\text{cena oferty najdroższej} - \text{średnia miarodajna}) * 60 + 30) * \text{waga kryterium} \% = ((85\,815\,000,39 - 78\,532\,500,00) / (85\,815\,000,39 - 78\,532\,500,00) * 60 + 30) * 60\% = 24.50 \text{ pkt.}$$

Wskazał, że w przypadku jego oferty należałoby zastosować wzór, gdy cena brutto jest poniżej średniej miarodajnej czyli:

$$XI = ((\text{średnia miarodajna} - \text{cena badanej oferty}) / (\text{średnia miarodajna} - \text{najniższa oferta}) * 10 + 90) \text{wartość kryterium} \% = ((78\,532\,500,00 - 69\,833\,865,00) / (78\,532\,500,00 - 69\,833\,865,00) * 10 + 90) * 60\% = 60 \text{ pkt.}$$

Na podstawie wyliczeń stwierdził, że MGGP S.A., przy zastosowaniu właściwego wzoru w ramach kryterium nr 1, otrzymuje łącznie 64.50 pkt, natomiast oferta odwołującego nadal 75.38 pkt. co powoduje, że jest ofertą najkorzystniejszą.

Podsumował, że czynność zamawiającego dokonana została z naruszeniem art. 24 aa ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, a naruszenie to miało istotny wpływ na wynik postępowania.

W odniesieniu do pozostałych zarzutów odwołujący wskazał, iż w przesłanym przez zamawiającego Protokole Oceny Ofert z listopada 2017 roku brak jest załącznika w postaci Protokołu Oceny Komisji z rozmowy z Inżynierem Projektu, która odbyła się w 20.10.2017 roku w siedzibie zamawiającego, wobec czego brak jest możliwości pełnej weryfikacji sposobu oceny odwołującego.

Wyjaśnił, że w ramach podkryterium 2 - Rozmowa z Inżynierem Projektu przyznano odwołującemu 5.38 pkt na 10 punktów możliwych.

Stanął na stanowisku, że przedmiotowe kryterium zawiera w sobie dużą dawkę subiektywności, przy czym zauważył, że Członkowie Komisji przyznając punkty powinni kierować się jednoznacznymi przesłankami, a także zasadą równości i uczciwej konkurencji.

Oświadczył, że Inżynier Projektu delegowany przez odwołującego jest osobą, która od wielu lat związana jest z branżą kolejową i jako Inżynier Projektu zrealizowała szereg inwestycji w których inwestorem był zamawiający; wskazany Inżynier niejednokrotnie brał udział

w tożsamyh rozmowach z Komisją i uzyskiwał maksymalną ilość punktów.

Podkreślił, że rozmowa z Inżynierem opiera się na standardowych pytaniach i jest związana z przedłożoną w ofercie metodologią, za którą odwołujący otrzymał maksymalną ilość punktów.

W ocenie odwołującego, w trakcie rozmowy, Inżynier w sposób kompletny i wyczerpujący udzielił odpowiedzi na wszystkie pytania Komisji, wobec czego brak jest podstaw do przyznania ilości punktów mniejszej niż maksymalna.

W ocenie odwołującego działania zamawiającego naruszyły także art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych (wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy

i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów), ponieważ

uznanie przez zamawiającego za najkorzystniejszą oferty, która przekracza kwotę, jaką zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotowego zamówienia, podczas, gdy inna oferta spełnia wszelkie wymagania określone w SIWZ i mieści się w założonym budżecie jest działaniem sprzecznym z podstawowymi zasadami rządzącymi wydatkowaniem środków publicznych.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 28 lutego 2018 roku, w tym:

- postanowień Instrukcji dla Wykonawców (część Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia),
- Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego (DRUK ZP PN),
- Streszczenia protokołu z rozmowy przeprowadzonej w Warszawie w dniu 20.10.2017 r. w odniesieniu do osoby wskazanej przez przystępującego,
- Protokołu oceny ofert w odniesieniu do oferty odwołującego i przystępującego z listopada 2017 roku
- Wykazu wykonanych usług złożonego przez przystępującego,
- Zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 8 lutego 2018 roku,

a także na podstawie Pisma procesowego odwołującego z dnia 1 marca 2018 roku wraz z załącznikami, Odpowiedzi na odwołanie - pismo zamawiającego z dnia 5 marca 2018 roku, Certyfikatu Weryfikacji WE Nr 1467/6/SH1/15/CCT/PL/291 z dnia 15 czerwca 2015 roku oraz Certyfikatu Weryfikacji WE Nr 1467/6/SH1/15/CCT/PL/291 z dnia 20 stycznia 2016 roku,

a nadto stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił w dalszej kolejności, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Nieprawidłowe

dokonanie czynności badania

i oceny ofert oznacza, że stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp dawałoby odwołującemu szansę na uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania udostępnienia dokumentów w postaci wykazu osób, które zostały

wyznaczone do realizacji przedmiotowego projektu, złożonych przez przystępującego
pomimo, iż informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy
przedsiębiorstwa, zaś przystępujący nie zastrzegł skutecznie objęcia tych dokumentów jako
tajemnicy przedsiębiorstwa, czym naruszył przepis art. 96 ust. 3 i art. 8 ust. 1 i 3 w związku z
art. 7
ust. 1 ustawy Pzp - odwołanie w odniesieniu do tego zarzutu nie przysługuje odwołującemu.

Art. 96 ust. 3 ustawy Pzp brzmi: „Protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.”

Art. 180 ust. 1 ustawy Pzp brzmi: „Odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.”

Fakt, że protokół wraz z załącznikami oraz oferty są jawne nie oznacza „automatycznie” obowiązku zamawiającego do ich przesłania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - brak przepisu obligującego zamawiającego do takiej czynności. Obowiązek taki byłby nieracjonalny (nie każdy wykonawca jest zainteresowany przesłaniem mu wszystkich, czy choćby części dokumentów), a nadto stanowiłby nadmierne obciążenie dla zamawiającego.

Udostępnienie, o którym mowa w art. 96 ust. 3 ustawy Pzp jest obowiązkiem zamawiającego, aktualizującym się od momentu złożenia przez wykonawcę do zamawiającego wniosku o udostępnienie. Innymi słowy zamawiający działa każdorazowo nie „z inicjatywy własnej”, ale „z inicjatywy wykonawcy”, który zainteresowany udostępnieniem określonych dokumentów składa do zamawiającego wniosek.

W przedmiotowym stanie faktycznym odwołujący nie składał do zamawiającego wniosku o udostępnienie wykazu osób, które zostały wyznaczone do realizacji przedmiotowego projektu, złożonego przez przystępującego - przedłożona przez zamawiającego dokumentacja takiego wniosku nie zawiera, zaś odwołujący w odwołaniu stwierdził jedynie, że „dopiero chwila zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej jest

właściwa dla oceny całokształtu działań Zamawiającego wobec zastrzeżenia przedsiębiorstwa dokonanego przez Wykonawcę”, co potwierdza, że odwołujący takiego wniosku do zamawiającego nie kierował, uznając jedynie zawiadomienie o wyborze

najkorzystniejszej

(z dnia 8 lutego 2018 roku) jako początek terminu na złożenie odwołania.

Nie sposób zatem uznać, że obowiązkiem zamawiającego na podstawie ustawy Pzp było udostępnienie odwołującego, bez uprzedniego wniosku odwołującego, wykazu osób złożonego przez przystępującego.

W konsekwencji uznać należało, że odwołującemu odwołanie w przypadku tego zarzutu nie przysługiwało - zarzut dotyczy czynności, której wykonanie nie jest obowiązkiem zamawiającego na podstawie ustawy Pzp.

Podkreślić należy, że stanowisko zamawiającego, iż zastrzeżenie przez przystępującego informacji w wykazie było skuteczne, zostało zaprezentowane dopiero w dniu 5 marca 2018 roku w Odpowiedzi na odwołanie.

Zarzut zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania, pomimo iż nie

wyказаł spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie wykazał wykonania w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert wykonania jednej usługi polegającej na zarządzaniu i nadzorze nad kompleksowym projektem inwestycyjnym obejmującym co najmniej wdrożenie systemu ERTMS/GSM-R projektowanego do współpracy z systemem ETCS poziom 2, przy czym całkowita wartość projektu nie może być mniejsza niż 100 000 000 PLN netto, przedstawione przez przystępującego referencje wskazują na wykonanie dwóch usług, co nie może być uznane za spełnienie warunku opisane przez zamawiającego w SIWZ, czym zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwolujący zakwestionował spełnianie przez przystępującego warunku zdolności technicznej lub zawodowej (warunek określony w pkt. 8.2.3. IDW), w zakresie którego, zgodnie z pkt. 8.6.1. IDW „(...) wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonanie jednej usługi polegającej na zarządzaniu i nadzorze nad kompleksowym projektem inwestycyjnym obejmującym co najmniej wdrożenie systemu ERTMS/GSM-R projektowanego do współpracy z systemem ETCS poziom 2, które obejmowało co najmniej:

- a) projekt i budowę obiektów radiokomunikacyjnych wież i kontenerów telekomunikacyjnych),
- b) projekt i budowę sieci teletransmisyjnej (kabla światłowodowego i niezbędnych urządzeń teletransmisyjnych),
- c) certyfikację (certyfikat WE) systemu GSM-R w zakresie kolejowego podsystemu „sterowanie” oraz uzyskanie zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji,

a całkowita wartość nadzorowanego projektu nie była mniejsza niż 100 000 000,00 (sto milionów) PLN netto.”

W opisie kolumny drugiej tabeli, którą - zgodnie z opracowanym przez zamawiającego wzorem Wykazu zamówień wykonanych przez wykonawcę - mieli uzupełnić wykonawcy, zamawiający podał: „Nazwa zamówienia (wskazane jest również podanie numeru umowy*), przy czym symbolowi „*” zamawiający nadał następujące znaczenie: „* Podać w przypadku, gdy Zamawiający jest podmiotem, na rzecz którego zostały wykonane prace w w/w wykazie”.

Przystępujący w złożonym Wykazie zamówień wykonanych przez wykonawcę wskazał nadzór i zarządzanie nad opisanym projektem, realizowane na podstawie dwóch umów,

w odniesieniu do których wskazał wartość powyżej 114 mln złotych oraz dwa terminy jej realizacji: 25.10.2013 r. - 24.12.2015 r. oraz 19.02.2016 r. - 31.07.2017 r.

Stanowisko odwołującego sprowadza się do tego, że postawiony przez zamawiającego warunek nie może być rozumiany w ten sposób, iż możliwym było wykazanie przez wykonawcę wykonania nadzoru i zarządzania nad projektem, realizowanych na podstawie dwóch umów, w różnych datach - oznacza to bowiem, że wskazano dwie usługi, argumentując, że wymagałoby to jednoznacznego wskazania w postanowieniach SIWZ, że zamawiający taką sytuację dopuszcza, a także, iż „Powyższe potwierdza również sformułowanie w tabeli, którą należało wypełnić - przy nazwie zamówienia Zamawiający prosił o wskazanie numeru umowy, a nie umów.” (str. 12 odwołanie, pierwszy akapit, zdanie trzecie).

W ocenie składu orzekającego Izby, przeciwnie do stanowiska odwołującego, brak zastrzeżenia w SIWZ, że usługa musiała być zrealizowana na podstawie jednej umowy winien być odczytywany jako dopuszczalność wykazania doświadczenia, polegającego na zarządzaniu i nadzorze nad kompleksowym projektem inwestycyjnym na podstawie więcej niż jednej umowy z tym istotnym zastrzeżeniem, że rzeczywiście chodzi o ten sam projekt inwestycyjny. Tożsamości projektu odwołujący nie kwestionował.

Skład orzekający Izby uznał nadto, że nie można - jak czyni to odwołujący - przypisać kluczowego znaczenia przy odczytywaniu sposobu wykazania postawionego warunku opisowi kolumny tabeli Wykaz zamówień wykonanych przez wykonawcę.

Po pierwsze, opis tabeli nie stanowił części ogłoszenia o zamówieniu, na podstawie którego wykonawcy winni pozyskać wiedzę co do postawionych warunków i sposobu wykazania ich spełniania.

Po drugie, podanie numeru umowy stanowiło jedynie zalecenie zamawiającego, o czym przesądza użycie sformułowania „wskazane jest”, a wobec czego opis symbolu „*” zakwalifikować można jedynie w kategorii niejasności SIWZ co do wzajemnej relacji zalecenia

z opisu kolumny do oczekiwania podania numeru umowy, gdy zamawiający był odbiorcą usługi z opisu symbolu, którą to niejasność, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, poczytywać należy na korzyść wykonawcy.

W przedmiotowym stanie faktycznym druga z umów została zawarta jako zamówienie uzupełniające (czego odwołujący także nie kwestionował), co w ocenie składu orzekającego Izby oznacza, że sam charakter usługi / zdobywanego doświadczenia (nadzór i zarządzanie nad konkretnym projektem) nie uległ zmianie; zmianie uległa jedynie podstawa formalna jej świadczenia.

Skład orzekający Izby podziela poglądy Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w zaprezentowanych przez zamawiającego w Odpowiedzi na odwołanie wyrokach.

Niezależnie od powyższego, skład orzekający Izby za zasadne uznał stanowisko zamawiającego, iż nawet w przypadku oceny spełniania przez przystępującego warunku z pkt. 8.6.1. IDW jedynie na podstawie wskazanej usługi, zrealizowanej na podstawie pierwszej ze wskazanych przez przystępującego umów (25.10.2013 r. - 24.12.2015 r.) uznać należy, że przystępujący wykazał spełnianie tego warunku.

Skład orzekający Izby za zamawiającym przyjął, iż „Zamawiający (...) nie powiązał w treści warunku „czasu trwania usługi Inżyniera” z „czasem trwania nadzorowanego projektu i jego skutków”, lecz z jego zakresem merytorycznym. Sformułowanie „wdrożenie obejmowało” nie oznacza przecież czasu lecz dotyczy zakresu projektu czyli kompletu działań w zakresie uzyskania pożądanego skutku. Nie można zatem z tego warunku wysnuwać tezy (co niesłusznie czyni Odwołujący), że wymaga się aby sam okres świadczenia nadzoru obejmował wszystkie okresy, w których pojawiały się późniejsze skutki tego nadzoru (skutki ukończenia projektu). Takiego wymogu Zamawiający świadomie nie postawił, aby nie zawęzić liczby możliwych wykonawców nadzoru tylko do takich, których umowa czasowo obejmowałaby wszystkie „skutki ukończenia projektu”.

Odwołujący zakwestionował, iż „() na dzień 24.12.2015 roku czyli na dzień wskazany jako zakończenie pierwszej z usług, zamówienie nie uzyskało certyfikacji” (str. 12 odwołania, piąty akapit), jednak zamawiający, poprzez złożenie na rozprawie Certyfikatu Weryfikacji WE

Nr 1467/6/SH1/15/CCT/PL/291 z 15 czerwca 2015 roku wykazał, że wdrożenie w ramach projektu nadzorowanego przez przystępującego, uzyskało certyfikat WE, jak stanowił wymóg (lit. c pkt 8.2.3. IDW).

Podnieść przy tym należy, że odwołujący nie wykazał - a to na odwołującym, zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 ustawy Pzp spoczywał ciężar dowodu w tym zakresie - że wydanie 2 powyższego certyfikatu z dnia 20 stycznia 2016 roku oznacza, że dopiero w tej dacie

(tj. po zakończeniu usługi w ramach pierwszej umowy) nastąpiła certyfikacja.

Skład orzekający Izby nie uwzględnił argumentacji z rozprawy dotyczącej uzyskania zezwolenia na dopuszczenie do eksploatacji, ponieważ ten element warunku (lit. c) nie był

w ogóle kwestionowany w odwołaniu (brak zarzutu).

Wobec powyższego, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzuty:

- dokonania oceny ofert tak, jakby w postępowaniu brały udział tylko dwa podmioty, podczas gdy ocenie powinny podlegać wszystkie cztery oferty złożone w postępowaniu, co skutkowało przyznaniem wykonawcom błędnie punktów w Kryterium 1, tj. „Całkowita Cena brutto”, czym zamawiający naruszył przepis art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp.
- prowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, poprzez doprowadzenie do sytuacji, w której ocena ofert dokonana została wbrew art. 24 aa ustawy Pzp, potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z pkt. 19.1. IDW: „Zamawiający skorzysta z uprawnienia wynikającego z art. 24aa ust. 1 Ustawy. Zamawiający najpierw dokona oceny ofert a następnie zbada czy Wykonawca, którego została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w Postępowaniu”.

Zamawiający w kryterium Całkowita Cena brutto przewidział inny sposób oceny ofert (inny wzór) w przypadku, gdy liczba ofert złożonych w terminie i ofert, które nie zostały odrzucone przez zamawiającego będzie wynosić 1 - 3 (pkt 19.9. lit. a), a inny, gdy liczba wynosić będzie 4 „lub więcej” (pkt 19.9. lit. b) - pkt. 19.7. oraz 19.9. IDW.

W przedmiotowym postępowaniu złożono 4 oferty.

Zamawiający zastosował wzór z pkt. 19.9. lit. a) - oceny dwóch ofert, z zastosowaniem wszystkich przewidzianych kryteriów, w tym kryterium Całkowita Cena brutto, zamawiający dokonał w listopadzie 2017 roku - co wynika z opisu Protokołów oceny ofert: odwołującego

i przystępującego („Warszawa, Listopada 2017”).

Jak wynika z pkt. 17 Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego (DRUK ZP-PN) [dalej „Protokół postępowania”] dwie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp - wniesione wraz z ofertami wadliwa wygasły w dniu 19 grudnia 2017 roku.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp brzmi: „Zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana

w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu.”

Zestawiając brzmienie art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp z brzmieniem pkt. 19.1. IDW stwierdzić należy, że zamawiający powielił (dostosowując jedynie redakcyjnie) przewidziany w przepisie sposób oceny w ramach tzw. „procedury odwróconej”.

Z przepisu art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp wynika, że zamawiający, który zastrzegł taką możliwość w ogłoszeniu lub SIWZ (co zamawiający uczynił w przedmiotowym

postępowaniu), może - w ramach tzw. procedury odwróconej - w pierwszej kolejności dokonać oceny ofert,

a dopiero w drugiej kolejności dokonać oceny wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej.

Z powyższego płyną dwa wnioski:

- ocena ofert poprzedza ocenę, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu - ocena wszystkich ofert poprzedza ocenę podmiotową jednego wykonawcy, tj. wykonawcy który złożył ofertę ocenioną jako najkorzystniejsza,
- inni wykonawcy niż wykonawca, który złożył ofertę ocenioną jako najkorzystniejsza, nie są przez zamawiającego badani, czy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu.

Zasadnym w tym miejscu jest pytanie, jak należy rozumieć ocenę ofert, której dokonuje w pierwszej kolejności zamawiający w ramach procedury odwróconej.

Z całą pewnością jest to ocena, która nie obejmuje badania tych oświadczeń lub dokumentów, które dotyczą oceny, czy wykonawcy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu, ponieważ - jak wprost wskazano w przepisie art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp - ta ocena jest dokonywana przez zamawiającego w drugiej kolejności i wyłącznie w odniesieniu do jednego wykonawcy (wykonawcy, który złożył ofertę ocenioną jako najkorzystniejsza).

Wobec powyższego zasadnym jest wniosek, iż ocena ofert, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp to badanie ofert - oświadczeń lub dokumentów nań się składających

(oferta w sensie largo) pod każdym innym, niż podmiotowy, względem, co oznacza konieczność sprawdzenia w odniesieniu do wszystkich ofert, czy nie istnieją podstawy do odrzucenia którejkolwiek z nich, a zatem zastosowania art. 89 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający dokonał oceny ofert (dwóch - odwołującego i przystępującego) w listopadzie 2017 roku, tj. w czasie, gdy pozostałe dwie oferty nie zostały przez zamawiającego odrzucone - odrzucenie tych ofert nastąpiło później, w następstwie wygaśnięcia wadium (pkt 17 Protokołu postępowania), o czym zamawiający zawiadomił wykonawców pismem z dnia 8 lutego 2018 roku wraz z zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Wobec powyższego stwierdzić należy, że zamawiający winien w listopadzie 2017 roku dokonać oceny wszystkich czterech ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, stosując wzór przewidziany w pkt. 19.9. lit. b IDW - tj. wzór dla przypadku, gdy złożono 4 (albo więcej) ofert.

Zamawiający nie mógł zatem, jak wskazał w Odpowiedzi na odwołanie (str. 13. trzeci akapit), przyjąć, że dysponuje jedynie dwoma ofertami.

Wezwania kierowane przez zamawiającego do jednego z wykonawców (EPC), które ostatecznie doprowadziły zamawiającego do wniosku, że był zobowiązany uznać, że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, abstrahując od trafności tego wniosku (art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp dotyczy tzw. postępowań dwuetapowych, nie zaś przetargu nieograniczonego), nie znalazła odzwierciedlenia

w Protokole postępowania, który zamawiający winien na bieżąco prowadzić, dokumentując wiernie przebieg prowadzonego przez siebie postępowania.

Wobec powyższego uznać należało, że zamawiający oceniając oferty w listopadzie dysponował 4 ofertami, co obligowało go do zastosowania wzoru z pkt. 19.9. lit. b IDW, czego zaniechał.

Skład orzekający Izby, pomimo potwierdzenia się zarzutów, orzekł o oddaleniu odwołania, ponieważ stwierdzone naruszenia nie mogą mieć wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp - „Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia”).

Wynika to z faktu, że nakazanie przez Izbę ponowienia czynności badania ofert i oceny ofert oznaczałoby obowiązek ponownego zbadania przez zamawiającego ofert pod kątem istnienia podstaw do ich odrzucenia (art. 89 ust. 1 ustawy Pzp). W efekcie zamawiający musiałby odrzucić oferty dwóch wykonawców na tej samej jak uprzednio podstawie,

tj. wygaśnięcie ważności wadium.

W ocenie składu orzekającego Izby w postępowaniach, w których zamawiający stosują tzw. procedurę odwróconą, tak samo jak w postępowaniach bez jej zastosowania, ponawiając czynność badania i oceny ofert uwzględnia stan na moment ponawianej oceny.

Dodatkowo skład orzekający Izby zauważa, że odwołujący nie odniósł się do wskazywanej przez zamawiającego (str. 15 Odpowiedzi na odwołanie) odmienności stanu faktycznego w postępowaniu poddanym kontroli („wszyscy wykonawcy w wyniku wielu postępowań przed Izbą skutecznie przywrócili się do postępowania w ramach wcześniejszych postępowań odwoławczych”), o którym mowa w Piśmie procesowym odwołującego ze stanem przedmiotowego postępowania.

Zarzut prowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, poprzez nieprawidłowe przyznanie punktów w ramach Kryterium 2 „Metodologia”, podkryterium 2 Rozmowa z Inżynierem Projektu nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zamawiający sporządził Streszczenie protokołu z rozmowy przeprowadzonej w Warszawie w dniu 20.10.2017 r. w szczególności w odniesieniu do osoby wskazanej przez odwołującego, w którym podano treść 3 zadanych pytań oraz wskazano zagadnienia zawarte w wypowiedzi osoby dedykowanej na stanowisko Inżyniera Projektu. Zamawiający sporządził także Ocenę Komisji z rozmowy przeprowadzonej w Warszawie w dniu 20.10.2017 r.

w odniesieniu do wskazanej przez odwołującego osoby, w której podano, poza liczbą przyznanych punktów za poszczególne odpowiedzi, czy odpowiedź została oceniona jako „niepełna”, „pełna” „wyczerpująca” i jakie są oczekiwania co do odpowiedzi - jakie zagadnienia winny zostać w wypowiedzi uwzględnione.

Odwołujący nie zwracał się do zamawiającego o udostępnienie powyższych dokumentów, stwierdzając jedynie w odwołaniu, że „w przesłanym przez Zamawiającego Protokole Oceny Ofert z listopada 2017 roku brak jest załącznika w postaci Protokołu Komisji z rozmowy z Inżynierem Projektu, która odbyła się 20.10.2017 roku w siedzibie Zamawiającego, tym samym brak jest możliwości pełnej weryfikacji sposobu oceny Odwołującego.”

W odniesieniu do powyższego oczekiwania odwołującego podnieść należy, że odwołujący ani nie wskazał podstawy prawnej swojego oczekiwania, ani nie objął odwołaniem zarzutu zaniechania przez zamawiającego przesłania mu Protokołu Oceny Komisji.

Odwołujący zakwestionował ocenę jego oferty w podkryterium 2 Rozmowa z Inżynierem Projektu, tj. przyznanie jedynie 5,38 pkt na 10 możliwych, argumentując iż delegowana przez niego osoba „od wielu lat związana jest z branżą kolejową i jako Inżynier Projektu zrealizowała szereg inwestycji w których inwestorem był Zamawiający. Wskazany Inżynier niejednokrotnie brał udział w tożsamyh rozmowach z Komisją i uzyskiwał maksymalną ilość punktów. Podkreślić należy, że rozmowa z Inżynierem opiera się na standardowych pytaniach i jest związana z przedłożoną w ofercie metodologią, za którą Wykonawca otrzymał maksymalną ilość punktów. W ocenie Odwołującego, w trakcie rozmowy, Inżynier w sposób kompletny i wyczerpujący udzielił odpowiedzi na wszystkich pytania Komisji, a zatem brak jest podstaw do przyznania ilości punktów mniejszej niż maksymalna.”

Stanowisko odwołującego sprowadza się zatem do tego, że:

1. ocena rozmowy z delegowanym Inżynierem w przedmiotowym postępowaniu, ze względu na doświadczenie tej osoby, winna być tożsama z oceną rozmów z tym Inżynierem w innych postępowaniach,
2. pytania są standardowe,
3. jest przekonany, że odpowiedzi Inżyniera były kompletne i wyczerpujące i nie uzasadniały zmniejszenia punktacji.

W odniesieniu do pkt. 1 podnieść przede wszystkim należy, że stanowisko odwołującego jest nie do zaakceptowania, ponieważ przeczy celowości oceny ofert w poszczególnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Dodatkowo uwzględnić należy, że odwołujący nie zakwestionował, na co wskazał zamawiający w Odpowiedzi na odwołanie, że nie jest prawdziwe twierdzenie odwołującego, iż osoba wskazana przez odwołującego w innych postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego uzyskiwała maksymalną liczbę punktów (zamawiający na str. 18 podał nazwy postępowań i liczbę przyznanych punktów).

W dalszej kolejności dostrzeżenia wymaga, jak wskazał sam odwołujący (str. 15 odwołania, zdanie ostatnie), przewidziane przez zamawiającego kryterium „zawiera w sobie dużą dozę subiektywności” (nie było to kwestionowane w przedmiotowym postępowaniu), co może prowadzić do odmiennej oceny przez inne osoby takiej samej wypowiedzi.

W odniesieniu do pkt. 2 wskazać należy, że twierdzenie odwołującego było gołosłowne. Odwołujący nie odwołał się w żadnym zakresie do rzeczywistej treści pytań, jakie zadano Inżynierowi.

W odniesieniu do pkt. 2 i 3 przypomnienia wymaga, że ciężar dowodu spoczywał na odwołującym, czemu gołosłowne twierdzenia i oceny własne odwołującego, nie czynią zadość.

Wobec powyższego, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzuty:

- wyboru oferty wykonawcy, który podlega wykluczeniu i którego oferta nie jest najkorzystniejsza w świetle określonych kryteriów oceny ofert, czy zamawiający naruszył przepis art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp,
- zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp,
- wadliwego wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, czym zamawiający naruszył przepis art. 91 ust. 1 ustawy Pzp
potwierdziły się.

Odwołujący nie zaprezentował odrębnej argumentacji w odniesieniu do powyższych zarzutów, jednak w konsekwencji uznania, że zamawiający zastosował do oceny ofert w kryterium Całkowita Cena brutto błędny wzór (bezsprzeczne było, że ranking ofert byłby inny - na pierwszym miejscu byłaby oferta odwołującego) skład orzekający Izby uznał, że powyższe zarzuty są zasadne.

Skład orzekający Izby, pomimo potwierdzenia się zarzutów, orzekł o oddaleniu odwołania, ponieważ stwierdzone naruszenia nie mogą mieć wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp - „Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie

przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia”.

Ponownie wskazać należy, że wynika to z faktu, że nakazanie przez Izbę ponowienia czynności badania ofert i oceny ofert oznaczałoby obowiązek ponownego zbadania przez zamawiającego ofert pod kątem istnienia podstaw do ich odrzucenia (art. 89 ust. 1 ustawy Pzp). W efekcie zamawiający musiałby odrzucić oferty dwóch wykonawców na tej samej jak uprzednio podstawie, tj. wygaśnięcie ważności wadium.

W ocenie składu orzekającego Izby w postępowaniach, w których zamawiający stosują tzw. procedurę odwróconą, tak samo jak w postępowaniach bez jej zastosowania, ponawiając czynność badania i oceny ofert uwzględnia stan na moment ponawianej oceny.

Zarzut dokonania wyboru oferty przekraczającej kwotę, którą zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia, podczas, gdy oferta o 10 mln tańsza spełniała wszystkie warunki udziału i powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, czym zamawiający naruszył przepis art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych nie potwierdził się.

Niezasadność zarzutu wynika z tego, że:

1. odwołujący nie wykazał twierdzenia, że zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę, która przekracza kwotę, jaką przeznaczył na realizację zamówienia,
2. odwołujący nie wziął pod uwagę, że zamawiający może zwiększyć kwotę, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty (art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp),
3. odwołanie wobec naruszenia przepisów ustawy o finansach publicznych nie przysługuje; odwołanie przysługuje wobec czynności niezgodnej z przepisami ustawy (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp), przez co należy rozumieć przepisy ustawy Pzp, ustaw do których ustawa ta odsyła oraz aktów wykonawczych do ustawy Pzp,

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: