

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 maja 2018 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący:	SSO Paweł Kieta (spr.)
Sędziowie:	SO Alicja Dziekańska SO Wiktor Piber
Protokolant:	Prot. sąd. Arkadiusz Bogusz

po rozpoznaniu w dniu 28 maja 2018 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z udziałem:

zamawiającego (...) spółki akcyjnej w W.

wykonawcy występującego po stronie zamawiającego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w P.

odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Biuro (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W., Biuro (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K.

na skutek skargi odwołującego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W. z dnia 24 października 2017 r., sygn. akt KIO (...)

I. oddala skargę,

II. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Biuro (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W., Biuro (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K. na rzecz (...) spółki akcyjnej w W. 12.500,00 zł tytułem kosztów postępowania skargowego.

SSO Alicja Dziekańska	SSO Paweł Kieta	SSO Wiktor Piber
-----------------------	-----------------	------------------

Wyrokiem z dnia 24 października 2017r. Krajowa Izba Odwoławcza (dalej również jako: KIO) po rozpoznaniu odwołania - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum - Biuro (...) Sp. z o.o., w W., Biuro (...) w P., (...) Sp. z o.o., w K. (dalej jako (...)) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - (...) S.A. ul. (...), (...)-(...) W., przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego - (...) Sp. z o.o. w P. w zakresie oferty wykonawcy: (...) Sp. z o.o. w P. uwzględniła odpowiednio zarzut naruszenia: art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 oraz art. 89 ust.1 pkt 2 i art. 90 ust.3 ustawy Pzp i nakazała unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy - (...) Sp. z o.o. w P. oraz ponowną ocenę tej oferty: (1) co do warunku z pkt 8.6.2 specyfikacji w odniesieniu do stanowiska Inspektora nadzoru w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym; (2) co do zgodności treści tej oferty ze specyfikacją w zakresie wymaganego zatrudnienia personelu biurowego oraz personelu dodatkowego; (3) co do elementów oferty mających wpływ na cenę oferty - z zastosowaniem procedur przewidzianych ustawą Prawo zamówień publicznych (pkt 1.1 sentencji); w zakresie pozostałych zarzutów skierowanych do oferty wykonawcy (...) Sp. z o.o. w P. oraz zarzutów skierowanych do oferty wykonawcy (...) S.A. w T. i do oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum: Biuro (...) i (...) sp. z o. o. w J. - odwołanie nie podlegało uwzględnieniu (pkt 1.2 sentencji); kosztami postępowania odwoławczego obciążyła zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego - wykonawcę (...) Sp. z o.o. w P. (pkt 2 sentencji) i rozliczyła je stosownie do wyniku sprawy (pkt 2.1-2. sentencji).

Powyższe orzeczenie zapadło na kanwie następujących ustaleń faktycznych Krajowej Izby Odwoławczej:

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. ustawy pzp, którego przedmiotem jest: „Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadań inwestycyjnych w ramach projektu „Poprawa bezpieczeństwa na skrzyżowaniach linii kolejowych z drogami -Etap I - część przejazdowa”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. UE nr (...). Odwołujący (...) stwierdził, że Zamawiający - (...) S.A. w W. naruszył przepisy ustawy Pzp, a mianowicie:

1) art. 7 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 1 i ust. 2, i ust. 3 w związku z art. 96 ust. 3 zdanie drugie z uwagi na zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez (...), Konsorcjum (...) i (...) części ofert oraz elementów dokumentacji postępowania, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

2) art. 87 ust 2 pkt 2) z uwagi na dokonanie poprawy omyłek rachunkowych w ofertach (...) i Konsorcjum (...), pomimo że nie zachodziły przesłanki ustawowe do dokonania takiej poprawy;

3) art. 89 ust. 1 pkt 2 z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty (...), której treść nie odpowiada treści SIWZ;

4) art. 7 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 1 i ust. 2, i ust. 3 w związku z art. 96 ust. 3 zdanie pierwsze z uwagi na zaniechanie odtajnienia udostępnienia Odwołującemu dokumentacji postępowania w części dotyczącej oceny oferty Odwołującego w (...);

5) art. 91 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 z uwagi na przyznanie ofercie Odwołującego nieprawidłowej ilości punktów w kryterium „(...)” z naruszeniem kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, tj. przyznanie zbyt małej ilości punktów;

6) art. 91 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 z uwagi na zaniechanie oceny oferty Odwołującego w kryterium „(...)” we wszystkich jej elementach;

7) art. 7 ust. 1 i 3 z uwagi na prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem przepisów Ustawy wskazanych w Odwołaniu),

Z ostrożności procesowej wskazał także na naruszenie:

8) art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 z uwagi na nieprawidłową ocenę złożonych przez (...) wyjaśnień, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską;

9) art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty (...), pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś wykonawca (...) nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3;

10) art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 z uwagi na zaniechanie wykluczenia wykonawcy (...) z postępowania, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału oraz przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienia czynności oceny ofert i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, (2) odtajnienia dokumentów wskazanych w odwołaniu, (3) unieważnienia czynności dokonania poprawy omyłek rachunkowych w ofertach (...) i Konsorcjum (...), (4) udostępnienia Odwołującemu dokumentacji postępowania w części dotyczącej oceny oferty Odwołującego w (...), (5) przyznania ofercie Odwołującego większej ilości punktów w kryterium „(...)” zgodnie z uzasadnieniem odwołania, (6) dokonania oceny oferty Odwołującego we wszystkich elementach w kryterium „(...)”, (7) dokonania ponownej oceny ofert, uwzględniającej kryteria oceny ofert oraz zasady oceny ofert zgodne z SIWZ, (8) odrzucenia oferty (...), (9) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Z ostrożności procesowej: (10) wykluczenia wykonawcy (...) z tego postępowania. W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 Ustawy) Odwołujący żąda od Zamawiającego: dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem odwołania.

Odwołujący podał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust 1 ustawy Pzp oraz podniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów tej ustawy. Jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy pzp i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniku wskazanych bezprawnych czynności został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu. Ponadto - w wyniku w/w naruszeń przepisów Pzp może dojść do następczego unieważnienia postępowania - co także naraziłoby Odwołującego na poniesienie szkody.

Rozpoznając zarzuty tego odwołania KIO ustaliła, że Odwołujący (...) miał legitymację procesową wymaganą art. 179 ust.1 ustawy Pzp do wniesienia odwołania.

Odnosząc się kolejno do zarzutów odwołania KIO stanęła na stanowisku jak poniżej:

Odnośnie zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 1 i ust. 2, i ust. 3 w związku z art. 96 ust. 3 zdanie drugie, który został skierowany do ofert trzech konkurujących w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców: wykonawcy (...), Konsorcjum (...) i wykonawcy (...).

KIO zauważyła, że zdaniem Odwołującego informacje zawarte w załącznikach do oferty (...): nr 4 - „Wyjaśnienie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa”, nr 5 - „Załącznik nr 1 do JEDZ - osoby, którymi dysponuje wykonawca na potrzeby realizacji zamówienia, nr 6 - „Wykaz osób na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert” oraz wyjaśnienia złożone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp dotyczące rażąco niskiej ceny - nie stanowią w tych dokumentach tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W stanie faktycznym sprawy wykonawca (...) zastrzegł uzasadnienie, jako tajemnica przedsiębiorstwa dwukrotnie. Pierwsze z nich to Załącznik nr 4 do oferty - „Wyjaśnienie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa”, a drugie z kolei dotyczyło wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w piśmie z dnia 4 lipca 2017 r. KIO stwierdziła, że treść uzasadnień dla tych zastrzeżeń nie pozwalała uznać, że zawarte w nich informacje zasługują na ochronę. W konkluzji KIO zwróciła uwagę na wskazywane reguły wynikające z art. 191 ust.2 oraz 192 ust.2 ustawy pzp, które musiała uwzględnić z urzędu. Miała na względzie, że wykonawca (...) ujawnił częściowo żądane

w odwołaniu dokumenty. Z kolei w zakresie nieudostępnionym informacje pozostawały bez istotnego wpływu na wynik tego postępowania, albowiem jak były ogólnikowe i nie mogły stanowić definitywnego zakończenia badania oferty (...) w kontekście oferowanej ceny jako rażąco niskiej. KIO nie znalazła natomiast bezpośredniego uzasadnienia dla uwzględnienia żądania udostępnienia Wykazów, albowiem podobne zastrzeżenia do tych samych dokumentów poczynił w ofercie Odwołujący. Tym samym uznała, że nie może on twierdzić, że Zamawiający odmawiając mu wglądu do oferty (...) w zakresie zał. 5 i 6 naruszył zasadę z art. 7 ust.1 Pzp, w sytuacji gdy ten nie kwestionuje zastrzeżenia, co do Wykazów w ofercie Odwołującego.

W przypadku oferty Konsorcjum (...) w uzasadnieniu zastrzeżenia wskazano na 3 dokumenty: Wykaz osób (str. 55 oferty), Lista osób (str. 56 oferty) oraz Nazwy i dane adresowe podmiotu udostępniającego zasoby (str. 58). Z kolei lista zastrzeżonych dokumentów zawiera aż 13 pozycji. Jak wynikało z powyższego Konsorcjum (...) odnośnie pozostałych zastrzeżonych dokumentów nie zamieściło w ogóle uzasadnienia uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a tym samym w myśl art. 8 ust. 3 ustawy Pzp pozostałe dokumenty nie mogą korzystać z ochrony jako tajemnica przedsiębiorstwa, a mianowicie - jak wskazano w odwołaniu - dokumenty wymienione na str 54 oferty od lit. f) do m). W przypadku trzech pierwszych dokumentów KIO uznała, za zasadny zarzut w zakresie w jakim dotyczy nazwy i danych adresowych podmiotu udostępniającego zasoby (str. 58). Podmiot ten jako potencjalny realny współwykonawca (podwykonawca) tego zamówienia, udostępniając swoją wiedzę i doświadczenie nie może z tego tytułu na etapie składania oferty przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia domagać się nieujawniania jego uczestnictwa w ofercie przyszłego wykonawcy zamówienia. Co do Wykazu kandydatów, KIO podtrzymała argumentację, jak w przypadku oferty (...), podkreślając, że Odwołujący nie może domagać się szczególnego traktowania, co do zastrzeżonych przez niego danych, takich samych jak konkurujący z nim wykonawcy.

W odniesieniu do oferty (...) i zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa części oferty na stronach 57 - 136, KIO stwierdziła, że nie może korzystać z ochrony wymaganej specyfikacją formularz 1B - Szczegółowa Kalkulacja Wynagrodzenia oraz (...), albowiem w uzasadnieniu zastrzeżenia argumentacja podniesiona została tylko co do Wykazu personelu. Tym samym w myśl art. 8 ust. 3 ustawy Pzp - tak jak w analogicznym przypadku Konsorcjum (...) - pozostałe dokumenty nie mogą korzystać z ochrony jako tajemnica przedsiębiorstwa. Co do Wykazu personelu, Izba podtrzymała argumentację, jak w przypadku oferty (...) oraz oferty Konsorcjum (...).

Odnośnie skorygowania omyłek w ofertach, KIO stwierdziła, że Zamawiający, prawidłowo skorygował omyłkę w obu ofertach.

W przypadku oferty (...), korekta wartości ceny całkowitej z tabeli w pkt 4 Załącznika 1A do formularza ofertowego, oparta była m.in. na danych wynikających z pkt 3 tego formularza, przedstawiających ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia dla poszczególnych kontraktów. Skutkiem tego cena oferty łącznej została ustalona w kwocie 14.136.096,00 zł, a nie jak pierwotnie padał wykonawca w kwocie 13.246.422,27 zł. Podobne stanowisko KIO zajęła, co do podnoszonego zarzutu niezasadnego poprawienia omyłki w ofercie Konsorcjum (...), uznając, że powyższe uzasadniały kalkulacje w zakresie Kontraktu nr 5 i przyjęta wartość „W” wynikająca z Załącznika 1B do formularza ofertowego. To z kolei mogło powodować obniżenie dla tego kontraktu wartości „W” z 3 469 643,00 zł do wartości 3 259 643,00 zł.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy Pzp, KIO stwierdziła, że został on oparty na twierdzeniu, że wykonawca (...) wobec braku aktywności na tym specyficznym rynku, przynajmniej takiej jak Odwołujący, nie posiada własnego Personelu, który mógł przedstawić w ofercie w zakresie Kryterium 2 i tym samym musiał posłużyć się Personelem użyczonym przez inny podmiot lub też osobami współpracującymi z różnymi wykonawcami, w zależności od projektów. W ramach Kryterium 2 ocenie podlegało opisane w ofercie doświadczenie pięciu Inżynierów Rezydentów przypisanych do kontraktów 1-5. Każdy z Inżynierów Rezydentów mógł otrzymać maksymalnie 20 punktów z tytułu posiadanego doświadczenia oraz ilości nadzorowanych przedsięwzięć o wartości co najmniej 20 mln PLN netto. W sumie łącznie wszystkich pięciu Inżynierów Rezydentów mogło uzyskać maksymalnie 100 ppkt, co po uwzględnieniu wagi Kryterium 2 na poziomie 30% dawało maksymalną ilość punktów w ramach Kryterium 2, wynoszącą 30 pkt. Zdaniem Odwołującego, jest niewiele na rynku osób, które spełniają wymagania

SIWZ w Kryterium 2. Zatem (...) w Wykazie osób oraz na Liście Personelu [dokumenty zastrzeżone] mogły zostać przedstawione osoby, które nie nawiązały przed złożeniem ofert współpracy ze (...) i nawet nie są świadome, że (...) umieściło je w swojej ofercie - w szczególności zaś osoby, które nie wyrażały zgody na przedstawienie ich w ofercie (...). Wskazał, że w ofercie (...) na stanowisko (1) jednego z pięciu Inżynierów Rezydentów, bądź (2) na inne stanowisko mógł być wskazany p. W. M., który w okresie 2014 - 2015 współpracował z G. (obecnie (...)), ale zaniechał dalszej współpracy i nigdy nie wyraził zgody na uczestnictwo w ofercie (...) złożonej w przedmiotowym postępowaniu. KIO stwierdziła, że p. M. został wskazany w Wykazie osób, którymi dysponuje wykonawca (dysponowanie bezpośrednio) i który miał być skierowany do realizacji zamówienia na stanowisko inspektora (str 67 oferty) - załącznik nr 5, w którym jako potwierdzenie podstawy bezpośrednio dysponowania wskazano na umowę cywilno-prawną. Jak ustaliła KIO, taka umowa cywilno-prawna w związku z ubieganiem się o realizację przedmiotowego zamówienia nie została zawarta. Tym samym w odniesieniu do tego kandydata wykonawca (...) nie potwierdził, że dysponuje bezpośrednio tym kandydatem - także w dacie złożenia oferty.

W stanie faktycznym tej sprawy, wykonawca (...) przyznał, że w październiku br porozumiał się w związku z odwołaniem telefonicznie z p. M., który nie potwierdził uzgodnień, i z tego powodu wykonawca (...) uznał, że w tej rozmowie kandydat wycofał się z dotychczasowych ustaleń. Wobec zaistniałej sytuacji wykonawca ten, mając na uwadze regulacje wynikające z ustawy Pzp odebrał pisemne oświadczenia od pozostałych kandydatów, także od potencjalnych na stanowisko inspektora rsk. Tak jak oświadczał na rozprawie odebranie takich oświadczeń, to podjęcie tym samym środków technicznych i organizacyjnych, które mają zapobiec takiemu zjawisku jak uchylanie się przez kandydata od ustnych ustaleń w przyszłości. Uwzględniając powyższe okoliczności KIO uznała, że wykonawca (...) podjął przewidzianą wskazanym art. 24 ust.8 ustawy Pzp procedurę samooczyszczenia, a ocena skuteczności tych działań zgodnie z regułą art. 24 ust.9 Pzp należy tu do Zamawiającego. W myśl tej reguły bowiem: „Wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8”.

Odnośnie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, KIO powiązała je z zarzutem naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp i stwierdziła, że zarzuty zasługują na częściowe uwzględnienie.

Tak jak podniesiono w odwołaniu Zamawiający w § 9 ust 10 i 11 Umowy (po modyfikacji nr 7 z dnia 13/04/17) wymagał, aby wykonawca zatrudnił na podstawie umowy o pracę pracowników biurowych, a wynagrodzenia dla tych osób należało ująć w tabeli Załącznika 1B w odniesieniu do każdego Kontraktu (obsługa sekretariatu, asystent inżyniera rezydenta, inne osoby w zależności od potrzeb). Te pozycje wykonawca (...) pozostawił bez wypełnienia. Podobnie w ofercie nie przewidziano wynagrodzenia (zatrudnienia) Personelu dodatkowego, o którym stanowi pkt 3.1.1. (...). Co prawda wykonawca (...) zamieścił na formularzu - zał. 1B - uwagę: „Nakłady dla pozycji: 1.3,6, 1.4.8, 3.1.5, 3.2.7, 3.3.1-3, 5.1.5, 5.2.7, 5.3.1-3, 6.1.5, 6.2.7, 6.3.1 -3, 7.1,5, 7.2.7. 7.3.1-3, (o ile wystąpią) zostały przewidziane w ramach funduszu rezerw w poz. 1,6. 8.”, jednakże w tych pozycjach odpowiednio wskazano nie tylko na „inne osoby w zależności od potrzeb”, ale także „odrębnie na: (...) i Asystent Inżyniera Rezydenta” dla których to pozycji także wymagane było podanie nakładów odpowiednio dla 1 osoby. Jednocześnie, zdaniem KIO, wobec zamieszczonej w ofercie cytowanej uwagi, nie można twierdzić stanowczo, że wykonawca (...) nie przewidział w ogóle w ofercie zatrudnienia personelu w zakresie wymaganym na podstawie umowy o pracę. Jednakże w tym obszarze oferta powinna podlegać zbadaniu, co do zgodności treści tej oferty ze specyfikacją z uwagi na brak wypełnienia wymaganych w formularzu pozycji innych niż pozycja „inne osoby w zależności od potrzeb”. Oczywiście nie wyklucza to możliwości, w zakresie kompetencji Zamawiającego, badania tej oferty w kontekście wymagań co do innych stanowisk, szczególnie wobec deklaracji wykonawcy (...), co do możliwego łączenia funkcji, na które to łączenie, co do zasady nie było w specyfikacji zgody [pkt 8.6.2. akapit 2 na str 14: „Me dopuszcza się wskazywania przez Wykonawców w ofercie tej samej osoby na więcej niż jedno stanowisko”]. Odnośnie drugiego z zarzutów związanych z ceną tej oferty badaniem powinny być objęte wskazywane przez Odwołującego elementy kalkulacyjne mogące mieć wpływ na cenę oferty, w tym wynagrodzenie personelu. Tak jak wskazywała KIO procedura wynikająca z ustawy Pzp nie została zakończona i stąd zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty (...), która to oferta ma zawierać rażąco niską cenę w stosunku

do przedmiotu zamówienia i który to wykonawca nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1 -3 jest przedwczesny.

Wobec powyższych ustaleń KIO, ocena oferty wykonawcy (...), powinna następować zarówno, co do jej zgodności z wymaganiami specyfikacji, jak i co do oferowanej ceny z zastosowaniem procedur przewidzianych ustawą Prawo zamówień publicznych, w tym art. 87 ust.1 ustawy Pzp, a także wskazywanego art. 90 ust.1 tej ustawy.

KIO nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutów naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 tej ustawy, a dotyczących przyznanej ofercie Odwołującego ilości punktów. Zarzut ten został podniesiony w związku z uzyskaniem maksymalnej liczby punktów w Kryterium 2 - „Doświadczenie personelu Wykonawcy” - waga kryterium na poziomie 30% przez konkurencyjnego wykonawcę (...). Odwołujący stwierdził, że wykonawca (...) nie posiada własnego Personelu, który mógł przedstawić w ofercie w zakresie Kryterium 2, a zatem musiał posłużyć się Personelem użyczonym przez inny podmiot lub też osobami współpracującymi z różnymi wykonawcami, w zależności od projektów.

KIO stwierdziła, że p. M. - tak jak już wcześniej podano - nie został wskazany na stanowisko inspektora. To z kolei oznaczało, że ten zarzut oparty został na błędnej przesłance.

Kwestionowaną natomiast przyznaną w tym kryterium zbyt małą liczbę punktów oraz podnoszone zaniechanie oceny jego oferty w tym kryterium we wszystkich jej elementach, Odwołujący oparł na ocenie jego oferty w podobnym kryterium w innych postępowaniach. Wskazał na postępowanie rozstrzygnięte w lipcu 2017 r. pn. „Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania pn.: Pełnienie nadzoru nad opracowaniem dokumentacji projektowej i robotami budowlanymi na linii kolejowej nr(...) na odcinku W. - C. S. od km 0,000 do km 47,626 w ramach projektu (...) 5.2 - 4 „Prace na linii kolejowej nr(...) na odcinku W. - C. S.”, w którym Odwołujący uzyskał maksymalną liczbę 15 pkt za identyczne - jak podał - opracowanie „Ryzyka projektu” w ramach Podkryterium 1 (Kryterium 3). Zdaniem Odwołującego, zarówno w rozstrzygniętym jak i aktualnie prowadzonym „Kryteria punktowania ofert ustalone były tak jak w przedmiotowym postępowaniu w ramach Kryterium 3 „(...)” - (...) - pisemne opracowanie „Ryzyka projektu”. Jego zdaniem, treść SIWZ w zakresie ocen (...) była taka sama, a wskutek czego także złożona (...) była porównywalna. Podobnie, jak w innym postępowaniu rozstrzygniętym we wrześniu 2017 r. pn. Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E20 na odcinku S.-T., etap III - (...) T.”. Odwołujący uzyskał wówczas 12 pkt na możliwych 15 za załączone do oferty porównywalne opracowanie „Ryzyka projektu” w ramach Podkryterium 1 (Kryterium 3).

Mając to na uwadze KIO stwierdziła, że Odwołujący podnosząc ten zarzut, pominął jedną z istotnych, wskazywanych przez (...) różnic, a mianowicie w pierwszym z postępowania wymagania, co do 10 kluczowych elementów Projektu nie były tożsame, co najmniej co do jednego z nich (szóstego), co nie było przez Odwołującego kwestionowane. Przedstawienie zatem podobnego, a może nawet identycznego, opracowania w ramach dwóch różnych postępowań przetargowych, przy wymaganiu Zamawiającego, aby ryzyka odnosiły się do kluczowych elementów tego konkretnego Projektu, który nie dotyczy przebudowy linii kolejowej, mogło skutkować, mniejszą ilością punktów przyznanych Odwołującemu. Metodyka, co do zasady niewątpliwie powinna odnosić się do konkretnego zamówienia, czyli być niejako opracowaniem jednorazowym, zindywidualizowanym, odnoszącym się do warunków realizacji danego Projektu, a nie powielanym bezkrytycznie w różnych ofertach. Izba zwróciła też uwagę, że punktacja w tym Kryterium oparta była na porównaniu ilości cząstkowych punktów uzyskanych w podkryterium PK1/podkryterium PK2, z zastosowaniem określonego w specyfikacji wzoru. Tym samym, liczba punktów uzyskanych w ramach podkryterium PK1 zależała od wartości zawartych w pisemnym opracowaniu informacji — trafności zdefiniowania ryzyk oraz przyjętych sposobów im zapobiegania, minimalizowania ich w przypadku wystąpienia, i od poziomu złożonych dokumentów.

W konkluzji KIO stwierdziła, że podnoszony zarzut naruszenia zasad wynikających z art. 7 ust. 1 i 3 jest częściowo zasadny, a mianowicie w odniesieniu do uwzględnionych przez KIO zarzutów w zakresie powyżej wskazanym.

Mając na uwadze powyższe KIO orzekła jak na wstępie.

Z rozstrzygnięciem nie zgodził się (...) i zarzucił KIO naruszenie:

- 1) art. 191 ust. 1 i 2 Ustawy PZP, poprzez zaniechanie dostatecznego wyjaśnienia sprawy oraz poprzez sprzeczność istotnych ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego i tym samym błędne oddalenie części zarzutów odwołania złożonego przez Skarżącego,
- 2) art. 185 ust. 7 Ustawy PZP poprzez naruszenie postanowień Kodeksu postępowania cywilnego w zakresie postępowania przed sądem polubownym (arbitrażowym), w tym naruszenie art. 1194 § 1 KPC i naruszenie art. 1197 § 2 KPC,
- 3) art. 190 ust. 7 Ustawy PZP poprzez ocenę przez Krajową Izbę Odwoławczą wiarygodności i mocy dowodów bez wszechstronnego rozważenia zebranego materiału,
- 4) art. 190 ust. 7 w związku z ust. 1 i 6 Ustawy PZP poprzez odmowę przeprowadzenia dowodu z zeznań świadka wnioskowanego przez Skarżącego,
- 5) art. 192 ust. 2 Ustawy PZP poprzez oddalenie części zarzutów odwołania pomimo uwzględnienia przez Izbę zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Ustawy PZP w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Ustawy PZP w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie Ustawy PZP, które to naruszenie, niezależnie od pozostałych zarzutów podniesionych w treści odwołania, miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania.
- 6) art. 192 ust. 2 Ustawy PZP w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy PZP w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Ustawy PZP w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie Ustawy PZP poprzez oddalenie odwołania w zakresie zaniechania odtajnienia „Wykazów osób na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert” oraz Załącznika nr 1 do JEDZ, pomimo iż informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zaś wykonawcy nie wykazali zasadności zastrzeżenia jawności tych części ofert - co Izba potwierdziła w uzasadnieniu wyroku, zaś naruszenie przepisów Ustawy PZP, niezależnie od pozostałych zarzutów podniesionych w treści odwołania, miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania;
- 7) art. 192 ust. 2 Ustawy PZP w związku z art. 7 ust. 1 i art. 89. ust. 1 pkt 2 i 4 Ustawy PZP oraz art. 90 ust. 3 Ustawy PZP poprzez zaniechanie nakazania odrzucenia oferty wykonawcy (...) Sp. z o.o., pomimo iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ oraz oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a (...) nie złożył odpowiednich wyjaśnień, zaś złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- 8) art. 192 ust. 2 Ustawy PZP w związku z art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 12, 16 i 17 Ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy (...) Sp. z o.o., pomimo iż (...) Sp. z o.o. nie wykazał warunków podmiotów udziału w postępowaniu oraz wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego;
- 9) art. 192 ust. 2 Ustawy PZP w związku z art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1 i 2 Ustawy PZP poprzez oddalenie zarzutu przyznania ofercie Odwołującego nieprawidłowej ilości punktów w kryterium „(...)” z naruszeniem kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, tj. przyznanie zbyt małej ilości punktów, pomimo iż zarzut ten powinien zostać uznany za przedwczesny, gdyż Zamawiający przekazał Skarżącemu dokumenty z oceny oferty Skarżącego dopiero po wniesieniu odwołania.

W świetle tych zarzutów Skarżący wniósł o:

- 1) zmianę wyroku w pkt 1.1 poprzez wskazanie, iż w wyniku naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 90 ust. 3 ustawy PZP nakazuje Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- i. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
  - ii. dokonania ponownej oceny ofert;
  - iii. odrzucenia oferty (...) Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy PZP;
  - iv. wykluczenia (...) Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 12, 16 i 17 Ustawy PZP;
  - v. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Skarżącego jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) zmianę wyroku w pkt 1.2 poprzez uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy PZP w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Ustawy PZP w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie Ustawy PZP i nakazanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Skarżącemu zastrzeżonych następujących części ofert:
- a. przez wykonawcę (...) Sp. z o.o.,
    - i. Załącznika nr 5 do oferty - „Załącznik nr 1 do JEDZ - osoby, którymi dysponuje Wykonawca na potrzeby realizacji zamówienia,
    - ii. Załącznika nr 6 do oferty - „Wykaz osób na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert”
    - iii. Wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy PZP, tzw. Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.
  - b. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Biuro (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o. na stronach 67 - 99 oferty;
  - c. przez wykonawcę (...) SA na stronach 57 - 136 oferty;
- 3) zmianę wyroku poprzez wskazanie w wyroku, że postępowanie zostaje umorzone w zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy PZP w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie pierwsze Ustawy PZP, tj. w zakresie:
- a. zaniechania udostępnienia Skarżącemu dokumentacji postępowania w części dotyczącej oceny oferty Skarżącego w (...),
  - b. w zakresie oferty (...) - Załącznika nr 4 do oferty - „Wyjaśnienie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa” oraz uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa zawartego w Wyjaśnieniach złożonych przez (...) z dnia 4 lipca 2017 roku, a to wobec uwzględnienie odwołania w tym zakresie i udostępnienia tych dokumentów przed dniem wydania wyroku odpowiednio przez Zamawiającego oraz (...) Sp. z o.o.; 4) zmianę wyroku poprzez wskazanie w wyroku naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 i 2 Ustawy PZP w związku z art. 7 Ustawy PZP, tj. w zakresie przyznania ofercie Skarżącego nieprawidłowej ilości punktów w kryterium „(...)” z naruszeniem kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, tj. przyznanie zbyt małej ilości punktów wraz ze wskazaniem, że zarzut ten pozostaje bez rozpoznania jako zarzut przedwczesny wobec niemożności podnoszenia przez Skarżącego argumentów w tym zakresie we wniesionym odwołaniu, a to wobec udostępnienia Skarżącemu dokumentacji postępowania w części dotyczącej oceny oferty Skarżącego w (...) dopiero po wniesieniu odwołania;
- 5) zasądzenie na rzecz Skarżącego od Przeciwnika skargi kosztów sądowych, w tym zwrot wpisu od skargi oraz kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych;
- 6) dopuszczenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu skargi;



7) dopuszczenie dowodu z zeznań świadka W. M. (adres do doręczeń: Biuro (...) Sp. z o.o., ul. (...), (...)-(...) W.) na okoliczność braku wyrażenia zgody na rzecz wykonawcy (...) Sp. z o.o. do dysponowania potencjałem świadka na potrzeby przedmiotowego postępowania, w tym braku wyrażenia takiej zgody także przed dniem złożenia ofert.

Uzasadnienie skargi zawierało rozwinięcie ww. zarzutów.

W odpowiedzi na skargę Zamawiający wniósł o oddalenie skargi w całości i zasądzenie kosztów postępowania od Skarżącego.

### **Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Skarga podlegała oddaleniu, a zarzuty skargi w ogóle nie podlegały merytorycznemu badaniu.

Punktem wyjścia dla oceny zasadności badania zarzutów skargi jest norma opisana w art. 192 ust. 2 ustawy pzp. Zgodnie z jego treścią, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia postępowaniu. Przepis ten znajduje odpowiednie zastosowanie również do postępowania wywołanego wniesieniem skargi do Sądu Okręgowego (art. 198f ust. 2 zd. 3 ustawy pzp).

W świetle przywołanego przepisu warunkiem uwzględnienia skargi, obok potwierdzenia zasadności samych zarzutów wobec czynności lub zaniechań zamawiającego, jest stwierdzenie, że naruszenie to ma lub miało istotny wpływ na wynik postępowania. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych przez istotny wpływ na wynik postępowania należy rozumieć wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym z istotnym wpływem naruszenia na wynik postępowania mamy do czynienia wyłącznie w sytuacji, w której uwzględnienie zarzutów zawartych w odwołaniu prowadzi do wyboru jako najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy.

Skarżący musi jednak legitymować się jeszcze interesem w złożeniu skargi. Podobnie zresztą rzecz się ma przy złożeniu odwołania w postępowaniu przed KIO. Warunkiem sine qua non uwzględnienia odwołania jest tam bowiem spełnienie przez odwołującego się wykonawcę materialnoprawnych przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy pzp, zgodnie z którym odwołanie przysługuje wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Podkreślenia wymaga, że odwołanie jest środkiem ochrony prawnej, którego celem jest uzyskanie zamówienia. W konsekwencji musi być ono traktowane jako przejaw zainteresowania ze strony wykonawcy wybraniem jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Trzeba przy tym pamiętać, że interes w uzyskaniu zamówienia jest skonkretyzowany do określonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. tego, w związku z którym środek ochrony prawnej jest wnoszony i nie odnosi się do możliwości uzyskania zamówienia w ogóle (np. w następstwie wszczęcia przez zamawiającego kolejnej procedury).

Ad casum, mając na względzie zarówno konstrukcję zarzutów i żądań odwołania, a następnie skargi stwierdzić należało, że skarżący na etapie postępowania sądowego nie zmierzał już do stworzenia sobie warunków do uzyskania zamówienia.

Potwierdzenia tego stanowiska szukać należy jeszcze na etapie postępowania odwoławczego. Zamawiający, dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej, stwierdził, że postępowanie wygrało (...) (93,4 pkt). Kolejni kandydaci ubiegający się o udzielenie zamówienia to skarżący (72,08 pkt), (...) S.A. (52,65 pkt) oraz (...) (42,34 pkt). Zamawiający skorygował jednak omyłki rachunkowe w ofercie (...) dla Kontraktu nr 5 i przyjętej tam wartości „W” wynikającej z Załącznika 1B do formularza ofertowego. To z kolei spowodowało obniżenie dla tego kontraktu wartości „W” z 3 469 643,00 zł do wartości 3 259 643,00 zł i czyniło ofertę (...) korzystniejszą w porównaniu do oferty skarżącego.

Skarżący – na etapie postępowania odwoławczego – dostrzegł, że znalazł się dopiero na trzecim miejscu w kolejności do wygrania postępowania o udzielenie zamówienia. Dlatego też stawiał tam zarzuty nie tylko wobec (...), ale także

nakierowane na zasadność sprostowania błędu rachunkowego oferty (...). Taki zabieg sprawiał, że KIO słusznie uznała, że odwołujący miał legitymację do złożenia odwołania.

Po rozpoznaniu tych zarzutów KIO jednak stwierdziła, że Zamawiający, prawidłowo skorygował omyłkę w ofercie (...) i oddaliła odwołanie w tym zakresie.

W świetle powyższych rozważań należy więc stwierdzić, że aby skarżący miał interes w zaskarżeniu wyroku KIO musiał wyeliminować z postępowania korzystne oceny ofert (...) oraz (...), jako że znajdował się dopiero na trzecim miejscu w kolejności do wygrania postępowania.

Tymczasem skarżący nie wysnuł w skardze żadnego zarzutu skierowanego przeciwko konsorcjum (...). Oznacza to, że (...) nie objął zakresem zaskarżenia tej części orzeczenia KIO, która pozwalała na przypisanie (...) drugiej pozycji; ewentualnie – po wyeliminowaniu – (...) – pozycji pierwszej. Orzeczenie KIO w tym zakresie – jako niezaskarżone – jest już prawomocne, co oznacza, że stało się wiążące dla stron postępowania, gdyż – ze względu na upływ terminów – nie ma już możliwości jego zaskarżenia.

Jak z powyższych rozważań prawnych wynika, podmiot, którego orzeczenie bezpośrednio dotyczy i przesądza o jego sytuacji faktycznej i prawnej, posiada niewątpliwie prawo do poddania rozstrzygnięcia KIO kontroli niezależnego sądu. Także na gruncie przepisów procedury cywilnej, dotyczących apelacji, wskazuje się, że warunkiem dopuszczalności apelacji jest istnienie tzw. gravamen, które to pojęcie rozumiane jest jako „pokrzywdzenie” strony zaskarżonym wyrokiem. Zgodnie z art. 198a ust. 2 Pzp w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się przepisy ustawy Kodeks postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy niniejszego działu nie stanowią inaczej. W świetle powyższych wywodów, skarżący mógłby zostać uznany za wykonawcę pokrzywdzonego rozstrzygnięciem KIO dopiero wtedy, gdyby po wyeliminowaniu tego „pokrzywdzenia” mógł zostać uznany za podmiot, który złożył ofertę najkorzystniejszą.

Skarżący powinien był zatem kwestionować orzeczenie KIO w takim zakresie, by możliwe było stwierdzenie, że zmierza on do wygrania postępowania o udzielenie zamówienia, a nie jedynie do zmiany kolejności poszczególnych wykonawców. Tymczasem zaskarżone czynności nie miały jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania z punktu widzenia skarżącego, gdyż bez względu na to, czy skarga byłaby oceniona jako uzasadniona czy też nie – skarżący wciąż nie był podmiotem, którego można by uznać za wykonawcę, który złożył ofertę najkorzystniejszą. W najlepszym bowiem razie oferta skarżącego byłaby sklasyfikowana na drugim miejscu i ten fakt przesądza o braku legitymacji w zaskarżeniu orzeczenia KIO.

Na marginesie należy wskazać, że Sąd Okręgowy dostrzegł naruszenie art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy pzp, jednak z powyżej podanych względów – zarzuty skargi nie podlegały już merytorycznemu badaniu.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 198f ust. 2 pzp Sąd Okręgowy oddalił skargę jako bezzasadną (pkt I sentencji wyroku).

O kosztach postępowania skargowego Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98 k.p.c., art. 99 k.p.c. i art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 198f ust.5 pzp, zgodnie z zasadą odpowiedzialności finansowej za wynik sprawy. Ponieważ Skarżący przegrał postępowanie w całości, zwróci Zamawiającemu wszystkie poniesione przezeń koszty w wysokości 12 500 zł, o czym orzeczono w punkcie II sentencji wyroku.

SSO Alicja Dziekańska SSO Paweł Kieta SSO Wiktor Piber