

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 lutego 2021 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w składzie:

Przewodniczący:	SSO Monika Skalska
Sędziowie:	SO Wiktor Piber SO Magdalena Nałęcz
Protokolant:	sekr. sądowy Weronika Żołdak

po rozpoznaniu na rozprawie

w dniu 20 stycznia 2021 r. w Warszawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

z udziałem:

- zamawiającego: (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.
- przeciwników skargi:
- (...) spółki akcyjnej w R.
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) spółka akcyjna w W., (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W.
- przystępujących:
- (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

ze skargi wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G., (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 6 lipca 2020r., sygn. akt KIO 1129/20, KIO 1145/20

I. oddała skargę;

II. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G., (...)

spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., (...)
spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. na rzecz (...) (...)
spółki akcyjnej w R. 12500 zł (dwanaście tysięcy pięćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego;

III. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

(...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G., (...)

spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., (...)

spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) spółka akcyjna w W., (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. 12500 zł (dwanaście tysięcy pięćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

Wiktor Piber Monika Skalska Magdalena Nałęcz

Sygn. akt XXIII Ga 1423/20

UZASADNIENIE

Zamawiający (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. – prowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zawarcie umowy ramowej na świadczenie kompleksowych usług z zakresu zapewnienia zasobów ludzkich z branży IT dla spółki (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością”.

W dniu 14 maja 2020 roku Zamawiający przesłał wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia informacje o wyborze ofert najkorzystniejszych, za które zostały uznane oferty następujących wykonawców:

1. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. (...) SA w W., 2. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. – 49,66 pkt.,
2. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. – 47,93 pkt.;
3. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. – 60,51 pkt.;
4. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako konsorcjum firm: 1. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G., 2. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., 3. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. – 88,58 pkt,
5. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. – 45,56 pkt.

W związku z tą czynnością zamawiającego zostały wniesione odwołania przez wykonawców:

- (...) spółkę akcyjną w R. (KIO 1129/20);

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. (...) SA w W., 2. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. (KIO 1145/20);

- (...) SA w W. (KIO 1149/20)

Wskazać na wstępie należy, iż wyrok KIO z dnia 6 lipca 2020 r., rozstrzygnął wszystkie trzy odwołania lecz (...) mimo oddalenia jego odwołania nie zdecydował się na zaskarżenie wyroku w tym zakresie.

Z uwagi na zakres podmiotowy i przedmiotowy skargi, Sąd Okręgowy odnosić się więc będzie wyłącznie do odwołania (...) SA w R. (KIO 1129/20) oraz odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. (...) SA w W., 2. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. (KIO 1145/20). Ponadto przedmiotem ustaleń i rozważań będą tylko te zarzuty odwołania, które odnosiły się do Konsorcjum (...).

KIO 1129/20

W dniu 25 maja 2020 roku wykonawca (...) SA w R. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

1. Niezgodnej z przepisami ustawy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako konsorcjum firm: 1. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G., 2. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., 3. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. (dalej: Konsorcjum (...), przystępujący lub skarżący), pomimo iż oferta ta podlega odrzuceniu, a wykonawca Konsorcjum (...) podlega wykluczeniu;
2. Zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum (...), pomimo iż złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
3. Zaniechania wykluczenia wykonawcy Konsorcjum (...) z postępowania, pomimo iż wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego oraz wprowadził w błąd zamawiającego przy przedstawianiu informacji dotyczących obiektywnych i niedyskryminacyjnych kryteriów.

Odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. Art. 91 ust. 1 ustawy pzp, przez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum (...);
2. Art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum (...), pomimo iż złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
3. Art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum (...) z postępowania, pomimo iż wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego oraz wprowadził w błąd zamawiającego przy przedstawianiu informacji dotyczących obiektywnych i niedyskryminacyjnych kryteriów („kryteria selekcji”).

W związku z powyższym odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie czynności oceny ofert;
- odrzucenie oferty Konsorcjum (...);
- wykluczenie Konsorcjum (...);
- dokonanie ponownej oceny ofert.

KIO 1145/20

W dniu 25 maja 2020 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. (...) SA w W., 2. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. (dalej: Konsorcjum (...)) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na:

1. Niezgodnej z przepisami Pzp ocenie ofert oraz wyborze najkorzystniejszych ofert;
2. Bezpodstawnym zaniechaniu udostępnienia odwołującemu informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa:
 - a) Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako konsorcjum firm: 1. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G., 2. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., 3. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. (dalej: Konsorcjum (...), przystępujący lub skarżący), w szczególności w postaci:

pełnej treści korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a tym Konsorcjum, informacji w zakresie wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie;

b) Wykonawcy (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. – w szczególności w postaci: pełnej treści korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą, informacji w zakresie wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz samych wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy,

c) Wykonawcy (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. – w szczególności w postaci: pełnej treści korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą, informacji w zakresie wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie;

d) Wykonawcy (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. – w szczególności w postaci: pełnej treści korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, informacji w zakresie wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie;

e) Wykonawcy (...) SA w W. – w szczególności w postaci: pełnej treści korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a tym wykonawcą, informacji w zakresie wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz uzasadnienie utajnienia.

3. Zaniechaniu wykluczenia z postępowania: Konsorcjum (...), (...), (...), (...), (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. (dalej (...)), (...) SA w R. (dalej (...)), (...) SA w W. (dalej (...)), (...) SA w W. (dalej (...)) – z uwagi na przedstawienie Zamawiającemu nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania w odniesieniu do jednego z kryteriów oceny ofert („Liczba Konsultantów aktywnych w bazie Wykonawcy odpowiadających profilom wskazanym w (...)),

względnie:

4. Zaniechanie wezwania wykonawców wskazanych w pkt. 3 powyżej do złożenia wyjaśnień dotyczących zadeklarowanych przez nich wartości w zakresie kryterium: „Liczba Konsultantów aktywnych w bazie Wykonawcy odpowiadających profilom wskazanym w (...).

Odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. Art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszych ofert złożonych przez: Konsorcjum (...), (...), (...), (...), pomimo, że Zamawiający zaniechał dokonania wszystkich czynności, do których był on zobowiązany na podstawie przepisów;

2. Art. 7 ust. 1 Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, 2 i 3 Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Zamawiającemu informacji zawartych w pełnej treści korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a:

a) Konsorcjum (...) – w szczególności w postaci: pełnej treści korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a Konsorcjum, informacji w zakresie wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie,

b) (...) – w szczególności w postaci pełnej treści korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą, informacji w zakresie wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz samych wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy,

c) (...) – w szczególności w postaci: pełnej treści korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą, informacji w zakresie wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie,

d) (...) w szczególności w postaci: pełnej treści korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą, informacji w zakresie usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie,

e) (...) – w szczególności w postaci: pełnej treści korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, informacji w zakresie wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz uzasadnienie utajnienia

- z uwagi na to, że informacje oraz dostarczone dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwłaszcza ze względu na to, iż ww. wykonawcy nie udowodnili, iż podjęli wystarczające działania zmierzające do zachowania w poufności zastrzeżonych informacji;

3. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 17 ustawy przez zaniechanie wykluczenia z postępowania: Konsorcjum (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...) – z uwagi na to, iż ww. wykonawcy złożyli w ocenie odwołującego nieprawdziwe oświadczenia w przedmiocie jednego z kryteriów oceny ofert: „Liczba Konsultantów aktywnych w bazie Wykonawcy odpowiadających profilom wskazanym w (...), gdyż wskazana przez tych wykonawców liczba aktywnych konsultantów jest niewiarygodnie duża, w szczególności w odniesieniu do ogólnej liczby osób zaangażowanych przez każdego z tych wykonawców;

względnie:

4. Art. 87 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawców wskazanych w pkt. 3 powyżej do złożenia stosownych wyjaśnień w zakresie treści złożonej przez nich oferty w zakresie odnoszącym się do zadeklarowanej w ich ofertach „Liczby Konsultantów aktywnych w bazie Wykonawcy odpowiadających profilom wskazanym w (...), w tym poprzez złożenie stosownych dowodów potwierdzających istnienie okoliczności zadeklarowanych przez każdego z tych wykonawców.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. Unieważnienie czynności oceny ofert, w tym czynności wyboru jako ofert najkorzystniejszych w tym postępowaniu ofert złożonych przez: Konsorcjum (...), (...), (...), (...);

2. Odtajnienie i udostępnienie odwołującemu informacji dotyczących:

a) Konsorcjum (...) – w szczególności w zakresie pełnej treści korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a Konsorcjum, informacji w zakresie wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie,

b) (...) – w szczególności w zakresie pełnej treści korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, informacji w zakresie wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz samych wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy;

c) (...) – w szczególności w zakresie pełnej treści korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, informacji w zakresie wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie,

d) (...) w szczególności w zakresie pełnej treści korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, informacji w zakresie wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie;

e) (...) – w szczególności w zakresie pełnej treści korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, informacji w zakresie wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz uzasadnienie utajnienia.

3. Wykluczenie z postępowania wykonawców: Konsorcjum (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...),

4. W przypadku, gdyby w ocenie Izby zarzut wskazany w pkt. 3 powyżej okazał się zbyt daleko idący odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wezwaniu wykonawców wskazanych w pkt. 3 powyżej do złożenia szczegółowych wyjaśnień wraz z dowodami potwierdzającymi prawdziwość deklaracji tych wykonawców w zakresie deklarowanych przez nich wartości w ramach kryterium: „Liczby Konsultantów aktywnych w bazie Wykonawcy odpowiadających profilom wskazanym w (...)”,

5. Dokonanie powtórnej oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Zarządzeniem z dnia 1 czerwca 2020 roku Prezes Krajowej Izby Odwoławczej zarządził łączne rozpoznanie spraw KIO 1129/20, KIO 1145/20 oraz KIO 1149/20 (w przedmiocie odwołania (...) SA w W.).

Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosili wykonawcy:

- (...) SA w R. w sprawach KIO 1145/20 i KIO 1149/20 – po stronie zamawiającego;

- (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. w sprawach: KIO 1129/20 – po stronie odwołującego oraz KIO 1145/20 i KIO 1149/20 – po stronie zamawiającego;

- (...) SA w W. w sprawie KIO 1129/20 – po stronie odwołującego oraz w sprawie KIO 1145/20 – po stronie zamawiającego;

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G., 2. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., 3. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. w sprawach: KIO 1129/20, KIO 1145/20 i KIO 1149/20 – po stronie zamawiającego;

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. (...) SA w W., 2. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. w sprawach KIO 1129/20 i KIO 1149/20 – po stronie zamawiającego;

- (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. w sprawach KIO 1145/20 i KIO 1149/20 – po stronie zamawiającego;

- (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. w sprawach KIO 1145/20 i KIO 1149/20 – po stronie zamawiającego;

- (...) SA w W. – w sprawach KIO 1145/20 i KIO 1149/20 – po stronie zamawiającego.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie w sprawach o sygn. akt KIO 1129/20 oraz KIO 1145/20. W treści podał, że:

I. Uwzględnić odwołanie wykonawcy Konsorcjum (...) w zakresie udostępnienia Odwołującemu informacji w zakresie zarzutu zaniechania

1. „Wykazów wiedzy i doświadczenia” złożonych przez Konsorcjum (...), (...), (...), (...), (...) z wyłączeniem informacji ujętych w tabeli w kolumnie: „Nazwa i adres podmiotów, na rzecz których wykonawca realizuje/realizował umowy”. Zamawiający stwierdził, że uwzględnienie odwołania nie obejmuje informacji ujętych w „Wykazach wiedzy i doświadczenia”, w kolumnie: „Nazwa i adres podmiotów, na rzecz których wykonawca realizuje/realizował umowy”, jak również nie obejmuje złożonych przez wykonawców dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług.

2. Pisma (...) z dnia 17.04.2020r. pt. „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty” w zakresie: str. 1 – całości, str. 2 do słów: „cena podana w ofercie wykonawcy zawiera wszystkie koszty oraz zysk i uwzględnia wszystkie uwarunkowania zawarte w SIWZ”, str. 3 od słów: „Ponadto wyjaśniamy, że w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, str. 4 – w całości. Zamawiający wskazywał, że ww. pismo zawiera uzasadnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i

uwzględnienie odwołania obejmuje odtajnienie tych wyjaśnień. Uwzględnienie odwołania nie obejmuje pisma (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z dnia 17 kwietnia 2020 roku pt. „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w ofercie” w zakresie od słów: „Wykonawca pragnie wskazać, iż (...)” do słów „kosztów wykonawcy”. Ani załączników do tego pisma stanowiących dowody w zakresie braku zaoferowania rażąco niskiej ceny jak również dowody wskazujące na zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

II. W pozostałym zakresie zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Wyrokiem z dnia 6 lipca 2020 roku wydanym w sprawach: KIO 1129/20, KIO 1145/20 oraz KIO 1149/20 Krajowa Izba Odwoławcza w pkt. 1. A. I. uwzględniła odwołanie w sprawie KIO 1129/20 i nakazała zamawiającemu (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w W.:

1. Unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. Wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G., 2. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., 3. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp,
3. Odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie jako Konsorcjum firm: 1. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G., 2. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., 3. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3 pzp,
4. Dokonanie ponownej oceny ofert,

W pkt. II w pozostałym zakresie oddaliła odwołanie (...) SA w R., w pkt. B. I. umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn.. akt KIO 1145/20 w zakresie zarzutu (w pkt. 2 str.2 odwołania) dotyczącego zaniechania udostępnienia wykonawcom wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. (...) spółka akcyjna w W., 2. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. zawartych w:

1. „Wykazach wiedzy i doświadczenia” z wyłączeniem informacji zawartych w tabeli w kolumnie „Nazwa i adres podmiotów, na rzecz których Wykonawca realizuje/realizował umowy”, jak również złożonych przez wykonawców dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług dotyczących:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie jako Konsorcjum firm: 1. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G., 2. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., 3. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W.,

- wykonawcy (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W.,

- wykonawcy (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W.,

- wykonawcy (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W.,

- wykonawcy (...) spółka akcyjna w W.;

2. Piśmie wykonawcy (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z dnia 17 kwietnia 2020 roku pt. „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty” w zakresie str. 1 – w całości, str.2 do słów: „cena podana w ofercie wykonawcy zawiera wszystkie koszty oraz zysk i uwzględnia wszystkie uwarunkowania SIWZ”, str. 3 od słów: „ponadto wyjaśniamy, że w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej”, str. 4 - w całości,

II. uwzględniła odwołanie w sprawie KIO 1145/20 i nakazała zamawiającemu (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.:

1. Unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. Ujawnienie „Wykazów wiedzy i doświadczenia” w zakresie informacji zawartych w tabeli w kolumnie „Nazwa i adres podmiotów, na rzecz których wykonawca realizuje/realizował umowy”, jak również złożonych przez wykonawców dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług dotyczących:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm:

1. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G., 2. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., 3. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W.;

- wykonawcy (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.;

- wykonawcy (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.;

- wykonawcy (...) spółki akcyjnej w W.;

3. Ujawnienie pisma wykonawcy (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. z dnia 17.04.2020r. pt. „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty” w całości, z tym zastrzeżeniem, że niejawną pozostaje treść pisma wraz z załącznikami, zawarta na stronie 2 pisma od słów: „Możliwość kalkulowania ceny przez wykonawcę na zaoferowanym Zamawiającemu poziomie wynika (...)” do słów na stronie 3 „W związku z faktem, że wykonawca współpracuje z konsultantami (...)”.

4. Ujawnienie w całości pisma wykonawcy (...) SA w W. z dnia 22 kwietnia 2020 roku „Część poufna uzasadnienia”, zawierającego wyjaśnienia wykonawcy objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa określonego katalogu informacji w postaci wykazów usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.

5. Wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G., 2. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., 3. (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp.

6. Wykluczenie z postępowania wykonawcy (...) SA w W. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp,

7. Dokonanie ponownej oceny ofert.

W pkt. III. Krajowa Izba Odwoławcza oddalił odwołanie

W pkt. C Izba oddaliła odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1149/20.

W pkt. 2 Izba kosztami postępowania obciążyła zamawiającego (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w W. oraz odwołującego (...) SA w W..

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, dowody oraz stanowiska i oświadczenia stron oraz przystępujących Izba ustaliła i zważyła, że nie było okolicznością sporną, iż zamawiający w treści SIWZ, z uwzględnieniem kolejnych modyfikacji, w rozdziale IX, podrozdziale II „KRYTERIA WYBORU NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY W POSTĘPOWANIU REALIZOWANYM W CELU ZAWARCIA UMOWY RAMOWEJ” określił dwa kryteria oceny ofert. Zamawiający wskazał, że przy ustaleniu rankingu ofert, Zamawiający będzie kierował się następującymi kryteriami:

1. Całkowita cena oferty brutto – 60%;

2. Liczba Konsultantów aktywnych w bazie wykonawcy odpowiadających profilom wskazanym w (...) 40%.

Zamawiający w SIWZ wskazał, jak należy rozumieć pojęcie „konsultant aktywny”. I tak: „Pod pojęciem Konsultanta aktywnego w bazie wykonawcy Zamawiający rozumie Konsultanta, który na dzień składania ofert posiada zawartą umowę o współpracy z Wykonawcą składającym ofertę (w szczególności umowę o pracę, umowę cywilnoprawną)”.

W dniu 12 marca 2020 roku w odpowiedzi na pytanie 12 Zamawiający podał, że kryterium liczby Konsultantów będzie oceniał na podstawie złożonych przez Oferentów (potencjalnych wykonawców) oświadczeń.

Izba ustaliła, że w złożonych ofertach poszczególni wykonawcy (10 na 11 ubiegających się o zamówienie) zaoferowali liczbę konsultantów na poziomie od 204 aż do 40170.

1. Konsorcjum (...) – 204 konsultantów
2. (...) – 1516 konsultantów
3. (...) – 422 konsultantów
4. (...) – 422 konsultantów
5. (...) – 2586 konsultantów
6. (...) – 738 konsultantów
7. (...) – 816 konsultantów
8. (...) 377 konsultantów
9. Konsorcjum (...) – 40170 konsultantów
10. (...) – 514 konsultantów
11. (...) – nie oceniany w tym kryterium.

Izba ustaliła, że aż 7 wykonawców z 10 ((...), (...), (...), (...), (...), (...), Konsorcjum (...)) podała liczbę konsultantów mieszczącą się w przedziale od 204 do 900 konsultantów, natomiast dwóch wykonawców podało liczbę w przedziale od 900 do 2600 ((...), (...)). Zaś tylko jeden z wykonawców, tj. Konsorcjum (...) podał liczbę konsultantów, która pozostawała w znacznej dysproporcji z pozostałymi wykonawcami, bowiem liczba ta wyniosła 40170 konsultantów.

W toku rozprawy przystępujący Konsorcjum (...) złożył dowody w postaci: przykładowej karty konsultanta z bazy (...), formularz dla kandydatów do pracy, informacji związanej z aktualizacją danych w bazie z 2018 roku oraz dowód nr 4 mający potwierdzić zgodę w procesie aktualizacji danych.

Po dokonaniu badania całokształtu okoliczności oraz materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie Izba stwierdziła, że potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp, oraz art. 89 ust. 1 pkt. 3 Pzp konsekwencją czego było również naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 Pzp.

Po pierwsze Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 17 pzp. Wskazując na treść tego przepisu wskazała, że dla skutecznego wykluczenia wykonawcy z postępowania na jego podstawie jest wykazanie, że łącznie zostały spełnione trzy przesłanki:

- przedstawione przez wykonawcę informacje wprowadzają zamawiającego w błąd,
- informacje wprowadzające w błąd mogą mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego,
- przedstawienie informacji wprowadzających w błąd nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy.

Izba zwróciła uwagę, że zamawiający, oceniając, czy informacje podane przez wykonawcę wprowadzają go w błąd, powinien się ograniczyć wyłącznie do jednoznacznego ustalenia, czy dana informacja jest prawdziwa, czy nieprawdziwa. Do uznania informacji za wprowadzającą w błąd nie jest istotne ustalenie, jaka przyczyna spowodowała, że wykonawca taką informację przedstawił.

Po przeprowadzeniu analizy zgromadzonego materiału dowodowego Izba stwierdziła, że wskazane powyżej przesłanki kumulatywnie ziszczyły się.

W rozpoznawanej sprawie mamy bowiem do czynienia z sytuacją, w której wykonawca Konsorcjum (...) w zakresie kryterium liczby konsultantów aktywnych w bazie, odpowiadających profilom wskazanym w OPZ, przekazując zamawiającemu informacje o dysponowaniu 40170 konsultantami, z którymi ma zawarte umowy o współpracy przekazał informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego.

Nie budziło wątpliwości Izby, że Przystępujący w złożonej ofercie przekazał Zamawiającemu informacje, iż dysponuje liczbą 40170 konsultantów, którzy są aktywni w bazie wykonawcy i odpowiadają profilom wskazanym w OPZ. Zgodnie z definicją aktywnego konsultanta zawartą w SIWZ wykonawca z każdym z konsultantów musiał mieć na dzień składania ofert zawartą umowę, w szczególności umowę o pracę lub umowę cywilnoprawną. Izba dostrzegła, że treść postanowień SIWZ nie określa szczegółów w zakresie umowy współpracy zawieranej z konsultantem, precyzując jedynie, że „w szczególności” może to być umowa o pracę lub inna umowa cywilnoprawna. Niemniej jednak w tym aspekcie za kluczowe należy uznać postanowienie SIWZ, które jednoznacznie wskazuje, że na dzień składania ofert wykonawca powinien mieć zawartą z konsultantem umowę o współpracy.

KIO stwierdziła, że z całokształtu okoliczności i materiału dowodowego nie wynika, że przystępujący na dzień składania ofert miał zawarte umowy o współpracy w jakiegokolwiek formie z konsultantami, którzy zostali wykazani w złożonej przez niego ofercie w ilości 40170 konsultantów. Izba za chybioną uznała argumentację Konsorcjum (...), który wskazywał, że obowiązek ten może być spełniony przez wypełnienie Formularza dla kandydatów do pracy. Izba zwróciła uwagę, że w treści tego formularza podano, że formularz służy do zgłaszania kandydatur do pracy w (...) i umożliwia przekazanie danych osobowych ankiety kompetencji technicznych oraz CV. Izba stanęła na stanowisku, że takiego obowiązku nie wypełnia również zgoda na przetwarzanie danych osobowych, która nie może być równoznaczna z zawarciem umowy o współpracy.

Izba zwróciła nadto uwagę na wyjaśnienia Konsorcjum (...), złożone w wyjaśnieniach dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa, w których wykonawca wprost wskazał, że przyjęta polityka wykonawcy zakłada, że umowy o współpracy posiada on wyłącznie z konsultantami, którzy realizują rzeczywiście prace lub określone zlecenia. Oznacza to, że baza, którą dysponuje wykonawca jest jednocześnie bazą osób w większości zatrudnionych przez wykonawcę przy konkretnych aktualnie realizowanych projektach. Powyższe wyjaśnienia stoją w sprzeczności z twierdzeniami wykonawcy zawartymi w piśmie procesowym oraz zaprezentowanym na rozprawie. Przy ich ocenie Izba uznała za nietrafną argumentację Zamawiającego, który podnosił, że ich treść jest ściśle osadzona w charakterze składanego dokumentu i nie można jej przenosić na treść złożonej oferty. Izba stwierdziła, że wręcz przeciwnie. Złożony przez wykonawcę dokument odnosi się wprost i stanowi wyjaśnienie powodów objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa konkretnej treści oferty dlatego też musi być z nią spójny.

Odnosząc się do ostatniej przesłanki z powołanego przepisu, Izba stanęła na stanowisku, że w realiach niniejszej sprawy mamy do czynienia z sytuacją, w której przy przedstawianiu informacji na temat liczby konsultantów aktywnych w bazie, odpowiadających profilom wskazanym w OPZ, wykonawcę Konsorcjum (...) cechowało co najmniej daleko posunięte niedbalstwo polegające na tym, że wykonawca ten przewidywał możliwość wystąpienia bezprawnych następstw swego zachowania, lecz bezzasadnie przypuszczał, że ich uniknie.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że w rozpoznawanym stanie faktycznym mamy do czynienia z sytuacją, w której wykonawca Konsorcjum (...) w zakresie kryterium liczby konsultantów aktywnych w bazie odpowiadających profilom w OPZ, w wyniku przekazując zamawiającemu informacje o dysponowaniu 40170 konsultantami przekazał w wyniku niedbalstwa informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie przyznanych temu wykonawcy punktów, bowiem wykonawca Konsorcjum (...) otrzymał maksymalną liczbę punktów w tym kryterium, tj. 40 pkt. zaś pozostałym wykonawcom konkurującym w tym kryterium przyznano punkty w przedziale od 0,2 do 2,58 pkt.

Podsumowując Izba stwierdziła, że zostały wypełnione wszystkie przesłanki przepisu art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp, co skutkowało stwierdzeniem przez Izbę naruszenia przez zamawiającego w/w przepisu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 3 Pzp, Izba również ten zarzut uznała za uzasadniony.

Izba wskazała, że w świetle przywołanego przepisu, nie budzi żadnych wątpliwości, że Zamawiający dokonując oceny ofert każdorazowo ma obowiązek zbadać, czy złożenie każdej z ofert nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba, powołując się na orzecznictwo Sądu Najwyższego, jak również sądów apelacyjnych, wskazała, że w jej ocenie, manipulowanie danymi zawartymi w ofercie, aby otrzymać najwyższą punktację w danym kryterium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego narusza dobre obyczaje kupieckie. Izba stwierdziła, że z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie bowiem działanie Konsorcjum (...) powoduje ograniczenie i zakłócenie rynkowych reguł uczciwego konkurencji. Analiza zgłoszonego zarzutu zdaniem Izby wykazała, że Konsorcjum (...) zawyżyło liczbę konsultantów w celu uzyskania maksymalnej liczby punktów w kryterium pozacenowym oraz doprowadzenia do sytuacji, w której de facto tylko ten wykonawca uzyskał taką liczbę punktów w kryterium pozacenowym, która ma jakikolwiek wpływ na ranking ofert. Wobec tego KIO stanęła na stanowisku, że doszło do znacznego zniekształcenia wyników postępowania. Izba zaprezentowała pogląd, że deklaracja w zakresie liczby aktywnych konsultantów w liczbie 40170 bez wątplenia miała na celu doprowadzenie do sytuacji, w której ze względu na zawyżoną wartość w kryterium pozacenowym Konsorcjum (...) uzyskało maksymalną liczbę punktów, podczas gdy pozostali wykonawcy, którzy wskazali w ofertach dużo niższą liczbę aktywnych konsultantów otrzymają znacznie mniejszą liczbę punktów.

Izba podzieliła argumentację Odwołującego (...) (...) i stwierdziła, że dokonywanie takiej manipulacji kryterium oceny ofert oraz następczy brak zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum (...), której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, prowadzi do sytuacji, w której opisane przez Zamawiającego w SIWZ kryteria oceny ofert zostają pozbawione jakiegokolwiek znaczenia.

W konsekwencji stwierdzenia przez Izbę powyższych naruszeń potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 Pzp polegający na dokonaniu wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Jeśli chodzi o zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 16 Pzp, to Izba nie dopatryła się naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisu. KIO zgodziła się ze stanowiskiem zamawiającego, że przepis art. 24 ust. 1 pkt. 16 Pzp nie odnosi się do kryteriów oceny ofert a kryteriów selekcji a przepisy Pzp wyraźnie odróżniają ww. kategorie.

Konkludując Izba uznała, że powyższe naruszenia mają wpływ na wynik postępowania co skutkowało uwzględnieniem odwołania oraz nakazaniem przez Izbę unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenia z postępowania wykonawcy Konsorcjum (...) na podstawie art. 24 ust.1 pkt. 1 Pzp oraz odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3 Pzp.

KIO 1145/20

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów uznanych przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie.

Odnosząc się do kolejnych zarzutów Izba po przeprowadzeniu ich analizy w świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego stwierdziła, że zarzuty jedynie w części potwierdziły się.

Za uzasadniony w części Izba uznała zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1, 2 i 3 Pzp. KIO wskazała, że katalog rodzajów informacji mogących stanowić tajemnice przedsiębiorstwa nie ma charakteru katalogu zamkniętego, bowiem ustawodawca wskazał w powołanym przepisie art. 11 ust. 2 u. z. n. k. na trzy przykładowe kategorie informacji mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, to jednak w dalszej części przepisu uregulował,

że tajemnicę przedsiębiorstwa mogą stanowić inne jeszcze rodzaje informacji, o ile posiadają wartość gospodarczą. Nie wystarczy więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna.

Izba wyjaśniła, że przedmiotem jej rozpoznania były informacje zastrzeżone w wykazach wiedzy i doświadczenia w kolumnie: „nazwa i adres podmiotów, na rzecz których Wykonawca realizuje/realizował umowy” (dalej: „Nazwa i adresy podmiotów”) Konsorcjum (...), (...), (...), (...), (...). Przedmiotem badania Izby były również wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny złożone przez wykonawcę (...) oraz wyjaśnienia wykonawcy (...) w zakresie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie utajnienia wykazu wiedzy i doświadczenia wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.

W tak określonym kształcie rozpoznawanych zarzutów Izba doszło do przekonania, że za uzasadnione należy uznać zarzuty odnoszące się do zastrzeżenia poufności następujących dokumentów:

1. Wykazów wiedzy i doświadczenia w kolumnie „nazwa i adres podmiotów” wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie w odniesieniu do wykonawców: Konsorcjum (...), (...), (...), (...).
2. Wyjaśnień wykonawcy (...) w zakresie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie utajnienia wykazu wiedzy i doświadczenia wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.
3. Wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę (...), jedynie z wycinkowym zastrzeżeniem określonego katalogu informacji (wraz z załącznikami) zawartym w sentencji wyroku.

Ocenie Izby w ramach postępowania odwoławczego, podlegała prawidłowość czynności zamawiającego, polegająca na ocenie tego, czy przystępujący w toku postępowania o udzielenie zamówienia wykazali Zamawiającemu, czego wymaga art. 8 ust. 3 Pzp, że zastrzeżone informacje posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym samym zasługują na ochronę.

Izba zaznaczyła, że samo zastrzeżenie udostępnienia informacji nie jest wystarczające, lecz wykonawca każdorazowo musi uzasadnić – i to w sposób kwalifikowany, gdyż wręcz „wykazać” – że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W rozpoznawanej sprawie Izba uznała, że wykonawcy: Konsorcjum (...), (...), (...) i (...) w zakresie kolumny „nazwa i adres podmiotów” wykazów wiedzy i doświadczenia wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie – nie sprostali temu zadaniu, bowiem oparli się na gołosłownych twierdzeniach nie przedstawiając w tym zakresie żadnych dowodów. Jedynie wykonawca (...) do pisma zawierającego uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa załączył komplet dowodów potwierdzających zasadność zachowania określonego katalogu informacji w poufności.

W oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, że wykonawcy: Konsorcjum (...), (...), (...) oraz (...) nie wypełnili przesłanki wynikającej z art. 8 ust. 3 Pzp i nie wykazali w sposób wystarczający, że zastrzeżone w wykazach wiedzy i doświadczenia wraz z dokumentami referencyjnych, określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Analogicznie Izba uznała w odniesieniu do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawionego przez wykonawcy (...) oraz w części w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny wykonawcy (...). Tym samym Izba za niewłaściwą uznała czynność zamawiającego, który nie ujawnił tych informacji na żądanie Odwołującego. Wobec tego Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu ujawnienie uznanych za nieskuteczne zastrzeżone informacji wskazanych przez Przystępujących w zakresie podanym powyżej.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp Izba uznała zgłoszony zarzut za uzasadniony jedynie w części odnoszącej się do Konsorcjum (...) jak również wykonawcy (...).

Jeśli chodzi o argumentację Izby w zakresie odnoszącym się do wykonawcy Konsorcjum (...) to była ona analogiczna do tej zaprezentowanej przy postępowaniu odwoławczym o sygn.. akt KIO 1129/20 wywołanym odwołaniem wykonawcy (...). Tym samym Izba uznała jej powielanie za niecelowe.

Jedynie dodatkowo Izba odniosła się do dowodu złożonego przez Konsorcjum (...) w postaci wydruków z bazy firmy (...), jednego z współkonsorcjantów, z podziałem na poszczególne role opisane w załączniku nr 1 do specyfikacji. Izba zwróciła uwagę, iż w toku rozprawy wykonawca Konsorcjum (...) oświadczył, że wydruk z bazy nie jest tą bazą, która zawiera konsultantów wskazanych w złożonej ofercie a jedynie bazą jednego z partnerów konsorcjum. Izba stwierdziła, że wskazany dowód nie może stanowić potwierdzenia okoliczności, iż wykonawca Konsorcjum (...) na dzień składania ofert miał zawarte z konsultantami o profilach wyszczególnionych w załączniku nr 1 SIWZ jakiegokolwiek umowy o współpracy. Odnosząc się zaś do kolejnych dowodów przedłożonych przez Konsorcjum (...) w przykładowych 4 wydruki z bazy (po 2 strony każdy) obrazujących aktywność poszczególnych konsultantów w bazie, to Izba wskazała, że tego rodzaju dowody co prawda potwierdzają podejmowanie aktywności rekruterów w kontaktach z konsultantami, jednak nie stanowią potwierdzenia, że wykonawca Konsorcjum (...) na dzień składania ofert miał zawarte z tymi konsultantami jakiegokolwiek umowy o współpracy. Z treści tych dokumentów wynika także, że konsultanci wcale nie są zobligowani do wyrażenia automatycznej zgody, ale mogą odmówić rekruterowi.

Jeśli chodzi zaś o wykonawcę (...) to Izba zwróciła uwagę, że nie było sporne, iż posługiwanie się potencjałem podwykonawców w celu uzyskania punktów w kryterium pt. „Liczba konsultantów aktywnych w bazie wykonawcy odpowiadających profilom wskazanym w (...)” było niedopuszczalne.

Izba stwierdziła, że wykonawca (...) w złożonej ofercie przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd w zakresie liczby konsultantów aktywnych w bazie wykonawcy odpowiadających profilom wskazanym w OPZ co skutkowało nieuprawnionym przyznaniem temu wykonawcy punktów w kryterium pt. „Liczba konsultantów aktywnych w bazie wykonawcy odpowiadających profilom wskazanym w (...)”.

Wobec tego Izba stwierdziła, że wykonawca (...) powinien podlegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp.

Zaś w przypadku pozostałych wykonawców: (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...) Systemu Informatyczne Izba, po dokonaniu pełnej i wszechstronnej analizy zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, nie stwierdziła przesłanek do wykluczenia tych wykonawców z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp z uwagi na przedstawienie zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd, mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Izba uznała za nietrafną argumentację Odwołującego Konsorcjum (...), który kwestionował zaoferowaną liczbę aktywnych konsultantów w zasadzie w odniesieniu do wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie tego zamówienia, z wyjątkiem wykonawcy (...) sp. z o. o., który nie poddał się ocenie w tym kryterium.

Izba zaznaczyła, że materiał dowodowy przydatny do badania zgłoszonego zarzutu został zgromadzony przez Zamawiającego i przekazany Izbie w wyniku wyjaśnień składanych przez wykonawców w związku z pismem Zamawiającego z dnia 5 czerwca 2020 roku. Izba wyjaśniła, że część wykonawców wraz z wyjaśnieniami złożyli również określone dowody na poparcie słuszności własnych twierdzeń. Izba stanęła na stanowisku, że nie ma znaczenia dla rozpoznania sprawy okoliczność, iż część materiału dowodowego stanowiącego podstawę rozstrzygnięcia został złożony zamawiającemu po dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, bowiem zgodnie z art. 191 ust. 2 Pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Tym samym Izba przeanalizowała złożone wyjaśnienia wraz ze złożonymi dowodami i stwierdziła, że poza Konsorcjum (...) z powodów opisanych powyżej powinien być wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp jedynie wykonawca (...).

Tym samym Izba stwierdziła, że zgłoszony zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust.1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp jedynie w części potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp Izba uznała w części za uzasadniony. Izba stanęła na stanowisku, że po zapoznaniu się z treścią ofert wykonawców u Zamawiającego powinny zrodzić się wątpliwości co do prawidłowości liczby konsultantów podanej przez Konsorcjum (...), bowiem w tym zakresie (co zresztą zauważył sam zamawiający w piśmie z dnia 5 czerwca 2020r.) pomiędzy ofertą wykonawcy (...) a pozostałymi ofertami występuje wyraźna, widoczna już na pierwszy rzut oka dysproporcja. Izba dostrzegła okoliczność związaną z tym, że zamawiający wskazał, że będzie dokonywał badania w tym zakresie na podstawie oświadczenia wykonawcy. Jednak Izba zaprezentowała pogląd, że zamawiający nie może przechodzić bezkrytycznie do treści oświadczeń składanych przez wykonawców w postępowaniu. W tym przypadku liczba konsultantów podana przez Przystępującego pozostawała w tak znaczącej dysproporcji względem pozostałych, iż wręcz nie sposób było pozostawić oświadczenie wykonawcy bez stosownego wyjaśnienia, czego zamawiający zaniechał w tym postępowaniu, czym w ocenie Izby naruszył art. 87 ust. 1 Pzp. Izba doszła do przekonania, że potwierdzeniem wątpliwości zamawiającego, które co prawda zmaterializowały się dopiero na późniejszym etapie było wystosowanie wezwania z dnia 5 czerwca 2020 roku, w którym zamawiający wskazał, że oczekuje od wykonawców złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej liczby konsultantów w złożonej ofercie. Zaznaczenia wymaga, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawcy stosowne wyjaśnienia wraz z dowodami złożyli. Wobec tego Izba uznała, że ponowna czynność wezwania wykonawców jest niecelowa co skutkowało brakiem nakazania zamawiającemu czynności wzywania wykonawców do udzielenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej, w ofercie liczby konsultantów w bazie odpowiadających profilom wskazanym w OPZ.

Podsumowując Izba wskazała, że konsekwencją powyższych naruszeń przepisów jest stwierdzenie przez Izbę również naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, polegającego na dokonaniu wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej. Skutkiem powyższego było nakazanie przez Izbę ponowienia czynności oceny ofert.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt. 2, § 3 pkt. 1 i 2 lit. b), § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.

Skargę na powyższy wyrok KIO wydany w zakresie spraw o sygnaturach KIO 1129/20 oraz KIO 1145/20 wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G., (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. oraz (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. (dalej: Skarżąca, Konsorcjum (...)).

Wyrok w sprawie KIO 1129/20 Konsorcjum (...) zaskarżyło w całości, zaś wyroku w sprawie KIO 1145/20 zaskarżyło w części dotyczącej zarzutów odnoszących się do skarżącej w ramach zarzutów dotyczących naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp oraz z ostrożności procesowej naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp. Wskazanym wyrokiem zarzuciła naruszenie:

1. Art. 192 ust. 2 Pzp poprzez uwzględnienie odwołania w sprawie o sygnaturze KIO 1129/20, mimo iż w postępowaniu nie doszło do naruszenia przepisów Pzp mających wpływ na wynik postępowania;
2. Art. 192 ust. 1 Pzp poprzez uwzględnienie odwołania w sprawie o sygnaturze KIO 1145/20, mimo iż w postępowaniu nie doszło do naruszenia przepisów Pzp mających wpływ na wynik postępowania;
3. Mające istotny wpływ na wynik sprawy naruszenie przepisów postępowania a mianowicie art. 190 ust. 7 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp poprzez niedokonanie wszechstronnego rozważenia zebranego na gruncie niniejszej sprawy materiału dowodowego, przedstawiające się uznaniem, że skarżąca złożyła w postępowaniu oświadczenie wprowadzające w błąd zamawiającego w zakresie ilości konsultantów aktywnych w bazie wykonawcy (skarżącej);
4. Mające istotny na wynik sprawy naruszenie przepisów postępowania a mianowicie art. 190 ust. 7 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 3 Pzp poprzez niedokonanie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego, w konsekwencji uznanie, że oferta skarżącej podlega odrzuceniu jako oferta, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, mimo braku wskazania jaki czyn nieuczciwej konkurencji został przez skarżącą popełniony;

5. Mające istotny wpływ na wynik sprawy naruszenie przepisów postępowania, a mianowicie art. 190 ust. 7 Pzp w zw. z art. 190 ust. 3 Pzp i art. 190 ust. 1 Pzp oraz art. 245 kpc, poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny materiału dowodowego wyrażające się uznaniem złożonych przez Skarżącą dowodów jako niepotwierdzających w sposób wystarczający prawdziwości złożonego przez Skarżącą oświadczenia dotyczącego ilości konsultantów aktywnych w bazie skarżącej;
6. Mające istotny wpływ na wynik sprawy naruszenie przepisów postępowania, a mianowicie art. 190 ust. 7 Pzp, poprzez niedokonanie wszechstronnego rozważenia zebranego na gruncie niniejszej sprawy, przejawiające się arbitralnym przyjęciem przez Izbę, twierdzenia uczestników postępowania tj. (...) SA i (...) oraz (...) SA oparte wyłącznie na założeniach i przypuszczeniach tych podmiotów są bardziej wiarygodne niż dowody przedstawione przez skarżącą w postępowaniu przed Izbą;
7. Mające istotny wpływ na wynik sprawy naruszenie przepisów postępowania, a mianowicie art. 190 ust. 7 Pzp, poprzez niedokonanie wszechstronnego rozważenia zebranego na gruncie niniejszej sprawy, przejawiające się arbitralnym przyjęciem przez Izbę, twierdzenia uczestników postępowania tj. (...) SA i (...) oraz (...) SA oparte wyłącznie na założeniach i przypuszczeniach tych podmiotów nie są wiarygodne w stosunku do innych wykonawców, mimo iż nie przedstawili oni w postępowaniu przed Izbą żadnych dowodów;
8. Mające istotny wpływ na wynik sprawy naruszenie przepisów postępowania, a mianowicie art. 190 ust. 1 Pzp, poprzez przyjęcie, że to skarżąca jako uczestnik postępowania odwoławczego, a nie odwołujący winni wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne;
9. Mające istotny wpływ na wynik sprawy naruszenie przepisów postępowania, a mianowicie art. 196 ust. 4 Pzp poprzez sporządzenie uzasadnienia wyroku, w którym brak jest wskazania przyczyn, dla których Izba odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej dowodom przedłożonym przez skarżącą;
10. Naruszenie przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp poprzez jego niewłaściwą wykładnię, polegającą na uznaniu przez Izbę, że skarżąca podlega wykluczeniu z postępowania, w związku ze złożeniem w ofercie oświadczenia wprowadzającego Zamawiającego w błąd, podczas gdy wszystkie oświadczenia złożone przez skarżącą są oświadczeniami prawdziwymi i mają oparcie w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
11. Naruszenie przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp poprzez jego niewłaściwą wykładnię, polegającą na uznaniu przez Izbę, że istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego jest równoznaczny z wpływem na wynik postępowania, podczas gdy treść odwołań złożonych przez (...) SA i (...) oraz (...) SA wskazują, że nie doszło do istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego;
12. Naruszenie przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez jego niewłaściwą wykładnię, polegającą na uznaniu, że złożenie przez skarżącą oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
13. Naruszenie przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 87 ust. 1 Pzp poprzez jego niewłaściwą wykładnię, polegającą na uznaniu, że odpowiedź wykonawców na pismo zamawiającego z dnia 5 czerwca 2020 roku, skierowane do nich po wyborze ofert najkorzystniejszych w postępowaniu, jest i powinno być traktowane analogicznie jak wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących oferty, o którym mowa w art. 87 ust. 1 Pzp.

Mając na uwadze powyższe zarzuty Konsorcjum (...) wniosło o zmianę zaskarżonego wyroku o sygnaturze KIO 1129/20 oraz zmianę wyroku o sygnaturze KIO 1145/20 i oddalenie w całości odwołań wniesionych przez wykonawcę (...) SA (KIO 1129/20) oraz (...) sp. z o. o. (KIO 1145/20). Skarżąca wniosła nadto o zasądzenie na jej rzecz zwrotu kosztów postępowania sądowego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika.

W odpowiedzi na skargę Zamawiający wniósł o utrzymanie w mocy wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lipca 2020 roku oraz obciążenie kosztami postępowania stroną skarżącą i zasądzenie od skarżącego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

(...) SA w odpowiedzi na skargę wniosło o oddalenie skargi i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Uczestnik Konsorcjum (...) w odpowiedzi na skargę również wniosło o oddalenie skargi i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Uczestnik (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. na rozprawie w dniu 20 stycznia 2021 roku wniósł o oddalenie skargi.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga nie zasługuje na uwzględnienie

Żaden z jej zarzutów nie okazał się zasadny.

Istota sprawy/sporu sprowadzała się (mimo sformułowania w skardze wielu zarzutów), do rozstrzygnięcia podstawowej kwestii: Czy Krajowa Izba Odwoławcza słusznie uwzględniła odwołania (...) SA oraz Konsorcjum (...) i prawidłowo orzekła nakazując zamawiającemu wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G., (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 17 pzp oraz odrzucenie oferty tychże wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3 pzp.

Na wstępie wskazać należy, iż Przeciwnikami skargi w niniejszym postępowaniu byli wyłącznie odwołujący: tj. (...) (...) (KIO 1129/20) i konsorcjum (...) (KIO 1145/20). Z uwagi bowiem na prezentowane przez zamawiającego stanowisko zarówno przed KIO, jak i w postępowaniu skargowym - w szczególności z uwagi na brak jakiegokolwiek merytorycznego odniesienia się do zarzutów skargi, brak jest podstaw aby uznać, że jest przeciwnikiem skargi.

Postępowanie o zamówienie publiczne będące przedmiotem sporu było prowadzone w celu zawarcia umowy ramowej. Przy tym przedmiotem zamówienia jest świadczenie kompleksowych usług z zakresu zapewnienia zasobów ludzkich z branży IT do wykonywania zadań w ramach projektów i prac realizowanych przez Zamawiającego przez okres 24 miesięcy od dnia zawarcia umowy ramowej, poprzez wynajem konsultantów posiadających określone kompetencje i doświadczenie. W trakcie realizacji tejże umowy Wykonawcy, z którymi zostanie zawarta umowa ramowa, zapraszani będą do składania ofert na „zamówienie wykonawcze” określające szczegółowo przedmiot usługi, jakiej wykonania oczekuje Zamawiający.

Zdaniem Sądu Okręgowego **przepis art. 192 ust. 2 PZP nie został naruszony przez KIO.**

Zamawiający w SIWZ wskazał, że: **„Pod pojęciem Konsultanta aktywnego w bazie wykonawcy, zamawiający rozumie Konsultanta, który na dzień składania ofert posiada zawartą umowę o współpracy z wykonawcą składającym ofertę (w szczególności umowę o pracę, umowę cywilnoprawną).**

Podkreślić należy, że doprecyzowanie tego postanowienia w SIWZ poprzez dodanie treści znajdującej się w nawiasie nastąpiło przez zamawiającego po wydaniu przez KIO wyroku w sprawie KIO 380/20, w której Izba stwierdziła, że: „Racjonalne jest założenie zamawiającego, że posiadanie umowy o współpracy z firmą rekruterską przesądza o aktywności danego konsultanta o tyle, że skoro dana osoba ma zawartą umowę z firmą rekruterską, to po pierwsze jest co najmniej potencjalnie zainteresowana współpracą z jej klientami, a firma rekruterska zawsze może mu złożyć propozycję angażu na wskazanych w zaproszeniu warunkach.”

Zauważyć należy, że w sprawie tej Izba uznała, że odwołujący nie wykazał, iżby informacja o liczbie konsultantów aktywnych w bazie wykonawcy nie była weryfikowalna, a co najwyżej, że jest to czasochłonne i wymaga zaangażowania dużych sił ze względu na potencjalnie dużą liczbę konsultantów aktywnych pozostających w bazach wykonawców.

A jak wskazał zamawiający, doprecyzowanie SIWZ miało na celu umożliwienie wykonawcom podanie konsultantów nie tylko zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, ale również takich, których z wykonawcami wiązą umowy o charakterze cywilnoprawnym. Chodziło przy tym o konsultantów, którym zlecona jest konkretna praca czy zobowiązanie do wykonywania określonych prac na podstawie umowy cywilnoprawnej, a nie współpraca w zakresie pozyskiwania pracy. Nie sposób natomiast wyinterpretować z uzasadnienia przywołanego wyroku KIO 380/20, aby umowa o współpracy miała być umową w zakresie pozyskiwania pracy, czy nawet zgoda na oczekiwanie na uzyskanie takiej pracy. Wykładnia prezentowana w tym zakresie przez skarżącą opierała się wyłącznie na interpretacji wyrwanego z kontekstu fragmentu uzasadnienia Izby i nie uwzględniała pełnej jego treści.

Zdaniem Sądu Okręgowego prawidłowo Krajowa Izba Odwoławcza w niniejszym postępowaniu przyjęła, w oparciu o materiał zgromadzony w sprawie, że z całokształtu okoliczności i materiału dowodowego nie wynika, że Konsorcjum (...) na dzień składania ofert miał zawarte umowy o współpracy w jakiegokolwiek formie z konsultantami, którzy zostali wykazani w złożonej przez niego ofercie w ilości 40170 konsultantów.

Sąd Okręgowy nie zgadza się ze stanowiskiem skarżącego, że z faktu uzyskania zgody na przetwarzanie danych osobowych można wywodzić istnienie zawartej z każdym z konsultantów umowy o współpracy.

Jednocześnie wskazać należy, iż wydaje się, że skarżący nie chce zauważyć, że w swojej ofercie złożył oświadczenie, iż umowy o współpracy posiada on **wyłącznie z konsultantami, którzy realizują rzeczywście prace lub określone zlecenia.** Oznacza to, że baza którą dysponuje wykonawca jest jednocześnie **bazą osób w większości zatrudnionych przez wykonawcę przy konkretnych aktualnie realizowanych projektach,** a udostępnienie takiej, chronionej do tej pory informacji, wskazuje nie tylko na potencjał wykonawcy dotyczący pozyskiwania konsultantów o określonych szczególnych kompetencjach, ale również ich wykorzystania. Tymczasem ani w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą, ani też przed Sądem skarżący nawet nie próbował dowodzić, że wskazani w ofercie konsultanci w ilości 40170 aktualnie realizują jakiegokolwiek projekty na rzecz konsorcjantów. Wręcz przeciwnie – starał się wykazać, że pod pojęciem „aktywnych konsultantów” należy rozumieć osoby, których danymi skarżący dysponuje z racji tego, że osoby te wypełniły formularz zgłoszenia kandydata do pracy. Z taką interpretacją zgodzić się nie można.

Słusznie Izba przyjęła, oceniając przedstawiony przez uczestników postępowania w niniejszej sprawie materiał dowodowy, jak również ich stanowiska, że skarżąca nie udowodniła, że posiada umowy z 40170 konsultantami. W szczególności prawidłowo Izba oceniła, że „Przykładowa karta konsultanta z bazy (...) nie potwierdza, że pomiędzy skarżącym a osobą wskazaną w dokumencie zawarta jest jakakolwiek umowa – w szczególności nie wynika to z treści dokumentu.

Również „Formularz kandydatów do pracy” w ocenie Sądu nie wykazywał zawarcia umowy pomiędzy osobą wypełniającą formularz a skarżącym. Treść formularza nie zawiera bowiem żadnych klauzul wskazujących na zawarcie umowy poprzez jego wypełnienie. Również „Informacja związana z aktualizacją danych w bazie w 2018r.” nie potwierdza zawarcia umowy z konsultantami w ilości wskazanej w ofercie. Tak samo ocenić należy „Dokument mający potwierdzać zgodę w procesie aktualizacji danych”. Tym samym skarżący nie przedstawił żadnego dowodu, z którego można byłoby wywodzić fakt posiadania przez skarżącego umów z konsultantami w ilości wskazanej w ofercie.

Sąd Okręgowy podziela argumentację odwołujących/Przeciwników skargi, że sam fakt kontaktu z osobami wyszczególnionymi jako numery z bazy i uzyskanie zgody na przetwarzanie danych osobowych w żaden sposób nie może być utożsamiany jako dowód na zawarcie umowy określonej treści. Z samego oświadczenia o zgodzie na przetwarzanie danych nie wynika w żaden sposób fakt wyrażenia zgody na zawarcie umowy i to treści, na którą obecnie powołuje się skarżąca bez próby nawet wykazania, że konsultanci posiadali choćby świadomość, iż takiej treści

umowę z Wykonawcą zawarli. Na podstawie załączonych maili nie było również podstaw do przyjęcia, iż doszło do zweryfikowania danych konsultantów w odniesieniu do deklarowanej liczby przeszło 40 tys. Konsultantów.

Niezasadny był również zarzut naruszenia art. 190 ust. 1 Pzp. Zdaniem Sądu Okręgowego Krajowa Izba Odwoławcza prawidłowo położyła nacisk na zawartą w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp zasadę stanowiącą o ciężarze dowodu i prawidłowo wywiodła, iż to na skarżącym ciążył obowiązek wykazania zasadności podnoszonych przez niego twierdzeń. To na skarżącym spoczywał ciężar wykazania, że posiadał umowy z konsultantami w takiej ilości, jak zaoferował w ofercie. Natomiast dowody przedstawione przez niego przed Krajową Izbą Odwoławczą niewątpliwie okoliczności tej nie dowodziły. Skoro skarży podnosił fakt posiadania umowy z 40170 konsultantami, to zgodnie z art. 192 ust. 1 Pzp miał obowiązek wskazywać dowody na potwierdzenie tego faktu.

Jednocześnie analiza uzasadnienia skarżonego wyroku wskazuje, że Izba wbrew zarzutom skarżącego nie pominęła dowodów przedłożonych przez skarżącego, ani też nie odmówiła im wiarygodności. Dokonała ich oceny. To zaś, że skarżąca z oceną tą się nie zgadza jest już jednak inną kwestią. Podkreślić należy, że w tym zakresie Izba działała w granicy swobodnej oceny dowodów, której skarżący skutecznie nie podważył. **Nie jest w związku z tym zasadny zarzut naruszenia art. 196 ust.4 Pzp.**

Rozpoznając skargę Sąd Okręgowy w całości podziela ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą, jak i wywody zawarte w uzasadnieniu wyroku Izby. Zauważyć też należy, iż w istocie wywody zawarte w części merytorycznej skargi sprowadzają się do prezentowania przez skarżącego własnej, a konkurencyjnej wobec Krajowej Izby Odwoławczej oceny faktycznej i prawnej sprawy. W ocenie Sądu Okręgowego natomiast Krajowa Izba w sposób staranny przeprowadziła postępowanie dowodowe w niniejszej sprawie oraz w sposób wyczerpujący i wszechstronny rozważyła wszystkie dowody przeprowadzone w toku rozprawy. Ocena materiału dowodowego została dokonana w sposób wszechstronny i bezstronny, nie narusza granic oceny swobodnej, jest zgodna z zasadami doświadczenia życiowego oraz nie zawiera błędów faktycznych lub logicznych, stąd ustalenia te Sąd Okręgowy uznaje za własne. Sąd Okręgowy w całości podziela także argumentację prawną przedstawioną przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Żaden z zarzutów podniesionych w skardze nie okazał się zasadny.

W szczególności, wbrew zarzutom zawartym w skardze, Krajowa Izba Odwoławcza dokonała prawidłowej oceny przedstawionego i powoływanego w toku postępowania materiału dowodowego. **Na aprobatę nie zasługują w związku z tym zarzuty naruszenia 190 ust. 7 Pzp.** Zauważyć tu bowiem należy, iż rozpoznając odwołanie Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 190 ust.7 ustawy Pzp), a wydając wyrok (art. 191 ust. 2 Pzp) bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. W niniejszej sprawie Izba, wbrew twierdzeniom skarżącego, nie dokonała dowolnej i wybiórczej, lecz swobodnej i wszechstronnej oceny zgłoszonych dowodów. Dodać tu też należy, iż w ocenie Sądu sama nawet możliwość wywiedzenia z danego materiału dowodowego innych, niż wywodzi to skarżący wniosków, nie narusza jeszcze zasady swobodnej oceny dowodów i nie świadczy też jeszcze o braku logicznego powiązania przyjętych wniosków z zebrany materiał dowodowy. Dodatkowo zauważyć należy, iż KIO prawidłowo położyła nacisk na zawartą w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp zasadę stanowiącą o ciężarze dowodu i prawidłowo wywiodła, iż to na odwołującym ciążył obowiązek wykazania zasadności tezy dotyczącej liczby konsultantów aktywnych w bazie wykonawcy odpowiadających profilom wskazanym w OPZ w kontekście oświadczenia skarżącego co do formy i współpracy z konsultantami wskazanymi w ofercie w „Uzasadnieniu dotyczącym tajemnicy przedsiębiorstwa”. W ocenie Sądu Okręgowego, Odwołujący (skarżący) obowiązkowi temu nie sprostał.

Dlatego też zdaniem Sądu Okręgowego bezzasadny jest także zarzut naruszenia przepisów procesowych poprzez przekroczenie swobodnej oceny dowodów i dokonanie oceny dowodów sprzecznie z zasadami logiki i doświadczenia życiowego (art. 190 ust. 7 Pzp). Dodać jedynie wypada, że podnosząc ten zarzut skarżąca nie wykazała uchybienia podstawowym regułom służącym ocenie wiarygodności i mocy poszczególnych dowodów. Prawidłowe postawienie zarzutu naruszenia art. 190 ust. 7 Pzp wymaga wskazania konkretnego dowodu przeprowadzonego w sprawie, którego zarzut ten dotyczy i podania, w czym skarżący upatruje wadliwą ocenę jego wiarygodności bądź mocy dowodowej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dn. 25.11.2003r., sygn. II CK 293/02). Tego rodzaju argumentacji skarżący nie przedstawił,

w szczególności nie wskazał, z których dokładnie postanowień przedstawionych w toku postępowania, a wskazanych wcześniej 4 dokumentów wynikał fakt posiadania zawartych na dzień złożenia oferty umów z 40170 konsultantami.

Wobec powyższego wszystkie zarzuty dotyczące postępowania dowodowego należy uznać jedynie za subiektywną ocenę skarżącego dokonanej przez Izbę oceny dowodów. Ocena skarżącego stanowi jedynie polemikę z niekorzystnymi dla niego wnioskami Izby, lecz nie jest skuteczną przesłanką podważenia dokonanej przez Izbę prawidłowej oceny materiału dowodowego. Tym samym za **niezasadny ocenić należało zarzut naruszenia przez KIO art. 190 ust. 7 Pzp w zw. z art. 190 ust. 3 Pzp i art. 190 ust. 1 Pzp oraz art. 245 kpc.**

Skoro zaś skarżąca złożyła wskazaną wcześniej deklarację w ofercie i skoro została ona podważona przez odwołujących, to skarżąca powinna przedstawić dowody na prawdziwość deklaracji. W sytuacji zatem, gdy skarżąca okoliczności tej nie udowodniła to słusznie KIO stwierdziła naruszenie art. 24 ust. 1 pkt. 17 ustawy Pzp.

Samo podanie informacji nieprawdziwej wypełnia przesłankę wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia. Spełniona bowiem została również przesłanka, o której mowa w dalszej części przepisu 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., tj.: potencjalna możliwość wywierania istotnego wpływu na decyzje Zamawiającego, gdyż błąd popełniony przez Odwołującego dotyczy oceny ofert w postępowaniu zgodnie z przyjętymi kryteriami określonymi przez Zamawiającego. Kwestia ta dotyczy zatem ilości punktów zdobytych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a więc, m.in. na podstawie kwestionowanych informacji, dochodziłoby do wyboru oferty najkorzystniejszej, co potencjalnie mogłoby wypaczać wynik całego postępowania. Zastrzec przy tym należy, że dla spełnienia tej przesłanki wystarczająca jest sama możliwość wywierania wpływu na zachowanie Zamawiającego. A contrario: Zamawiający nie musiał faktycznie dokonać na podstawie tych informacji żadnej czynności.

Mając na uwadze, że wskazana wyżej podstawa wykluczenia ma charakter obligatoryjny, nie było przy tym istotne, czy Zamawiający mógł zweryfikować te informacje (wystarczy, że były to informacje nieprawdziwe) lub czy podjął na ich podstawie jakąkolwiek decyzję (wystarczyła potencjalna możliwość). Aby można było mówić o istotnym wpływie informacji wprowadzających w błąd na decyzje zamawiającego w postępowaniu, konieczne jest wykazanie, że zamawiający podjąłby na podstawie informacji niewprowadzających w błąd inną decyzję niż na podstawie informacji wprowadzających w błąd. Jak wynika zaś z dokumentów zgromadzonych w niniejszej sprawie, niewątpliwie podanie przez skarżącego informacji, iż posiada w bazie aktywnych konsultantów w liczbie 40170 miała wpływ na wynik postępowania – była bowiem podstawą przydzielenia skarżącemu maksymalnej liczby punktów w kryterium o wadze 40% - „Liczba Konsultantów aktywnych w bazie Wykonawcy odpowiadających profilom wskazanym w (...)”.

Przypomnieć należy, że zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Normę zawartą w pkt 17 należy odczytywać w taki sposób, że podobnie jak w pkt 16 konieczne jest, by nieprawdziwa informacja wprowadziła w błąd Zamawiającego, a nie tylko była informacją, która hipotetycznie mogła go w błąd wprowadzić, a nadto możliwy istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia musi dotyczyć tego, czy konkretny zamawiający podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane „kryteriami selekcji”. Takie odczytanie normy zawartej w pkt 17 nakazuje ustalić, czy doszło w realiach konkretnej sprawy do wprowadzenia w błąd, a jeśli tak, to czy był to błąd istotny. By można było mówić o istotnym wpływie informacji wprowadzających w błąd na decyzje zamawiającego w postępowaniu, konieczne jest wykazanie, że zamawiający podjąłby na podstawie informacji niewprowadzających w błąd inną decyzję niż na podstawie informacji wprowadzających w błąd (por. Wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 13 września 2019 r. XIX Ga 953/19).

Zachowanie wykonawcy przy podaniu informacji zamawiającemu podlega ocenie na kanwie art. 355 § 1 KC, zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). W stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 KC. precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy

uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności - za takiego profesjonalistę należy uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. zamawiający wyklucza wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności (tzn. jest świadomy, że może podawać informacje nieprawdziwe, ale bezpodstawnie sądzi, że do tego jednak nie dojdzie) lub niedbalstwa (tzn. podaje nieprawdziwe informacje nie zdając sobie z tego sprawy) przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W tym zakresie nie budziło wątpliwości Sądu Okręgowego, że wykonawca podał informacje nieprawdziwe – nie przedstawił bowiem żadnego dowodu na to, iż zgodnie z oświadczeniem zawartym w ofercie posiadana umowy z 40170 konsultantami aktywnymi.

Podkreślić należy, że ustawodawca krajowy, implementując do prawa krajowego art. 57 ust. 4 lit. h Dyrektywy 2014/24/UE (korespondujący z brzmieniem wcześniejszego art. 45 ust. 2 lit. g Dyrektywy 2004/18/WE) wprost wskazał, iż działanie wykonawcy w zakresie złożenia nieprawdziwych informacji nie musi mieć charakteru umyślnego, ale może być to również działanie nieumyślne, tj. działanie niedbałe.

Konstrukcja omawianego przepisu pozwala na przyjęcie, że zachowanie wykonawcy przy podaniu informacji zamawiającemu podlega ocenie na kanwie art. 355 § 1 KC. (tak np. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 20.03.2017 r., KIO 382/17), zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Podkreślić również należy, że w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 KC. precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności - za takiego profesjonalistę należy uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego.

Punktem wyjścia do rozważań winny być bowiem przesłanki wykluczenia z powołanego i omówionego już art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., gdzie relewantne dla jego zastosowania jest samo zachowanie wykonawcy. W istocie relewantne są tu dwie przesłanki – wina (umyślna/nieumyślna) wykonawcy oraz treść informacji (mogąca mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia). Stan wiedzy, czy w ogóle zachowanie Zamawiającego, nie mają tu żadnego znaczenia. W szczególności nie ma znaczenia to, czy Zamawiający skutecznie został w wprowadzony w błąd, na skutek czego podjął jakiegokolwiek decyzje, czy wykonał jakiegokolwiek czynności. Takie stanowisko znajduje uzasadnienie nie tylko w zaprezentowanej wykładni gramatycznej i celowościowej, ale jest również zgodne z teorią racjonalnego ustawodawcy. Gdyby bowiem wola ustawodawcy była inna, dałby temu wyraz w brzmieniu przepisu, jak uczynił to choćby w art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p., który *expressis verbis* wskazuje na określony, zamknięty katalog dokonanych, konkretnych okoliczności Zamawiającego tj.: przesłanki wykluczenia, warunki udziału i kryteria selekcji. Omawiana podstawa prawna posługuje się zaś pojęciem nieostrym, niedookreślonym (okoliczności mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia), co *per se* oznacza, że zakres stosowania tego przepisu jest bardzo szeroki. Oznacza to, że zachowanie Zamawiającego nie ma tu żadnego znaczenia. Uznając nawet, że Zamawiający w powołaniu na wypracowane notorium zachowałby ostrożność w podejmowaniu decyzji, czy dalszych czynności, w sprawie, to i tak należy dojść do wniosku, że samo podanie informacji nieprawdziwej wypełnia przesłankę wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia. Spełniona bowiem została również przesłanka, o której mowa w dalszej części przepisu 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., tj.: potencjalna możliwość wywierania istotnego wpływu na decyzje Zamawiającego, gdyż błąd popełniony przez skarżącego dotyczy oceny ofert w postępowaniu zgodnie z przyjętymi kryteriami określonymi przez Zamawiającego. Kwestia ta dotyczy zatem ilości punktów zdobytych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a więc, *m.in.* na podstawie kwestionowanych informacji, dochodziłoby do wyboru oferty najkorzystniejszej, co potencjalnie mogłoby wypaczać i rzeczywiście wypaczyło wynik całego postępowania. Zastrzec przy tym należy, że dla spełnienia tej przesłanki wystarczająca jest sama możliwość wywierania wpływu na zachowanie Zamawiającego. A *contrario*: Zamawiający nie musiał faktycznie dokonać na podstawie tych informacji żadnej czynności.

„Ugruntowany jest w orzecznictwie pogląd, że brak jest możliwości zastąpienia informacji nieprawdziwej mającej wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – a z takim przypadkiem mamy do czynienia w

rozpoznawanej sprawie – informacją prawdziwą. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji wyłącza możliwość uzupełniania dokumentów wymaganych do potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. (podobnie wyrok KIO z 4.05.2017 r., KIO 734/17, LEX nr 2311273; wyrok KIO z 7.06.2017 r., KIO 1004/17, LEX nr 2314509; wyrok KIO z 10.10.2017 r., KIO 2003/17, LEX nr 2406824), a następstwem złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji jest konieczność wykluczenia go z udziału w postępowaniu w oparciu o obligatoryjne przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 p.z.p.” (Kozłowski, Przesłanki wykluczenia wykonawcy, który wprowadził zamawiającego w błąd, LEX/el. 2019).

Jak słusznie oceniła Izba deklaracja posiadania 40170 umów z konsultantami, w połączeniu z oświadczeniem, że są oni w większości zatrudnieni przez Skarżącego przy konkretnie aktualnie realizowanych projektach, jest oświadczeniem niezgodnym z rzeczywistością, a zatem skarżący przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, które nie tylko mogły, ale wręcz miały istotny wpływ na postępowanie. Następstwem tego była konieczność obligatoryjnego wykluczenia Konsorcjum (...) z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp, co jak najbardziej prawidłowo nakazała zamawiającemu Krajowa Izba Odwoławcza w skarżonym wyroku.

Nie zasługiwały na uwzględnienie również zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 3 Pzp. Jak słusznie przyjęła Izba podanie nieprawdziwej informacji w ofercie o dysponowaniu 40170 konsultantami stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Manipulowanie bowiem danymi zawartymi w ofercie, aby otrzymać najwyższą punktację w danym kryterium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego narusza dobre obyczaje kupieckie. Działanie Konsorcjum (...) niewątpliwie powodowało w niniejszym postępowaniu ograniczenie i zakłócenie rynkowych reguł uczciwego konkurencji, skoro na skutek zawyżenia przez skarżącą liczby konsultantów w celu uzyskania maksymalnej liczby punktów zaistniała sytuacja, w której tylko ten wykonawca uzyskał taką liczbę punktów w kryterium pozacenowym, która ma jakikolwiek wpływ na ranking ofert. Takie działanie nie może być w żaden sposób ocenione jako „uczciwe”.

Mając to na uwadze należało uznać, że zarzuty skarżącego są tu wyłącznie polemiczne i opierają się na opozycyjnych twierdzeniach w stosunku do należyście ustalonego stanu sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą. Dlatego też Sąd Okręgowy nie znalazł przyczyn dyskwalifikujących zaskarżone orzeczenie. W odniesieniu do pozostałych zarzutów skargi podnieść należy, iż KIO wszechstronnie i należyście przeanalizowała materiał dowodowy zgromadzony w sprawie i odniosła się szczegółowo do wszystkich przedstawionych dowodów, ponadto wyjaśniła wszelkie wątpliwości co do okoliczności sprawy.

Mając powyższe na uwadze, nie znajdując powołanych przez skarżącego naruszeń, które mogłyby stanowić podstawę do uwzględnienia skargi – Sąd Okręgowy orzekł o jej oddaleniu na podstawie art. 198f ust. 2 Pzp.

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 ustawy Pzp i zasądził od skarżącego jako strony przegrywającej postępowanie skargowe na rzecz strony przeciwnej – przeciwników skargi, koszty zastępstwa prawnego w wysokości po 12500 zł. Stroną postępowania, która powinna być obciążona kosztami postępowania skargowego był skarżący. Inicjatorem postępowania odwoławczego przed KIO niewątpliwie bowiem byli odwołujący (...) SA oraz Konsorcjum (...). Skoro zatem Konsorcjum (...) wniosło skargę od nieprawomocnego wyroku KIO uwzględniającego odwołanie (...) SA oraz odwołanie Konsorcjum (...), to właśnie odwołujący byli przeciwnikiem postępowania toczącego się przed Sądem Okręgowym, a nie zamawiający. Na marginesie jedynie wskazać należy, iż zamawiający zawsze jest stroną postępowania toczącego się w trybie prawa zamówień publicznych. Nie oznacza to jednak, że zawsze jest przeciwnikiem skargi. Tak było również w niniejszej sprawie, gdzie z uwagi na brak merytorycznego ustosunkowania się do skargi przez zamawiającego nie było podstaw do przyjęcia, iż jest on przeciwnikiem skargi. W związku z tym brak było podstaw, aby zasądzać na jego rzecz od przegrywającego skarżącego koszty postępowania skargowego.

Wysokość zasądzonych na rzecz przeciwników skargi kosztów wynika z § 2 pkt 7 w zw. z § 10 ust. 1 Rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych w brzmieniu obowiązującym w chwili wniesienia skargi, z uwzględnieniem 50% stawki minimalnej. Sąd Okręgowy w Warszawie

od dawna bowiem prezentuje pogląd, iż nie ma sprawy podobnej do spraw z zakresu skarg na orzeczenie KIO. Ustawodawca jednocześnie nie przewidział stawek dla radców prawnych/adwokatów do tej kategorii spraw.

Na marginesie należy dodać, że nie było podstaw do zasądzenia kosztów na rzecz przystępującego (...), gdyż nie był stroną postępowania skargowego lecz jedynie uczestnikiem postępowania, funkcjonującymi zawsze po którejś ze stron. Umocowanie przystępującego jest zbliżone do funkcji interwenienta ubocznego w procesie. Zgodnie jednak z art. 198a ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 198f ust. 5, koszty postępowania - stosowanie do wyniku postępowania - **ponoszą wyłącznie strony**. Materia ta jest w inny sposób uregulowana niż w art. 107 k.p.c. i ma pierwszeństwo przed kodeksem postępowania cywilnego jako *lex specialis*.

Wiktor Piber
Monika Skalska
Magdalena Należcz