

Sygn. akt KIO 2706/12

Sygn. akt KIO 2709/12

WYROK

z dnia 3 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia QUMAK-SEKOM Spółkę Akcyjną w Warszawie, Polską Wytwórnę Papierów Wartościowych Spółkę Akcyjną w Warszawie, SHH Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu oraz w dniu 7 grudnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Comarch Spółkę Akcyjną w Krakowie, ESAProjekt Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Chorzowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Instytut Transportu Samochodowego w Warszawie

przy udziale wykonawców:

- wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia COMP Spółki Akcyjnej w Warszawie, ENIGMA Systemy Ochrony Informacji Niejawnej Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2706/12 oraz KIO 2709/12 po stronie zamawiającego;
- wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SAS Insitute Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, NEOKART GIS Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2706/12 po stronie zamawiającego;
- Infovide - Matrix Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2706/12 oraz KIO 2709/12 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołania i nakazuje Instytutowi Transportu Samochodowego w Warszawie unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

zamówienia Comarch Spółki Akcyjnej w Krakowie, ESAProjekt Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Chorzowie oraz nakazuje powtórzenie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu

2. kosztami postępowania obciąża Instytut Transportu Samochodowego w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia QUMAK-SEKOM Spółkę Akcyjną w Warszawie, Polską Wytwórnę Papierów Wartościowych Spółkę Akcyjną w Warszawie, SHH Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu oraz przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Comarch Spółkę Akcyjną w Krakowie, ESAProjekt Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Chorzowie tytułem wpisów od odwołań;

2.2. zasądza od Instytutu Transportu Samochodowego w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia QUMAK-SEKOM Spółkę Akcyjną w Warszawie, Polską Wytwórnę Papierów Wartościowych Spółkę Akcyjną w Warszawie, SHH Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

2.3. zasądza od Instytutu Transportu Samochodowego w Warszawie na rzecz wykonawców wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Comarch Spółki Akcyjnej w Krakowie, ESAProjekt Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Chorzowie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2706/12

Sygn. akt KIO 2709/12

Uzasadnienie

Zamawiający – Instytut Transportu Samochodowego w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa Systemu Informatycznego Polskiego Obserwatorium Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego (POBR).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 14 sierpnia 2012 r., pod numerem 2012/S 155- 258936.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

28 listopada 2012 r. zamawiający poinformował o wynikach oceny wniosków, w tym o 5 wykonawcach którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i zostaną zaproszeni do złożenia oferty.

8 grudnia 2012r. zachowując termin ustawowy i obowiązek wynikający z art. 180 ust. 5 Pzp odwołania wnieśli:

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia QUMAK-SEKOM Spółka Akcyjna w Warszawie (pełnomocnik konsorcjum), Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych Spółka Akcyjna w Warszawie, SHH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu;
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Comarch Spółka Akcyjna w Krakowie (pełnomocnik konsorcjum), ESAProjekt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Chorzowie.

Odwołanie wniesione przez Konsorcjum QUMAK-SEKOM (sygn. akt KIO 2706/12):

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- art. 51 ust. 1a Pzp i art. 8 Pzp, ponadto art. 9 Pzp przez nieprzekazanie w sposób wystarczająco szczegółowy informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i przyznania punktacji, a tym samym uniemożliwienie odwołującemu w sposób skuteczny skorzystania ze środków ochrony prawnej wskazanych w art. 180 i nast. Pzp;
- art. 96 Pzp przez nie przekazanie odwołującemu kopii protokołu z postępowania wraz z

załącznikami i wniosków innych oferentów, a tym samym uniemożliwienie odwołującemu w sposób skuteczny skorzystania ze środków ochrony prawnej wskazanych w art. 180 i nast. Pzp;

- z ostrożności art. 51 ust 2 Pzp przez wykluczenie odwołującego z postępowania z uwagi na niewystarczającą liczbę punktów do zakwalifikowania się do dalszego etapu postępowania;
- z ostrożności w związku z zarzutem naruszenia art. 96 Pzp nieodtajnienie części utajnionych wniosków innych oferentów, a tym samym naruszenie art. 8 Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny wniosków o udział w postępowaniu, dokonania ponownej oceny wniosków, dokonania szczegółowego wyjaśnienia sposobu oceny wniosków wszystkich oferentów ze wskazaniem podstaw faktycznych i prawnych w odniesieniu do przyznanej/nieprzyznanej punktacji, przekazania odwołującemu kopii protokołu i wniosków o udział w postępowaniu innych oferentów lub umożliwienia wykonania tejże kopii przez odwołującego, z ostrożności odtajnienie części niejawnych wniosków o udział w postępowaniu innych oferentów.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że otrzymał od zamawiającego wyłącznie informację o otrzymanej w wyniku oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu liczbie punktów i miejscu w rankingu oraz – na wniosek – roboczy arkusz oceny własnego wniosku. Z dokumentów tych nie wynika nawet przy najwyższym staraniu odwołującego do skorzystania ze środków ochrony prawnej w sytuacji chęci podważenia oceny punktowej przyznanej zarówno odwołującemu jak i innym Oferentom. Oświadczył, że wersja „robocza” arkusza oceny zawiera niezrozumiałe zwroty i brak jest w nim zindywidualizowanego charakteru oceny w odniesieniu do złożonych dokumentów. Zarzucił, że nie jest możliwa ocena jakie referencje i inne wymagania Zamawiającego zostały przez niego wliczone do oceny punktowej, a jakie nie. Odwołujący wskazał, że brak jest również podstaw do nie wliczenia do oceny punktowej określonego doświadczenia, co więcej, nawet jeśli można się domyśleć że pewne dokumenty nie kwalifikowały się do przyznania oceny punktowej, to odwołujący nie jest w stanie odnieść się do ich nieuwzględnienia, bowiem nie wie o jakie dokumenty chodzi

Odwołujący zarzucił, że zgodnie z art. 51 ust. 2 Pzp utracił prawo do dalszego ubiegania się o dzielenie zamówienia publicznego, nie znając jednakże dokładnych podstaw tego wykluczenia oraz, że postępowanie zamawiającego polegające na uniemożliwieniu otrzymania lub zrobienia pełnej kopii dokumentacji stanowi istotne naruszenie zarówno zasady jawności jak i równego traktowania wykonawców, bowiem w sytuacji uprzywilejowanej jest w takim przypadku podmiot nie działający w konsorcjum a nadto mający swoją siedzibę w tym przypadku w Warszawie.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia COMP Spółka Akcyjna w Warszawie, ENIGMA Systemy Ochrony Informacji Niejawnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SAS Institute Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, NEOKART GIS Spółka z z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Infovide - Matrix Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zachowując termin ustawy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania.

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia 4system Polska Sp. z o.o. w Zielonej Górze oraz oneline-skills w Poznaniu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego. Przesłanki zgłoszenia przystąpienia zostały wskazane w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp są badane przez Izbę z urzędu, niezależnie od prawa stron do wniesienia opozycji przeciwko dopuszczeniu do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania, jednak nie wnieśli odwołania wobec tej czynności. W konsekwencji czynność wykluczenia wywiera skutki prawne, wykonawcy już nie ubiegają się o udzielenie zamówienia. Ewentualne uwzględnienie odwołania wykonawcy uznanego za wykluczonego – skierowanego wobec czynności oceny wniosków - w niczym nie zmieni sytuacji xyz, który w dacie przekazania informacji o wynikach oceny wniosków znajdował się w innej sytuacji faktycznej i prawnej. Otrzymał on w informacji o wykluczeniu uzasadnienie faktyczne i prawne tej czynności. Ponowiona ocena czynności oceny wniosków nie będzie go dotyczyła. Czynności powtórzone mogą być wykonane przez zamawiającego wyłącznie wobec wykonawców biorących w dacie czynności udział w postępowaniu, nie zaś takich, którzy zostali z postępowania skutecznie wykluczeni.

Odwołanie wniesione przez Konsorcjum Comarch (sygn. akt KIO 2709/12):

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

– art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 51 ust. 1 Pzp przez wykluczenie odwołującego z postępowania i zaniechanie zakwalifikowania odwołującego do dalszego udziału w postępowaniu, mimo że odwołujący powinien zostać zakwalifikowany do dalszego udziału w postępowaniu, nie podlega wykluczeniu, spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, dokonał prawidłowego uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków, jak i wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia z postępowania;

– art. 26 ust. 3 i 4 Pzp przez bezpodstawne stwierdzenie, że złożone na wezwanie zamawiającego dokumenty i oświadczenia oraz złożone wyjaśnienia nie potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu jak i brak podstaw do wykluczenia z postępowania;

– art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, powtórzenia oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez odwołującego i nakazanie zamawiającemu zakwalifikowania odwołującego do dalszego udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, iż wykazał spełnienie warunku. Podtrzymał wszystkie wyjaśnienia złożone w trakcie postępowania. Wskazał, że złożone przez odwołującego oświadczenia zawarte we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jak oświadczenia i dokumenty oraz wyjaśnienia złożone na wezwania zamawiającego, potwierdzają spełnienie wszystkich wymagań ujawnionych w ogłoszeniu o zamówieniu.

Odwołujący zawarł (w załączniku nr 1 do odwołania) szczegółowe uzasadnienie, które zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) i na podstawie art. 8 ust. 3 Pzp wniósł o nieujawnianie i nieudostępnianie ich innym podmiotom, niż strony postępowania odwoławczego oraz ich pełnomocnikom, tej części odwołania (Załącznik nr 1) jak i tej części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które są informacjami lub dotyczą bezpośrednio informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego.

Przed otwarciem rozprawy zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie obu odwołań.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnicy podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

W części dotyczącej wykazu usług i dokumentów zastrzeżonych przez odwołujące się Konsorcjum Comarch, jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa jawność rozprawy została wyłączona na podstawie art. 189 ust. 6 Pzp zgodnie z wnioskiem odwołującego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie wniesione przez Konsorcjum QUMAK-SEKOM (sygn. akt KIO 2706/12):

Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego i uznała, że odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący przez wniesienie odwołania wobec czynności oceny wniosku i uznania go za wykluczonego z postępowaniu dąży do dalszego uczestnictwa w postępowaniu - otrzymania zaproszenia do złożenia oferty, co jest wystarczające dla wykazania interesu w uzyskaniu danego zamówienia.

Oczywistym jest, że czynność oceny wniosków kwestionowana w odwołaniu i zarzucane zamawiającemu naruszenie obowiązków informacyjnych, powodują możliwość poniesienia szkody przez odwołującego. Dla spełnienia wymagania art. 179 ust. 1 Pzp nie jest wymagane udowodnienie wystąpienia szkody, wystarczająca jest potencjalna, hipotetyczna możliwość jej poniesienia przez wykonawcę (*verba legis*: „może ponieść szkodę”).

Wykazywanie przez zamawiającego, że odwołujący nie ma możliwości podważenia oceny wniosków konkurencji, jest niewystarczające dla oddalenia odwołania z racji niewykazania materialnoprawnych przesłanek jego dopuszczalności wymaganych art. 179 ust. 1 Pzp, skoro potwierdzenie podniesionych zarzutów odwołania otworzy odwołującemu drogę do uzyskania jeszcze 3 punktów. Spowoduje to zrównanie oceny wniosku odwołującego z oceną wniosku Konsorcjum COMP, co daje odwołującemu szansę na otrzymanie zaproszenia do złożenia oferty, gdyż w takiej sytuacji zamawiający zobowiązany będzie do ustalenia, który z tych wykonawców otrzyma zaproszenie do złożenia oferty.

Izba rozpoznała zatem odwołanie, co do istoty i zważyła, że zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z pkt IV.1.2) ogłoszenia o zamówieniu o wyborze wykonawców do udziału w postępowaniu zadecyduje końcowa ocena punktowa wniosków. Zamawiający ustalił, że zaprosi do składania ofert 5 wykonawców, którzy uzyskali najwyższą końcową ocenę punktową wniosku. W przypadku wniosków, które uzyskają taką samą końcową ocenę punktową, o kolejności zajmowanych miejsc zadecyduje wyższa wartość sumy wszystkich zamówień, spełniających warunki wymagane w postępowaniu.

Podstawą do dokonania oceny był wykaz wykonanych usług oraz dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie.

Pismem z 28 listopada 2012r. zamawiający przesłał odwołującemu informację o wyniku oceny jego wniosku oraz niezakwalifikowaniu się odwołującego do dalszego etapu postępowania z uwagi na zbyt niską liczbę punktów przyznaną w toku oceny wniosków. Odwołującemu przyznano zgodnie z pismem 8 pkt co kwalifikuje go na 6-tej pozycji w

rankingu.

29 listopada 2012r. odwołujący zwrócił się o szczegółową informację odnośnie oceny wniosku oraz co do wyników i numeru pozycji pozostałych wykonawców.

30 listopada 2012r. odwołujący otrzymał odpowiedź na wniosek z dnia 29.11.2012 r. w którym załącznikiem był arkusz „roboczy” oceny oraz „Wyniki i numery pozycji pozostałych uczestników biorących udział w postępowaniu”.

Zamawiający dwukrotnie występował do odwołującego o udzielenie wyjaśnień lub uzupełnienie złożonych oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp jednak nie przekazał mu ich oceny, mimo że pisma te stanowią załączniki do protokołu i znajdują się w aktach sprawy.

Pismem z 30 listopada 2012r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego o wyznaczenie terminu wglądu do dokumentacji postępowania nie objętej tajemnicą przedsiębiorstwa. Prosił również, o ile jest to możliwe, o przesłanie dokumentacji w formie elektronicznej.

Zamawiający wyznaczył termin wglądu i nie odniósł się do drugiej części wniosku. W czasie wglądu nie wyraził zgody na fotografowanie dokumentów przez osobę dokonującą wglądu.

Podstawowe znaczenie dla rozstrzygnięcia sporu ma interpretacja art. 51 ust. 1a Pzp stanowiącego, że o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Oceny wymaga bowiem, czy przekazanie przez zamawiającego odwołującemu wyłącznie informacji o przyznanej mu liczbie punktów, miejscu, w klasyfikacji wykonawców, na którym znalazł się po ocenie wniosków, stanowi wypełnienie powinności nałożonej na zamawiającego przywołanym przepisem.

Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego, który wskazywał, że takie zachowanie spełnia wymagania prawa. Przeciwnie – zdaniem Izby – już wykładnia językowa art. 51 ust. 1a Pzp nie daje podstaw do obrony takiego poglądu. Z pojęcia „wyniki oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu” nie wynika zakres informacji składających się na owe „wyniki”. Przepis milczy na temat, czy informacje te winny być przekazane wszystkim wykonawcom, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, czy też każdy z nich ma otrzymać wyłącznie swoją indywidualną ocenę.

Wobec tego dla ustalenia obowiązków zamawiającego wynikających z art. 51 ust. 1a Pzp sięgnąć należy do pozajęzykowych reguł interpretacji przepisów prawa - wykładni celowościowej, funkcjonalnej i systemowej.

Postulatem wykładni celowościowej jest taka interpretacja przepisu, aby był najbardziej zdatnym środkiem do osiągnięcia celu ustawy. Wykładnia funkcjonalna akcentuje

z kolei funkcję przepisu. Przypomnieć zatem trzeba, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty (art. 2 pkt 7a Pzp), a w konsekwencji udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3 Pzp). Postępowanie o udzielenie zamówienia stanowi uporządkowany i sformalizowany ciąg czynności zamawiającego dokonywanych z poszanowaniem ustawowych zasad, wśród których wyróżniają się zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Pzp), zasada jawności postępowania (art. 8 ust. 1) oraz pozostająca z nimi w bezpośrednim związku i służąca ich realizacji zasada pisemności (art. 9 ust. 1 Pzp). Zasady te stanowią przeniesienie na grunt ustawodawstwa polskiego zasad europejskiego prawa zamówień publicznych – przejrzystości, niedyskryminacji oraz równego traktowania gwarantowanych w dyrektywach Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/18/WE oraz 2004/17/WE.

Podkreślić należy, że zgodnie z przepisami ustawy ocena wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu stanowi czynność, o której zamawiający przesyła informację wykonawcom. Odwołanie wobec niej może być wniesione w nieprzywracalnym terminie liczonym zgodnie z art. 182 ust. 1 Pzp.

Zasady jawności i pisemności wymagają – zdaniem Izby - nie tylko dokumentowania przez zamawiającego swoich czynności w postępowaniu zgodnie z obowiązującymi przepisami, ale również przekazywania, stosownie do dopuszczonego przez zamawiającego sposobu porozumiewania się z wykonawcami, dokonanych w toku postępowania ocen i ustaleń niezbędnych dla oceny przez wykonawcę swoich praw w postępowaniu oraz podjęcia niezbędnych działań dla ich ochrony. Obowiązek informowania przez zamawiającego wykonawców o czynnościach w postępowaniu umożliwia przeprowadzenie przez wykonawców oceny, czy czynności w postępowaniu były dokonane prawidłowo. Treść informacji określa w znacznym stopniu ramy faktyczne i prawne w jakich wykonawcy nie zgadzający się z ustaleniami i oceną zamawiającego mogą je kwestionować przez wnoszenie środków ochrony prawnej. Formalny charakter postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz prekluzyjny charakter terminów na wnoszenie środków ochrony prawnej wymagają podwyższonej staranności nie tylko od wykonawców, lecz nakładają też obowiązki na zamawiającego. Zamawiający nie może przez sposób wykonywania przypisanych mu powinności ustawowych uniemożliwiać wykonawcom obronę swoich praw w postępowaniu.

Przechodząc kolejno do interpretacji art. 51 ust. 1a Pzp z zastosowaniem wykładni systemowej należy zauważyć przede wszystkim, że ilekroć wykonawca skutkiem czynności zamawiającego jest eliminowany z udziału w postępowaniu, zamawiający jest zobowiązany do podania uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej czynności. W odniesieniu do

czynności odrzucenia oferty obowiązek taki wynika z art 92 ust. 1 pkt 2 Pzp, w odniesieniu do czynności wykluczenia *expressis verbis* stanowi o nim art. 24 ust. 3 Pzp.

Art. 51 ust. 2 Pzp nakazuje uznanie za wykluczonego wykonawcy, który nie został zaproszony do złożenia oferty.

Za sprzeczną z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji trzeba uznać taką wykładnię przepisów, która prowadziłaby do przyjęcie, że obowiązek podania uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności zamawiającego istnieje w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego - na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - wyłącznie w stosunku do wykonawcy, który jest wykluczony z postępowania mocą czynności zamawiającego – nie dotyczy natomiast wykonawcy uznanego za wykluczonego *ex lege*. Skoro skutek w obu przypadkach jest taki sam – eliminacja wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – wykonawcy nim dotknięci winni otrzymywać taki sam zakres informacji. Wykonawca niezaproszony do złożenia oferty i w związku z tym uznany za wykluczonego winien otrzymać uzasadnienie faktyczne i prawne, analogicznie jak w wykonawca, którego zamawiający wyklucza z postępowania (*arg. a simili* z art. 24 ust. 3 Pzp).

Konkludując rozważania dotyczące wykładni art. 51 ust. 1a Pzp Izba wyraża pogląd, że prawidłową realizacją obowiązku zamawiającego wynikającego z tego przepisu jest, po pierwsze podanie uzasadnienie faktycznego i prawnego dokonanej oceny. Zamawiający powinien podać co najmniej informację o przyczynach, dla których wykazane umowy nie zostały uznane za spełniające ustalone wymagania. Po drugie: zamawiający ma obowiązek przekazać taką samą informację na temat dokonanej oceny wszystkim wykonawcom, którzy złożyli wnioski – tak, aby każdy z nich w momencie otrzymania informacji dysponował taką samą wiedzą.

Przeniesienie tych ogólnych rozważań na grunt okoliczności sporu prowadzi do konstatacji, że zamawiający całkowicie zniweczył *ratio legis* art. 51 ust. 1a Pzp. Z informacji przekazanych odwołującemu nie sposób powziąć wiedzy, które z usług wykazanych w wykazie odwołującego zamawiający uznał za nieodpowiadające swoim wymaganiom oraz na jakich podstawach oparł taką ocenę. Z samego faktu, że w odniesieniu do części usług zamawiający podjął czynności wynikające z art 26 ust. 3 i 4 Pzp nie wynika przecież, że właśnie te usługi nie zostały uznane przez zamawiającego. Nie jest rzeczą wykonawców domyślania się na jakich podstawach faktycznych i prawnych oparł zamawiający ocenę wniosków. To obowiązkiem zamawiającego jest przekazanie wykonawcom informacji zawierającej uzasadnienie dokonanej oceny.

Brak zamieszczenia pełnej oceny w informacji skierowanej do odwołującego nie tylko uniemożliwia mu obronę praw w postępowaniu, ale też, preferuje wykonawców, którzy po dokonanej przez zamawiającego ocenie wniosków uzyskali liczbę punktów umożliwiającą im

uzyskanie zaproszenia do złożenia oferty. Oceny tej nie zmienia okoliczność, że wykazy usług oraz dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie zostały zastrzeżone przez wykonawców, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. W takiej sytuacji zamawiający wanień przekazać wymagane informację z poszanowaniem dokonanych zastrzeżeń, przede wszystkim zaś poinformować o fakcie ich dokonania.

Zamawiający naruszył przepisy i pozbawiła odwołującego gwarantowanej przepisami niezbędnej wiedzy co do oceny jego wniosku nie tylko przez przekazanie odwołującemu niepełnych informacji o wynikach oceny, ale również przez sposób udostępniania protokołu postępowania. Odwołujący dążył do uzyskania wiedzy na temat swojej sytuacji w postępowaniu, a zamawiający wiedzy tej mu nie przekazał, mimo że był do tego zobowiązany przepisami.

Art. 96 ust. 3 Pzp ustala zasadę jawności protokołu postępowania o udzielenie zamówienia oraz jego załączników. Zgodnie z § 5 ust 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z dnia 26 listopada 2010 r.) udostępnienie protokołu lub załączników do protokołu może nastąpić poprzez wgląd w miejscu wyznaczonym przez zamawiającego, przesłanie kopii pocztą, faksem lub drogą elektroniczną, zgodnie z wyborem wnioskodawcy wskazanym we wniosku.

Pełną informację co do oceny swego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu odwołujący winien otrzymać już w odpowiedzi na pismo z 30 listopada 2012r. Zamawiający winien w odpowiedzi przekazać dokumenty, w których podane są przyczyny dla których część usług powołanych przez odwołującego nie została uwzględniona przez zamawiającego i wskazane zostały podstawy oceny. Zamawiający tego nie uczynił, a z przekazanych odwołującemu roboczego arkusza oceny – nie informacje takie nie wynikają.

Zamawiający nie tylko nie przekazał odwołującemu mu kompletnej znajdującej się w jego dokumentacji informacji na temat oceny wniosku, ale też całkowicie zignorował prośbę o przekazanie informacji w formie elektronicznej, mimo że z § 5 ust 4 rozporządzenia w sprawie protokołu nakazuje w takiej sytuacji, aby zamawiający podał w jakiej formie dokumenty mogą być udostępnione. Uprawnione na gruncie z § 5 ust 3 rozporządzenia w sprawie protokołu jest odmowa wykonania fotografii dokumentów przez osobę dokonującą wglądu.

Podkreślić trzeba jednak, że zamawiający przez nieprzekazanie odwołującemu uzasadnienia faktycznego i prawnego skutkującego uznaniem go za wykluczonego z postępowania oraz nieprzekazaniem mu tych informacji, mimo że odwołujący o nie w ramach uprawnienia do zapoznania się z protokołem postępowania, całkowicie pozbawił odwołującego możliwości obrony swoich praw w postępowaniu, co jest naganne.

Zarzuty naruszenia, art. 7 ust. 1, art. 51 ust. 1 i 2 oraz art. 96 ust. 3 Pzp w opisanym zakresie znalazły potwierdzenie.

Zamawiający nie może przekazać odwołującemu informacji o ocenie wniosków konkurentów w zakresie w jakim były one objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, którego to zastrzeżenia odwołujący skutecznie nie zakwestionował. Odwołanie zawiera wprawdzie podniesiony z ostrożności zarzut zaniechania udostępnienia zastrzeżonych części wniosków, jednak bez jakiegokolwiek argumentacji wskazującej na podstawy zarzutu. Zarzut ten nie był też popierany na rozprawie, na której odwołujący oświadczył, że jego zamiarem jest obrona własnego wniosku, wobec czego Izba uznała, że nie znalazł on potwierdzenia.

Naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy mogą mieć jednak istotny wpływ na wynik postępowania. Niesporne jest, że zakwestionowanie trzech usług nie uznanych przez zamawiającego, której to możliwości odwołujący został pozbawiony, może doprowadzić do uzyskania trzech punktów zrównujących go w ocenie z Konsorcjum COMP.

Izba za chybiony uznała pogląd zamawiającego, który stwierdził, że odmówił przyznania punktu z a jedną z usług (wykaz był objęty tajemnicą przedsiębiorstwa), gdyż w odniesieniu do niej był stosowany tryb uzupełnienia zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp. W orzecznictwie Izby wyrażany jest pogląd odmawiający przyznawania w ramach oceny wniosków punktów za wykonanie umów powołanych w wyniku uzupełnienia. Dostrzec jednak trzeba, że pogląd ten wyrażany był w odniesieniu do usług nie ujętych w wykazie złożonych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tymczasem w odniesieniu do odwołującego tryb ten służył usunięciu błędu w nazwie odbiorcy usługi, nie zaś powołaniu usługi nowej.

W tym stanie rzeczy Izba uznała za zasadne nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności oceny wniosków. Izba miała przy tym na względzie, że przekazanie wykonawcom informacji o ocenie wniosków nie stanowi samoistnej czynności w postępowaniu, lecz jest obowiązkiem o charakterze akcesoryjnym w stosunku do czynności oceny wniosków.

Odwołanie wniesione przez Konsorcjum Comarch (sygn. akt KIO 2709/12):

Z racji objęcia wykazu, referencji oraz składanych wyjaśnień zastrzeżeniem jako tajemnicy przedsiębiorstwa rozważania Izby muszą być zaprezentowane z poszanowaniem dokonanego zastrzeżenia.

W ogłoszeniu o zamówieniu w rozdziale III.2.3) zdolność techniczna zamawiający wymagał spełnienia trzeciego kryterium warunku posiadania wiedzy i doświadczenia opisanego w podpunkcie w ten sposób, że trzecim kryterium jest wykonanie jednego zamówienia obejmującego w szczególności zaprojektowanie i wdrożenie hurtowni danych z

narzędziami klasy ETL (Extract, Transform and Load), o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 PLN (słownie: jeden milion złotych) brutto. Zamawiający zastrzegł w podpunkcie 7, że ocena spełnienia trzeciego kryterium nastąpi na podstawie przedstawionego przez wykonawcę: wykazu wykonanych dostaw lub usług, obejmujących w szczególności zaprojektowanie i wdrożenie hurtowni danych z narzędziami klasy ETL (Extract, Transform and Load) o wartości, nie mniejszej niż 1.000 000,00 PLN (słownie: jeden milion złotych) brutto, w zakresie niezbędnym do wykazania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że dostawy/usługi te zostały wykonane należycie; zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakie może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817 z 30.12.2009r.). Dokumentem potwierdzającym, że dostawy zostały wykonane należycie mogą być w szczególności referencje i protokoły odbioru.

Spór dotyczy wskazanych na potwierdzenie spełniania tego kryterium zawartych w wykazie stanowiącym tajemnicę przedsiębiorstwa zamówienie nr 1 i 2.

Zamawiający uznał, że zamówienie nr 1 nie zostało prawidłowo opisane tzn. nie został właściwie wpisany odbiorca. Wykonawca nie wypisał pełnej nazwy i adresu odbiorcy zamówienia, a podał nazwę programu ramowego, z którego było współfinansowane przedsięwzięcie. Dodatkowo w kolumnie 2 wykazu wpisano osobę „projekt officer”. Brak odpowiedniego określenia odbiorcy spowodował, że dokument potwierdzający należyte wykonanie nie został wystawiony przez właściwy podmiot. Zamawiający w piśmie SZ-222-22/12/1/8/2012 z dnia 2012-10-29 zwrócił się do odwołującego z wezwaniem, jeśli wykonawca w toku wyjaśnień stwierdzi, że złożył niewłaściwy wykaz lub dokument potwierdzający, o uzupełnienie w/w dokumentów.

Odwołujący nie uzupełnił wykazu podtrzymując, że wykaz zawiera wszelkie niezbędne dane, a także że odbiorca został wpisany do wykazu jak również, że odbiorca potwierdził należyte wykonanie zamówienia. Zamawiający powtórnie wezwał do wyjaśnienia, powołując niespójności wykazu i wyjaśnień. W drugim wyjaśnieniu z dnia 19 listopada 2012 odwołujący poinformował, że przedsięwzięcie trudno jest ująć w typowych ramach odbiorca – wykonawca.

Zamawiający uznał, że nie mógł zwrócić się o ponowne uzupełnienie dokumentu, ponieważ już występował o jego uzupełnienie w trybie art. 26 ust 3 Pzp.

W odniesieniu do zamówienia nr 2 zamawiający ocenił, że zostało ono potwierdzone przez dokumentem, z którego jednoznacznie wynika, że wiele prac ma być wykonanych na rzecz odbiorcy w późniejszym terminie, wraz z przedstawieniem braków, a także z

zaznaczeniem, że dokument odbioru zadań jest warunkowy. Była na nim informacja, że jest on podstawą do płatności, jednak wskazywał on również, że część prac została wykonana w późniejszym terminie, a nie było załączonego dokumentu, który jednoznacznie wykazywał należyte wykonanie zamówienia. Odwołujący wyjaśnił, że dokument potwierdza należyte wykonanie zamówienia. Zamawiający powtórnie wezwał go do wyjaśnienia, ponieważ Wykonawca w odpowiedzi nie odniósł się do warunkowego odbioru zamówienia i specjalnego punktu w protokole z odbioru, który określał, jakie poprawki i w jakim terminie zostaną wykonane. W drugim wyjaśnieniu z dnia 19 listopada 2012 odwołujący poinformował, że przedsięwzięcie zostało wykonane w terminie, jednak nie podał, czy w terminie wpisanym do wykazu zamówień, czy w terminie wymienionym w warunkach w protokole. Brak tego wyjaśnienia nie zmienił poglądu podstawowego poglądu zamawiającego, że odwołujący nie wykazał jednoznacznie, że załączył dokument potwierdzający należyte wykonanie zamówienia.

Wobec niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu zamawiający wykluczył odwołującego.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Kwestionując swoje wykluczenie i wskazując, że prawidłowe działanie zamawiającego dałoby mu możliwość uzyskania zaproszenia do złożenia oferty wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody skutkiem zarzucanych zamawiającemu naruszeń przepisów ustawy.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do zadania pierwszego Izba zważyła, że nie ma sporu do zgodności jego zakresu przedmiotowego z wymaganiami zamawiającego oraz należytego wykonania usługi.

Spór dotyczy w istocie tego, czy fakt, iż - mimo wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp - w wykazie wykonanych usług widnieje inny zamawiający, niż podmiot, który wystawił referencje, stanowi podstawę do uznania, że wykaz zawiera błąd dyskwalifikujący daną usługę.

Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego i uznała, że specyfikę danego projektu uzasadniającą taki stan rzeczy odwołujący wykazał zamawiającemu już w wyjaśnieniach złożonych pismem z 19 listopada 2012r..

Zgodność tych wyjaśnień ze stanem faktycznym odwołujący potwierdził dowodami złożonymi na rozprawie (zastrzeżonymi jako informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa, w aktach sprawy). Dowody te nie prezentowały innego stanu rzeczy, niż ten wynikający ze

złożonych wcześniej wyjaśnień. Były spójne z wcześniejszymi wyjaśnieniami, wskazywały na szczególny charakter wykonywanej usługi, ze względu na relacje podmiotowe oraz sposób powstania więzi prawnej między jego uczestnikami.

Izba nie dopatrzyła się podstaw odmówienia przez zamawiającego uznania usługi wskazanej jako zadanie pierwsze. Dostrzeżenia przy tym wymaga, że w pierwszym wezwaniu do wyjaśnień lub uzupełnień zamawiający żądał złożenia wykazu lub dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi, które w świetle udzielonych wyjaśnień oraz dowodów przedstawionych przez odwołującego na rozprawie okazały się być sporządzone prawidłowo. *Nota bene* sam zamawiający nie wskazał na czym miałyby polegać tkwiący w nich błęd. To, że w wykazie został wskazany inny podmiot, niż wystawca referencji jest uzasadnione szczególnym charakterem wykazywanej usługi.

W odniesieniu do zadania drugiego Izba stwierdziła przede wszystkim, że z samego faktu, że w protokole odbioru zostało zapisane, że wykonawca będzie wykonywał jeszcze jakieś prace lub poprawki, nie wynika automatycznie, że umowa nie została należycie wykonana. Każdy dokument protokołu odbioru winien być badany z uwzględnieniem okoliczności danego przypadku, w szczególności przedmiotu umowy, której dotyczy. Dostrzeżenia wymaga przy tym, że w przypadku skomplikowanych realizacji, tworzonych pod indywidualne zamówienie lub zawierających nowe rozwiązania, często zdarza się, że po odebraniu przedmiotu umowy dokonywane są jeszcze zmiany lub ulepszenia jej przedmiotu, co znajduje odzwierciedlenie w treści protokołu. Nie oznacza to, że umowa taka nie została zrealizowana należycie.

Oceniając stanowiska stron zawarte w pismach i zaprezentowane na rozprawie Izba podzieliła pogląd odwołującego, że przewidziane do wykonania poprawki wynikające z protokołu odbioru, nie dają podstaw do uznania braku należytego wykonania umowy. Zamawiający w ogóle nie odniósł się do znaczenia pozostałych do wykonania prac i uzgodnionych poprawek, swoje twierdzenie o warunkowym charakterze protokołu odbioru oparł wyłącznie na literalnej interpretacji jego treści, której Izba wobec braku argumentacji nie podzieliła.

Zamawiający bezpodstawnie wykluczył odwołującego z postępowania, mając na względzie przede wszystkim względy formalne, czym naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz art. 51 ust. 1a Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 uwzględniając koszty pełnomocników odwołujących koszty wynagrodzenia z ograniczeniem do kwoty 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz

rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: