

Sygn. akt: KIO 2067/14

## WYROK

z dnia 23 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 października 2014 r. przez wykonawcę **Kancelarię Doradztwa Prawnego P. G. w Warszawie, Al. Szucha 3 lok. 4, 00-580 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia w Warszawie, ul. Stanisława Dubois 5A, 00-184 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Kancelarii Prawnej P. & Partnerzy w Warszawie, ul. Wspólna 50 lok. 6, 00-684 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2067/14 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1.uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części IV zamówienia oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert w zakresie tej części zamówienia, w tym poprawienie omyłki w „Formularzu ofertowym” wykonawcy Kancelaria Prawna P. & Partnerzy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, dokonanie ponownej oceny i przyznania punktów przysługujących temu wykonawcy z uwagi na brak możliwości przyznania punktów w kryterium „doświadczenie wykonawcy” w zakresie dokumentów innych niż wymagane przez zamawiającego oraz odtajnienie referencji złożonych przez wykonawcę Kancelaria Prawna P. & Partnerzy**

**2.kosztami postępowania obciąża Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia w Warszawie, ul. Stanisława Dubois 5A, 00-184 Warszawa i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Kancelarię Doradztwa Prawnego P. G. w Warszawie, Al. Szucha 3 lok. 4, 00-580 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania
- 2.2. zasądza od **Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia w Warszawie, ul. Stanisława Dubois 5A, 00-184 Warszawa** na rzecz **Kancelarii Doradztwa Prawnego P. G. w Warszawie, Al. Szucha 3 lok. 4, 00-580 Warszawa** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia z siedzibą w Warszawie, zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Świadczenie pomocy prawnej na rzecz Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia z siedzibą w Warszawie”. Zamówienie podzielono na 4 części.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19 lipca 2014 r., nr 2014/S 137-246066.

W dniu 26 września 2014 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę Kancelarię Doradztwa Prawnego P. G. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze w zakresie części IV oferty wykonawcy Kancelaria Prawna P. & Partnerzy z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Kancelaria Prawną”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 6 października 2014 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 6 października 2014 r.) wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu zakresie części nr IV, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego oraz art. 82 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Kancelaria Prawna ze względu na jej niezgodność z treścią SIWZ
2. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego poprzez uznanie wyjaśnień treści oferty wykonawcy Kancelaria Prawna przez zamawiającego, pomimo, iż wyjaśnienia te doprowadziły do zmiany treści oferty, sprzeczności treści oferty oraz stanowiły negocjacje z zamawiającym
3. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 96 ust. 3 oraz art. 8 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia oraz udostępnienia dokumentów oraz oświadczeń złożonych przez wykonawcę Kancelaria Prawna w ofercie, tj. referencji oraz oświadczeń wykonawcy złożonych na potwierdzenie należytego wykonywania usług
4. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 3 oraz ust. 2 pkt 3 w zw. § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów

dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 19 lutego 2013 r. (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) ewentualnie naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie nieprawidłowego przyznania punktów kryterium oceny ofert w zakresie doświadczenia wykonawcy.

Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty
2. dokonanie czynności odtajnienia
3. udostępnienie odwołującemu oferty wykonawcy Kancelaria Prawna w zakresie dokumentów i oświadczeń potwierdzających należyte wykonanie usług wykazywanych na potrzeby potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wyjaśnień wykonawcy złożonych na wezwanie do wyjaśnienia zasadności zastrzeżenia oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa
4. ponowne podjęcie czynności badania i oceny ofert
5. wezwanie wykonawcy Kancelaria Prawna do wyjaśnienia, czy zachodzą uzasadnione przyczyny o obiektywnym charakterze, które uniemożliwiły mu uzyskanie poświadczenia potwierdzającego należyte wykonanie usług ewentualnie
6. dokonanie ponownej oceny i przyznania punktów przysługujących wykonawcy Kancelaria Prawna w zakresie kryterium doświadczenia
7. odrzucenie oferty Kancelaria Prawna na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp
8. dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in.:

Odnosnie zarzutu pierwszego odwołujący podniósł m.in., iż wykonawca Kancelaria Prawna jest niezgodna z treścią SIWZ, a tym samym podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż wykonawca Kancelaria Prawna „Formularz ofertowy” w zakresie części IV zamówienia, pozostawiając pkt 5 i 8 formularza ofertowego bez wykreślenia którejkolwiek z opcji. Zatem w świetle sposobu sporządzenia oferty, ustalonego przez zamawiającego, należało uznać, iż skoro wykonawca nie wykreślił terminów oraz numerów wzorów umowy nie dotyczących danej części zamówienia, to oznacza, iż oferował wykonanie realizacji zamówienia w dwóch terminach, tj. od dnia zawarcia umowy lub od dnia 1 grudnia 2014r., jak również akceptował wszystkie wzory umowy dołączone do SIWZ.

Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień nie wypowiedział się w sposób wiążący co do terminu wykonania przedmiotu zamówienia, pozostawiając faktycznie tę kwestię decyzji zamawiającego. Należy w tym miejscu wskazać, iż w zakresie terminu wykonywania

przedmiotu zamówienia, wymagania zamawiającego były wystarczająco jasne i jednoznaczne: rozdz. II pkt II ppkt 2 SIWZ dla części IV zamówienia przewidywał okres realizacji zamówienia od dnia zawarcia umowy do dnia 30 listopada 2015r. Tym samym, oświadczenia wykonawcy Kancelaria Prawna zawarte w formularzu ofertowym, jak również w wyjaśnieniach z dnia 15 września 2014r. nie mogą zostać uznane za wiążące, skoro wykonawca nie zdecydował się w sposób jednoznaczny na jeden termin realizacji zamówienia, odpowiadający równocześnie zapisom SIWZ.

Ze względu na fakt, iż faktycznie wykonawca nie wypowiedział się wiążąco oraz jednoznacznie w zakresie terminu realizacji umowy, stanowiącego istotne postanowienie umowne, nie można uznać, że oferta ta jest zgodna z wymaganiami SIWZ. Wręcz przeciwnie, jest on niezgodna z postanowieniami SIWZ pod kątem jej merytorycznej treści. Jednocześnie, nie da się ukryć, iż na skutek wyjaśnień, wykonawca dokonał modyfikacji swojej oferty. O ile początkowo, jej treść przewidywała niedozwolone „warianty” w zakresie terminu realizacji umowy, o tyle w wyjaśnieniach, wykonawca zastrzega dodatkowy warunek, od którego zależy przyjęcie terminu rozpoczęcia wykonywania przedmiotu zamówienia od dnia zawarcia umowy. Warto dodać, iż realizacja rzeczonych warunków, a tym samym również przyjęcie terminu realizacji zamówienia od dnia zawarcia umowy, uzależniona jest od decyzji zamawiającego. Taka konstrukcja wyjaśnień w sposób jednoznaczny wskazuje na prowadzenie negocjacji z zamawiającym, co niewątpliwie, w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jest działaniem niedozwolonym na gruncie Prawa zamówień publicznych. Wykonawca pozostawił kwestię wyboru terminu rozpoczęcia wykonywania zamówienia do decyzji zamawiającego, podczas gdy to w jego obowiązku było złożenie stanowczego, wiążącego i jednoznacznego oświadczenia w tym zakresie. Faktycznie, z treści wyjaśnień wykonawcy wynika, że zamawiający może przyjąć jako termin realizacji umowy bądź dzień zawarcia umowy, bądź 1 grudnia 2014r., ale równie dobrze ma prawo nie zgodzić się na proponowane terminy i samodzielnie może przyjąć tylko termin przypadający na dzień zawarcia umowy. Oferta wykonawcy Kancelaria Prawna ze względu na swoją niejednoznaczność w zakresie terminu wykonania umowy nie stanowi oferty w rozumieniu art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, jak również nie odpowiada treści SIWZ. Ponadto, złożone w drodze art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnienia, dokonują zmiany w pierwotnym oświadczeniu zawartym w ofercie, a z drugiej strony stanowią zaproszenie do negocjacji Zamawiającym. Z powyższych względów, należy uznać, że oferta wykonawcy Kancelaria Prawna powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutu drugiego odwołujący podniósł m.in., iż zamawiający powinien odtajnić dokumenty oraz oświadczenia złożone przez wykonawcę Kancelaria Prawna w ofercie, tj. referencje oraz oświadczenia wykonawcy złożone na potwierdzenie należytego wykonywania usług, bowiem stanowią one dowody potwierdzające należyte wykonanie

usług, o których mowa w I części wykazu na spełnienie warunków udziału w postępowaniu i w II części wykazu do oceny punktowej. Z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wynika obowiązek zamawiającego do zbadania, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w rzeczywistości stanowią tajemnicę w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający jako gospodarz postępowania jest zobowiązany do dokonania każdorazowo indywidualnej oceny danego dokumentu zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa, w celu zbadania, czy zawiera on informacje spełniające łącznie wszystkie przesłanki uzasadniające utajnienie. Zdaniem odwołującego, wskazane przez wykonawcę dokumenty, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie spełniają przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zastrzeżone informacje, tj. dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług w zakresie części I na warunki udziału w postępowaniu, jak również w zakresie części II - do oceny punktowej, nie mogą korzystać z dobrodziejstw tajemnicy przedsiębiorstwa, skoro po pierwsze są to dokumenty składane na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, po drugie do oceny punktowej, po trzecie realizacje zawarte w wykazach wykonanych usług, dotyczą podmiotów, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp. Podmioty zobowiązane do stosowania ustawy Pzp zawierają umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zgodnie z art. 139 ust. 3 ustawy Pzp są jawne. A zatem nie ma podstaw do objęcia ww. dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Dokumenty te to listy referencyjne pochodzące od podmiotów zobowiązanych do stosowania ustawy (pkt 16 ppkt 1- 26), jak również oświadczenia wykonawcy potwierdzające wykonanie usług na rzecz podmiotów zobowiązanych do stosowania ustawy (pkt 16 ppkt 27 - 47). Oświadczenie wykonawcy w powyższym zakresie nie może być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Oświadczenie to pochodzi bowiem od wykonawcy i dotyczy realizacji zlecenia na rzecz podmiotu zobowiązanego do stosowania ustawy Pzp. Skoro oświadczenie pochodzi od wykonawcy, to może on sformułować je tak, aby z treści nie wynikały wielkości dotyczące przychodu z tytułu realizowanych usług. W orzecznictwie panuje bowiem pogląd, iż dowody w tym m. in. listy referencyjne i inne, mają potwierdzać fakt należytego wykonania usługi, a nie elementy umowy, która dotyczy tej usługi.

Odnosnie zarzutu trzeciego odwołujący podniósł, iż do wykazu II część Wykaz zrealizowanych usług podlegających ocenie punktowej należało załączyć dowody potwierdzające, że ww. usługi zostały wykonane należycie w zakresie wymaganym przez zamawiającego. Wykonawca dla pozycji ppkt 27-47 pkt 16 formularza ofertowego, załączył dowody potwierdzające, że ww. usługi zostały wykonane należycie w zakresie wymaganym przez zamawiającego w postaci oświadczeń wykonawcy. Oświadczenie wykonawcy w powyższym zakresie nie może stanowić skutecznego dowodu potwierdzającego, że usługi wykonywane są/były, w sposób należyty. W pierwszej kolejności zgodnie z § 1 ust. 2

rozporządzenie Prezesa RM z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz forma w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), jako dowód potwierdzający należyte wykonanie usług należy złożyć wraz z ofertą poświadczenie, dopiero w sytuacji, gdy z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, można złożyć wraz z ofertą oświadczenie. Wykonawca zatem winien dożyć przede wszystkim poświadczenie, nie natomiast własne oświadczenie. W sytuacji złożenia oświadczenia własnego przez wykonawcę, potwierdzającego należyte wykonanie usług, zamawiający powinien był przeprowadzić postępowanie wyjaśniające mające na celu przede wszystkim ustalenie okoliczności, czy występowały uzasadnione przyczyny o obiektywnym charakterze uniemożliwiające uzyskanie poświadczenia. Odwołujący chciałby podnieść, iż uzyskanie poświadczenia nie stanowi większego problemu, gdyż Odwołujący zwrócił się do dwóch zamawiających na rzecz których wykonawca Kancelaria Prawna realizował zamówienie i od tamtych zamawiających otrzymała poświadczenia. Z uwagi na powyższe w ocenie odwołującego, Kancelaria Prawna nie powinna otrzymać punktów za ww. usługi.

W dniu 7 października 2014 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 10 października 2014 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Kancelaria Prawna przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

## **Zarzut 1 dotyczący zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Kancelaria Prawna nie potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale II SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia i termin wykonania”, pkt II „Termin wykonania zamówienia”, ppkt 2 określił termin realizacji zamówienia „część IV zamówienia: od dnia zawarcia umowy do dnia 30 listopada 2015 r.”.

Nadto w treści „Formularza ofertowego”, punkt 5 zamieścił postanowienie „oświadczam, że gwarantujemy świadczenie pomocy prawnej przez okres: od dnia zawarcia umowy / od dnia 1 grudnia 2014 \* roku do dnia 30 listopada 2015 roku”, wskazując „Miejsce oznaczone symbolem „\*” należy wykreślić w części, która nie dotyczy danego Wykonawcy”.

Punkt 5 „Formularza ofertowego” złożonego przez wykonawcę Kancelaria Prawna brzmi następująco „oświadczam, że gwarantujemy świadczenie pomocy prawnej przez okres: od dnia zawarcia umowy / od dnia 1 grudnia 2014 \* roku do dnia 30 listopada 2015 roku”.

Zamawiający, pismem z dnia 10 września 2014 r., wezwał wykonawcę, działając w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do wyjaśnienia, dlaczego nie wskazano właściwego brzmienia punktu 5 w związku z alternatywą „od dnia zawarcia umowy” lub „od dnia 1 grudnia 2014 roku”.

Wykonawca Kancelaria Prawna, odpowiadając na powyższe, podniósł iż „wykonawca jest w stanie świadczyć pomoc prawną zarówno w okresie od dnia zawarcia umowy do dnia 30 listopada 2015 r., jak i od dnia 1 grudnia 2014 roku do dnia 30 listopada 2015 r. Jeżeli jednak zamawiający nie uzna powyższego wyjaśnienia, to wykonawca wskazuje, iż przy takim wyborze gwarantuje świadczeni pomocy prawnej przez okres od dnia zawarcia umowy do dnia 30 listopada 2015 r.”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż zamawiający określił w SIWZ termin realizacji zamówienia „część IV zamówienia: od dnia zawarcia umowy do dnia 30 listopada 2015 r.” Natomiast wykonawca Kancelaria Prawna w punkcie 5 „Formularza ofertowego – część IV zamówienia” oświadczył „oświadczam, że gwarantujemy świadczenie pomocy prawnej przez okres: od dnia zawarcia umowy / od dnia 1 grudnia 2014 \* roku do dnia 30 listopada 2015 r.”. Z treści oferty wykonawcy Kancelaria Prawna wynika więc, że wykonawca ten nie złożył jednoznacznego oświadczenia o terminie wykonania zamówienia. W treści formularza figurują bowiem dwa terminy spośród, których jeden należało wykreślić. W treści „Formularza ofertowego”, a następnie oświadczenia wykonawcy zawarta była więc alternatywa co do terminu wykonania umowy, mimo iż dla tej części zamówienia (części IV) zamawiający wskazał jeden, konkretny termin realizacji zamówienia, termin, w którym usługę będącą przedmiotem tego postępowania miał następnie realizować wykonawca, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą. Zamawiający określił bowiem termin ten jednoznacznie w SIWZ



(rozdział II, pkt II, ppkt 2). Wyjaśnienia wykonawcy, złożone w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp niczego nie zmieniły. W treści oferty nadal pozostały dwa terminy realizacji zamówienia. Wykonawca ten nie złożył bowiem w treści oferty, wbrew twierdzeniom zamawiającego, jednoznacznego oświadczenia co do terminu wykonania zamówienia. Termin ten nie wynikał również ze złożonych wraz z ofertą dokumentów i oświadczeń. Nie można tego także wyinterpretować z treści oferty (tytułu formularza, ogólnych oświadczeń zawartych w tym formularzu). W treści wypełnionego przez wykonawcę formularza brak jest bowiem jednoznacznego oświadczenia o wykonaniu umowy w terminie przewidzianym w treści SIWZ. Także udzielone wyjaśnienia są niejednoznaczne i pozwalają na dokonanie wyboru jednej z przewidzianych w treści formularza opcji. Tak udzielone wyjaśnienia potwierdziły jedynie sprzeczność oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ. Wykonawca nie złożył bowiem oświadczenia zawierającego oczekiwane przez zamawiającego treści. Nie jest natomiast wystarczające dla potwierdzenia wymaganej treści oferty i uznania jej zgodności z treścią SIWZ, w tym przypadku terminu wykonania umowy, jedynie powołanie się na ogólne stwierdzenia zawarte w formularzu ofertowym o akceptacji postanowień SIWZ oraz wzoru umowy, jak i tytuł formularza. Treść oferty tego wykonawcy jest więc niezgodna z treścią SIWZ. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma bowiem miejsce wówczas, gdy zaoficerowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia nie odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji a więc także i terminu realizacji, jak również innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia, a co oznacza, iż niezgodność treści oferty może dotyczyć tylko wymagań merytorycznych, które zostały określone w SIWZ. Tak więc nie może ona dotyczyć uchybień co do jej formy. Uchybieniami co do formy - zgodnie z utrwaloną już linią orzeczniczą – są w szczególności: brak numeracji stron, błędne podpisanie liczby stron oferty, brak parafy, brak trwałego spięcia oferty itp. Brak podania terminu wykonania umowy nie może być potraktowany jako uchybienie co do formy oferty. W tym konkretnym przypadku zaistniała niezgodność nie jest więc niezgodnością co do formy, ale ma charakter niezgodności merytorycznej i w tym stanie faktycznym istnieje możliwość jej poprawienia.

Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przewiduje bowiem możliwość poprawienia w ofercie omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Poprawianie omyłek na podstawie tego przepisu może dotyczyć różnych elementów złożonej oferty. Dopuszczalne jest zatem dokonanie zmian w treści oferty o ile z okoliczności danej sprawy wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego, a poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego w treść oferty lub nie dotyczy istotnych postanowień oferty, a ponadto zamawiający może dokonać jej samodzielnie, bez udziału wykonawcy. Z treści oferty wykonawcy Kancelaria

Prawna jednoznacznie wynika z zamiar złożenia oferty zgodnej z wymogami SIWZ. Wykonawca ten bowiem złożył ofertę na formularzu, w którym jednoznacznie wskazano, iż chodzi o część IV zamówienia zresztą tylko na tę część złożył ofertę, wypełniając „Formularz ofertowy” dla części IV i załączając dokumenty dotyczące tej właśnie części. A ponadto zamawiający posiada dane niezbędne do dokonania poprawy stwierdzonej omyłki, nie ingerując w sposób istotny w treść oferty. Termin realizacji zamówienia był bowiem jednoznacznie określony w SIWZ dla tej części zamówienia. Nie było to w żaden sposób uzależnione od woli wykonawcy. Wykonawca miał tylko wykreślić tę część, która nie dotyczyła tego zamówienia. W tym przypadku zamawiający nie przewidział bowiem żadnej alternatywy. Wykonawcy zobowiązani byli jedynie wykreślić tę część oświadczenia zawartego w punkcie 5, która odnosiła się do innych części zamówienia. Zamawiający dysponował wiedzą w jaki sposób ofertę należy poprawić. Wskazanie w SIWZ terminu realizacji zamówienia narzucało bowiem sposób jej poprawy Alternatywa określona w punkcie 5 wynikała stąd, iż zamawiający przewidział jeden formularz ofertowy dla wszystkich części zamówienia, doprowadzając w ten sposób do zaistniałych omyłek zarówno w ofercie wykonawcy Kancelaria Prawna, jak i innych wykonawców (zamawiający stwierdził bowiem na rozprawie, że tego rodzaju omyłki wystąpiły także w ofertach złożonych dla innych części zamówienia). Uwzględniając powyższe, w danym stanie faktycznym Izba uznała, że nie wykreślenie jednego z alternatywnie wskazanych terminów realizacji zamówienia stanowi omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Powyższa omyłka skutkuje niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ, a jej poprawienie nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Termin był bowiem z góry określony, znany zamawiającemu i wykonawcom. Dokonanie poprawy nie wymaga więc jakiegokolwiek dodatkowego oświadczenia ze strony wykonawcy wykraczającego poza treść złożonej oferty. Zamawiający powinien więc dokonać poprawy w treści oferty wykonawcy Kancelaria Prawna w zakresie terminu realizacji umowy. Na takiej samej zasadzie zamawiający powinien dokonać poprawy w punkcie 8 „Formularza oferty” dotyczącym oświadczenia o zapoznaniu się ze wzorem umowy. Poprawa winna być dokonana poprzez wykreślenie numeru załącznika, którego ono nie dotyczy. I w tym przypadku oczywistym jest bowiem, że wykonawca Kancelaria Prawna złożył ofertę na część IV zamówienia, a tym samym akceptuje wzór umowy dla tej jego części.

**Zarzut 2 dotyczący zaniechania odtajnienia dokumentów oraz oświadczeń złożonych przez wykonawcę Kancelaria Prawna w ofercie, tj. referencji oraz oświadczeń wykonawcy złożonych na potwierdzenie należytego wykonania usług potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż wykonawca Kancelaria Prawna objął tajemnicą przedsiębiorstwa dokumenty oraz oświadczenia zawarte na stronach 43 - 91 oferty.

Odwołujący w dniu 26 sierpnia 2014 r. zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie mu oferty wykonawcy Kancelaria Prawna.

W dniu 29 sierpnia 2014 r. zamawiający udostępnił odwołującemu jawną część oferty wykonawcy Kancelaria Prawna.

Pismem z dnia 1 września 2014 r. zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do wykonawcy Kancelaria Prawna do złożenia wyjaśnień w zakresie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów złożonych wraz z ofertą w prowadzonym postępowaniu.

Wykonawca Kancelaria Prawna, pismem z dnia 5 września 2014 r., udzielił wyjaśnień wskazując przesłanki faktyczne i prawne dotyczące opatrzenia klauzulą „tajemnicy przedsiębiorstwa” informacji zawartych we wspomnianym piśmie, w zakresie dokumentów załączonych do oferty, znajdujących się na stronach 43-91.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Bezpodstawne są twierdzenia zamawiającego i wykonawcy Kancelaria Prawna jakoby zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia dokumentów oraz oświadczeń złożonych przez wykonawcę Kancelaria Prawna w ofercie, tj. referencji oraz oświadczeń wykonawcy złożonych na potwierdzenie należytego wykonania usług został podniesiony po upływie terminu przewidzianego na wniesienie odwołania. Odwołujący w dniu 29 sierpnia 2014 r. powziął bowiem jedynie informację o tym, że w ofercie wykonawcy Kancelaria Prawna znajdują się dokumenty oznaczone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie miał jednak wiedzy czy zamawiający dokonał weryfikacji prawidłowości zastrzeżenia, czy też takiej weryfikacji dopiero dokona. Tymczasem, jak wynika z akt postępowania, w dniu udostępnienia odwołującemu oferty wykonawcy Kancelaria Prawna weryfikacja ta nie była jeszcze dokonana. Zamawiający badał bowiem zasadność wyłączenia jawności określonych dokumentów zawartych w treści oferty tego wykonawcy dopiero później, a mianowicie po złożeniu przez odwołującego wniosku o udostępnienie mu treści oferty wykonawcy Kancelaria Prawna (wniosek został złożony w dniu 26 sierpnia 2014 r.) i udostępnieniu mu tej części oferty, która tajemnicą przedsiębiorstwa nie była objęta. Zamawiający bowiem dopiero pismem z dnia 1 września 2014 r. wezwał wykonawcę Kancelaria Prawna do złożenia wyjaśnień w zakresie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów złożonych wraz z ofertą w prowadzonym postępowaniu.

Zamawiający nie informował również odwołującego o wyniku weryfikacji prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie tego wykonawcy Tym samym, w tym konkretnym stanie faktycznym, termin na wniesienie odwołania w zakresie tego zarzutu należ liczyć od daty przekazania odwołującemu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. 26 września 2014 r. Dlatego też zarzut ten podlegał merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę.

Niewątpliwym jest, iż aby można było mówić o uprawnionym bądź nieuprawnionym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa zamawiający powinien dokonać oceny, czy łącznie zostały spełnione przesłanki z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), a więc dokonać oceny, jaki charakter mają zastrzeżone informacje i czy są one takimi informacjami, które są nieznanne ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca ma wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnych odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. To zamawiający bada bowiem skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępnienia informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia (uchwała SN z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05). A ponieważ podstawową zasadą zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od tej zasady musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób. Tak więc wszelkie odstępstwa od zasady jawności muszą być uzasadnione i udowodnione. Obecnie praktyką wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia stało się nieuprawnione obejmowanie tajemnicą przedsiębiorstwa niemal całych wniosków i ofert składanych w postępowaniu. Wykonawcy zastrzegają bowiem informacje nie mające takiego charakteru, a – jak się wydaje - jedynie po to by utrudnić konkurentom weryfikację składanych przez nich wniosków czy też ofert, co w konsekwencji powoduje naruszenie podstawowych zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W niniejszym stanie faktycznym zamawiający badał zasadność zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa części oferty wykonawcy Kancelaria Prawna (str. 43-91 oferty). Niemniej jednak w sposób nieprawidłowy dokonał oceny wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę. Zamawiający nie może bowiem bezkrytycznie akceptować wyjaśnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, łącząc prawidłowość zastrzeżenia określonych informacji tylko i wyłącznie z faktem ich złożenia. Dlatego też Izba uznała, iż zamawiający zobowiązany jest odtajnić następujące informacje zastrzeżone przez wykonawcę Kancelaria Prawna jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. referencje i listy referencyjne dotyczące usług zrealizowanych na rzecz podmiotów publicznych. Tym bardziej, że usługi te zostały wyspecyfikowane w „Wykazie wykonanych usług”, część I i II (str. 8-39 oferty) i wykaz ten nie został objęty przez wykonawcę tajemnicą przedsiębiorstwa, mimo, iż już w tym wykazie podano w nim m.in. rodzaj zrealizowanych usług, w tym ich zakres i nazwę, nazwę i adres podmiotu na rzecz którego usługi te były wykonywane, dokładną wartość usługi (część I wykazu) oraz rodzaj usług, w tym ich zakres i nazwę, nazwę i adres podmiotu na rzecz, którego była one wykonywane (część II wykazu). Tak więc już znaczna ilość informacji zastrzeżonych przez wykonawcę w złożonych referencjach jako stanowiące tajemnicę

przedsiębiorstwa została już wcześniej podana w złożonym wraz z ofertą wykazie usług. A ponadto wskazane usługi zostały zrealizowane na rzecz pomiotów publicznych, a tego rodzaju informacje dostępne są zarówno w trybie ustawy Pzp (art. 139 ust. 3 ustawy Pzp), jak i ustawy o dostępie do informacji publicznej. Dlatego też ich utajnianie w sytuacji, gdy usługi te były realizowane na rzecz podmiotów publicznych jest nieuprawnione. Wykonawca nie wykazał bowiem poza powołaniem się na to, że informacje te nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, iż zachodzą w stosunku do nich podstawy do objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Kancelaria Prawna nie wyczerpują przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z treści tych dokumentów nie wynika także, aby wykonawca ten podjął jakieś dodatkowe kroki, poza zastrzeżeniem tego dokumentu jako poufnego w ofercie, w celu ochrony informacji przed dostępem osób trzecich. Nie wskazuje na to w szczególności treść referencji, z których nie wynika, aby strony umowy zastrzegały możliwość posługiwania się dokumentem w obiegu gospodarczym. Samo zastrzeżenie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa treści referencji nie dowodzi, iż również druga strona umowy informacje dotyczące realizowanej inwestycji objęła ochroną przed jej rozpowszechnianiem.

Natomiast Izba uznała zasadność zastrzeżenia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa i zawartych w „oświadczeniach” wykonawcy Kancelaria Prawna, uznając iż wykonawca ten wykazał prawidłowość ich zastrzeżenia. Ich treść, w sytuacji gdy pochodzą wyłącznie od wykonawcy, istotnie mogła być nie ujawniona.

### **Zarzut 3 dotyczący dokumentów złożonych przez wykonawcę Kancelaria Prawna w ramach kryterium „doświadczenie wykonawcy” potwierdził się.**

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale VII SIWZ „Kryteria i zasady oceny ofert”, ust. 2, pkt 2, ppkt 3 podał, iż „ocena ofert w ramach kryterium „Doświadczenie wykonawcy” zostanie przeprowadzona dla usług wykonanych przez Wykonawcę i wskazanych w załączonym do oferty wykazie usług, zgodnie ze wzorem, stanowiącym Załącznik nr 13 do SIWZ – Wykaz wykonanych usług”.

W treści Załącznika nr 13 do SIWZ – Wykaz wykonanych usług (wzór dla części IV zamówienia) zamawiający pod tabelą „II część - Wykaz zrealizowanych usług podlegających ocenie punktowej” zamieścił postanowienie „Do wykazu Wykonawca winien załączyć dowody potwierdzające, że ww. usługi zostały wykonane należycie w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. W przypadku, gdy Wykonawca nie przedłoży przedmiotowego potwierdzenia, (...), zamówienie nie będzie oceniane (punktowane)”.

Zamawiający, odpowiadając na pytania wykonawców, pismem z dnia 12 sierpnia 2014 r., tj. pytanie „(...) jakie dokumenty powinny zostać złożone, by Zamawiający uznał okoliczność należytego wykonania za wystarczająco udowodnioną”, podał „wymogi oraz

wszelkie informacje, o których mowa (...) oraz w Rozdziale IV podrozdział II pkt 2 ppkt 2 lit. c) SIWZ, zostały określone z rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, a jakich te dokumenty mogą być składane” (pytanie nr 3). Nadto odpowiadając na pytanie nr 9 „czy usługi wskazane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu także mogą być wskazane w wykazie usług podlegających ocenie punktowej celem przyznania za nie punktów w kryterium doświadczenie” podał „TAK”.

Wykonawca Kancelaria Prawna złożył wykaz zrealizowanych usług podlegających ocenie punktowej, załączając dokumenty potwierdzające, że usługi te zostały wykonane należycie, tj. listy referencyjne i oświadczenia wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż zamawiający dla oceny punktowej w ramach kryterium „doświadczenie wykonawcy” wymagał złożenia przez wykonawców wykazu zrealizowanych usług na potwierdzenie należytego wykonania, których – zgodnie z treścią załącznika nr 13 - wykonawcy zobowiązani byli załączyć dowody potwierdzające, że usługi te zostały wykonane należycie. Nie sprecyzował przy tym (w tym załączniku) co przez te „dowody” należy rozumieć. Natomiast czym są „dowody” podał, odnosząc się do sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wskazał bowiem, iż dowodami są poświadczenia, a w przypadku zamówień na usługi oświadczenia wykonawcy jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia. A ponieważ, odpowiadając na pytanie numer 9, odwołał się do dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, to tym samym wskazał, iż na potwierdzenie należytego wykonania usług wyspecyfikowanych w wykazie usług podlegających ocenie punktowej celem przyznania za nie punktów w kryterium doświadczenie również powinny zostać złożone poświadczenia a oświadczenia dopiero wówczas gdy wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczeń. Zamawiający sprecyzował więc rodzaj dokumentów jakie mieli złożyć wykonawcy na potwierdzenie należytego wykonania wskazanych w tabeli usług. Miały to być poświadczenia a tylko wyjątkowo oświadczenia wykonawcy. Skoro więc wykonawca Kancelaria Prawna złożył oświadczenia zamiast wymaganych poświadczeń i nie można z ich treści wywieść istnienia rzeczywistych przyczyn o obiektywnym charakterze powodujących niemożność uzyskania poświadczenia, zwłaszcza że odwołujący w odniesieniu do dwóch ze zrealizowanych usług, wykazał, iż istnieje możliwość uzyskania poświadczeń dotyczących tych realizacji, to w tym zakresie nie powinien otrzymać punktów. Zamawiający, co prawda, podnosił, iż nawet gdyby punkty dotyczące usług potwierdzonych oświadczeniami nie zostały przyznane to i tak oferta wykonawcy Kancelaria Prawna była by uznana za ofertę najkorzystniejszą. Niemniej jednak okoliczności tej nie wykazał. Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....