

WYROK
z dnia 25 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Magdalena Grabarczyk**
Danuta Dziubińska
Emil Kawa

Protokolant: **Konrad Wyrzykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę MGGP S.A. w Tarnowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, działający przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze

przy udziale wykonawcy SAFEGE S.A.S. w Nanterre (Francja) zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża MGGP S.A. w Tarnowie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez MGGP S.A. w Tarnowie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od MGGP S.A. w Tarnowie na rzecz Skarbu Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, działający przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze kwotę 18.924 zł 45 gr (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset dwadzieścia cztery złotych czterdzieści pięć groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu strony na posiedzenie.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, działający przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest usługa wsparcia oraz pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją kontraktów: „Budowa autostrady A1 8 Olszyna - Gołnice (przebudowa jezdni południowej) odcinek 3 od km 33+760,00 do km 50+000,00” oraz „Budowa autostrady A18 Olszyna - Gołnice (przebudowa jezdni południowej) odcinek 4 od km 50+000,00 do km 71+533,00”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 16 września 2020 r. pod pozycją 2020/S 180-434865. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania wykonawca MGPP S.A. w Tarnowie wniósł odwołanie 6 kwietnia 2021 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia z postępowania SAFEGE S.A.S. pomimo, że wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert, tj. nie odpowiadające rzeczywistości informacje dotyczące funkcji pełnionej pana M. S., którego doświadczenie miało podlegać ocenie w ramach kryteriów oceny ofert Podkryterium 2.3;
2. art. 91 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez nieprawidłową ocenę oferty SAFEGE S.A.S. i przyznanie punktów wykonawcy w kryterium oceny ofert Doświadczenie Personelu Wykonawcy Podkryterium 2.1. Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej oraz Podkryterium 2.3. Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej, wskutek czego oferta SAFEGE S.A.S została oceniona jako najkorzystniejsza, co doprowadziło do jej wyboru;
3. art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp przez nieuzasadnione przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez SAFEGE S.A.S., tj. informacje zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny złożonych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 25 listopada 2020 r. oraz uzasadnienie zastrzeżenia tych informacji stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i w ślad za tym zaniechanie udostępnienia

wskazanych dokumentów odwołującemu, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia naczelnej zasady prawa zamówień publicznych, tj. zasady jawności postępowania, a także do pozbawienia możliwości kompleksowej weryfikacji oferty SAFEGE S.A.S. w zakresie skuteczności obalenia domniemania rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności z dnia 30 marca 2021 r. polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty SAFEGE S.A.S.;
2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
3. odtajnienia i udostępnienia odwołującemu dokumentów przedłożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez wykonawcę SAFEGE S.A.S. tj.: wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oraz uzasadnienia zastrzeżenia tych wyjaśnień;
4. nieprzyznania SAFEGE S.A.S. punktacji w Podkryterium 2.1, oraz Podkryterium 2.3;
5. wykluczenia wykonawcy SAFEGE S.A.S. z postępowania;

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, że zamawiający wymagał dla wykazania doświadczenia na stanowisku Kierownika robót drogowych, doświadczenia odnoszącego się prac, gdzie minimalna długość odcinka wynosiła 3 km. Tymczasem SAFEGE w żadnym miejscu Formularza 2.1. i 2.2. nie wskazał, że zadanie to dotyczyło odcinka o długości co najmniej 3 km. Zastosowanie przez zamawiającego art. 87 ust. 1 Pzp oraz przyznanie SAFEGE punktów na podstawie uzupełnionych informacji narusza przepisy ustawy. Informacje przedstawiane przez wykonawców w ramach kryteriów oceny ofert nie mogą bowiem podlegać modyfikacjom i uzupełnieniom po upływie terminu składania ofert. Takie wyjaśnienia, jako zmieniające treść oferty w zakresie przedmiotowego kryterium nie powinny być uwzględnione przez zamawiającego.

Odwołujący zarzucił, że żaden z obiektów wskazanych w pkt 2.3. Formularza nie potwierdza wymaganego doświadczenia w ramach Podkryterium 2.3. W szczególności wykonawca nie przywołał nazwy obiektu, co powoduje brak możliwości sprawdzenia poprawności przedstawionych informacji. Dodatkowo, w miejscu gdzie wykonawca podał np. długość obiektu lub rozpiętość przęsła, brakuje wskazania klasy obciążenia i na odwrót, a więc żadne wskazane w wykazie informacje nie są kompletne i nie pozwalają na stwierdzenie, że M. S. posiada doświadczenie pozwalające na przyznanie punktów w ramach przedmiotowego podkryterium. Wątpliwości zdaniem odwołującego budzi również stanowisko p. M. S., który zgodnie z oświadczeniem SAFEGE, na wskazanym zadaniu pełnił funkcję Koordynatora/kierownika budowy obiektów mostowych, podczas gdy zamawiający wymagał doświadczenia na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Mostowych lub Inspektora Nadzoru robót mostowych. W ocenie Odwołującego stanowisko Pana S. nie odpowiadało wymaganiom zamawiającego, a dodatkowo wykonawca wskazując na nazwę stanowiska, która - jak wynika z późniejszych wyjaśnień wykonawcy, nie odpowiadała rzeczywistemu stanowisku tej osoby, przekazał informacje wprowadzające w błąd.

W wyniku wezwania z 23 lutego 2021 r. SAFEGE dokonał nieuprawnionej zmiany treści oferty przez:

- 1) uzupełnienie nazwy zadania wskazanego na potwierdzenie posiadania dodatkowego doświadczenia w ramach Podkryterium 2.3: Budowa autostrady A-1 na odcinku: od węzła „ŚWIERKLANY” (bez węzła) do „granicy państwa z Republiką Czeską w Gorzycach”;
- 2) uzupełnienie informacji w zakresie rodzaju zadania: budowa odcinka autostrady;
- 3) zmiany pełnionej przez M. S. funkcji z Kierownika Budowy obiektów mostowych na Kierownika Robót Mostowych.

Odwołujący zarzucił, że nie miał możliwości zapoznania się ani z uzasadnieniem zastrzeżenia ani też z właściwymi wyjaśnieniami SAFEGE i opierając się na treści wezwania, można mieć uzasadnione wątpliwości czy całość wyjaśnień może i powinna korzystać z ochrony jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Wykonawca SAFEGE S.A.S. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

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

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w pkt 19 SIWZ ustalił, że jednym z kryteriów oceny ofert jest Kryterium Doświadczenie personelu Wykonawcy o łącznej wadze 18% (18 punktów), na które składa się doświadczenie dwóch dodatkowych Inspektorów Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej - 10 punktów (5 pkt za doświadczenie każdego z inspektorów - Podkryterium 2.1.) oraz dwóch dodatkowych Inspektorów Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej - 8 punktów (po 4 pkt za doświadczenie każdego z inspektorów - Podkryterium 2.3.).

Dla otrzymania 5 punktów za doświadczenie Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej zgodnie z pkt 19.1.3.2 a) wykonawcy powinni wykazać minimum 12 miesięczne doświadczenie przy realizacji 1 zadania obejmującego budowę lub przebudowę lub remont lub nadzór nad budową lub przebudową lub remontem dróg lub ulic klasy min. S o wartości robót co najmniej 100.000.000 zł netto, na stanowisku/stanowiskach:

- kierownika budowy lub
- kierownika robót drogowych dla odcinka o długości min. 3 km lub
- inspektora nadzoru robót drogowych.

Zamawiający stwierdził, że za niewykazanie zadania/zadań potwierdzających powyższe wymagania wykonawca otrzyma 0 punktów. Za zadania/zadanie, które nie potwierdza w pełni spełnienia powyższych wymagań wykonawca otrzyma 0 punktów.

Dla otrzymania 4 punktów za doświadczenie Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej

mostowej zgodnie z pkt 19.1.3.2 c) wykonawcy powinni wykazać minimum 12 miesięczne doświadczenie przy realizacji 1 zadania obejmującego budowę lub przebudowę lub remont lub nadzór nad budową lub przebudową lub remontem dróg lub ulic klasy min. S o wartości robót co najmniej 100.000.000 zł netto, którego zakres obejmował budowę lub przebudowę łącznie min. 2 obiektów mostowych, każdy o dowolnej konstrukcji i obciążeniu dla klasy A oraz o rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła co najmniej 15 m lub długości obiektu co najmniej 40 m na stanowisku/stanowiskach:

- kierownika budowy lub
- kierownika robót mostowych lub
- inspektora nadzoru robót mostowych.

Zamawiający stwierdził, że za niewykazanie zadania/zadań potwierdzających powyższe wymagania wykonawca otrzyma 0 punktów. Za zadania/zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań wykonawca otrzyma 0 punktów.

W odpowiedzi SAFEGE złożył Formularz 2.2. Kryteria pozacenowe, gdzie w ramach Podkryterium 2.1. wskazał doświadczenie Pana D. G. . Na potwierdzenie posiadania dodatkowego doświadczenia SAFEGE wskazał, że Pan G. w okresie od 01.07.2010 r. do 15.07.2012 r. pełnił funkcję Kierownika robót drogowych w ramach zadania pn.: Budowa drogi ekspresowej S5 Gniezno - Poznań (Węzeł Kleszczewo): odcinek II Czachurki - Kleszczewo. Zgodnie z informacją zawartą w formularzu, inwestycja ta dotyczyła budowy drogi klasy S o wartości robót 429,15 mln PLN netto i została zrealizowana na rzecz GDDKiA, Oddział w Poznaniu. W ramach Podkryterium 2.3. na stanowisko Inspektora nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej wskazał doświadczenie Pana M. S. . Na potwierdzenie posiadania dodatkowego doświadczenia SAFEGE wskazał, że Pan S. w okresie od 01.12.2010 r. do 30.09.2013 r. pełnił funkcję Koordynatora/kierownika budowy obiektów mostowych w ramach zadania pn.: Autostrada A-I odc. Świerklany - Gorzyczki. Zgodnie z informacją zawartą w formularzu, inwestycja ta dotyczyła budowy 32 obiektów mostowych o wartości robót mostowych 78.250.000,00 zł netto oraz o całkowitej wartości robót 550.000.000 zł i została zrealizowana na rzecz GDDKiA Katowice. W odniesieniu do cech charakterystycznych robót mostowych (nazwa obiektu, klasa obiektu, rozpiętości przęseł oraz długość obiektu) SAFEGE wskazał, że zadanie obejmowało:

- 10 wiaduktów nad autostradą, jeden kl. A, dwuprzęsłowych o sprężonej konstrukcji płyty pomostowej i posadowionych na palach wielkośrednicowych (3.482.928 zł);
- 5 mostów w ciągu autostrady klasy "A", jedno i trójprzęsłowych, sprężonych, posadowionych na palach wielkośrednicowych (5.440.471 zł);
- 3 obiektów mostowych autostradowych o kontr, żelbetowej ramowej (1.629.820 zł);
- 3 wiaduktów nad autostradą klasy "A" o stalowej konstrukcji łukowej ze sprężoną płytą pomostową o długości przęsła 75m+96m i długości całkowitej 96m+111 m (5.781.808 zł);
- 8 obiektów mostowych żelbetowych w obrębie autostrady (857.232 zł);
- 1 obiektu mostowo tunelowego kl. A o konstrukcji żelbetowej pod autostradą (2.127.325 zł);
- 2 węzłowych obiektów mostowych klasy „A”, połączonych w środku przęsła obiektu głównego

autostradowego czteroprzęsłowego, typu „extradosed” (belkowo-wantowy) o dł. całkowitej 402,5m i szer. i max. 44,7m rozpiętości teoretycznej 60+2x130+60, z pięcioprzęsłową łącznicą o dł. 281m z przęsłami o rozpiętości teoretycznej 37,50+2x50+43+101,22 (58.938.447 zł).

W toku postępowania zamawiający badał cenę oferty SAFAGE S.A.S. Pismem z 25 listopada 2020 r. zwrócił się w trybie art. 90 ust. 1 i 1a Pzp o wyjaśnienie elementów ceny tej oferty z uzasadnieniem, że jest to cena niższa o ponad 30% od wartości szacunkowej zamówienia. Przystępujący udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie. W piśmie z 4 grudnia 2020 r. złożył wyjaśnienia ceny oferty, które zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Część pisma uzasadniająca zastrzeżenie nie została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa przystępującego, znajduje się pod stwierdzeniem „koniec tajemnicy przedsiębiorstwa”.

2 lutego 2021 r. zamawiający wybrał ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą. Ofercie SAFEGE w Podkryterium 2.1. i 2.3. nie przyznał punktów. Zamawiający wskazał w uzasadnieniu, że w wykazie nie wskazano i nie doprecyzowano długości odcinka na jakim sprawowana była funkcja Kierownika Robót Drogowych, ani podano pełnej nazwy zadania oraz rodzaju zadania. Nie doprecyzowano na jakich zadaniach wskazana osoba była koordynatorem a na jakich sprawowała funkcję Kierownika Budowy.

SAFEGE wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając zamawiającemu nieprawidłową ocenę oferty i brak przyznania odwołującemu właściwej liczby punktów w Podkryterium 2.1 oraz Podkryterium 2.3. Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzył czynność oceny ofert.

23 lutego 2021 r. zamawiający wezwał SAFEGE do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust 1 Pzp w zakresie kryteriów oceny ofert. Zamawiający zapytał, czy na zadaniu wskazanym w ramach Podkryterium 2.1 Pan D. G. sprawował funkcję Kierownika Robót Drogowych dla odcinka o długości min. 3 km. Żądał również wyjaśnienia, czy wskazane w ramach Podkryterium 2.3 zadanie obejmuje: budowę lub przebudowę lub remont lub nadzór nad budową lub przebudową lub remontem dróg lub ulic oraz w zakresie wyjaśnienia określenia „Kierownik Budowy obiektów mostowych” w kontekście wymagania dotyczącego wykazania doświadczenia na stanowisku/stanowiskach Kierownika budowy/Kierownika Robót Mostowych.

W odpowiedzi z 3 marca 2021 r. SAFEGE wyjaśnił i potwierdził, że zadanie wykazane w formularzu 2.2. Kryteria Pozacenowe w Podkryterium 2.1. dotyczyło odcinka o długości co najmniej 3 km. Natomiast zadanie dotyczące Podkryterium dotyczyło budowy odcinka autostrady A-1 od km 548+897 do km 567+223. Wyjaśnił również, że określenie Kierownik budowy obiektów mostowych to stanowisko tożsame z Kierownikiem Robót Mostowych. Pan M. S. pełnił funkcję Kierownika Robót Mostowych (zgodnie z wymaganiami Inwestora oraz wpisami w Dzienniku Budowy). SAFEGE poinformował, że w umowie pomiędzy Panem M. S. a wykonawcą zastosowano nazwę stanowiska Kierownik budowy obiektów mostowych, jednak pełnione obowiązki odpowiadały funkcji Kierownika Robót Mostowych.

W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł odwołanie.

Prezentowane ustalenia zostały dokonane na podstawie dowodów z wymienionych dokumentów, które w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez zamawiającego znajdują się w dokumentacji postępowania.

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2020 ze zm.) do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Natomiast stosownie do art. 92 ust. 2 powołanej ustawy do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.). W związku z tym Izba rozpoznała odwołanie stosując w zakresie procedury odwoławczej przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) dalej jako: „nPzp”, natomiast do oceny zarzutów odwołania przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.).

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 nPzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Przesłanki wymagane ustawą zostały więc spełnione.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Okoliczności faktyczne są niesporne. Przedmiotem sporu jest w pierwszej kolejności ocena, czy wyjaśnienia złożone przez przystępującego doprowadziły do uzupełnienia oferty w części dotyczącej kryteriów pozacenowych i wprowadzają w błąd zamawiającego co do stanowiska Pana S. . Mniej akcentowanym elementem sporu jest zastrzeżenie wyjaśnień dotyczących ceny oferty przystępującego jako tajemnicy jego przedsiębiorstwa.

Art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia 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. Przesłanki konieczne czynności wykluczenia na podstawie powołanego przepisu to: przedstawienie przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego oraz istotny wpływ tych informacji na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego powinno być zawinione przez wykonawcę, czyli wynikać z jego lekkomyślności lub niedbalstwa, a pomiędzy wskazanymi przesłankami powinien istnieć adekwatny związek przyczynowo-

skutkowy. Przesłanki wymienione w przywołanym przepisie muszą być spełnione łącznie. Brak ziszczenia choćby jednej z nich oznacza, że czynność wykluczenia nie powinna być wykonana.

W ocenie Izby nie doszło do wprowadzenia w błąd zamawiającego. Przystępujący w Formularzu 2.2. wskazał, że Pan M. S. pełnił funkcję Koordynatora/kierownika budowy obiektów mostowych. Tak pełniona przez niego funkcja została określona przez wykonawcę. Potwierdził to przystępujący jednocześnie przyporządkowując tę funkcję do katalogu funkcji wskazanych w SIWZ. Przystępujący wskazał, że jest to funkcja, której zakres i odpowiedzialność odpowiada obowiązkowi Kierownika Robót Mostowych. Odwołujący nie zaprzeczył temu stwierdzeniu, nie podniósł i nie wywiódł również, że Pan M. S. w rzeczywistości nie wykonywał wskazanej funkcji. W tym stanie rzeczy Izba uznała zatem, że brak jest podstaw do uznania, że doszło do wprowadzenia w błąd zamawiającego. Opis stanowiska jako kierownik budowy obiektów mostowych nie zamyka drogi wykonawcom do powołania się na doświadczenie zdobyte w związku z pełnieniem tej funkcji, w sytuacji gdy funkcja ta odpowiada funkcjom, których zamawiający wymagał. Brak jest również podstaw ku temu, by uznać, że przystępujący działał niedbale lub lekkomyślnie. Przeciwnie, przystępujący podał zamawiającemu informacje zgodne ze stanem faktycznym, co odpowiada modelowi staranności oczekiwanej od uczestnika rynku zamówień publicznych. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp nie znalazł potwierdzenia.

W ocenie Izby nie doszło do naruszenia art. 91 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. Naruszenia tych regulacji odwołujący dopatruje się w związku z wyjaśnieniem oferty przystępującego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Przepis ten stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Wynikają z niego następujące dyrektywy. Po pierwsze, zamawiający jest uprawniony do wyjaśnienia oferty w zakresie zawartych w niej treści, czyli zakres przedmiotowy wyjaśnień określa treść oferty, a z przepisu nie wynika wyłączenie możliwości uzyskania wyjaśnień w odniesieniu do informacji dotyczących kryteriów oceny ofert. Po drugie, zakazane jest ustalanie treści oferty przez uzgadnianie jej treści przez strony (zakaz negocjacji). Po trzecie, tryb wyjaśnień nie może doprowadzić do zmiany świadczenia oferowanego zamawiającemu przez wykonawcę, ani zmiany dotyczących innych treści oferty, w tym również w zakresie kryteriów oceny ofert. Granice dopuszczalnych zmian określają art. 87 ust. 1 i 2 Pzp.

Zamawiający był uprawniony do tego, aby wyjaśnić ofertę przystępującego w odniesieniu do kryterium oceny ofert Doświadczenie Personelu Wykonawcy Podkryterium 2.1. Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej oraz Podkryterium 2.3. Inspektor Nadzoru. Po pierwsze, zamawiający wyjaśniał doświadczenie Pana G. i Pana S. w odniesieniu do inwestycji wskazanych w Formularzu 2.2., czyli w zakresie treści wskazanych w ofercie. Po drugie, nie doszło do uzgodnienia treści oferty. W ocenie Izby, w okolicznościach sporu można mówić wyłącznie o doprecyzowaniu treści oferty przez podkreślenie treści, które zamawiający uznał wcześniej za

wskazane nie dość jasno. Jest to szczególnie widoczne w przypadku doświadczenia Pana G., gdzie oświadczenie o wymaganej długości odcinka znajdowało się w treści formularza i przystępujący złożył oświadczenie potwierdzające spełnienie tego wymagania. Po trzecie, nie doszło do zmiany treści oferty. W złożonych wyjaśnieniach przystępujący doprecyzował nazwę zadania w ramach wskazanej wcześniej inwestycji budowa autostrady A-1 Świerklany – Gorzyczki wskazując, że dotyczy to odcinka: od węzła „ŚWIERKLANY” (bez węzła) do „granicy państwa z Republiką Czeską w Gorzycach”. Doprecyzowująco wskazał również, że inwestycja ta była budową, a nie przebudową lub remontem albo nadzorem. Odniósł się również do nazwy stanowiska, co Izba scharakteryzowała we wcześniejszej części uzasadnienia.

Zamawiający wyjaśniał ofertę przystępującego wyłącznie w odniesieniu do inwestycji i osób wskazanych w Formularzu 2.2. oraz w zakresie obowiązków tych osób. W ramach wyjaśnień nie doszło do powstania stanu, który nie istniał w dacie złożenia oferty. Informacje relewantne dla uzyskania punktów w Podkryteriach 2.1. i 2.3. nie zostały wytworzone przez przystępującego po złożeniu oferty, gdyż były zawarte w Formularzu 2.2.i w toku wyjaśnień zostały jedynie uwypuklone. Zamawiający dokonał prawidłowej oceny oferty SAFEGE S.A.S. i zgodnie z ustawą przyznał punkty temu wykonawcy w kryterium oceny ofert Doświadczenie Personelu Wykonawcy Podkryterium 2.1. Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej oraz Podkryterium 2.3. Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej mostowej. Również prawidłowo ocenił tę ofertę jako najkorzystniejszą i dokonał jej wyboru.

Odnosząc się do naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp Izba zważyła, że skoro przystępujący nie dokonał zastrzeżenia wyjaśnień ceny oferty jako tajemnicy swego przedsiębiorstwa, to obowiązkiem zamawiającego było ich udostępnienie odwołującemu. Jeśli zamawiający tego nie dokonał, naruszył przepisy ustawy. Naruszenie to nie miało i nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania, gdyż w wyjaśnieniach zastrzeżenia przystępujący odniósł się do wszystkich przesłanek zawartych w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazując na swoje indywidualne uwarunkowania umożliwiające uznanie zastrzeganych informacji jako zbioru mającego dla odwołującego wartość gospodarczą, o braku ich dostępności tych informacji oraz o podjętych przez niego działaniach umożliwiających zachowanie ich w poufności. Zwraca uwagę natomiast fakt, że odwołujący domagając się udostępnienia wyjaśnień w żaden sposób nie wykazuje, że zastrzeżenie wyjaśnień ceny w realiach badanego postępowania nie powinno mieć miejsca. Uważna lektura uzasadnienia zarzutu składnia do konstatacji, że jego istota sprowadza się do przekonania, że takie wyjaśnienia powinny być zastrzegane jedynie w części. Z taką oceną nie sposób się zgodzić. Możliwość kompleksowej weryfikacji ceny oferty przez konkurentów nie jest celem samym w sobie, lecz ma na celu z jednej strony zapewnienie prawidłowego konkurencyjnego zamówienia, z drugiej ochronę zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości wynikającą z zaniżenia ceny oferty. Izba uznała zastrzeżenia wyjaśnień SAFAGE za prawidłowe.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 4 art. 553 ust. 1, art. 554 ust. 1 nPzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 574 i 575 nPzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz koszty dojazdu na posiedzenie stosownie do z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....

.....