

Sygn. akt: KIO 1290/21

Sygn. akt: KIO 1316/21

Sygn. akt: KIO 1329/21

WYROK

z dnia 21 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Członkowie: Bartosz Stankiewicz
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 16 czerwca 2021 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu:

A. w dniu 30 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A. z siedzibą w Szczecinie,**

B. w dniu 4 maja 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, B-Act Sp. z o.o., z siedzibą w Bydgoszczy, SIA ISLIENA V, z siedzibą w Rydze,**

C. w dniu 4 maja 2021 r. przez wykonawcę **TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni,**

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, B-Act Sp. z o.o., z siedzibą w Bydgoszczy, SIA ISLIENA V, z siedzibą w Rydze** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1290/21 oraz KIO 1329/21 po stronie zamawiającego,

- B. wykonawcy **Sweco Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1290/21, KIO 1316/21 oraz KIO 1329/21 po stronie zamawiającego,
- C. wykonawcy **TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1290/21 oraz KIO 1316/21 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołania o sygn. akt: KIO 1290/21 oraz o sygn. akt: KIO 1316/21.
2. Uwzględnia odwołanie o sygn. akt: KIO 1329/21 w zakresie zarzutu:
 - 2.1 naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i nakazuje zamawiającemu: (i) unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej; (ii) unieważnić czynność odrzucenia oferty wykonawcy TPF Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie; (iii) dokonać oceny oferty wykonawcy TPF Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie w kryterium pozacenowym; (iv) dokonać ponownego badania i oceny ofert;
 - 2.2 naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp i nakazuje zamawiającemu odtajnienie następujących dokumentów złożonych przez wykonawcę SEWCO Polska sp. z o.o.: Wykaz Personelu – załącznik nr 1 Formularza Ofertowego oraz Wykaz osób – Załącznik nr 7 do SIWZ.
 - 2.3 W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1290/21 obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A. z siedzibą w Szczecinie** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A. z siedzibą w Szczecinie** tytułem wpisu od odwołania;

- 3.2. zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A. z siedzibą w Szczecinie** na rzecz zamawiającego kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych przez pełnomocnika zamawiającego.
4. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1316/21 obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: **Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, B-Act Sp. z o.o., z siedzibą w Bydgoszczy, SIA ISLIENA V, z siedzibą w Rydze** i:
- 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: **Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, B-Act Sp. z o.o., z siedzibą w Bydgoszczy, SIA ISLIENA V, z siedzibą w Rydze** tytułem wpisu od odwołania;
- 4.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: **Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, B-Act Sp. z o.o., z siedzibą w Bydgoszczy, SIA ISLIENA V, z siedzibą w Rydze** na rzecz zamawiającego kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych przez pełnomocnika zamawiającego.
5. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO 1329/21 obciąża zamawiającego w części 2/3 i wykonawcę **TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w części 1/3 i:
- 5.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
- 5.2 zasądza od zamawiającego na rzecz wykonawcy **TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **11 200 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy dwieście złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 1290/21

Sygn. akt: KIO 1316/21

Sygn. akt: KIO 1329/21

UZASADNIENIE

Sygn. akt: KIO 1290/21

W dniu 30 kwietnia 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Przedsiębiorstwa Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A., z siedzibą w Szczecinie (dalej „Odwołujący 1”) zarzucając zamawiającemu Dyrektorowi Urzędu Morskiego w Gdyni (dalej „Zamawiający”) naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 7 b w zw. z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp polegające na bezzasadnym odrzuceniu oferty Odwołującego 1 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 b ustawy Pzp, będącym konsekwencją uznania, iż gwarancja wadialna złożona przez Odwołującego 1 w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie zawierała wszystkich przesłanek zatrzymania wadium, o których mowa w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, albowiem zakresem swym nie objęła przypadku braku złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp z przyczyn leżących po jego stronie, mimo iż treść gwarancji wniesionej przez Odwołującego 1 została sformułowana w sposób prawidłowy, a przesłanki wypłaty sumy wadialnej w niej określonej zostały zredagowane w taki sposób, ażeby Zamawiający mógł skutecznie, bezwarunkowo i w pełnym zakresie zrealizować przysługujące mu uprawnienia;
- 2) art. 65 § 1 i 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, polegające na zaniechaniu dokonania wykładni treści gwarancji zapłaty wadium wniesionej przez Odwołującego 1 i ograniczeniu badania treści gwarancji do sprawdzenia, czy zacytowano w niej wszystkie przesłanki zatrzymania wadium określone w normie art. 46 ust. 4a i ust 5 ustawy Pzp, podczas gdy z okoliczności, w których została złożona gwarancja, zasad współżycia społecznego oraz ustalonych zwyczajów, a także z brzmienia zapisów analizowanej gwarancji odczytanych łącznie i zgodnie z zasadami logicznego rozumowania, wykładni funkcjonalnej i celowościowej, wynika, iż zabezpiecza ona w pełni interes Zamawiającego, albowiem zakres odpowiedzialności gwaranta obejmuje wszystkie przypadki działań i zaniechań

wykonawcy, które zostały uznane przez ustawodawcę za uprawniające do zatrzymania wadium; względnie

- 3) art 65 § 1 i 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie przez Zamawiającego wykładni treści gwarancji wadialnej złożonej przez Odwołującego 1 w sposób niepełny i z naruszeniem dyrektyw wykładni oświadczeń woli, co było następstwem przyjęcia zasady, iż skoro gwarancja zawiera odesłanie do przepisu art. 25 ust. 1 ustawy, to brak wyszczególnienia w jej treści przepisu art. 25a ust. 1 ustawy Pzp - wskazuje, iż w dokumencie gwarancji pominięto przesłankę zatrzymania wadium obejmującą przypadek, o którym mowa w tym przepisie, co skutkowało bezzasadnym przyjęciem węższego rozumienia oświadczeń woli w niej zawartych, niż wynika to z rezultatu zabezpieczenia, a nawet z literalnego brzmienia dokumentu gwarancji,
- 4) art. 26 ust 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie tj. zaniechanie wezwania do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentu wadialnego stanowiącego „inny dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania” o którym mowa w naruszonym przepisie, o którego wyjaśnienia i uzupełnienia zamawiający musi się zwrócić do wykonawcy, gdy uzna, że dokument jest niekompletny lub budzi wątpliwości;
- 5) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, polegające na zastosowaniu w stosunku do Odwołującego 1 surowszych kryteriów oceny treści gwarancji wadialnej aniżeli wynika to z przepisów ustawy Pzp oraz z wymagań określonych przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, nadto poprzez dokonanie błędnej i nierzetelnej oceny gwarancji wadialnej wniesionej przez Odwołującego 1.

Odwołujący 1 wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego 1 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, uznania, iż wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez Odwołującego 1, zostało wniesione w sposób prawidłowy lub alternatywnie wezwania wykonawcę do wyjaśnień lub uzupełnień dokumentu wadialnego oraz jego ponownej oceny, powtórzenia czynności badania oferty Odwołującego 1 i podjęcia czynności stosowanie do art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z uznaniem oferty

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący 1 wskazał, że Zamawiający ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest Pełnienie funkcji inżyniera Kontraktu w ramach projektu pn. „Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską - Część 2”. Zgodnie z zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający zastrzegł, iż wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, zobowiązany jest przed upływem terminu składania ofert, wnieść wadium przetargowe w wysokości 100.000,00 zł. Zamawiający dopuścił możliwość wniesienia wadium w jednej z form, o których mowa w pkt 2 ppkt 2-5 rozdziału VIII SIWZ, zastrzegając przy tym, iż wadium musi zostać złożone w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego podpisanego podpisem elektronicznym przez wystawcę razem z ofertą na Platformie. Zamawiający wskazał ponadto, iż z treści gwarancji wadialnej winno wynikać bezwarunkowe, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego w terminie związania ofertą, zobowiązanie gwaranta do wypłaty pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Odwołujący 1 wskazał, że złożył ofertę w postępowaniu, zabezpieczając ją wadium przetargowym w formie gwarancji bankowej wystawionej przez Bank Ochrony Środowiska S.A z siedzibą w Warszawie, ul. Żelazna 32. Zgodnie z treścią przedłożonego dokumentu, wystawca gwarancji udzielił gwarancji zapłaty na rzecz Zamawiającego nieodwołalnie i bezwarunkowo kwoty 100.000, 00 zł na pierwsze pisemne żądanie, wraz z oświadczeniem, że ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawca:

„1) z przyczyn leżących po jego stronie, na wezwanie Zamawiającego nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Prawa Zamówień Publicznych z dnia 29 stycznia 2004r. pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 Prawa zamówień publicznych, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej lub

2) pomimo, że oferta Wykonawcy została wybrana:

- a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, lub
- b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub
- c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.”

Nadto w treści ww. gwarancji, gwarant oświadczył, iż:

„Niniejsza gwarancja powinna być nam zwrócona po upływie terminu jej ważności lub w przypadku unieważnienia przetargu lub odrzucenia przedmiotowej oferty (z wyjątkiem sytuacji, kiedy oferta Wykonawcy zostanie uznana za odrzuconą wskutek niedokonania przez niego czynności, o których mowa w art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych) lub w przypadku zaspokojenia wszystkich Państwa roszczeń z gwarancji.

W dniu 23.04.2021 r. do Zamawiającego przedstawił Informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, w której wskazał, iż oferta Odwołującego 1 podlega odrzuceniu.

W uzasadnieniu faktycznym podjętych czynności Zamawiającego wskazał m.in., iż oferta Odwołującego 1 nie została w sposób prawidłowy zabezpieczona wadium przetargowym, albowiem złożony przez Odwołującego 1 dokument gwarancji, w swej treści pomija przesłankę wskazaną w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, a ściślej - przypadek, gdy wykonawca nie złoży oświadczenia, o których mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiającego wyjaśnił, iż gwarancje wadialne, w tym gwarancje bankowe należy odczytywać ściśle, a nie szeroko, dlatego też fakt wskazania przez gwaranta, że dokument gwarancji może nie być mu zwrócona w przypadku, gdy oferta zostanie odrzucona wskutek niedokonania przez wykonawcę czynności, o których mowa w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, nie może przesądzać o uznaniu, że oferta wykonawcy jest prawidłowo zabezpieczona wadium.

Odwołujący 1 wskazał, że nie ulega wątpliwości, iż wniesienia prawidłowego wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest warunkiem sine qua non ważności samej oferty, jak również okoliczność, iż niepełne czy też nieprawidłowe zabezpieczenie oferty wadium przetargowym skutkuje jej odrzuceniem. W orzecznictwie przeważa również pogląd, iż treść gwarancji wadialnej nie może podlegać wyjaśnieniom na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem nie stanowi oferty przetargowej. Jednakże w najnowszym orzecznictwie Izby brak jest już poglądu, że dokument wadialny nie podlega obowiązkowi uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego 1 o tym, czy ustanowiona gwarancja została prawidłowo wniesiona decyduje rezultat w postaci zabezpieczenia realizacji uprawnień Zamawiającego na wypadek okoliczności wskazanych w przepisach ustawy Pzp, a nie literalne i dosłowne brzmienie treści gwarancji. Treść gwarancji wadialnej podlega regułom wykładni wskazanym w art. 65 §1 i 2 k.c. - tak KIO w swoim orzecznictwie

(m.in.w wyrokach KIO 150/12, KIO 1645/12, KIO 1413/13, KIO 54/2011, KIO 401/12, KIO 333/11, KIO 2593/17, KIO 1413/13, KIO 673/13, KIO 765/13, KIO 784/13, KIO 632/17, KIO 221/19, KIO 2452/19.

W ocenie Odwołującego 1 stanowisko Zamawiającego odnośnie wadliwości złożonej przez Odwołującego 1 gwarancji uznać należy z co najmniej dwóch przyczyn za nieprawidłowe, albowiem treść gwarancji wniesionej przez Odwołującego 1 została sformułowana w sposób odpowiadający wymogom przepisów ustawy Pzp, a przesłanki wypłaty sumy wadialnej w niej określonej zostały zredagowane w taki sposób, ażeby Zamawiający mógł skutecznie, bezwarunkowo i w pełnym zakresie zrealizować przysługujące mu uprawnienia, we wszystkich przypadkach określonych przepisami art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Ponadto - nie znajduje uzasadnienia pogląd zamawiającego o niezupełnialności dokumentu wadialnego, gdyby nawet kontrfaktycznie przyjąć, że taki dokument jest niekompletny lub budzi uzasadnione wątpliwości zamawiającego. Odwołujący 1 podkreślił, że odkodowanie sensu gwarancji ubezpieczeniowej nie może nastąpić z pominięciem kontekstu sytuacyjnego, jak i tego, że umowa gwarancji została zawarta w celu udzielenia zabezpieczenia Zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Oparcie się jedynie na literalnym brzmieniu przedmiotowej gwarancji nie daje się pogodzić z zasadami współżycia społecznego, których uwzględnienie ma na celu uzyskanie takich wyników wykładni oświadczeń woli, które wskazują największy stopień zgodności z obowiązującymi w społeczeństwie normami moralnymi (tak wyrok Sądu Najwyższego z 4 czerwca 2003 r., sygnatura akt I CKN 473/01), jak również z zasadami logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego.

Odwołujący 1 wskazał, że ustalając zakres i znaczenie zobowiązania gwaranta wynikającego ze spornej gwarancji na wstępie należy zwrócić uwagę na fakt, iż w treści dokumentu gwarancji określono wyraźnie, iż Bank Ochrony Środowiska S.A. udziela Zamawiającemu gwarancji zapłaty wadium w postępowaniu o udzielenie konkretnego zamówienia publicznego, w którym ofertę złożyło Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKOINWEST S.A. z siedziba w Szczecinie. W takim też kontekście sytuacyjnym należy osadzić treść złożonego oświadczenia woli, zważywszy na fakt, iż treść gwarancji ubezpieczeniowej nie może być ustalana wyłącznie w oparciu o jej literalne brzmienie, ale odkodowanie jej sensu wymaga odwołania się do celu, jakiemu miała służyć oraz okoliczności jej udzielenia (podobnie: wyrok KIO 883/11). Odwołujący 1 zaznaczył przy tym, za poglądem wyrażony przez skład orzekający w wyroku KIO 316/17, iż o ile dokument gwarancji powinien zostać sformułowany jasno

i nie powinien budzić wątpliwości interpretacyjnych, to nie oznacza to, że w ogóle nie może podlegać interpretacji. Wręcz przeciwnie: każde odczytanie jakiegokolwiek tekstu i jego określone zrozumienie, oznacza jego interpretację niezbędną dla przypisania mu jakiegoś znaczenia. Sformułowania treści gwarancji wadium (szczególnie w zakresie opisu przesłanek zatrzymania wadium) mogą jak najbardziej podlegać interpretacji wykonywanej w procesie przypisywania im określonego znaczenia - i jakkolwiek w tym przypadku nie jest to wykładnia literalna i intuicyjna (bo zakłada konieczność ich odniesienia do instytucji ustawowych), nie oznacza to jednak, że budzą jakieś wątpliwości i problemy interpretacyjne". Podobnie i w niniejszym przypadku nie zachodzą wątpliwości interpretacyjne co do objęcia treścią zabezpieczenia w postaci ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium wszystkich przypadków, o których mowa w art. 45 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, w tym również sytuacji, gdy wykonawca - z przyczyn leżących po jego stronie - nie złoży dokumentu, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Odwołujący 1 podkreślił, że podnoszony przez Zamawiającego brak objęcia treścią gwarancji cytowanej wyżej przesłanki zatrzymania wadium ma charakter wyłącznie pozorny i wynika z powierzchownej analizy treści dokumentu gwarancji, nie poprzedzonej wykładnią treści oświadczeń woli w niej zawartych, lecz polegającej wyłącznie na porównaniu literalnego brzmienia gwarancji z treścią art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, względnie dokonania przez Zamawiającego zabiegów interpretacyjnych prowadzących do przyjęcia wykładni zawężającej.

Odwołujący 1 wskazał, że w orzecznictwie KIO wielokrotnie wskazywano, iż zaniechanie przez Zamawiającego dokonania interpretacji treści gwarancji przy zastosowaniu ogólnych reguł wykładni, o których mowa w art. 65 § 1 i 2 k.c. , a ponadto wymaganie, aby wystawca gwarancji w sposób wierny i ścisły cytował w dokumencie gwarancji pełną treść przepisów art 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, jest nieprawidłowe. Odwołujący 1 powołał się na wyrok z dnia 27 grudnia 2017 o sygn. akt: KIO 2591/17 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 11 czerwca 2014 r. sygn. akt I ACa 489/14.

W ocenie Odwołującego 1 treść gwarancji złożonej przez niego z całą pewnością realizuje dyspozycję normy prawnej wyrażonej w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, mimo iż nie zawiera dosłownego zacytowania brzmienia tego przepisu ustawy. Odwołujący 1 nie podziela tym samym poglądu Zamawiającego w przedmiocie nieobjęcia zakresem złożonej gwarancji przypadku, gdy wykonawca, z przyczyn leżących po jego stronie,

nie złoży oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust 1 ustawy Pzp, albowiem z treści analizowanego dokumentu wynika niezaprzeczalnie, iż gwarant zobowiązał się do wypłaty sumy wskazanej w gwarancji, gdy wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie, na wezwanie Zamawiającego nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. Art. 25 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, że zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające - spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji; spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego; brak podstaw wykluczenia - zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji lub zaproszeniu do składania ofert. Oświadczenie, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp jest oświadczeniem, o którym mowa w art. 25 ust. 1, gdyż oświadczenie to ma stanowić wstępne potwierdzenie, że wykonawca: 1) nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu; 2) spełnia kryteria selekcji. Odwołanie się zatem w treści gwarancji do przepisu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp obejmuje wszystkie oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, brak podstaw do wykluczenia oraz spełnianie wymagań określonych przez zamawiającego, a zatem także oświadczenie, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto, Odwołujący 1 wskazał, że ograniczenie w treści gwarancji do braku złożenia dokumentów lub oświadczeń wskazanych w art. 25 ust. 1 na wezwanie zamawiającego, w sytuacji, w której przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który umożliwia zamawiającemu wezwanie wykonawcy do uzupełnienia lub wyjaśnienia złożonych oświadczeń i dokumentów, wprost referuje do oświadczenia wskazanego w art. 25a ust. 1, nie może skutkować przyjęciem, iż przedłożona gwarancja nie zabezpiecza interesów Zamawiającego w sposób pełny, zgodnie z dyspozycją art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Zamawiający może przecież wezwać do uzupełnienia zarówno dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 oraz oświadczenia wskazanego w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego 1 mając powyższe na względzie należy stwierdzić, iż ocena gwarancji przeprowadzona przez Zamawiającego praktycznie sprowadzała się do prostego uznania, iż skoro wystawca gwarancji wskazał w treści dokumentu odesłanie do poszczególnych jednostek redakcyjnych wskazanych w ustawie Pzp, to fakt

wyszczególnienia w opisie przesłanki zatrzymania wadium odesłania do przepisu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oznacza a contrario, iż brak przywołania w opisie przesłanki przepisu art. 25a ust. 1 ustawy Pzp przesądza o tym, iż gwarancja nie obejmuje przypadków tam wskazanych, a tym samym powoduje, iż gwarancja jest wadliwa. Odwołujący powołał się na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 czerwca 2007 r. w sprawie o sygn. akt IV CSK 95/07.

W konkluzji powyższego Odwołujący 1 wskazał, iż zakresem treściowym gwarancji złożonej przez Odwołującego 1 objęto wszystkie „oświadczenia i dokumenty” składane na wezwanie, o którym mowa w treści art. 26 ust. 3 i 3a ustawy, które mają na celu potwierdzić przesłanki wskazane w art. 25 ust. 1 pkt. 1)-3), a zatem także oświadczenie, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy. Z treści gwarancji wynika zatem w sposób oczywisty, iż uprawnienie Zamawiającego do żądania wypłaty sumy z gwarancji, w związku z zatrzymaniem wadium, może być zrealizowane po uprzednim skierowaniu wezwania, a co za tym idzie przywołanie w treści gwarancji dokumentów oraz oświadczeń składanych na wezwanie, jednoznacznie określa kategorie dokumentów i oświadczeń, których niezłożenie na wezwanie Zamawiającego, skutkuje odpowiedzialnością gwaranta. Podkreślenia przy tym wymaga, że niezależnie od treści art. 46 ust. 4a, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp bezpośrednio odsyła do dokumentów składanych na potwierdzenie okoliczności, o których mowa m.in. w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp. W istocie pełen zakres dokumentów, których niezłożenie przez wykonawcę stanowi przesłankę do zatrzymania wadium przez Zamawiającego, został określony właśnie w treści art. 26 ust. 3 i 3a, a nie w samym przepisie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Odwołujący 1 wskazał, że art. 46 ust. 4a wprost nie obejmuje „innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania”, na którą to kategorię dokumentów wyraźnie wskazuje art. 26 ust. 3 ustawy. Katalog dokumentów wskazanych w art. 26 ust. 3a należy w tym sensie uznać za katalog szerszy niż ściśle wyszczególniony w dyspozycji normy art. 46 ust. 4a. W świetle poczynionych wyżej uwag należy stwierdzić, iż odkodowanie treści gwarancji złożonej przez Odwołującego 1, nie może nastąpić z pominięciem wyraźnego w niej wskazania, iż wypłata będzie następowała w sytuacji braku złożenia oświadczeń i dokumentów na wezwanie Zamawiającego. Zamawiający dokonał interpretacji z pominięciem ww. zasad. Przeprowadził zaś wykładnię oświadczenia gwaranta w sposób, który potwierdza jego tezę.

W treści gwarancji przedłożonej przez Odwołującego 1 gwarant jednoznacznie referuje do przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, a zatem do wszystkich przesłanek w

nim wskazanych. Odwołujący wskazał, że oświadczenie to jest umiejscowione w momencie, w którym gwarant wskazuje w jakich przypadkach powinna być mu zwrócona gwarancja, niemniej jednak czytając oświadczenie gwaranta zgodnie z ww. zasadami wykładni, w tym zwłaszcza zasadą konieczności czytania oświadczenia z uwzględnieniem całości kontekstu, w jakim zostało ono złożone, stwierdzić należy, że fragment ten potwierdza, że intencją gwaranta było umożliwienie Zamawiającemu żądania realizacji gwarancji w każdym przypadku określonym w przepisie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, a zatem także w sytuacji braku złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1. Odmienna interpretacja stanowi przykład wykładni sprzecznej wewnętrznie. W ocenie Odwołującego 1, nie do pogodzenia byłyby bowiem oświadczenia gwaranta, które z jednej strony uniemożliwia żądanie realizacji gwarancji w sytuacji, w której wykonawca nie przedkłada oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp z jednoczesnym oświadczeniem, że jeśli oferta wykonawcy, który oświadczenia tego nie złoży zostanie odrzucona, gwarancja nie musi być zwracana. Oświadczenie dotyczące zwrotu gwarancji dotyczy przypadku odrzucenia oferty z przyczyn innych niż te, wskazane w art. 46 ust 4a ustawy Pzp. Gdy bowiem zaistnieją te przesłanki gwarant oświadcza, że dokument gwarancji nie musi być zwracany, bowiem oczywistym jest, że w takim wypadku Beneficjent będzie występował o jej zrealizowanie.

Odwołujący 1 wskazał, że gdyby Izba nie podzieliła poglądu Odwołującego 1 o wystarczającej treści gwarancji, który Odwołujący 1 uważa za właściwy - z ostrożności wskazujemy na konieczność zastosowania do tego dokumentu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Orzecznictwo Izby, które nie dopuszczało takiego stosowania datuje się na okres przed zmianą treści art. 26 ust. 3, w którym jako podlegające uzupełnieniu dodano inne dokumenty lub oświadczenia składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że gwarancja wadialna jest oświadczeniem woli gwaranta i jednocześnie stanowi dokument składany przez wykonawcę. Nie ulega również wątpliwości, że jest to dokument (oświadczenie) niezbędne do przeprowadzenia postępowania, ze względu na obligatoryjny ustawowy wymóg składania wadium w postępowaniu o określonej wartości jak w postępowaniu objętym niniejszym odwołaniem. Gdy w ocenie zamawiającego dokument ten uznany jest za niekompletny (ze względu na nie ujęcie w jego treści wprost art. 25a ust. 1) - wprost wypełnia się przesłanka zobowiązująca zamawiającego do wezwania do jego uzupełnienia. Oferta Odwołującego 1 nie podlega bowiem odrzuceniu z jakichkolwiek innych przyczyn,

gdyż zamawiający ich nie wskazał. W całości więc wypełnia się obowiązek zastosowania przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ustawy Pzp, Odwołujący 1 wskazał, że na skutek zastosowania w stosunku do Odwołującego 1 surowszych kryteriów oceny treści gwarancji wadialnej, aniżeli wynika to z przepisów ustawy Pzp oraz z wymagań określonych przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Zamawiający w sposób całkowicie nieuprawniony uznał, iż przedmiotowa gwarancja nie obejmowała pełnego zakresu okoliczności, o których mowa w treści art. 46 ust. 4 a i 5 ustawy Pzp. Stawiając warunek, który nie został wprost wyartykułowany w SIWZ, Zamawiający naruszył zarazem reguły konkurencji, ustanawiając nierówne i nieuczciwe warunki konkurencji poprzez ustalenie niejasnego kryterium oceny gwarancji wadialnej. Odwołujący 1 wskazał, że Zamawiający nie określił wzoru gwarancji, ani też nie wymagał od wykonawców przyjęcia ściśle określonej redakcji jej zapisów. Stąd też arbitralne i nie poprzedzone rzetelną oceną dokumentu gwarancji przyjęcie, iż gwarancja bankowa złożona na zabezpieczenie oferty Odwołującego 1, zredagowana została w sposób nieprawidłowy, niewątpliwie stanowiło naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, albowiem na skutek wyżej opisanych działań oraz nadmiernego formalizmu Zamawiającego, wykonawca, którego oferta winna zostać najwyżej oceniona i poddana dalszemu badaniu w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, faktycznie został pozbawiony możliwości pozyskania zamówienia, mimo iż zaoferowana przez niego cena nie przekraczała kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Sygn. akt: KIO 1316/21

W dniu 4 maja 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, B-Act Sp. z o.o., z siedzibą w Bydgoszczy, SIA ISLIENA V, z siedzibą w Rydze (dalej „**Odwołujący 2**”) zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp w zw. z art. 60 k.c. w zw. z art. 65 k.c. poprzez bezpodstawne i wadliwe wykluczenie Odwołującego 2 z Postępowania z uwagi na błędne stwierdzenie o braku spełnienia warunku z ust. V pkt. 1.3 lit. A. ppkt 1) SIWZ w zakresie związanym z wyrażeniem „realizowana w oparciu o wzorce Warunków Kontraktowych

opracowanych przez FEDERATION INTERNATIONALE DES INGENIEURS – CONSEILS (STOWARZYSZENIE INŻYNIERÓW DORADCÓW I RZECZOZNAWCÓW) - FIDIC (w SIWZ zwane: „Warunkami Kontraktowymi FIDIC”) lub równoważne7) (...) (Pod pojęciem „warunki kontraktowe równoważne” należy rozumieć warunki kontraktowe VOB/B lub wzory JCT (Joint Contract Tribunal) i FMB (Federation of Masters Builders (FMB) lub kontrakty NEC (New Engineering Contracts) lub wzory ICE (Institution of Civil Engineers)” i zakwestionowanie usługi wykazanej w wykazie usług przez Odwołującego, zrealizowanej przez SIA Išliena V na rzecz Zarządu Portu Ventspils, nr rej. 90000284085, adres siedziby: Jana iela 19, Ventspils LV-3601, w sytuacji w której:

- w załączniku do pisma wyjaśniającego Odwołującego 2 z 8 kwietnia 2021 r. przedstawiono stanowisko ww. zamawiającego, że umowa zawierała zapisy standardowe FIDIC (własne tłumaczenie), a zatem była realizowana w oparciu o wpisane w umowę warunki kontraktowe FIDIC;
- cały FIDIC nigdy nie jest stosowany, a zamawiający wprowadzają odstępstwa lub wyłączenie w zakresie stosowania poszczególnych postanowień FIDICa, co też zrobił Zamawiający w niniejszym przypadku, a zatem warunek ten należy odczytywać tak, że stosowano FIDICa, ale w zakresie dostosowanym do specyfiki danego zamówienia, gdyż w przeciwnym razie żaden wykonawca nie spełniłby tego warunku;
- nieprawdą jest, że Odwołujący 2 przyznał, że ww. usłudze nie było FIDICa, gdyż Zamawiający odczytuje wyjaśnienia Odwołującego 2 bez załączonych dowodów;
- Zamawiający błędnie przyjął, że Odwołujący 2 chce rozszerzyć pojęcie „równoważności” z ww. warunku, podczas gdy z treści tych wyjaśnień wraz z załącznikami wprost wynika, że sporna usługa została zrealizowana w oparciu o warunki kontraktowe umów FIDIC, a zatem nie była równoważna w rozumieniu SIWZ;
- Zamawiający mylnie uznał, że „równoważność” w wyjaśnieniach dotyczy innych warunków kontraktowanych niż FIDICa, albowiem równoważność w wyjaśnieniach dotyczy tego, że umowa dla tej usługi zawierała całościowe uregulowanie kontraktu bez odesłań do wyłączeń FIDICa, gdyż warunki kontraktowe FIDICa były wprowadzone do jej treści

- 2) ewentualnie, w razie nie uwzględnienia zarzutu z pkt 1 – art. 26 ust. 4 Pzp w zw. z § 2 ust. 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (dalej jako „**Rozporządzenie Dokumentowe**”) poprzez brak wezwania do wyjaśnień w zakresie spornego warunku i jego spełniania (opis z zarzutu z pkt 1) jeśli zaszły dodatkowe wątpliwości, a w przypadku art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie obowiązuje zasada jednokrotności wezwania, jak przy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a ponadto Zamawiający posiadając wątpliwość mógł skorzystać z uprawnienia z § 2 ust. 6 Rozporządzenia Dokumentowego, co prowadzi do wniosku, że wykluczenie Odwołującego 2 było przedwczesne;
- 3) art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp, ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez brak wezwania do wyjaśnień/uzupełnień, ewentualnie zaniechanie wykluczenia SWECO w sytuacji opisanej w pozycjach 2 i 3 wykazu 6 (wykaz usług), w których to usługach SWECO był członkiem konsorcjum, a z treści wykazu nie wynika, aby wykonywał czynności określone w warunkach udziału w Postępowaniu, co z uwagi na orzeczenie TSUE (C-387/14) powoduje, że nie można na ten moment przyjąć, że SWECO wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu w oparciu o doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum, a w przypadku braku wykazania spełniania warunków winien zostać wykluczony, co w przypadku braku innych ważnych ofert (w przypadku braku uwzględnienia zarzutu z pkt 1 i 2) skutkować winno unieważnieniem Postępowania;
- 4) art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia SWECO z uwagi na to, że wprowadził w błąd Zamawiający, co wynika m.in. z wezwania i z wyjaśnień (w trybie art. 87 ust. 1) (3/03 i 8/03) złożonych przez SWECO w kontekście osoby wskazanej do kryterium i posiadającej doświadczenie w „drogowych obiektach mostowych”, podczas gdy wskazana przez SWECO osoba ma doświadczenie w kolejowych obiektach mostowych, a zatem nie drogowych, a ponadto poprzez złożone wyjaśnienia doszło do wprowadzenia w błąd, że przez pojęcie „drogowych obiektów mostowych” należy rozumieć też kolejne obiekty mostowe i możliwe jest przyjęcie do kryterium zgłoszonej osoby, co miało na celu pozyskanie w sposób nieuprawniony punktów.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący 2 wniósł o: uwzględnienie odwołania, nakazanie dokonanie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz

wykluczenia Odwołującego 2, nakazanie dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego 2 i ewentualnie nakazanie wezwania do wyjaśnień, nakazanie wykluczenia SWECO z art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp, w przypadku nie uwzględnienia pkt 4, nakazanie wezwania do wyjaśnień/uzupełnienia przez SWECO, nakazanie unieważnienia Postępowania o ile SWECO zostanie wykluczony i na skutek tego nie będzie ważnej oferty w Postępowaniu, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego 2 zwrotu kosztów postępowania wywołanego wniesieniem niniejszego odwołania;

Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych „Do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89 (PZP), wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1. (NPZP)” (w nawiasach dopiski własne).

W uzasadnieniu przedstawionych zarzutów Odwołujący 2 wskazał, że Zamawiający w Postępowaniu określił m.in. warunek udziału w ust. V pkt. 1.3 lit. A. ppkt 3) SIWZ w zakresie związanym z wyrażeniem „realizowana w oparciu o wzorce Warunków Kontraktowych opracowanych przez FEDERATION INTERNATIONALE DES INGENIEURS – CONSEILS (STOWARZYSZENIE INŻYNIERÓW DORADCÓW I RZECZOZNAWCÓW) - FIDIC (w SIWZ zwane: „Warunkami Kontraktowymi FIDIC”) lub równoważne7)” (...) (Pod pojęciem „warunki kontraktowe równoważne” należy rozumieć warunki kontraktowe VOB/B lub wzory JCT (Joint Contract Tribunal) i FMB (Federation of Masters Builders (FMB) lub kontrakty NEC (New Engineering Contracts) lub wzory ICE (Institution of Civil Engineers)”)

Odwołujący 2 w celu spełnienia ww. warunku przedłożył na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w wykazie usług (załącznik nr 6 do SIWZ) usługę z pozycji 1 tj.

<p>Nadzór budowlany nad obiektem „Budowa przystani nr 12 w Porcie Ventspils na działkach: Dzintaru iela 27/11, Dzintaru iela 27/12, Dzintaru iela 3, Dzelzcelnieku iela 2, Fabrikas iela 6, Fabrikas iela 6C, Fabrikas iela 6D i w granicach czerwonej linii zapory w Ventspils</p>	<p>15.254.648,72 EURO netto, (VAT 21%) tj. 82.400.761,41 PLN brutto</p>	<p>01.08.2013r. - 30.03.2015r.</p>	<p>Zarząd Portu Ventspils, nr rej. 90000284085, adres siedziby: Jana iela 19, Ventspils LV-</p>
---	---	--	---

Odwołujący 2 wskazał, że przedłożył również wymagane referencje. Zamawiający jednakże zakwestionował ww. usługę i wezwał w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do wyjaśnień. Odwołujący 2 w odpowiedzi złożył wyjaśnienia oraz załączył oświadczenia od zamawiającego z ww. tabeli w języku polskim i łotewskim. Z tego oświadczenia wynika, że stosowano klauzule standardowe z FIDICa. Mimo to Zamawiający wykluczył Odwołującego 2 z art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp uznając, że ww. usługa nie spełnia określonego przez niego warunku udziału w Postępowaniu. Zamawiający uznał, że Odwołujący 2 przyznał, że nie była to usługa w oparciu o FIDIC lub w oparciu o równoważne warunki kontraktowe.

W przypadku zaś wykonawcy SWECO w pozycjach 2 i 3 wykazu usług (załącznik nr 6 do SIWZ) dodano dopiski:

- „W ramach realizacji przedmiotowej usługi firma Sweco Consulting sp. z o.o. – Lider Joint Venture (Konsorcjum) – sprawowała kierownictwo handlowe całego Joint Venture (Konsorcjum) oraz wspólnie z pozostałymi Członkami/Partnerami Joint Venture (Konsorcjum) wykonywała na zasadach równorzędności bezpośrednio wszystkie czynności zarządzania projektem, w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót i inne czynności nadzorowania przypisane funkcji Inżyniera Kontraktu, zgodnie z Umową z Zamawiającym” – pozycja 2;
- „W ramach realizacji przedmiotowej usługi firma Sweco Consulting sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) sprawowała kierownictwo handlowe całego Konsorcjum oraz wspólnie z Wojewódzkim Przedsiębiorstwem Usług Inwestycyjnych sp. z o.o. w Olsztynie – Członkiem/Partnerem Konsorcjum wykonywała na zasadach równorzędności bezpośrednio wszystkie czynności zarządzania projektem, w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót i inne czynności nadzorowania przypisane funkcji Inżyniera Kontraktu, zgodnie z Umową z Zamawiającym. Trzeci członek Konsorcjum (firma Sweco Nederland B.V.) pełnił jedynie rolę konsultacyjno-doradczą

w zakresie ogólnie pojętego transferu know-how do firmy Sweco Consulting sp. z o.o.”
– pozycja 3

Odwołujący 2 wskazał, że Zamawiający jednak zaniechał wezwań i uzupełnień w stosunku do SWECO w zakresie ww. kwestii. Ani z przedłożonego wykazu usług, ani z referencji, że SWECO posiada określone doświadczenie nabyte w ramach ww. konsorcjów.

Odwołujący 2 wskazał, że jego wykluczenie z postępowania jest wadliwe. Zamawiający dokonał przy tym błędnej wykładni oświadczeń Odwołującego 2 z wyjaśnień z 8 kwietnia 2021 r., które odczytał bez dokumentów źródłowych, w tym bez oświadczenia zamawiającego Łotewskiego. Co więcej Zamawiający błędnie zrozumiał zastosowane w wyjaśnieniach słowo „równoważność”. Nie miało bowiem one żadnego związku z równoważnymi warunkami kontraktowanymi do FIDICa w rozumieniu nadanym przez Zamawiającego w opisie warunku udziału w Postępowaniu, a świadczyło o tym, że umowa w tym zamówieniu była równoważna FIDICowi, gdyż zawierała jego warunki kontraktowe.

Zdaniem Odwołującego 2 zdziwienie budzi również argumentacja wskazana w uzasadnieniu wykluczenia, gdyż Zamawiający niejako na siłę starał się znaleźć podstawę do wykluczenia, gdyż wpisał „wprawdzie nie wprost, ale przyznaje, że wskazana inwestycja”, co jest nieuprawnioną wykładnią woli Odwołującego 2. Odwołujący 2 wskazał, że oświadczył całkowicie inaczej, niż przedstawia to Zamawiający. Zamawiający powinien odczytywać wyjaśnienia Odwołującego 2 mając na uwadze ich całokształt i zgodnie z zasadami wykładni z art. 60 k.c. i art. 65 k.c. Dokonując prawidłowej wykładni oświadczeń Odwołującego 2 oraz zamawiającego łotewskiego, Zamawiający winien uznać, że usługa dotyczy umowy, w której były warunki kontraktowe FIDIC. Tak też wynika z przedłożonego oświadczenia (stosowano klauzule standardowe FIDIC). Oczywistym jest, że nie zostały w spornej usłudze zastosowane wszystkie warunki kontraktowe FIDICa, ale również Zamawiający w Postępowaniu wszystkich warunków FIDICa nie stosuje. Stosowanie zaś warunków kontraktowych FIDIC może nastąpić na wiele sposób, w tym poprzez wpisanie ich wprost do treści umów, czy też przez odesłanie do FIDICa i stwierdzenie niestosowania jakichś klauzul. Klasycznym jest to ostatnie rozwiązanie. Odwołujący 2, mając to na uwadze, użył w wyjaśnieniach słowa „równoważność”, ale w innym znaczeniu niż nadane przez Zamawiającego w SIWZ. Każdorazowo bowiem warunki FIDICa muszą być dostosowane do obowiązujących w danym kraju regulacji

prawnych. Dostosowanie ich jednak nie powoduje, że nie ma się do czynienia z warunkami FIDICa, gdyż o ich stosowaniu decyduje dany zamawiający i konkretna treść postanowień umowy. Skoro w umowie pojawiają się postanowienia o treści zgodnej z FIDIC, to należy ocenić, że ma się do czynienia ze wzorcem. Idąc tokiem rozumowania Zamawiającego, przedmiotowy warunek spełniony by był jedynie w przypadku stosowania 100% warunków z FIDICa, co nie jest możliwe. Zamawiający nie wyjaśnił też, co w jego ocenie znaczy stosowanie FIDICa, ani jaki stopień zmian w stosunku do wzorca FIDIC jest dlań akceptowalny.

Zdaniem Odwołującego 2, Zamawiający całkowicie błędnie uznaje, że Odwołujący 2 chciał powołać się usługę równoważną niezgodną z definicją Zamawiającego. Odwołujący 2 bowiem nie powołał się na usługę równoważną w rozumieniu SIWZ, albowiem była to usługa spełniająca wprost sporny warunek udziału w Postępowaniu – inwestycja była realizowana w oparciu o wzorce FIDIC. Świadczy o tym stosowanie klauzul FIDICa. Zamawiający weryfikując sporną usługę pod kątem FIDICa powinien mieć też na uwadze wytyczne wskazane w wyroku w sprawie KIO 2322/18, zgodnie z którym „Inżynier Kontraktu działający zgodnie z procedurami FIDIC to tzw. bezstronny kontroler. Prawo budowlane nie zawiera pojęcia Inżyniera Kontraktu. Funkcja ta została wprowadzona przez Międzynarodową Federację Inżynierów Konsultantów (skrót z jęz. francuskiego FIDIC) w związku z wejściem Polski do UE. Jak wynika z warunków FIDIC, Inżynier Kontraktu ma być niezależny i działać bezstronnie, bez względu na stosunek prawny łączący go z inwestorem. Mimo pośredniczenia we wszystkich umowach zawieranych między inwestorem a wykonawcą Inżynier Kontraktu nigdy nie może być stroną. Powinien zadbać o to, aby w umowach między inwestorem i wykonawcą istniała równowaga obowiązków oraz korzyści.” Zamawiający mając wątpliwości winien przede wszystkim zweryfikować tożsamość warunków ze spornej usługi z FIDICem w ww. zakresie. Co więcej, można wykorzystać warunki kontraktowe FIDIC przy zawieraniu umów w sprawie zamówień publicznych, przy czym granice swobody kontraktowej wyznaczają przepisy prawa bezwzględnie obowiązującego. Na konieczność stosowania przepisów krajowych wskazują zresztą bezpośrednio postanowienia klauzuli 1.4 warunków ogólnych FIDIC.

W ocenie Odwołującego 2, jeśli Zamawiający miał nadal wątpliwości, to nic nie stało na przeszkodzie do skorzystania z art. 26 ust 4 ustawy Pzp. Zasad jednokrotności wezwania dotyczy czynności z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a nie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Co więcej, jak zresztą widać z treści informacji o wykluczeniu, na skutek wyjaśnień z 8 kwietnia 2021 r. Zamawiający powziął dalsze wątpliwości. Tym samym

nic nie stało na przeszkodzie, aby wezwać do tych wyjaśnień. Co więcej, Zamawiający był do tego wręcz zobowiązany. Odwołujący 2 powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 23 lutego 2007 r. o sygn. akt X Ga 23/07 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 czerwca 2007 r. w sprawie o sygn. akt IV CSK 95/073.

Odnosząc się do zarzutów dotyczący SWECO, Odwołujący 2 wskazał, że doświadczenie wykazane przez tego wykonawcę nie odpowiada wymaganiam, albowiem wykazane zostało w ramach wcześniejszej realizacji w ramach konsorcjum. Dodatkowo SWECO w pozycjach 2 i 3 wykazu usług (załącznik nr 6 do SIWZ) dodało dopiski:

- „W ramach realizacji przedmiotowej usługi firma Sweco Consulting sp. z o.o. – Lider Joint Venture (Konsorcjum) – sprawowała kierownictwo handlowe całego Joint Venture (Konsorcjum) oraz wspólnie z pozostałymi Członkami/Partnerami Joint Venture (Konsorcjum) wykonywała na zasadach równorzędności bezpośrednio wszystkie czynności zarządzania projektem, w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót i inne czynności nadzorowania przypisane funkcji Inżyniera Kontraktu, zgodnie z Umową z Zamawiającym” – pozycja 2;
- „W ramach realizacji przedmiotowej usługi firma Sweco Consulting sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) sprawowała kierownictwo handlowe całego Konsorcjum oraz wspólnie z Wojewódzkim Przedsiębiorstwem Usług Inwestycyjnych sp. z o.o. w Olsztynie – Członkiem/Partnerem Konsorcjum wykonywała na zasadach równorzędności bezpośrednio wszystkie czynności zarządzania projektem, w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót i inne czynności nadzorowania przypisane funkcji Inżyniera Kontraktu, zgodnie z Umową z Zamawiającym. Trzeci członek Konsorcjum (firma Sweco Nederland B.V.) pełnił jedynie rolę konsultacyjno-doradczą w zakresie ogólnie pojętego transferu know-how do firmy Sweco Consulting sp. z o.o.” – pozycja 3.

W ocenie Odwołującego 2 powyższe informacje nie pozwalają na ustalenie czy SWECO posiada określone doświadczenie, spełniające warunki z ust. V pkt. 1.3 lit. A. SIWZ. Z treści złożonego przez SWECO wykazu wynika, iż zamówienie wykona podmiot nie posiadający odpowiedniego doświadczenia. To w ocenie Odwołującego 2 powoduje konieczność co najmniej wyjaśnień/uzupełnienia, jak nie wykluczenia SWECO z udziału w postępowaniu. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący 2 wskazał na wyroki KIO w sprawach o sygn. akt KIO 1495/14 oraz KIO 2751/14, KIO 10/20 i 16/20, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie w sprawie o sygn. akt VIII Ga 327/17 oraz wyrok TSUE z 4 maja 2017 r. C- 387/14. Zdaniem Odwołującego 2,

Zamawiający poprzez zaniechanie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonał wyboru oferty wykonawcy nie dającego rękojmi należytego wykonania zamówienia.

W ocenie Odwołującego 2, bez znajomości treści umów konsorcjum z obu pozycji nie da się przyznać doświadczenia wskazywanego przez SWECO, zgodnego z warunkami udziału w Postępowaniu na poczet których zostało przedłożone. Oczywiście bowiem z samego faktu, że zamówienie było realizowane przez grupę podmiotów działających wspólnie nie wynika, że uczestnik tego konsorcjum nie nabył doświadczenia w realizacji tego zamówienia publicznego. Nie oznacza to jednakże, że wykonawca może się wykazać jakimkolwiek doświadczeniem odpowiadającym zakresowi zamówienia publicznego, w którego realizacji brał udział. Nie można zaaprobować poglądu, że wykonawca, który bierze czynny udział w wykonaniu inwestycji realizowanej w ramach konsorcjum (jakiegokolwiek jej części) automatycznie nabywa doświadczenie także w zakresie części realizowanych przez innych konsorcjantów. Wykonawca może posłużyć się nabytym doświadczeniem wyłącznie w takim zakresie, jaki faktycznie i realnie wykonywał. Powyższe wynika wprost z orzeczenia TSUE w sprawie C-387/14 Esaprojekt, gdzie wskazano, iż gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego (pkt 62). Trybunał w sposób jednoznaczny wskazał zatem, że nabyte doświadczenie jest zależne od konkretnego zakresu udziału danego konsorcjanta, jego faktycznego wkładu. W ocenie TSUE wykonawca nie może polegać, do celów wykazania wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału (pkt 64). A contrario wykonawca uprawniony jest do polegania wyłącznie na tych świadczeniach wykonanych przez innych członków konsorcjum, w których realizacji faktycznie i konkretnie brał udział. Jak słusznie zwrócił uwagę Rzecznik Generalny w opinii z dnia 24 listopada 2016 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt "konkretna rola i związane z nią doświadczenie podmiotu należącego do grupy wykonawców ma kluczowe znaczenie. (...) Wykonawca, który realizował zamówienie jako jeden z grupy wykonawców, jako na własne może powoływać się jedynie na doświadczenie, które sam zdobył realizując dane zamówienie." (pkt 49 i 55 opinii). W ocenie składu orzekającego uzasadnienie orzeczenia w sprawie Esaprojekt nie pozostawia wątpliwości, że wykazywanie doświadczenia nabytego w związku z realizacją zamówienia w konsorcjum jest

ograniczone do tej jego części, w której dany wykonawca uczestniczył i którą rzeczywiście wykonywał.

Odwołujący 2 przywołał orzeczenia z dnia 11 kwietnia 2018 r. sygn. akt KIO 568/18, wyroku z dnia 1 lutego 2018 r., sygn. akt II GSK 4133/17, wyrok z dnia 18 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 588/19.

W ocenie Odwołującego 2, mając powyższe na uwadze nie można uznać, że SWECO spełnił warunki udziału w Postępowaniu, gdyż nie można przyznać, że kwestionowane doświadczenie zostało w ramach innych zamówień przez niego wykonane. Dlatego też odwołanie w tym zakresie jest zasadne.

Dodatkowo, w ocenie Odwołującego, doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 2 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia SWECO z uwagi na to, że wprowadził w błąd Zamawiającego. Zamawiający wezwał do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (3 marca 2021), gdyż z przedstawionej przez SWECO oferty wynikało zgłoszenie do kryterium oceny ofert osoby z wątpliwym doświadczeniem z zakresu „drogowych obiektów mostowych”. Zgłoszone zamówienie wręcz wykluczało takie doświadczenie. SWECO w wyjaśnieniach argumentował, że nie było definicji ww. pojęcia i można w to wliczyć również kolejowe obiekty mostowe. Nadmienić jednak trzeba, że Zamawiający precyzyjnie wymagał „drogowych obiektów mostowych”, a nie innych, dlatego też było nawiązywanie do Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie. Zgodnie z § 3 pkt 1 tego rozporządzenia ilekroć w rozporządzeniu jest mowa o: obiekcie mostowym - rozumie się przez to budowlę przeznaczoną do przeprowadzenia drogi, samodzielnego ciągu pieszego lub pieszo-rowerowego, szlaku wędrówek zwierząt dziko żyjących lub innego rodzaju komunikacji gospodarczej nad przeszkodą terenową, a w szczególności: most, wiadukt, estakadę, kładkę. Zamawiający dokonał zatem jeszcze zawężenie wymogów z ww. rozporządzenia. Wskazać należy, że do tego kryterium nie można było zatem zaoferować doświadczenia innego niż w zakresie „drogowych obiektów mostowych, a zatem nie można zaoferować doświadczenia z „kolejowych obiektów mostowych”. Pojęcie drogi wynika z ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 470 z późn. zm.) i w żaden sposób nie mam tam mowy o trasach kolejowych. Co więcej, również ww. rozporządzenie, do którego nawiązuje Zamawiający w ogóle nie odnosi się do obiektów kolejowych, co wynika nawet z nazwy

tego aktu. Z tym rozporządzeniem łączy się także rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 124 z późn. zm.). Z tego wszystkiego nie da się wywieść, że zgłoszona osoba spełnia wymogi kryterium oceny ofert.

W ocenie Odwołującego 2, mając powyższe na uwadze, SWECO przedstawiała błędną interpretację wyrażenia „drogowy obiekt mostowy” w kontekście oferowanego doświadczenia, co było działaniem zamierzonym na wprowadzenie w błąd Zamawiającego i uzyskanie większej ilości punktów. W ocenie Odwołującego 2 stanowi to wprowadzenie w błąd w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp, co miało wpływ na wynik i było co najmniej działaniem lekkomyślnym. Było to zatem działanie zamierzone i SWECO musiał liczyć się z tym, że wprowadza w tym zakresie w błąd Zamawiającego. Wskazana osoba nie miała bowiem doświadczenia takiego, jakie wymagano do kryterium. Złożone zaś wyjaśnienia wprowadzały w błąd i powiększały błędne przekonania. Dokonywanie zaś rozszerzającej wykładni wyrażenia „drogowy obiekt mostowy” jest nieuprawnione.

Sygn. akt: KIO 1326/21

W dniu 4 maja 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy TPF Sp. z o.o. (dalej „**Odwołujący 3**”) zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania wykonawcy SWECO, mimo iż SWECO przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego poprzez wskazanie w zakresie kryterium 4 tj. „Doświadczenie zawodowe Inspektora nadzoru robót w branży mostowej”, zadania celem uzyskania maksymalnej liczby punktów;
- 2) Zarzut ewentualny - art. 91 ust. 1 Ustawy PZP w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy PZP poprzez przyznanie ofercie SWECO nieprawidłowej liczby punktów w ramach kryterium 4 tj. „Doświadczenie zawodowe Inspektora nadzoru robót w branży mostowej”, niezgodnie z postanowieniami SIWZ, tj. przyznania 10 zamiast 7 punktów, pomimo iż wykonawca SWECO nie

przedstawił 4 zadań spełniających warunki określone w rozdziale XII pkt 1 ppkt 4 SIWZ;

- 3) art. 8 ust. 1, 2 i 3 Ustawy PZP w związku z art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 11 ust. 2 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z (Dz.U. z 2019 r. poz. 1010, ze zm.) poprzez uznanie za prawidłowo zastrzeżoną jako tajemnicę przedsiębiorstwa o w konsekwencji zaniechanie ujawnienia: (a) Wykazu Personelu składanego na potrzeby kryterium oceny ofert zawarte w formularzu ofertowym; (b) Wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia stanowiącego załącznik nr 7 do IDW pomimo że informacje te nie zostały skutecznie zastrzeżone oraz nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP w związku z art. 87 ust. 2 pkt. 3 Ustawy PZP oraz w związku z art. 92 ust. 1 pkt 3 PZP poprzez wykluczenia z postępowania Odwołującego 3, jako nie odpowiadającej treści SIWZ z powodu nie wykazania kryteriów poza cenowych oraz poprzez zaniechanie wskazania podstaw faktycznych odrzucenia, w tym braku wskazania postanowienia oferty i postanowienia SIWZ, które są sprzeczne.

Odwołujący 3 wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty SWECO jako najkorzystniejszej; dokonania ponownie czynności badania i oceny ofert; wykluczenia SWECO z postępowania oraz odrzucenia oferty złożonej przez SWECO; przyznania ofercie SWECO 7 punktów w kryterium 4 „Doświadczenie zawodowe Inspektora nadzoru robót w branży mostowej”, - zarzut ewentualny, dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący 3 wskazał, co następuje:

Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy PZP w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania Wykonawcy SWECO, mimo iż SWECO przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego poprzez wskazanie w zakresie kryterium 4 tj.

„Doświadczenie zawodowe Inspektora nadzoru robót w branży mostowej”, zadania celem uzyskania maksymalnej liczby punktów.

Odwołujący 3 wskazał, że w dniu 03.03.2021 Zamawiający wystosował do wykonawcy SWECO wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 Ustawy PZP. W treści wezwania wskazano

„Zamawiający wzywa wykonawcę do udzielenia wyjaśnień treści oferty w następującym zakresie: Doświadczenia zawodowego Inspektora nadzoru robót w branży mostowej poprzez: Wyszczególnienie zakresu robót których przedmiotem było wykonanie drogowych obiektów mostowych wykonanych w ramach inwestycji wskazanej w pozycji 3 w zestawieniu tabelarycznym, w tym doprecyzowanie w pozycji 3 czy w ramach nadzoru dot. Inwestycji Modernizacja linii kolejowej E65 Warszawa – Gdynia na odcinku LCS Malbork – pełniony był nadzór nad drogowym obiektem mostowym.” 2. W dniu 08.03.2021 Wykonawca SWECO złożył wyjaśnienia stwierdzając: „Na wstępie chcemy podkreślić, że w ofercie wskazaliśmy wszystkie wymagane zapisami SIWZ informacje niezbędne do dokonania przez Zamawiającego oceny (w ramach ustanowionego kryterium oceny ofert: „Doświadczenie zawodowe Inspektora nadzoru robót w branży mostowej” – INM),

(...)

Wskazujemy jednocześnie, że Zamawiający nie zdefiniował, co rozumie pod pojęciem „drogowego obiektu mostowego”, odniósł się jedynie do definicji obiektu mostowego zawartej w §3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz. U. 2000 r. Nr 63, poz. 735 ze zm.) cyt. „Ilekcioć w rozporządzeniu jest mowa o [...] obiekcie mostowym - rozumie się przez to budowle przeznaczoną do przeprowadzenia drogi, samodzielnego ciągu pieszego lub pieszo-rowerowego, szlaku wędrówek zwierząt dziko żyjących lub innego rodzaju komunikacji gospodarczej nad przeszkodą terenową, a w szczególności: most, wiadukt, estakadę, kładkę”. Wskazujemy, że Zamawiający w SIWZ nie zawęził pojęcia/definicji „drogowy obiekt mostowy” jedynie do dróg w zakresie transportu kołowego, w związku z tym Wykonawca zrozumiał, że określenie „drogowy” może się odnosić zarówno do drogi kołowej, jak również kolejowej. Interpretując w tak szeroki sposób pojęcie „drogowego obiektu mostowego” potwierdzamy, co wykazaliśmy w załączniku nr 1 do Formularza ofertowego, iż w ramach inwestycji wykazanej w pozycji 3 tabeli (doświadczenie zawodowe Inspektora nadzoru robót w branży mostowej) pełniony był nadzór inwestorski nad drogowym obiektem mostowym, tj. wiaduktem kolejowym przez wskazanego przez nas w ofercie Inspektora.”

W ocenie Odwołującego 3 przedmiotowe stwierdzenie nie jest i nie może być brane jako zgodne ze stanem faktycznym i spełniającym kryteria podane przez Zamawiającego. Zamawiający - wbrew twierdzeniom SWECO - wyszczególnił w informacjach uzupełniających na które powołuje się wykonawca SWECO, nie tylko co rozumie przez obiekt mostowy, ale również co rozumie pod pojęciem drogi, zgodnie z Rozdziałem V IDW, pkt 1.3 ppkt. B: Informacje uzupełniające:

- 1) obiekt mostowy w rozumieniu określonym w §3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz. U. 2000 r. Nr 63, poz. 735 ze zm.)
- 2) droga w rozumieniu określonym w art. 4 pkt 2 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (t.j. Dz. U. 2018 r. poz. 2068 ze zm.)

Zgodnie z ustawą o drogach publicznych pod pojęciem drogi rozumie się „budowlę wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiącą całość techniczno-użytkową, przeznaczoną do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowaną w pasie drogowym;”

W ocenie Odwołującego 3, zgodnie z definicją zawartą z w/w rozporządzeniu, aby mówić o drogowym obiekcie mostowym przedmiotowy obiekt musi prowadzić ruch drogowy, a nie kolejowy, oraz być zlokalizowanym w pasie drogowym, a nie kolejowym. Obiekt który wskazał wykonawca SWECO definiuje zupełnie inne rozporządzenie, a mianowicie ROZPORZĄDZENIE MINISTRA TRANSPORTU I GOSPODARKI MORSKIEJ z dnia 10 września 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie. Zgodnie przedmiotowym rozporządzeniem § 3 ust. 1 „ilekroć w rozporządzeniu jest mowa o:

- 1) budowli kolejowej - rozumie się przez to całość techniczno-użytkową wraz z gruntem, na którym jest usytuowana, oraz instalacjami i urządzeniami, służącą do ruchu pojazdów kolejowych, organizacji i sterowania tym ruchem, umożliwiającą dokonywanie przewozów osób lub rzeczy, a w szczególności: drogi szynowe normalnotorowe, szerokotorowe i wąskotorowe, koleje niekonwencjonalne, budowle ziemne, mosty, wiadukty, przepusty, konstrukcje oporowe, rampy, perony, place ładunkowe, skrzyżowania linii kolejowych z drogami publicznymi w jednym poziomie, nadziemne i podziemne przejścia dla pieszych, urządzenia zasilania elektrotrakcyjnego, urządzenia zabezpieczenia i sterowania ruchem, urządzenia elektroenergetyki nietrakcyjnej i urządzenia techniczne oraz inne budowle usytuowane na obszarze kolejowym służące do prowadzenia ruchu kolejowego i utrzymania linii kolejowej”, oraz dalej § 48 ust. 1 do „Do kolejowych obiektów inżynierskich, zwanych dalej "obiettami inżynierskimi", zalicza się: mosty, wiadukty, przepusty, ściany oporowe, tunele liniowe, nadziemne i podziemne przejścia dla pieszych.”

W ocenie Odwołującego 3 od wykonawcy SWECO należy oczekiwać staranności na poziomie profesjonalisty. Odwołujący 3 powołał się na orzeczenie KIO o sygn. akt KIO 185/18. Zdaniem Odwołującego 3 należy uznać, że wskazanie inwestycji kolejowej miało na celu uzyskanie dodatkowych punktów przez Wykonawcę SWECO. Odwołujący 3 powołał się na wyrok z dnia 15 marca 2018 r., sygn. akt: KIO 380/18, wyrok z dnia 9 kwietnia 2018 r., sygn. akt: KIO 531/18.

Zarzut 2 – zarzut ewentualny. Naruszenie art. 91 ust. 1 Ustawy PZP w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy PZP poprzez przyznanie ofercie SWECO nieprawidłowej liczby punktów w ramach kryterium 4 tj. „Doświadczenie zawodowe Inspektora nadzoru robót w branży mostowej”, niezgodnie z postanowieniami SIWZ, tj. przyznania 10 zamiast 7 punktów, pomimo iż wykonawca SWECO nie przedstawił 4 zadań spełniających warunki określone w rozdziale XII pkt. 1 ppkt 4 SIWZ.

Odwołujący 3 wskazał, że niniejszy zarzut jest zarzutem ewentualnym, podnoszonym wyłącznie na wypadek nieuwzględnienia zarzutu 1. Zamawiający określił w Rozdziale XIII IDW, w ramach kryteriów którymi będzie się kierował przy wyborze oferty następujące warunki w ramach pod kryterium 1.4 „Doświadczenie zawodowe Inspektora nadzoru robót w branży mostowej” – INM „4

Kryterium	Waga [%]	Max liczba punktów	Sposób oceny - punkty zostaną przyznane kolejno:	
Doświadczenie zawodowe INM	10%	10	Zasady:	
			Ilość budów	Liczba punktów, które otrzyma wykonawca
			1	0 pkt
			2	3 pkt
			3	7 pkt
			4 i więcej	10 pkt
<p>Pod pojęciem „Doświadczenie zawodowe INM” należy rozumieć osoby wskazanej przez Wykonawcę w Wykazie osób pełnienia funkcji doświadczenie nadzoru robót w branży mostowej, na stanowisku inspektora inwestorskiego lub kierownika budowy, w ramach budów które było wykonanie drogowych obiektów mostowych, przez cały cykl (od rozpoczęcia do zakończenia) lub na każdej przez okres minimum 10 mln (słownie: dziesięć milionów) PLN brutto o wartości</p>				
RAZEM	100%	100		

Wykonawca SWECO w formularzu ofertowym w części B.4 gdzie Zamawiający przewidział pozycje do wyszczególnienia danych w zakresie doświadczenia umieścił informację: „INFORMACJE STANOWIĄ TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA i zostały przedłożone w załączniku nr 1 do FORMULARZA OFERTOWEGO - osobnym pliku stanowiącym tajemnicę przedsiębiorstwa” Załącznik nr 1 nie został Odwołującemu przekazany. Swoją wiedzę Odwołujący 3 pozyskał z korespondencji wskazanej w Zarzucie 1 – w zakresie opisu stanu faktycznego Odwołujący wskazuje na opis wskazany w Zarzucie 1. W ocenie Odwołującego 3, wykonawca SWECO jako profesjonalny podmiot zdaje sobie sprawę, że obiekt będący wiaduktem, usytuowany na linii kolejowej służący do przeprowadzenia ruchu kolejowego jest wiaduktem kolejowym i nie jest wiaduktem drogowym. Nawet jeśli przedmiotowy wiadukt przeprowadza ruch kolejowy nad drogą, to nadal zgodnie z w/w rozporządzeniem stanowi on część infrastruktury kolejowej i żaden sposób nie może być interpretowany jako wiadukt drogowy, spełniając wymagania Zamawiającego.

Tym samym Sweco nie mogło otrzymać 10 punktów – gdyż nie podało 4 projektów spełniających wymagania określone w SIWZ.

Zarzut naruszenie art. 8 ust. 1, 2 i 3 Ustawy PZP w związku z art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 11 ust. 2 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez uznanie za prawidłowo zastrzeżoną jako tajemnicę przedsiębiorstwa o w konsekwencji zaniechanie ujawnienia:

- (a) Wykazu Personelu składanego na potrzeby kryterium oceny ofert zawarte w formularzu ofertowym;
- (b) Wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia stanowiącego załącznik nr 7 do IDW pomimo że informacje te nie zostały skutecznie zastrzeżone oraz nie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa

Odwołujący 3 wskazał, że po zapoznaniu się z dokumentem INFORMACJA O TAJEMNICY PRZEDSIĘBIORSTWA złożonym przez wykonawcę SWECO wraz z ofertą stwierdza, że informacje zawarte w/w dokumencie nie wykazują ziszczenia się wszystkich 3 przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, a zatem w/w dokumenty nie mogły zostać skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący 3 podnosi, że wykonawca SWECO nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych

informacji – ograniczając się jedynie do głośłownych stwierdzeń, że informacje te wartość taką stanowią. Ponadto Odwołujący 3 wskazał że jako podstawę faktyczną utajnienia Wykazu osób wskazano obawę przed „podkupieniem” personelu. Odwołujący 3 wskazał, że w wyroku z dnia 24 października 2017 roku, sygn.. akt KIO 2087/17 Izba wskazała, że takie obawy nie są wystarczające dla zastrzeżenia jawności dokumentów: „Izba wskazała, na marginesie stwierdza, że zastrzeżenie Wykazów kandydatów do realizacji usługi mogą uzasadniać tylko szczególne okoliczności, a nie obaw wykonawców, że kandydaci mogą być w obszarze „niezdrowego zainteresowania konkurencji” i możliwości ich „podkupienia”. Trzeba pamiętać, że rozmowy i ustalenia, co do uczestnictwa w realizacji zamówienia poprzedzają złożenie oferty i to kandydat decyduje o podjęciu współpracy z daną firmą zamierzającą złożyć ofertę. Unikalność specjalności też nie może stanowić kryterium do zastrzeżenia takiego Wykazu, co najwyżej dane osobowe, które podlegają ochronie na gruncie ustawy bądź na żądanie kandydata w zakresie przez niego wskazanym, jednakże bez bezwzględnego ograniczenia możliwości weryfikacji wymaganych na danym stanowisku kwalifikacji i doświadczenia.”

Odwołujący 3 wskazał, że w uzasadnieniu SWECO nie wykazał również, aby zastrzegane informacje, w tym wymagane przez postanowienia SIWZ osoby i ich doświadczenie, miały charakter wyjątkowo specjalistyczny, unikalny, usprawiedliwiający przypuszczenie, że na rynku może istnieć praktyka pozyskiwania takich osób. Odwołujący 3 podkreślił, że przedmiotowe wykazy nie zawierają treści unikalnych, czy też specyficznych wyłącznie dla w/w wykonawców. Treść wykazów jest bowiem determinowana przez treść SIWZ – SIWZ wyraźnie określa, jakie informacje mają się znaleźć w wykazach. Odwołujący 3 powołał się na wyrok z dnia 13 marca 2017 roku, KIO 385/1715. Co więcej, zdaniem Odwołującego 3 – informacje zawarte w tych dokumentach staną się jawne po podpisaniu umowy. Zatem SWECO zdaje sobie sprawę, że nie będą one niedostępne po zawarciu umowy.

W ocenie Odwołującego 3, zastrzeżenie jawności informacji na etapie badania i oceny ofert, podczas gdy będą one jawne po zawarciu umowy, stanowi oczywiste naruszenie zasady jawności. Celem SWECO było wyłącznie uniemożliwienie konkurentom zapoznania się z treścią oferty. Odwołujący 3 wskazał, że całkowicie głośłowne pozostają również wyjaśnienia SWECO w zakresie braku ujawnienia zastrzeżonych informacji do wiadomości publicznej. Sam Zamawiający pismem z dnia 03.03.2021 r. wzywając w trybie art. 87 ust 1 ustawy Pzp do wyjaśnień w zakresie doświadczenia zawodowego kandydata na inspektora nadzoru robót w branży mostowej wskazał

nazwę zadania budzącego wątpliwości Zamawiającego, tj.: Modernizacja linii kolejowej E65 Warszawa – Gdynia na odcinku LCS Malbork w ramach którego pełniony był nadzór nad wiaduktem kolejowym w km. 276.107. Zamówienie to było realizowane dla podmiotu publicznego PKP PLK S.A. Tak więc informacje te są dostępne choćby na podstawie dostępu do informacji publicznych i nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego 3, skoro zatem objęcie części oferty oraz dokumentacji tajemnicą przedsiębiorstwa jest wyjątkiem od podstawowej zasady zamówień publicznych - to należy w tym zakresie stosować zasadę *exceptiones non sunt extendendae* - czyli zasadę zakazu wykładni rozszerzającej wyjątków. Tym samym każde odejście od zasady jawności postępowań o udzielenie zamówienia powinno być traktowane bardzo wąsko, z koniecznością przedstawienia przez podmiot zastrzegający jawność oferty szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego spełnienia 3 przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie może być mowy o żadnym „domniemaniu” tajemnicy, czy też przyjęciu przez Zamawiającego „na słowo”, że przesłanki są spełnione. Jeśli dany wykonawca obejmujący jakąś część dokumentacji postępowania tajemnicą przedsiębiorstwa nie wykazał spełnienia przesłanek oraz nie przedstawił dowodów - to Zamawiający (w trakcie oceny ofert) powinien udostępnić takie dokumenty pozostałym wykonawcom lub też Krajowa Izba (na etapie postępowania odwoławczego) powinna nakazać Zamawiającemu takie odtajnienie i udostępnienie.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP w związku z art. 87 ust. 2 pkt. 3 Ustawy PZP oraz w związku z art. 92 ust. 1 pkt 3 PZP poprzez wykluczenia z Postępowania Odwołującego 3, jako nie odpowiadającej treści SIWZ z powodu nie wykazania kryteriów poza cenowych oraz poprzez zaniechanie wskazania podstaw faktycznych odrzucenia, w tym braku wskazania postanowienia oferty i postanowienia SIWZ, które są sprzeczne.

Odwołujący 3 wskazał, że w dniu 23 kwietnia 2021 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający przesłał 2 pisma zatytułowane „Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty”. W pierwszym piśmie Zamawiający wskazał, że odrzuca ofertę Odwołującego 3 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy PZP wskazując iż nie odpowiada ona treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W uzasadnieniu faktycznym podano iż „Oferta Wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ, gdyż nie uwzględnia wszystkich wymagań Zamawiającego. W ofercie nie

złożono deklaracji w zakresie kryteriów poza cenowych. Doświadczenie zawodowe Kierownika Personelu Inżyniera – Inżyniera Rezydenta, Doświadczenie zawodowe Inspektora nadzoru robót hydrotechnicznych nr 1, Doświadczenie zawodowe Inspektora nadzoru robót w branży mostowej. Wykonawca dokonał skreślenia wszystkich kryteriów poza cenowych w formularzu ofertowym w części B tabeli, kolejno pkt. 2, pkt 3 i pkt. 4. Powyższej niezgodności z treścią SIWZ nie da się usunąć w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp.”

W drugim piśmie wskazano jedynie, że Odwołujący 3 nie otrzymał żadnych punktów, przy czym nie podano podstawy nieprzyznania punktów. Pismo nie wskazywało, aby którykolwiek z wykonawców został wykluczony lub jego oferta została odrzucona. Odwołujący 3 nie wie, w jakim celu Zamawiający przysłał drugie pismo. W szczególności z dokumentacji postępowania nie wynika, czy drugie pismo uchyla pierwsze pismo, czy też nie oraz jaki jest wzajemny stosunek obu pism. W pierwszym piśmie Zamawiający nie wskazał, z jakim postanowieniem SIWZ oferta jest niezgodna. Tym samym Odwołujący 3 nie może odnieść się do podstaw odrzucenia jego oferty. Odwołujący 3 podkreślił, że zakres zobowiązania określony w ofercie w pełni odpowiada wymaganiom sformułowanym w SIWZ i gwarantuje realizację umowy zgodnie z postanowieniami SIWZ. Brak wskazania w ofercie okoliczności, które skutkują możliwością uzyskania dodatkowych punktów w ramach kryterium oceny ofert, nie wpływa na wymagania minimalne dotyczące realizacji opisane w SIWZ czy we wzorze umowy. Treść oferty Odwołującego 3 w aspekcie merytorycznym, tj. oferowanego rozwiązania, jest zatem, w świetle wymagań Zamawiającego, w pełni zgodna z SIWZ. Co więcej w żadnym postanowieniu SIWZ Zamawiający nie wymagał uzyskania minimalnej liczby punktów w kryterium pozacenowym ani też nie zastrzegł, że w ramach przedmiotowego postępowania ustanowione są np. minimalne limity które każdy z Wykonawców musi uzyskać w ramach kryteriów pozacenowych.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w przetargu nieograniczonego pn. „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w ramach projektu „Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską - Część 2”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2020/S 235-580383 z dnia 27 listopada 2020 roku. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone

jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (dalej „ustawa Pzp”).

Izba ustaliła, że w Rozdziale VIII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający określił wymagania co do wadium, jakie wykonawcy składający ofertę w postępowaniu zobowiązani byli ustanowić. Zamawiający wskazał, że wykonawca zobowiązany jest wnieść wadium przed upływem terminu składania ofert w wysokości: 200 000,00 PLN (słownie: dwieście tysięcy złotych 00/100). Wadium może być wniesione w: pieniądzu, poręczeniach bankowych, lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, z tym, że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym, gwarancjach bankowych, gwarancjach ubezpieczeniowych; poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2007 r. Nr 42, poz. 275 z późn. zm.).

Z treści gwarancji/poręczenia winno wynikać bezwarunkowe, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego w terminie związania ofertą, zobowiązanie Gwaranta do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Oferta wykonawcy, który nie wniesie wadium lub wniesie w sposób nieprawidłowy zostanie odrzucona.

Izba ustaliła, że Odwołujący 1 wraz ofertę złożył wadium w formie gwarancji bankowej wystawionej przez Bank Ochrony Środowiska S.A z siedzibą w Warszawie, ul. Żelazna 32. Zgodnie z treścią przedłożonego dokumentu, wystawca gwarancji udzielił gwarancji zapłaty na rzecz Zamawiającego nieodwołalnie i bezwarunkowo kwoty 100.000,00 zł na pierwsze pisemne żądanie, wraz z oświadczeniem, że ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawca:

„1) z przyczyn leżących po jego stronie, na wezwanie Zamawiającego nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Prawa Zamówień Publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 Prawa zamówień publicznych, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej lub

2) pomimo, że oferta Wykonawcy została wybrana:

- a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, lub
- b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub
- c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.”

Ponadto, w treści ww. gwarancji, gwarant oświadczył, iż:

„Niniejsza gwarancja powinna być nam zwrócona po upływie terminu jej ważności lub w przypadku unieważnienia przetargu lub odrzucenia przedmiotowej oferty (z wyjątkiem sytuacji, kiedy oferta Wykonawcy zostanie uznana za odrzuconą wskutek niedokonania przez niego czynności, o których mowa w art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych) lub w przypadku zaspokojenia wszystkich Państwa roszczeń z gwarancji.

Izba ustaliła, że w dniu 23 kwietnia 2021 r. do Zamawiającego przedstawił Informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, w której wskazał, iż oferta Odwołującego 1 podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy Pzp

Izba ustaliła, że w rozdziale V SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu” Zamawiający wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy - zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu, przy czym w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawca miał wykazać, że „wykonał w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie usługi (każda pełniona przez cały okres realizacji danej inwestycji lub przez okres minimum 12 miesięcy, z wyłączeniem okresu gwarancyjnego), których przedmiotem było pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w ramach zakończonych inwestycji, polegających na wykonaniu (. . .) - każda z ww. inwestycji realizowana w oparciu o wzorce Warunków Kontraktowych opracowanych przez FEDERATION INTERNATIONALE DES INGENIEURS - CONSEILS (STOWARZYSZENIE INŻYNIERÓW DORADCÓW I RZECZOZNAWCÓW) - FIDIC (w siwz zwane: „Warunkami Kontraktowymi FIDIC”) lub równoważne.

W przypisie nr 7 Zamawiający dookreślił, iż pod pojęciem „warunki kontraktowe równoważne” należy rozumieć warunki kontraktowe VOB/B lub wzory JCT (Joint

Contract Tribunal) i FMB (Federation of Masters Builders (FMB) lub kontrakty NEC (New Engineering Contracts) lub wzory ICE (Institution of Civil Engineers).

Izba ustaliła, że Odwołujący 2 w celu wykazania spełnienia powyższego warunku powołał się w złożonym wykazie na inwestycje pn.: „Budowa przystani nr 12 w Porcie Ventspils” o wartości 15.254.648,72 EUR netto realizowana na rzecz Zarządu Portu Ventspils (dalej „**Inwestycja nr 2**”). Wykonawca w załączniku nr 1 wskazał również, że powyższa inwestycja była realizowana w oparciu o warunki kontraktowe równoważne warunkom kontraktowym FIDIC.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 3 marca 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego 2 do złożenia wyjaśnień m.in. w zakresie Inwestycji nr 2. Zamawiający wniósł o złożenie wyjaśnień w zakresie podanie warunków kontraktowych równoważnych warunkom kontraktowym FIDIC.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 10 marca 2021 r. Odwołujący 2 złożył wyjaśnienia oraz dowody. Odwołujący 2 wskazał w treści złożonego pisma: „Wykonawca informuje, że zadanie było realizowane na podstawie warunków kontraktowych równoważnych z FIDIC. Wykonawca informuje, że poprzez warunki kontraktowe równoważne warunkom kontraktowym FIDIC dla inwestycji wyszczególnionych rozumie, że zawarta umowy zawierała zapisy standardowych umów FIDIC.”

Odwołujący 2 załączył do pisma oświadczenie Portu Windawa (inwestor), który to stwierdza: „Niniejszym potwierdzamy, że SIA „Isliena V” (nr przedsiębiorstwa budowlanego 0129-R) zgodnie z zawartymi umowami o wykonanie nadzoru budowlanego w obiektach budowlanych - „Nabrzeże nr 12 Portu Windawa”, „Roboty remontowe na nabrzeżu Portu Windawa pod adresem Kr. Valdemāra iela 6 w Windawie”, „Umocnienie brzegu kanału rzeki Venta w Windawie” oraz zaangażowani przez nią inżynierowie budowlani wykonywali usługi zarządzania inżynierskiego i nadzoru budowlanego. Treść umów o wykonywanie nadzoru budowlanego zawierała również zapisu standardowych umów FIDIC dotyczących funkcji Inżyniera, gdyż w obu przypadkach usługi wykonywane są przez zatwierdzony przez Zamawiającego zespół inżynierów/inspektorów nadzoru, do których obowiązków należała ochrona interesów umownych Zamawiającego zgodnie z warunkami zawartych umów, przepisami prawa obowiązującymi w Republice Łotewskiej oraz kontrola realizacji wymagań projektu budowlanego budowli hydrotechnicznej” .

Izba ustaliła, że w rozdziale XIII SIWZ wskazano na opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty. Jednym z kryteriów poza cenowych było „Doświadczenie zawodowe Inspektora nadzoru robót w branży mostowej” z wagą 10 0/0. W opisie kryterium Zamawiający podał, iż pod pojęciem „Doświadczenie zawodowe INM” należy rozumieć doświadczenie osoby wskazanej przez Wykonawcę w Wykazie osób do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru robót branży mostowej, na stanowisku inspektora nadzoru inwestorskiego lub kierownika budowy, w ramach budów których przedmiotem było wykonanie drogowych obiektów mostowych, przez cały okres ich realizacji (od rozpoczęcia do zakończenia) lub na każdej przez okres minimum 12 miesięcy, każda o wartości minimum 10 mln (słownie: dziesięć milionów) PLN brutto”. Zamawiający wskazał, że za wykazanie jednej budowy przyzna 0 punktów, za wykazanie 2 przyzna 3 punkty, za wykazanie 3 przyzna 7 punktów, a za wykazanie 4 i więcej przyzna maksymalną liczbę 10 punktów.

Izba ustaliła, że wykonawca SWECO w Załączniku nr 6 – „Wykaz usług”, w poz. 2 i 3 zamieścił następujące informacje w zakresie wskazanych inwestycji:

- „W ramach realizacji przedmiotowej usługi firma Sweco Consulting sp. z o.o. – Lider Joint Venture (Konsorcjum) – sprawowała kierownictwo handlowe całego Joint Venture (Konsorcjum) oraz wspólnie z pozostałymi Członkami/Partnerami Joint Venture (Konsorcjum) wykonywała na zasadach równorzędności bezpośrednio wszystkie czynności zarządzania projektem, w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót i inne czynności nadzorowania przypisane funkcji Inżyniera Kontraktu, zgodnie z Umową z Zamawiającym” – pozycja 2;
- „W ramach realizacji przedmiotowej usługi firma Sweco Consulting sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) sprawowała kierownictwo handlowe całego Konsorcjum oraz wspólnie z Wojewódzkim Przedsiębiorstwem Usług Inwestycyjnych sp. z o.o. w Olsztynie – Członkiem/Partnerem Konsorcjum wykonywała na zasadach równorzędności bezpośrednio wszystkie czynności zarządzania projektem, w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót i inne czynności nadzorowania przypisane funkcji Inżyniera Kontraktu, zgodnie z Umową z Zamawiającym. Trzeci członek Konsorcjum (firma Sweco Nederland B.V.) pełnił jedynie rolę konsultacyjno-doradczą w zakresie ogólnie pojętego transferu know-how do firmy Sweco Consulting sp. z o.o.” – pozycja 3.

Izba ustaliła ponadto, że Zamawiający wskazał w zakresie pozacenowego kryterium oceny ofert, w Rozdziale XIII IDW, w ramach kryteriów którymi będzie się kierował przy wyborze oferty następujące warunki w ramach pod kryterium 1.4 „Doświadczenie zawodowe Inspektora nadzoru robót w branży mostowej” – INM:

Kryterium	Waga [%]	Max liczba punktów	Sposób oceny - punkty zostaną przyznane kolejno:	
Doświadczenie zawodowe INM	10%	10	Zasady:	
			Ilość budów	Liczba punktów, które otrzyma wykonawca
			1	0 pkt
			2	3 pkt
			3	7 pkt
			4 i więcej	10 pkt
<p>Pod pojęciem „Doświadczenie zawodowe INM” należy rozumieć osobę wskazaną przez Wykonawcę w Wykazie osób do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru robót w branży mostowej, na stanowisku inżyniera inwestorskiego lub kierownika budowy, w ramach budów których wykonanie drogowych obiektów mostowych, przez cały okres rozpoczęcia do zakończenia) lub na każdej przez okres minimum 10 mln (słownie: dziesięć milionów) PLN brutto o wartości</p>				

W Rozdziale XIII SIWZ Zamawiający określił formułę przyznawania punktów:

Całkowita liczba punktów, jaką otrzyma dana oferta, zostanie obliczona wg poniższego wzoru:

$$L = C + IR + INH + INM$$

gdzie:

L – całkowita liczba punktów,

C – punkty uzyskane w kryterium „Cena ofertowa brutto”,

IR – punkty uzyskane w kryterium „Doświadczenie zawodowe **Kierownika Personelu Inżyniera - Inżyniera Rezydenta**”

INH - punkty uzyskane w kryterium „Doświadczenie zawodowe **Inspektora nadzoru robót hydrotechnicznych nr 1**”

INM - punkty uzyskane w kryterium „Doświadczenie zawodowe **Inspektora nadzoru robót w branży mostowej**”

Ocena punktowa w kryterium „Cena ofertowa” dokonana zostanie, na podstawie **ceny ofertowej brutto** wskazanej przez Wykonawcę w ofercie i przeliczona według wzoru opisanego w tabeli powyżej.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 3 marca 2021 r. wezwał wykonawcę SWECO do złożenia wyjaśnień w zakresie doświadczenia zawodowego Inspektora nadzoru robót w branży mostowej poprzez wyszczególnienie zakresu robót, których przedmiotem było wykonanie drogowych obiektów mostowych wykonanych w ramach inwestycji wskazanej w pozycji 3 w zestawieniu tabelarycznym, w tym doprecyzowanie w pozycji nr 3 czy w ramach nadzoru dot. inwestycji Modernizacja linii kolejowej E65 Warszawa-Gdynia na odcinku LCS Malbork - pełniony był nadzór nad drogowym obiektem mostowym. Obecnie wskazano wartość robót wiaduktu kolejowego km 276,107 – 11,5mln brutto.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 8 marca 2021 r. wykonawca SWECO złożył wyjaśnienia, wskazując m. in, że Zamawiający nie zdefiniował, co rozumie pod pojęciem „*drogowego obiektu mostowego*”, odniósł się jedynie do definicji obiektu mostowego zawartej w §3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz. U. 2000 r. Nr 63, poz. 735 ze zm.) cyt. „Ilekczoć w rozporządzeniu jest mowa o [...] obiekcie mostowym - rozumie się przez to budowle przeznaczoną do przeprowadzenia drogi, samodzielnego ciągu pieszego lub pieszo-rowerowego, szlaku wędrówek zwierząt dziko żyjących lub innego rodzaju komunikacji gospodarczej nad przeszkodą terenową, a w szczególności: most, wiadukt, estakadę, kładkę”. Wskazujemy, że Zamawiający w SIWZ nie zawęził pojęcia/definicji „drogowy obiekt mostowy” jedynie do dróg w zakresie transportu kołowego, w związku z tym Wykonawca zrozumiał, że określenie „drogowy” może się odnosić zarówno do drogi kołowej, jak również kolejowej. Interpretując w tak szeroki sposób pojęcie „drogowego obiektu mostowego” potwierdzamy, co wykazaliśmy w załączniku nr 1 do Formularza ofertowego, iż w ramach inwestycji wykazanej w pozycji 3 tabeli (doświadczenie zawodowe Inspektora nadzoru robót w branży mostowej) pełniony był nadzór inwestorski nad drogowym obiektem mostowym, tj. wiaduktem kolejowym przez wskazanego przez nas w ofercie Inspektora.

Izba ustaliła, że Zamawiający w wyniku badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu przyznał wykonawcy SWECO maksymalną liczbę punktów tj. 10 za 5 inwestycji w kryterium doświadczenie zawodowe inspektora nadzoru robót w branży mostowej.

W zakresie podniesionych przez Odwołującego 3 zarzutów, Izba ustaliła, że Załącznikiem nr 1 do SIWZ był Formularz oferty. W części B, pkt 2 Zamawiający, zgodnie z udostępnionym wzorem przewidział miejsce na przedstawienia informacji dotyczących kryterium „Doświadczenie zawodowe Kierownika Personelu Inżyniera – Inżyniera Rezydenta”, w pkt 3 kryterium „Doświadczenie zawodowe Inspektora nadzoru robót hydrotechnicznych nr 1”, w pkt 4 kryterium „Doświadczenie zawodowe Inspektora nadzoru robót w branży mostowej”.

Izba ustaliła, że Odwołujący 3 w złożonym formularzu ofertowym skreślił w części B, pkt 2, 3 i 4.

Izba ustaliła, że Zamawiający w piśmie z dnia 23 kwietnia 2021 r. wskazał, że odrzuca ofertę Odwołującego 3 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp wskazując, iż nie odpowiada ona treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W uzasadnieniu faktycznym podano iż „Oferta Wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ, gdyż nie uwzględnia wszystkich wymagań Zamawiającego. W ofercie nie złożono deklaracji w zakresie kryteriów poza cenowych. Doświadczenie zawodowe Kierownika Personelu Inżyniera – Inżyniera Rezydenta, Doświadczenie zawodowe Inspektora nadzoru robót hydrotechnicznych nr 1, Doświadczenie zawodowe Inspektora nadzoru robót w branży mostowej. Wykonawca dokonał skreślenia wszystkich kryteriów poza cenowych w formularzu ofertowym w części B tabeli, kolejno pkt 2, pkt 3 i pkt 4. Powyższej niezgodności z treścią SIWZ nie da się usunąć w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp.”

W zakresie zarzutów dotyczących oferty SWECO, Izba ustaliła, że wykonawca złożył wraz z ofertą Informacje o tajemnicy przedsiębiorstwa, zastrzegając jako tajemnicę przedsiębiorstwa: Informacje zawarte w załączniku nr 1 do Formularza ofertowego, tj. informacje wymagane w zakresie kryterium Doświadczenie zawodowe (kryteria opisane w rozdziale XIII pkt. 1 ppkt 2, 3 i 4 SIWZ), oraz Informacje zawarte w Wykazie osób – zał. nr 7 do SIWZ. Wykonawca złożył uzasadnienia zastrzeżenia ww. informacji.

Izba zważyła co następuje:

Odwołanie o sygn. akt: KIO 1290/21

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby nie potwierdziły się zarzuty podniesione przez Odwołującego 1 w odwołaniu. W konsekwencji Izba oddaliła odwołanie.

Zgodnie z art. 45 ustawy Pzp, zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach: pieniądzu, poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym, gwarancjach bankowych, gwarancjach ubezpieczeniowych, poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz.U. z 2019 r. poz. 310, 836 i 1572).

Natomiast zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Zgodnie zaś z art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana: odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie; nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy; zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Ustawodawca dopuścić gwarancję bankową jako jedną z form wnoszenia wadium w postępowaniu o udzieleniu zamówienia publicznego. Ustawa Pzp nie zawiera definicji gwarancji bankowej. Mają zatem w tym zakresie zastosowanie przepisy ustaw prawo bankowe - stosownie do art. 81 ust. 1 ustawy z 29.8.1997 r. - Prawo bankowe (t.j. Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 ze zm.), (dalej „**Prawo Bankowe**”) gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku - gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być

stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Zgodnie z poglądami wyrażanymi w orzecznictwie sądowym, zobowiązanie z gwarancji bankowej, które zostaje przez strony określone jako nieodwołalne i bezwarunkowe, jest zobowiązaniem abstrakcyjnym, tj. niezależnym od istnienia i ważności zobowiązania podstawowego, leżącego u podstaw zaciągnięcia zobowiązania z tytułu gwarancji oraz samodzielny (nieakcesoryjny), którego istnienie i zakres nie zależy od istnienia i zakresu innego zobowiązania.

Istotą gwarancji jest jej abstrakcyjny i nieakcesoryjny charakter, co przekłada się bezpośrednio na wagę jaką posiada odpowiednie ukształtowanie treści gwarancji w sposób zapewniający jasne i precyzyjne określenie przesłanek skorzystania przez beneficjenta z przysługujących mu uprawnień. Oderwanie od stosunku, który gwarancja zabezpiecza oznacza, że ochrona interesu zamawiającego - zabezpieczenie oferty wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia - musi być zapewniona w samej treści gwarancji, w precyzyjnym ukształtowaniu przesłanek wypłacenia wadium, bowiem zamawiający dochodząc roszczeń z gwarancji, będzie wobec gwaranta mógł powoływać się tylko na wystąpienie takich okoliczności wypłaty sumy gwarancji, które zostały określone w samej jej treści.

W analizowanym stanie faktycznym, w przypadku dokumentu gwarancji złożonego w postępowaniu przez Odwołującego 1, nie budzi wątpliwości, iż przesłanki skorzystania z roszczeń gwarancyjnych określone w treści gwarancji złożonej przez Odwołującego 1 nie zawierają jednego z elementów wymaganych zgodnie z przepisami ustawy, tj. przypadku nie złożenia, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, na wezwanie Zamawiającego, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Pzp. Złożone przez Odwołującego 1 wadium w formie gwarancji bankowej nie obejmuje uprawnia zamawiającego do zatrzymania wadium w sytuacji, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący 1 w treści odwołania nie kwestionuje tego, iż Zamawiający błędnie odczytał treść gwarancji z uwagi na fakt, iż wszystkie okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp są w niej wprost wymienione. Odwołujący 1 wprost przyznaje, że ww. przesłanka nie została *expressi verbis* wprowadzona do treści

przedłożonej gwarancji. Odwołujący 1 zarzuca natomiast, iż Zamawiający w sposób nieuprawniony odczytuje gwarancję wyłącznie w oparciu o wykładnię językową, podczas gdy winien jeszcze to robić w oparciu o inne metody wykładni, w tym celowością i funkcjonalną. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego 1. Wykładnia zapisów zawartych w gwarancji podlega wykładni językowej z uwagi na abstrakcyjny i charakter tego dokumentu. Odwołujący 1 zaś treść gwarancji podporządkowuje treści dokonanej przez siebie wykładni przepisów ustawy Pzp, co w ocenie Izby jest niedopuszczalną interpretacją rozszerzającą, która zmierza do rozszerzenia odpowiedzialności gwaranta w oparciu o okoliczności nie wynikające z treści gwarancji, ale wyinterpretowane przez Odwołującego 1 na podstawie subiektywnej analizy przepisów ustawy Pzp. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego 1, że „oświadczenie, o którym mowa w art. 25a ust. 1” jest objęte zakresem dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Świadczy o tym już sam fakt wyodrębnienia jako osobny, przypadku nie złożenia oświadczenia (w przedmiotowej sprawie - oświadczenia w formie jednolitego dokumentu, tzw. JEDZ) w ramach podstaw zatrzymania wadium wskazanych w art. 46 ust. 1a Pzp, jak również - w treści art. 26 ust. 3 Pzp. Treść tych przepisów wskazuje, że wezwanie do uzupełnienia JEDZ nie jest równoznaczne z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp i vice versa. Odwołujący 1 nie rozróżnia na gruncie ustawy Pzp „dokumentu” (art. 25 ust. 1) oraz „oświadczenia” (art. 25a ust. 1). Gdyby faktycznie „Oświadczenie, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp było oświadczeniem, o którym mowa w art. 25 ust. 1” to jeden z tych przepisów byłby po pierwsze zbędny, a już na pewno w razie tożsamości tych dokumentów, ustawodawca nie zdecydowałby się na wyraźne rozróżnienie ich właśnie w treści art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, co bezspornie ma miejsce. Dodatkowo, w przypadku dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, art. 25 ust. 2 Pzp zawiera wyraźną delegację, iż rodzaje dokumentów, jakich może żądać Zamawiający na podstawie art. 25 ust. 1, określanych jako niezbędne do przeprowadzenia postępowania w rozumieniu tego przepisu, podlegają określeniu w rozporządzeniu wydawanym przez właściwego ministra. Oświadczenie JEDZ, bo o takim mowa w odniesieniu do tego postępowania w art. 25a ust. 1 Pzp, w związku z art. 25a ust. 2 Pzp, nie jest uregulowane w przepisach rozporządzenia, ale zostało ono zdefiniowane bezpośrednio w ustawie - art. 10a ust. 1 ustawy.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego 1 o niezastosowaniu czy też błędnym zastosowaniu przez Zamawiającego do złożonej gwarancji reguł interpretacji z art. 65 § 1 i 2 k.c., Izba uważa twierdzenie Odwołującego 1 za nieprawidłowe. Mając na uwadze charakter zobowiązania gwarancyjnego, interpretacja treści gwarancji nie

może mieć charakteru rozszerzającego, w szczególności - obejmować podstawę roszczeń z gwarancji, która nie została w niej wymieniona. Zgodnie z zasadami logicznego rozumowania, nie wskazanie jednej z enumeratywnych przesłanek zatrzymania wadium określonych w art. 46 ust. 4a Pzp, wskazywałoby na celowe nie objęcie takiego niewymienionego przypadku w zakresie podstaw do żądania wypłaty wadium. Stosowanie zaś zasad ogólnych interpretacji oświadczeń woli, powinno uwzględniać również charakter stosunku prawnego i wskazywane już powyżej cechy charakterystyczne abstrakcyjność i nie-akcesoryjność gwarancji. W tym kontekście, interpretacja zmierzająca wprost do uzupełnienia treści gwarancji o przesłankę wypłaty wadium pominiętej w treści dokumentu, nie jest interpretacją dokumentu, ale próbą napisania nowej treści dokumentu, co należy uznać za niedopuszczalne.

Zdaniem Izby oferta skutecznie zabezpieczona wadium, zgodnie z przepisami ustawy Pzp, wymaga przyznania Zamawiającemu już począwszy od pierwszego dnia związania wykonawcy składaną w postępowaniu ofertą, uprawnienia do skorzystania z gwarancji w każdym z przypadków pisanych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp. W przypadku wadium wniesionego przez Odwołującego 1, Zamawiający nie miałby możliwości skorzystania z gwarancji w sytuacji, w której Zamawiający wystosowałby wobec Odwołującego 1 wezwanie do uzupełnienia wymaganego w tym postępowaniu dokumentu JEDZ (oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Pzp).

Interpretacji korzystnej dla Odwołującego 1 nie potwierdza przytaczany fragment art. 46 ust. 4a Pzp - przywołanie przepisu występuje w kontekście obowiązku po stronie Zamawiającego zwrotu dokumentu gwarancji. Nie kształtuje natomiast uprawnienia Zamawiającego do zatrzymania wadium, a w taki właśnie sposób gwarancja wadialna powinna zabezpieczać interes Zamawiającego. Nawet w przypadku braku zwrotu gwarancji - Zamawiający nie ma prawa skutecznie z niej skorzystać, jeśli złożone oświadczenie, co do zaistniałych okoliczności nie pokrywa się z przesłankami wypłaty kwoty gwarancji opisanymi w jej treści - przypadki te nie wymieniają okoliczności nie złożenia oświadczenia z art. 25a ust. 1 Pzp.

Zgodzić się należy z Odwołującym 1, że ani z SIWZ, ani z przepisów ustawy nie wynika, by wykonawca miał obowiązek przedstawić gwarancję, która będzie stanowiła wierne odwzorowanie brzmienia art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Jednakże zaznaczyć należy, że w treści gwarancji jaką złożył Odwołujący 1 okoliczności zatrzymania wadium wskazane powyżej zostały pominięte, a tym samym złożony przez

Odwołującego 1 dokument wadium nie zabezpiecza Zamawiającego przed brakiem złożenia przez wykonawcę oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp. Wadium zaś, nie dające pewności zabezpieczenia wszystkich roszczeń Zamawiającego, jest wadium nieskutecznym, a zatem wniesionym nieprawidłowo. Nieobjęcie zakresem gwarancji jednej z okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp pociąga za sobą skutek w postaci uznania, że gwarancja nie stanowi prawidłowo ustanowionego zabezpieczenia uzyskania wadium, nie zabezpiecza w pełni interesów Zamawiającego.

W ocenie Izby nie może stanowi prawidłowego zabezpieczenia interesów Zamawiającego sprowadzenie prawa Zamawiającego do realizacji uprawnień z gwarancji do dowodzenia przez Zamawiającego względem gwaranta, że w istocie zapisy gwarancji przecież obejmowały wszystkie sytuacje wskazane w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp i powoływanie się na interpretacji przepisów ustawy Pzp jaką prezentuje Odwołujący 1. Zadać należałoby pytanie dlaczego gwarant miały realizować w sposób szybki i skuteczny takie roszczenie Zamawiającego o wypłatę kwoty z gwarancji, skoro interpretacja przepisów zaprezentowana przez Odwołującego 1 jest błędna, a z treści gwarancji nie wynika wprost możliwość realizacji uprawnienia Zamawiającego we wszystkich okolicznościach wskazanych w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Bank może podnieść wobec Zamawiającego te same argumenty jaki podnieśli przystępujący jak i Zamawiający odnośnie ryzyk związanych z brakiem ujęcia w treści gwarancji wszystkich przesłanek wynikających z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. To zaś potwierdza słuszność decyzji Zamawiającego.

Odnosząc się do Oświadczenia Banku złożonego na rozprawie, zdaniem Izby dowód ten nie ma znaczenia dla sprawy. Po pierwsze, oświadczenie to nie może stanowić uzupełnienia dokumentów złożonych przez Odwołującego 1 w terminie składania ofert. Oświadczenie jest datowane na dzień 11 maja 2021 r., a więc po terminie składania ofert. Po drugie, Odwołujący 1 nie wykazał umocowania osób, które podpisały oświadczenie do składania tego typu oświadczeń w imieniu banku.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut jest bezpodstawny. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby niemożliwe jest konwalidowanie czy uzupełnianie wniesionego dokumentu

gwarancji wadialnej (tak m.in. w wyrok o sygn. akt KIO 1771/20, 1772/20, KIO 783/21, KIO 44/19). Przekazywane przez wykonawców dokumenty potwierdzające udzielenie gwarancji nie są dokumentami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o których mowa w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2020 r. poz. 1282). Dokumenty te nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu/kryteriów kwalifikacji ani braku podstaw do wykluczenia. Konsekwencją powyższego jest niemożność uzupełniania ewentualnych braków w prawidłowym wniesieniu wadium w trybie wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Słusznie wskazał Zamawiający, że dopuszczenie do uzupełniania gwarancji wadialnej byłoby wysoce niepożądane dla systemu zamówień publicznych. Wykonawcy mogliby wówczas bez konsekwencji zatrzymania wadium składać oferty „na próbę”, tj. niezawierające wszystkich wymaganych przesłanek zapłaty wadium zamawiającemu, a następnie nie uzupełniać tego dokumentu - czyniąc to bez żadnych konsekwencji.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, wskazać należy, że Zamawiający prawidłowo zidentyfikował i ocenił różnicę pomiędzy złożoną przez Odwołującego 1 gwarancją, a wymaganiami przepisów ustawy i postanowień SIWZ. Izba zaznacza, że wybór formy wniesienia wadium leżał całkowicie po stronie Odwołującego 1 - w ramach określonych przepisami ustawy - zatem również ryzyko wadliwej treści gwarancji spoczywa po jego stronie. To właśnie uwzględnienie zarzutów odwołania i uznanie gwarancji za prawidłową lub też umożliwienie jej uzupełnienia czy wyjaśnienia, oznaczałoby preferencyjne traktowanie Odwołującego 1 i prowadziłoby do naruszenia zasad określonych w art. 7 ust. 1 Pzp. Stąd też zdaniem Izby, Zamawiający nie naruszył art. 7 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak sentencji.

Odwołanie o sygn. akt: 1316/21

W ocenie Izby odwołanie podlegało oddaleniu.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp

Zdaniem Izby zarzut nie potwierdził się. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Podkreślenia wymaga, że interpretacja warunków udziału w postępowaniu powinna być dokonywana z uwzględnieniem celu, jakiemu te warunki służą, a jest nim zapewnienie wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia.

Należy wskazać, że w analizowanym stanie faktycznym, Zamawiający wymagał od wykonawców wykazania, że w okresie ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie usługi (każda pełniona przez cały okres realizacji danej inwestycji lub przez okres minimum 12 miesięcy, z wyłączeniem okresu gwarancyjnego), których przedmiotem było pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w ramach zakończonych inwestycji, polegających na wykonaniu (. . .) - każda z ww. inwestycji realizowana w oparciu o wzorce Warunków Kontraktowych opracowanych przez FEDERATION INTERNATIONALE DES INGENIEURS - CONSEILS (STOWARZYSZENIE INŻYNIERÓW DORADCÓW I RZECZOZNAWCÓW) - FIDIC (w siwz zwane: „Warunkami Kontraktowymi FIDIC”) lub równoważne”. Zamawiający zdefiniował pojęcie równoważności w przepisie nr 7 poprzez zamieszczenie postanowienie, że pod pojęciem „warunki kontraktowe równoważne” należy rozumieć warunki kontraktowe VOB/B lub wzory JCT (Joint Contract Tribunal) i FMB (Federation of Masters Builders (FMB) lub kontrakty NEC (New Engineering Contracts) lub wzory ICE (Institution of Civil Engineers).

Zdaniem Izby Odwołujący 2 nie wykazał, że Inwestycja nr 2 była inwestycją realizowaną w oparciu o wzorce warunków kontraktowych FIDIC lub warunków równoważnych takim warunkom, określonych przez Zamawiającego w SIWZ. Izba podkreśla, że Odwołujący 2 sam na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu zdefiniował w złożonych Zamawiającemu dokumentach pojęcie równoważności w sposób niezgodny ze SIWZ.

Izba wskazuje, że zasadnicza część argumentacji Odwołującego 2 sprowadzała się do twierdzenie, że wyrażenie użyte przez Zamawiającego w SIWZ „inwestycja realizowana w oparciu o wzorce Warunków Kontraktowych opracowanych” należy interpretować szeroko. Zakresem tym powinna być objęta każda inwestycja, w której zostały zamieszczone klauzule typowe dla umów realizowanych na podstawie wzorców FIDIC. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego 2. Po pierwsze Izba wskazuje, że sam fakt, że Odwołujący 2 nie złożył umowy na podstawie, której realizowana była Inwestycja nr 2 uniemożliwia jakąkolwiek weryfikację jaki rodzaj umowy został podpisany przez strony, jakie zostały zawarte w niej postanowienia, czy strony odwołały się do jakichkolwiek warunków kontraktowych FIDIC. Już z tego powodu, zarzut Odwołującego 2 podlega oddaleniu. Izba wskazuje, że ciężar wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu spoczywa na wykonawcy. Tego ciężaru Odwołujący 2 nie udźwignął. Złożone oświadczenia Portu Windawa oraz opinia prywatna nie może zastępować faktycznej umowy jaka została podpisana i w oparciu o jaką realizowana była Inwestycja nr 2. Po drugie, Izba wskazuje, że Odwołujący 2 dokonał błędnej interpretacji warunku udziału w postępowaniu. Zgodzić się należy z Odwołującym 2, że żaden zamawiający nie stosuje warunków FIDIC w brzmieniu dosłownym, lecz dopasowuje je do uwarunkowań prawnych danej kraju. Nadinterpretacją jednak wymagań Zamawiającego jest twierdzenie wykonawcy, że chodzi o każdą umowę, w której zamieszczone „jakieś klauzule FIDIC”. Należy wskazać, że Zamawiający nie wymagał wykazania się doświadczeniem w realizacji inwestycji w oparciu o umowę zawierającą jakieś bliżej nieokreślone klauzule FIDIC, tak jak obecnie postuluje Odwołujący 2. Zamawiający wymagał wykazania, że inwestycja była realizowana w oparciu o wzorce kontraktowe FIDIC. Słusznie więc wskazał Zamawiający, że opracowane przez Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców warunki kontraktowe wchodzi w skład tak zwanego prawa umownego, które przez dziesięciolecia było kształtowane przez praktykę obrotu gospodarczego w zakresie inwestycji budowlanych. Prawo przybrało obecnie formę wzorców umów, formularzy czy opisów procedur. Są one powszechnie uznawane w środowisku jako dokumenty spełniające role obiektywnych, bezstronnych dokumentów wyważających interesy stron kontraktu o roboty budowlane. Warunki Kontraktowe FIDIC technicznie dzielą się najczęściej (dopuszcza się modyfikacje) na następujące części:

Akt Umowy - niezbyt obszerny tekst umowy pochodzący z Warunków Ogólnych określający nazwę przedmiotu umowy, strony umowy, cenę za wykonanie przedmiotu umowy, termin wykonania i stwierdzenia, że wykonawca zobowiązuje się wykonać

kontrakt na warunkach zawartych w wymienionych w niej dokumentach oraz ustalający wykaz załączników do umowy;

„Warunki Ogólne - wydanie FIDIC w formie druku książkowego;

Warunki Szczególne - stanowiące doprecyzowanie Warunków Ogólnych do potrzeb danego kontraktu;

Załączniki - dokumenty zawierające wymagania zamawiającego do wykonawcy czy techniczne określenie przedmiotu zamówienia

FIDIC przygotowała dla inwestorów cztery podstawowe wzorce umów w formie wydawnictw książkowych (tzw. kolorowe książki czerwona, żółta, srebrna i zielona). Wydawnictwa te były przez lata wielokrotnie aktualizowane. Wydaniem i dystrybucją ww. wydawnictw na rynku polskim jest SIDIR, to jest: Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców, które jest Polską Krajową Organizacją Członkowską FIDIC.

Izba wskazuje, że powyższe informacje dotyczące warunków kontraktowych FIDIC są powszechnie dostępne, zaś dla profesjonalisty, za jakiego z pewnością uznać należy Odwołującego 2, znane. Potwierdza to choćby złożony przez Odwołującego 2 wykaz, w którym jednoznacznie odróżnił inwestycje realizowane w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC od inwestycji realizowanych na warunkach kontraktowych równoważnych do warunków FIDIC. Tym samym, zdaniem Izby, wyrażanie „oparcie o warunki kontraktowe FIDIC” oznacza umowę dla której bazą kontraktową są wspomniane wyżej Warunków Ogólne, Akt Umowy oraz Warunki Szczególne, w których jak słusznie zauważa Odwołujący 2 dochodzi do modyfikacji Warunków Ogólnych związanych z dostosowaniem warunków FIDIC tak do regulacji wewnętrznych danego kraju, jak i potrzeb inwestora.

Zatem, roboty realizowane zgodnie z umową, która nie zawiera odwołania do Warunków Ogólnych opracowanych przez FEDERATION INTERNATIONALE DES INGENIEURS - CONSEILS (STOWARZYSZENIE INŻYNIERÓW DORADCÓW I RZECZOZNAWCÓW) - FIDIC nie są inwestycją realizowaną w oparciu o wzorce Warunków Kontraktowych FIDIC.

Zdaniem Izby Odwołujący 2 wskazując w formularzu ofertowym w zakresie Inwestycji nr 2, iż umowa była oparta o warunki kontraktowe „równoważne warunkom kontraktowym FIDIC” przyjął własną definicję równoważności, która nie wynikała ze

SIWZ. W żadnym bowiem miejscu SIWZ Zamawiający nie wskazał, że za równoważną uzna umowę zawierającą standardowe klauzule umów FIDIC.

Ponadto Izba wskazuje, że wbrew temu, na co wskazuje Odwołujący 2, złożone oświadczenie Portu Windawa (inwestor) nie potwierdza, że sporna umowa była realizowana w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC. Pismo łotewskiego inwestora potwierdza, że nadzorowane roboty budowlane nie były oparte ani o tzw. żółty, ani czerwony FIDIC. To „umowy o wykonywania nadzoru budowlanego” (a nie umowy o roboty) zawierały „zapisy standardowych umów FIDIC dot. Inżyniera”. Dodatkowo należy zwrócić uwagę, iż pismo inwestora wskazuje, iż klauzule FIDIC zawierała umowa nadzoru budowlanego, podczas gdy Zamawiający wymagał, by na wzorcach FIDIC oparta była umowa o roboty. Tym samym należy stwierdzić, że w ramach Inwestycji nr 2 Odwołujący 2 nie wykazał, że sporna umowa był realizowana w oparciu warunki FIDIC czy w oparciu o warunki równoważne w rozumieniu SIWZ. Okoliczność, iż umowa ta zawierała być może elementy wzorców FIDIC (czego również Odwołujący 2 nie wykazał, bowiem takiej umowy nie złożył do akt sprawy) nie może być uznane za wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zdaniem Izby, gdyby faktycznie nadzorowana inwestycja była realizowana w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC, Odwołujący 2 już w treści wykazu złożyłby zwyczajnie oświadczenie, że tak było. Zamiast tego Odwołujący 2 nadał na potrzeby postępowania własną definicję „równoważności” warunków FIDIC, przy czym definicja ta jest odmienna od definicji Zamawiającego i nie można być uznana za prawidłową. Izba podkreśla raz jeszcze, że jeśli umowa na realizację inwestycji budowlanej nie odwołuje się do Ogólnych Warunków Kontraktowych FIDIC, to nie można uznać, że spełnia ona wymogi wskazane przez Zamawiającego w SIWZ. Odwołujący 2 nie złożył, zdaniem Izby, żadnego dowodu potwierdzającego, iż w spornej umowie było jakiegokolwiek odesłanie do Ogólnych Warunków Kontraktowych FIDIC.

W ocenie Izby, za bezpodstawne uznać należy żądanie Odwołującego 2 dokonania wezwania wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Prowadzenie dalszej polemiki pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym 2 w zakresie sposobu interpretacji SIWZ jest bezprzedmiotowe. Obowiązkiem Odwołującego 2 było wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W tym celu złożył określone oświadczenia i dowody, które jednoznacznie wskazują, że Inwestycja nr 2 nie była realizowana w oparciu o wzorce kontraktowe FIDIC. W konsekwencji, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zarzut odwołania dotyczący doświadczenia SWECO zdobytego w ramach konsorcjum

Zdaniem Izby zarzut nie potwierdził się. Odwołujący 2 argumentował, iż w analizowanym stanie faktycznym Zamawiający powinien co najmniej powziąć wątpliwości co do zakresu prac jakie wykonawca SWECO wykonywał w ramach konsorcjum i wyjaśnić tą kwestię z wykonawcą. Odwołujący 2 powołał się na orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. (sygn. C-387/14) w tzw. sprawie ESAPROJEKT.

Należy wskazać, że w przywołanym przez Odwołującego 2 orzeczeniu w sprawie ESAPROJEKT, Trybunał podniósł, że w przypadku, gdy wykonawca polega na doświadczeniu zdobytym w ramach konsorcjum (grupy) wykonawców to jego doświadczenie „ (...) należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. Wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców. Wynika z tego, że wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału” .

Odwołujący 2 pomija okoliczność, iż w złożonym Załączniku nr 6 wykonawca SWECO określił zakres czynności jakie wykonywał w ramach konsorcjum. Wykonawca złożył również referencje wydane odpowiednio przez Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie oraz Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad. SWECO wyjaśniło swoją rolę jako pełnienie kierownictwa handlowego całego konsorcjum i wykonywanie czynności zarządzania, a tym nadzorowaniu robót równorzędnie z innymi partnerami konsorcjum. Należy podkreślić, że przepisy ustawy Pzp, jak również akty wykonawcze do ustawy nie określają innego niż wykaz wykonanych usług dokumentu, który w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu złożyć winien wykonawca. Również z wyroku C-387/14 nie sposób wywodzić takiego obowiązku. Tym samym Zamawiający oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu mógł dokonać jedynie dokonując oceny złożonego oświadczenia w Wykazie usług. Regulacje ustawowe w art. 23 ust. 5 ustawy pozwalają

Zamawiającemu na określenie szczególnego, obiektywnie uzasadnionego sposobu spełnienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do warunków kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej (art. 22b ust. 1 ustawy). Natomiast w zakresie doświadczenia nabytego w „konsorcjum” i wykazywanego przez jednego tylko wykonawcę w kolejnych postępowaniach brak jest regulacji ustawowych. Jednakże nie oznacza to, że oświadczenia w tym zakresie nie są składane. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie zawarł w SWIZ żądanych szczególnych unormowań, zgodnych z ustawą, co do sposobu wykazywania doświadczenia pozyskanego w konsorcjum. Wydaje się zasadnym, że wykonawca w Wykazie usług winien był wskazać takie okoliczności, jednakże ocenie podlegają dokumenty złożone zgodnie z SWIZ i instrukcją ich złożenia. Izba zaznacza, że ocenie podlegają oświadczenia i nie można pomijać faktu złożenia tych oświadczeń, nie są one przecież składane jedynie dla samego ich złożenia. Wykonawca SWECO w złożonym wykazanie w sposób precyzyjny określił zakres wykonanych usług w ramach konsorcjum. Złożone oświadczenie w Wykazie usług podlegało ocenie Zamawiającego, natomiast w obliczu zgromadzonego materiału dowodowego stwierdzić należy, że dokonana przez Zamawiającego ocena oświadczenia był prawidłowa. Wbrew twierdzeniem Odwołującego 2, informacje złożone na rozprawie w żaden sposób nie negują prawidłowego określenia przez wykonawcę SWECO zakresu prac wykonanych w ramach konsorcjum. Złożone przez Odwołującego 2 dokumenty potwierdzają zakres prac wykonanych przez konsorcjum i na ich podstawie nie można uznać, że SWECO nie wykonywało prac określonych w złożonym wykazie.

Zgodzić się również należy z Zamawiającym, że łączenie się wykonawców usługi zarządzania projektem/ nadzorowaniu robót/ pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu w konsorcja w przypadku robót bardzo dużej wartości, w tym zwłaszcza obiektów liniowych, wielobranżowych, jest powszechną praktyką rynkową, czego dowodem jest choćby oferta Odwołującego 2. Z uwagi na specyfikę usługi pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu, nie sposób oczekiwać od poszczególnych członków konsorcjum Inżyniera Kontraktu dokładnego wylistowania wykonywanych w ramach umowy czynności, albowiem z uwagi na charakter tej dokładnie usługi oczywistym jest, iż wszyscy członkowie konsorcjum wykonują czynności zbliżone, o ile nie tożsame sprowadzające się hasłowo do zarządzania projektem w roli Inżyniera Kontraktu w przypisanym im wewnątrz konsorcjum obszarze.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że informacje przekazane przez SWECO w ramach złożonego wykazu usług są, wbrew temu, co twierdzi Odwołujący 2 wystarczające do uznania, iż SWECO wykazało spełnienie warunku udziału pomimo powoływania się na doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy – złożenie przez SWECO nieprawdziwych informacji, które mogły wprowadzić Zamawiającego w błąd (drogowy obiekt mostowy)

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp Zamawiający z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informację wprowadzającą w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzję podejmowaną przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba wskazuje, iż aby została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp muszą zostać spełnione łącznie następujące przesłanki: (1) musi dojść w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do złożenia przez wykonawcę w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp informacji wprowadzających w błąd zamawiającego; (2) złożenie takich informacji przez wykonawcę było wynikiem jego lekkomyślności lub niedbalstwa; oraz (3) złożenie nieprawdziwych informacji musi mieć wpływ lub może mieć wpływ na wynik tego postępowania. Weryfikacji więc podlegają okoliczności faktyczne zawarte w dokumentacji ofertowej danego wykonawcy. Obowiązkiem zaś wykonawcy składającego odwołanie na czynności zamawiającego jest wykazanie w toku postępowania odwoławczego, okoliczności potwierdzających wszystkie trzy przesłanki konieczne do stwierdzenia naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Należy wskazać, że Zamawiający w Rozdziale XIII SIWZ wskazał na opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty. Jednym z kryteriów poza cenowych było „Doświadczenie zawodowe Inspektora nadzoru robót w branży mostowej” z wagą 10 0/0. W opisie kryterium Zamawiający podał, iż pod pojęciem „Doświadczenie zawodowe INM” należy rozumieć doświadczenie osoby wskazanej przez Wykonawcę w Wykazie osób do pełnienia funkcji Inspektora nadzoru robót branży mostowej, na stanowisku inspektora nadzoru inwestorskiego lub kierownika budowy, w ramach budów których przedmiotem było wykonanie drogowych obiektów mostowych, przez cały okres ich realizacji (od rozpoczęcia do zakończenia) lub na

każdej przez okres minimum 12 miesięcy, każda o wartości minimum 10 mln (słownie: dziesięć milionów) PLN brutto” .

Odwołujący 2 zarzucił, że w pkt 3 wykazu wykonawcy SWECO powołał się na inwestycję „Modernizacja linii kolejowej E65 Warszawa-Gdynia (...)”, w której nie mamy do czynienia z drogowym obiektem mostowym, ale z kolejowym obiektem mostowym. Tym samym wykonawca SWECO wprowadziło Zamawiającego w błąd wykazując „drogowy obiekt mostowy” dla tej właśnie inwestycji, podczas gdy wykonano na niej nie most drogowy, lecz kolejowy. Względnie jak wskazuje Odwołujący 2, nawet jeśli nie mamy do czynienia z wprowadzeniem w błąd, to SWECO nie powinno otrzymać nie 10, a co najwyżej 7 punktów. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego 2.

Po pierwsze wskazać należy, że pod pojęciem informacji wprowadzające w błąd zamawiającego, o których mowa w ww. przepisie należy rozumieć takie informacje, które pozostają w sprzeczności z istniejącym stanem faktycznym. Innymi słowy są to informacje nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistością, a których podanie przez wykonawcę skutkuje mylnym przekonaniem zamawiającego co do istniejącej rzeczywistości. Wykonawca SWECO zawarł w wykazie w zakresie inwestycji z pkt 3 prawdziwe informacje. Opis zadania odzwierciedla jego rzeczywisty zakres. Wykonawca nie wskazał, że w ramach zadania był wykonywany „drogowy obiekt mostowy”, ale „wiadukt kolejowy”. Tym samym, zdaniem Izby nie doszło w tym zakresie do przekazania przez wykonawcę nieprawdziwych informacji.

Po drugie Izba wskazuje, że wykonawca SWECO w sposób wyczerpujący wyjaśnił swoje stanowisko. W tym zakresie wykonawca wskazał, że Zamawiający nie zdefiniował, co rozumie pod pojęciem „*drogowego obiektu mostowego*”, odniósł się jedynie do definicji obiektu mostowego zawartej w §3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz. U. 2000 r. Nr 63, poz. 735 ze zm.) cyt. „Ilekcrc w rozporządzeniu jest mowa o [...] obiekcie mostowym - rozumie się przez to budowłę przeznaczoną do przeprowadzenia drogi, samodzielnego ciągu pieszego lub pieszo-rowerowego, szlaku wędrców zwierząt dziko żyjących lub innego rodzaju komunikacji gospodarczej nad przeszkodą terenową, a w szczególności: most, wiadukt, estakadę, kładkę”. Wykonawca SWECO wskazał, że Zamawiający w SIWZ nie zawęził pojęcia/definicji „drogowy obiekt mostowy” jedynie do dróg w zakresie transportu

kołowego, w związku z tym wykonawca zrozumiał, że określenie „drogowy” może się odnosić zarówno do drogi kołowej, jak również drogi kolejowej.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że nie ziściły się przesłanki zatasowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zdaniem Izby działanie wykonawcy i zamieszczenie w wykazanie inwestycji z pkt 3 było oparte na zbyt szerokiej interpretacji SIWZ i zawartego w niej pojęcia „drogowych obiektów mostowych”. Działaniu takiemu nie sposób przypisać intencji wprowadzenia Zamawiającego w błąd, ale wyłącznie nieprawidłowej interpretacji SIWZ. Gdyby wykonawca SWECO chciał rzeczywiście wprowadzić Zamawiającego w błąd, to wówczas wprost wskazałby w wykazie, iż w ramach zadania z pkt 3 realizowany był drogowy obiekt mostowy. Wykonawca zaś, zgodnie z rzeczywistością, wskazał „wiadukt kolejowy”.

W ocenie Izby nie jest uprawnione utożsamianie niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu z zaistnieniem podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania określonych w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Inny sposób rozumienia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w sytuacji gdy był on nieprecyzyjny nie przesądza automatycznie o wprowadzeniu w błąd Zamawiającego. Wątpliwości w interpretacji warunków i wymagań Zamawiającego nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy, a wykluczenie wykonawcy, z uwagi na kwalifikowaną postać złożenia nieprawdziwych informacji w postępowaniu może wyłącznie nastąpić na podstawie jasno brzmiących postanowień SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu, gdyż sankcją jest eliminacja z dalszego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W analizowanym stanie faktycznym, wykonawca SWECO wskazał na wątpliwości interpretacyjne spornego zakresu SIWZ, składając jednocześnie w wykazie prawdziwe informacje. Takie działanie uznać należy za prawidłowe i nie podlega pod dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Podkreślić przy tym należy, że uznanie, iż budowa wskazana w pkt 3 wykazu nie wypełnia przesłanek z kryterium oceny ofert, nie ma wpływu na liczbę punktów jakie wykonawca otrzymał w ramach oceny ofert, ponieważ w wykazie SWECO podano 5 budów, a maksymalna liczba punktów przewidziana była za 4 budowy i więcej. Zatem pomimo, iż budowa z pozycji nr 3 nie polegała na wykonaniu drogowego obiektu mostowego, to mimo wszystko SWECO uzyskałoby maksymalną liczbę punktów w ramach tego kryterium, ponieważ pozostałe budowy nie zostały zakwestionowane przez innych wykonawców ani Zamawiającego. Tym samym liczba przyznanych punktów przez Zamawiającego jest prawidłowa.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

Odwołanie o sygn. akt: KIO 1329/21

W ocenie Izby zasadny okazał się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 UZNK. W pozostałym zakresie odwołanie podlegało oddaleniu.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ustawodawca zobowiązał więc zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SIWZ. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SIWZ niemających istotnego charakteru. O ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu w sposób nie naruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Reasumując, o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić tylko w przypadku, gdy przedmiot zamówienia wynikający z oferty nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ. Ta niekompatybilność oparta może być na wielu płaszczyznach oferty, czy to w zakresie wykonania czy też sposobie wykonania zamówienia. Jednocześnie za niezgodnych z treścią SIWZ nie uważa się sytuacji, w których to aspekty formalne oferty nie odpowiadają zapisom SIWZ.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że Zamawiający błędnie uznał, iż w przypadku oferty Odwołującego 3 zachodziły przesłanki do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający nie wskazał bowiem na żadną merytoryczną

niezgodność oferty Odwołującego 3 z wymaganiami zawartymi w SIWZ, a tylko taka okoliczność może skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, że w SIWZ w Rozdziale X pkt 3 Zamawiający wskazał, że oferta musi zawierać wypełniony Formularz Ofertowy sporządzony z wykorzystaniem wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ, zawierający w szczególności: wskazanie oferowanego przedmiotu zamówienia, łączną cenę ofertową brutto, zobowiązanie dotyczące terminu realizacji zamówienia i warunków płatności, oświadczenie o okresie związania ofertą oraz o akceptacji wszystkich postanowień SIWZ i wzoru umowy bez zastrzeżeń, a także informację, którą część zamówienia Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy. Ponadto, w Rozdziale XIII SIWZ Zamawiający wskazał, że ocena punktowa w kryterium „Cena ofertowa” dokonana zostanie, na podstawie ceny ofertowej brutto wskazanej przez wykonawcę w ofercie i przeliczona według wzoru opisanego w tabeli zwartego w SIWZ. Zdaniem Izby, Zamawiający nie określił sposobu postępowania w przypadku, gdy wykonawca nie zamierzał ubiegać się o przyznanie punktów w kryteriach pozacenowych. W treści SIWZ Zamawiający nie wskazał, że wykonawca ma pozostawić niewypełnione pola. Stąd też trudno w analizowanym stanie faktycznym mówić o nieuprawnionej ingerencji w treść formularza cenowego. Zaznaczyć przy tym należy, że jak sam Zamawiający wskazał w SIWZ, był to wyłącznie wzór do zastosowania przez wykonawców, co oznacza, zdaniem Izby, że wykonawca miał prawo ingerować w jego treść, tak aby, odzwierciedlić swoje zobowiązanie względem Zamawiającego. Odwołujący 3 zatem dokonał skreślenia pkt 2, 3 i 4 wyrażając w ten sposób swoje oświadczenie o nieubieganiu się o punkty w tych kryteriach. Zdaniem Izby, Zamawiający winien ocenić ofertę Odwołującego 3 w kryteriach pozacenowych wynikających z pkt 2, 3 i 4 i przyznać wykonawcy 0 punktów, nie zaś odrzucać ofertę wykonawcy. Zasadnym zatem było, uwzględnienie odwołania w omawianym zakresie. Nie można zgodzić się z Zamawiającym, że uchybienie Zamawiającego pozostaje bez wpływu na wynik postępowania. Niewątpliwie obowiązkiem Zamawiającego jest prawidłowa ocena ofert złożonych w postępowaniu. Oferta Odwołującego 3 winna również być prawidłowo oceniona i w konsekwencji sklasyfikowana w rankingu oceny ofert. W wyniku wniesionych odwołań, Izba nakazała unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonania przez Zamawiającego określonych czynności. Zdaniem Izby, nie można całkowicie wykluczyć na obecnym etapie postępowania, że oferta Odwołującego 3 nie ma szans na wybór jako najkorzystniejszej oferty. To będzie wynikać dopiero po unieważnieniu czynności wyboru oferty wykonawcy SWECO, dokonaniu czynności wskazanych przez Izbę i

ponownej ocenie ofert złożonych w postępowaniu. W konsekwencji, Izba uznała zarzut za zasadny.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niezasadnego zastrzeżenia jak tajemnicę przedsiębiorstwa Wykazu Personelu składanego na potrzeby kryterium oceny ofert zawarte w formularzu ofertowym oraz Wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia stanowiącego załącznik nr 7 do IDW przez wykonawcę SWECO, Izba uznała zarzut za zasadny.

Wskazać należy, że podstawową zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawność postępowania (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp). W związku z powyższym możliwość objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa stanowi wyjątek i jako taki winien być stosowany ściśle. Zasada jawności postępowania jest naczelną zasadą postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Wynika ona z zawartego w art. 61 Konstytucji prawa każdego obywatela do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej, zwłaszcza w sytuacji, w której organy te dysponują środkami publicznymi. Ograniczenie zasady jawności możliwe jest wyłącznie w ściśle określonych sytuacjach, wskazanych przez ustawodawcę. Z takim wyjątkiem mamy do czynienia w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Ustawodawca bowiem umożliwia wykonawcom zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, o ile wykonawca taki nie później niż w terminie składania ofert zastrzegł takie informacje oraz wykazał, iż spełniają one przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ustawa Pzp w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa odsyła do UZNK. Zgodnie z art. 11 ust. 2 UZNK, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. W dotychczasowym orzecznictwie sądowym, na podstawie art. 11 ust. 2 UZNK formułuje się tezę, że na tajemnicę przedsiębiorcy składają się dwa elementy: materialny (informacja o określonej treści, mająca wartość gospodarczą) oraz formalny - wola utajnienia danych informacji. Tajemnicę przedsiębiorcy stanowią informacje znane jedynie określonej grupie osób i związane z prowadzoną przez przedsiębiorcę działalnością, wobec których

podjął on wystarczające środki ochrony w celu zachowania ich w poufności. Informacja staje się "tajemnicą", kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej, jako niedostępnej dla osób trzecich. Oba te elementy - przesłanki uznania określonej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa - mają charakter obiektywny. Stwierdzenie ich istnienia nie może się opierać wyłącznie na przekonaniu samego przedsiębiorcy, wymaga odwołania się obiektywnych kryteriów i poddania ich analizie w okoliczności faktycznych konkretnej sprawy.

Należy wskazać, że celem regulacji dotyczących możliwości kwalifikowania określonych danych jako tajemnica przedsiębiorcy jest niewątpliwie ochrona informacji, które mają wartość gospodarczą - są istotne z punktu widzenia funkcjonowania na wolnym rynku w kontekście konkurencyjności względem innych podmiotów, prowadzących działalność w tym samym czy podobnym zakresie lub segmencie rynku, bądź - z innego powodu - zainteresowanych uzyskaniem określonych danych w celu ich wykorzystania w opozycji do interesu danego podmiotu gospodarczego w ramach działalności rynkowej. Jednakże pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa nie sposób odnosić do prób utajniania wszelkich informacji, które mogą mieć jakąkolwiek wartość gospodarczą dla podmiotów działających na rynku, w szczególności gdy nie są one użyteczne w grze rynkowej dla podmiotów konkurencyjnych. Stąd właśnie w judykaturze ukształtował się jednolity pogląd, że o tym czy coś może stanowić prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa przesądza nie tylko jego wola utajnienia danej informacji (element subiektywny), lecz także występowanie obiektywnie akceptowanych wartości, których ochrona uzasadnia objęcie danych informacji tajemnicą. Zatem, należy podkreślić jeszcze raz, że tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby - z istoty rzeczy - nie będą zainteresowane ujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu. Gdyby przyjąć odmienne założenie, to tajemnicą przedsiębiorstwa byłoby wszystko, co arbitralnie dany przedsiębiorca za nią uzna, także w drodze czynności kwalifikowanych (np. poprzez zamieszczenie odpowiedniej klauzuli). Co istotne w kontekście omawianego zarzutu, tą obiektywną wartość gospodarczą zastrzeganych informacji musi wykazać wykonawca powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa względem określonych informacji. Nie sposób uznać za wykazanie spełnienia omawianej przesłanki poprzez przywoływanie subiektywnej oceny informacji dokonanej przez danego wykonawcę. Zastrzegana informacja ma

mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający obiektywną wartość gospodarczą.

W ocenie Izby, decyzja Zamawiającego odnośnie uznania zasadności zastrzeżenia ww. dokumentów SWECO był nieprawidłowa. Uzasadnienia złożone przez wykonawcę jest ogólne, w zasadniczej części opiera się na przywołaniu przepisów prawa i orzeczeń Izby. Izba wskazuje po pierwsze, że wykonawca SWECO wskazał, że informacje zawarte w załączniku nr 1 i 7 nigdy nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej. Należy wskazać, że okoliczności tej wykonawca w żaden sposób nie wykazał. Analiza treści załączników wskazuje, że podane są w niej informacji dotyczące realizacji inwestycji publicznych, które to informacje są dostępne dla każdego obywatela w trybie dostępu do informacji publicznej. Wykonawca SWECO w żaden sposób nie wykazał, że dane te były zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa na etapie realizacji inwestycji. Po drugie, Izba wskazuje, że wykonawca SWECO nie złożył żadnych oświadczeń osób zamieszczonych w wykazanie o braku wyrażenia zgody na ujawnienie ich danych osobowych i posiadanego doświadczenia w ramach postępowania przetargowego. Dysponentem danych osobowych i posiadanego doświadczenia jest konkretna osoba wskazana w wykazie, nie wykonawca SWECO. Wykonawca SWECO przygotował w ramach prowadzonego postępowania zestawienia osób spełniających konkretne i ściśle określone wymagania Zamawiającego wskazane w SIWZ. Jeśli zatem wykonawca SWECO chciał objąć tajemnicą przedsiębiorstwa owe zestawienia, jako autorskie projekty, mające obiektywną wartość gospodarczą, to takie okoliczności winien wykazać w treści złożonego zastrzeżenia. Zdaniem Izby, wykonawca tego nie uczynił, ograniczając się do cytowania orzecznictwa. Zdaniem Izby, nieuprawnione jest twierdzenie Odwołującego 3, że określony, bliżej niezidentyfikowany zakres informacji z wyjaśnień podlega ochronie tylko dlatego, że rzekomo jest w szczególnym zestawianiu z innymi informacjami z tego względu podlega ochronie. Sam fakt zamieszczenia jawnych informacji w dokumencie zastrzeżonym jako tajemnica przedsiębiorstwa nie czyni takich informacji poufnymi. Takie stanowisko prowadziłoby do absurdalnych wniosków. Uzasadnione byłoby zastrzeżenie każdej informacji, niezależnie czy jawnej czy poufnej tylko przez sam fakt zamieszczenia jej w wyjaśnieniach. Zgodzić się należy z Odwołującym 3, że być może żaden z konkurentów nie miał dostępu do zestawienia stanowiącego Załącznik nr 1 i 7 jako zbioru określonych informacji, ale okoliczność ta sama w sobie nie uzasadnia uznania całego dokumentu wyjaśnień za tajemnicę przedsiębiorstwa. Oznaczałoby to możliwość zastrzeżenia przez wykonawców wszelkich informacji w drodze czynności

kwalifikowanej poprzez zamieszczenie klauzuli „tajemnica przedsiębiorstwa” w treści wyjaśnień. Oczywiście ochronie może podlegać szczególne zestawienie elementów informacji poufnej, nawet jeżeli poszczególne elementy tego zestawienia są dostępne publicznie dla osób, tyle tylko, że na wykonawcy spoczywa wówczas obowiązek wykazania, obiektywnej wartości gospodarczej takiego zestawienia. Innymi słowy, Odwołujący 3 musiałby wykazać, że wyjaśnienia stanowią indywidualne zestawienie informacji jawnych i poufnych (przy czym Izba stoi na stanowisku, że wykonawca musi zidentyfikować jakie informacje mają charakter jawny i poufny), są autorskim rozwiązaniem wykonawcy stosowanym w zamówieniach publicznych, które może być wykorzystywane w innych postępowaniach przez konkurencję, a tym samym powodować jakieś określone straty ekonomiczne po stronie Odwołującego 3. Takich jednak okoliczności Odwołujący 3 nie wykazał, wskazując ogólnie przepisy UZNK. Z treści uzasadnienia wykonawcy nie wynika jak owo indywidualne zestawienie informacji może być wykorzystane przez inne konkurujące podmioty na rynku. Sam Odwołujący 3 wskazuje, że zestawienie zostało przygotowane na potrzeby konkretnego postępowania przetargowego i konkretnych wymagań Zamawiającego, zatem trudno nawet teoretycznie przyjąć, iż mogłaby być wykorzystanie w innych postępowaniach, gdzie są inne wymagania i inny przedmiot zamówienia.

Zdaniem Izby o tym czy mamy do czynienia z informacją zasługującą na ochronę decyduje charakter informacji, obiektywna wartość gospodarcza, nie zaś fakt zamieszczania informacji w wyjaśnieniach i stwierdzenia, że stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa. Jeśli Odwołujący 3 chciał zastrzec wyjaśnienia jako autorskie zestawienie określonych informacji, to takich okoliczności nie wskazał w piśmie i nie wykazał w czym owe autorskie rozwiązanie miałyby się wyrażać. Zdaniem Izby, nie może być też tak, że sam fakt zestawienia określonych informacji przez wykonawcę kwalifikuje wyjaśnienia jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca musi wykazać, iż takie zestawienie ma obiektywną wartość gospodarczą, z której mogliby w sposób nieuprawniony skorzystać inni wykonawcy, poza ramami przedmiotowego postępowania przetargowego.

Jeśli zaś wykonawca SWECO chciał zastrzec poszczególne informacje zawarte w wykazie jako tajemnica przedsiębiorstwa, to po pierwsze nie wykazał, iż takie poszczególne informacje mają one charakter poufny (jak Izba wskazała dane dotyczą inwestycji publicznych), nie złożył oświadczeń poszczególnych osób o zakazie ujawnienia takich danych. Nie może stanowić uzasadnienia dla działań wykonawcy SWECO powoływanie się na ochronę danych osobowych. Powszechną praktyką w

zamówieniach publicznych jest właśnie uzyskiwanie zgód poszczególnych osób na ujawnienie danych osobowych w postępowaniach przetargowych z uwagi na jawny charakter postępowania o udzielenia zamówienia publicznego. Niezasadny jest również, zdaniem Izby, argument o możliwości „podkupienia pracowników” w wyniku ujawnienia ich danych osobowych. Zdaniem Izby wykonawcy działający na rynku zamówień publicznych mają inne narzędzia prawne w celu zabezpieczenia sobie karty niezbędnej do realizacji zamówienia. To wykonawca SWECO przygotowując ofertę i dobierając kandydatów do wykazu winien tak ułożyć z nimi relacje, aby zapewnić sobie ich udział w realizacji zamówienia. Autonomiczną decyzją poszczególnych osób jest zgoda na zamieszczenie ich danych osobowych w wykazie czy też posiadanego doświadczenia, nie zaś wykonawcy SWECO, które w ten sposób próbuje „zatrzymać” pracownika przy przedsiębiorstwie. Nadużywanie zaś prawa ochrony informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa nie zasługuje w ocenie Izby nie aprobatę.

Upatrywanie obiektywnej wartości gospodarczej w tym, że informacje zawarte w Załączniku nr 1 służą do uzyskania punktów w kryterium pozacenowym nie może być zaakceptowane. Takie twierdzenia wykonawcy potwierdzają właśnie brak obiektywnej wartości gospodarczej – wynika z nich bowiem, że jest to wyłącznie wartość na potrzeby konkretnej czynności Zamawiającego, po jej dokonaniu informacje te tracą wartość gospodarczą i nie mogą być wykorzystane przez konkurencję.

Przywołana przez wykonawcę SWECO okoliczność, że w przypadku ujawnienia treści wykazu, a następnie unieważnienia postępowania przez Zamawiającego, w kolejnym postępowaniu inni wykonawcy będą mogli podkupić osoby wskazane w wykazie, nie uzasadnia zdaniem Izby zastosowania wyjątku od zasady jawności postępowania przetargowego. Jak Izba wskazała powyżej, wykonawca SWECO ma narzędzia prawne służące zabezpieczeniu udziału osób wskazanych w wykazie w tym czy ewentualnie nowym postępowaniu. Osoby te - o ile wykażą taką wolę - mogą przecież podpisać zobowiązania o określonej treści. „Przymusowe” trzymanie określonych osób pod pretekstem tajemnicy przedsiębiorstwa przez danego wykonawcę w obawie, że ktoś inne zaproponuje korzystniejsze warunki zatrudnienia prowadziłaby do zaburzenia konkurencji na rynku i niezasadnego ograniczenia prawa pracowników do decydowania z kim i na jakich zasadach chcą współpracować. Dopóki dana osoba nie wyrazi woli ograniczenia swojego prawa do swobodnego decydowania o zasadach współpracy, dopóty wdrażanie takich ograniczeń przez wykonawców powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa, Izba uznaje za nieuprawnione.

Zdaniem Izby wykonawca SWECO nie wykazał po pierwsze obiektywnej wartości gospodarczej wykazu informacji zawartych w Załączniku nr 1 i 7. Nie wykazał, że informacje zawarte w załącznikach mają charakter poufny. Nie wykazał również, iż podjął działania zmierzające do zachowania informacji w poufności. Wykonawca SWECO nie określił kręgu osób, które miały dostęp do załączników. Nie wskazał jakie konkretnie procedury ochrony informacji takie osoby zostały zobowiązane do zastosowania. Zaznaczyć należy, że ustawodawca w art. 11 ust 2 UZNK wymaga należytej staranności ze strony wykonawcy w procesie utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności. Nie chodzi więc o jakichkolwiek działania, ale o takie działania które można zakwalifikować jako adekwatne do realiów funkcjonowania danego wykonawcy. Działanie, które minimalizują ryzyko dostępu do informacji przez osoby nieupoważnione. W analizowanym stanie faktycznym, wykonawca SWECO przedstawił wprawdzie w treści zastrzeżenia szereg informacji o stosowanych przez niego fizycznych i prawnych środkach ochrony informacji, niemniej jednak z okoliczności tej nie wynika jeszcze, że wykonawca podjął działania celem utrzymania poufności informacji, o których mowa. Należy wskazać, że każdy profesjonalny podmiot stosuje obecnie różne techniki zabezpieczania danych, w tym zawierając z pracownikami umowy o zakazanie wyjawiania informacji, co nie uzasadnia jeszcze twierdzenia, że wszelkie informacje dotyczące firmy pozostają jedynie w dyspozycji wąskiego kręgu osób bezpośrednio z danym zagadnieniem związanych. W piśmie zawierającym uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca SWECO wskazał na zarządzenie Prezesa w sprawie Polityki Bezpieczeństwa IT oraz Polityki Ochrony danych Osobowych, przykładowy Print Screen z komunikatem odmowy systemowej dostępu do katalogu danych, do których osoba (pracownik Sweco) nie uzyskała uprawnienia. Zdaniem Izby, jest wiedzą powszechną, że takie działania są podejmowanymi powszechnie przez przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Każdy z podmiotów stara się chronić dane we własnej firmie przed dostępem osób nieuprawnionych, także z uwagi na obowiązujące coraz szerzej przepisy prawa, które nakazują ochronę np. danych osobowych. Wykonawca SWECO nie wykazał natomiast w jaki szczególny sposób chroni przed dostępem poszczególnych osób te informacje, które objął tajemnicą przedsiębiorstwa w niniejszym postępowaniu.

Izba podkreśla, że jawność postępowania przetargowego ma istotne i fundamentalne znaczenie dla rozwoju konkurencyjności na rynku zamówień publicznych. Jest narzędziem gwarantującym możliwość weryfikacji prawidłowości wyceny ofert wykonawców, co z kolei przekłada się na późniejszą prawidłową realizację

zamówienia. Zasada jawności postępowania i zasada ochrony informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa na gruncie ustawy Pzp wymaga rozstrzygnięcia pomiędzy dwoma konfliktującymi wartościami. Z jednej strony prawem wykonawców do weryfikacji zasadności wyceny kosztów realizacji zamówienia, z drugiej zaś strony prawem ochrony określonego i zidentyfikowanego zakresu informacji dotyczącego danego przedsiębiorstwa, którego ujawnienia może narazić wykonawców na utratę pozycji rynkowej czy określone i identyfikowane straty ekonomiczne. Przy czym jak Izba wskazała, ograniczenie jawności postępowania jest wyjątkiem od zasady i należy go interpretować ściśle. Praktyka zamówień publicznych pokazuje, że zastrzeganie szerokiego zakresu informacji przez wykonawców nie służy de facto ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa, ale wykorzystywane jest jako narzędzie do nieujawnienia wyjaśnień wykonawcy w obawie przed utratą możliwości uzyskania zamówienia. Takie rozumienie szkody ekonomicznej czy utraty pozycji rynkowej przez wykonawców jest niewłaściwe i nie zasługuje na ochronę.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała zarzut za zasadny i nakazała Zamawiającemu odtajnienia Wykaz Personelu – załącznik nr 1 Formularza Ofertowego oraz Wykaz osób – Załącznik nr 7 do SIWZ.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy SWECO, mimo iż SWECO przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego poprzez wskazanie w zakresie kryterium 4 tj. „Doświadczenie zawodowe Inspektora nadzoru robót w branży mostowej”, celem uzyskania maksymalnej liczby punktów, Izba uznała za zarzut niezasadny. Uzasadnienie stanowiska Izby zostało zawarte w sprawie KIO 1316/21.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO 1290/21 oraz KIO 1316/21 stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

O kosztach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1329/21 orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 2 i 3 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). Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. W ocenie Izby odwołanie okazało się w stosunku 2/3 za zasadne i 1/3 za niezasadne. Kosztami postępowania zatem obciążono Zamawiającego w części 2/3 i odwołującego w części 1/3. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł, koszty poniesione przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600 zł oraz koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600 zł. Łącznie koszty wynoszą zatem 22.200. Zamawiający odpowiada za 2/3 czyli 14.800. Odwołujący odpowiada za 1/3 czyli 7400 zł. Zamawiający dotychczas poniósł koszty w wysokości 3.600 zł. Odwołujący dotychczas poniósł koszty w wysokości 18.600 zł. Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 11.200 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....