

Sygn. akt: KIO 2212/21

Sygn. akt: KIO 2223/21

WYROK
z dnia 18 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Luiza Łamejko
Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lipca 2021 r. przez odwołującego:

A. Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa) - **sygn. akt: KIO 2212/21**

B. Lafrentz Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (ul. Kamiennogórska 22, 60-179 Poznań) - **sygn. akt: KIO 2223/21**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze** (ul. Bohaterów Westerplatte 31, 65-950 Zielona Góra),

- przy udziale wykonawców:

A. Lafrentz Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (ul. Kamiennogórska 22, 60-179 Poznań) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego - **sygn. akt: KIO 2212/21**

B. Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego - **sygn. akt: KIO 2223/21**

C. **CERTUSVIA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (ul. Świętokrzyska 14, 00-050 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego - **sygn. akt: KIO 2212/21 i sygn. akt: KIO 2223/21,**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołania w części i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru w Części 2 i 3 Postępowania jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy CERTUSVIA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, a w zakresie zarzutów podnoszonych w odwołaniu:

- w sprawie o sygn. akt: KIO 2212/21 nakazuje: **(1)** odrzucenie w Części 2 i 3 Postępowania oferty wykonawcy CERTUSVIA Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (ustawa Pzp); **(2)** odtajnienie złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z uzasadnieniem ich zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa z wyłączeniem umów o pracę oraz ofert podwykonawców stanowiących załączniki do tych wyjaśnień przez: a) wykonawcę Lafrentz Polska Sp. z o.o. z dnia 11.12.2020 r. w Części 1, 2 i 3 Postępowania oraz b) wykonawcę CERTUSVIA Sp. z o.o. z dnia 8.12.2020 r. w Części 1 Postępowania;
- w sprawie o sygn. akt: KIO 2223/21 nakazuje: **(1)** odrzucenie w części 2 i 3 Postępowania oferty wykonawcy CERTUSVIA Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 i art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych; **(2)** odtajnienie wyjaśnień z dnia 8.12.2020 r. w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z uzasadnieniem ich zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa z wyłączeniem ofert podwykonawców stanowiących załączniki do tych wyjaśnień złożonych przez wykonawcę CERTUSVIA Sp. z o.o. w Części 1 Postępowania;

2. W pozostałym zakresie odwołania podlegają oddaleniu;

3. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: **KIO 2212/21** obciąża odwołującego: **Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** oraz zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze** i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu;
 - 3.2. zasądza od odwołującego **Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze** kwotę 1800 zł 00 gr (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) tytułem połowy wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 3.3. zasądza od zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze** na rzecz odwołującego **Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę 9300 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) tytułem połowy kwoty wpisu uiszczonej przez odwołującego w kwocie 7.500 zł 00 gr oraz połowy wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 1800 zł 00 gr.
4. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: **KIO 2223/21** obciąża odwołującego: **Lafrentz Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** (ul. Kamiennogórska 22, 60-179 Poznań) oraz zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze** (ul. Bohaterów Westerplatte 31, 65-950 Zielona Góra) i:
- 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu;
 - 4.2. zasądza od odwołującego **Lafrentz Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** na rzecz zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze** kwotę 1800 zł 00 gr (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) tytułem połowy wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 4.3. zasądza od zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze** na rzecz odwołującego **Lafrentz Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** kwotę 9300 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) tytułem połowy kwoty wpisu uiszczonej przez odwołującego w kwocie 7.500 zł 00 gr oraz połowy wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 1800 zł 00 gr.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze 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**.

.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 2212/21

Sygn. akt: KIO 2223/21

Uzasadnienie

Odwołania zostały wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze. Przedmiotem zamówienia jest: „Opracowanie dokumentacji technicznej w podziale na 4 części: część nr 1: rozbudowa drogi krajowej nr 22 na odcinku od skrzyżowania z drogą krajową nr 24 do granicy miasta Gorzów Wielkopolski; część nr 2: rozbudowa drogi krajowej nr 22 od M. Świętojańsko do skrzyżowania z DK 24; część nr 3: rozbudowa drogi krajowej nr 24 od granicy województwa do M. Chełmsko; część nr 4: rozbudowa drogi krajowej nr 24 na odcinku od węzła Skwierzyna Zachód do skrzyżowania z drogą krajową nr 22”, sygnatura postępowania: nr O.ZG.D-3.2413.12.2020, Nr ogłoszenia: 2020/S 184-444494.

Sygn. akt: KIO 2212/21

Wnoszący odwołanie wykonawca - Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (wykonawca Multiconsult lub Odwołujący) zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

• W zakresie części 1 i 2 Postępowania:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy CertusVia z Postępowania w częściach: 1 i 2 Postępowania, pomimo faktu, że CertusVia w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu,
2. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy CertusVia z Postępowania w częściach: 1 i 2 Postępowania, pomimo faktu, że CertusVia w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
3. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy CertusVia z Postępowania w częściach: 1 i 2 Postępowania, pomimo faktu, że CertusVia

nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, dotyczącej dysponowania osobą Geologa, ponieważ wskazane przez CertusVia osoby nie posiadają kwalifikacji do wykonywania, dozoru i kierowania pracami geologicznymi kategorii VI lub VII.

4. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649, dalej „ustawa o ZNK”) w zw. z art. 47 Karty Praw Podstawowych – poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że wyjaśnienia przedstawione przez wykonawcę CertusVia oraz przez wykonawcę Lafrentz w zakresie rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i zostały skutecznie zastrzeżone, i w konsekwencji zaniechanie odtajnienia ww. wyjaśnień wykonawcy CertusVia i wykonawcy Lafrentz, czy Zamawiający naruszył prawo Odwołującego do skutecznego środka prawnego.

- W zakresie Części 2 i 3 Postępowania:

5. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – poprzez nieuprawnione dokonanie poprawy w ofercie CertusVia błędów zakwalifikowanych przez Zamawiającego, jako inne omyłki polegające na niezgodności z ofertą ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty w sytuacji, gdy oferta była niezgodna z treścią SIWZ, a jej poprawa powodowała istotne zmiany w jej treści.

- W zakresie Części 3 Postępowania:

6. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy CertusVia z Postępowania w części 3, pomimo faktu, że CertusVia nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, dotyczącej dysponowania osobą Geologa, ponieważ wskazane przez CertusVia osoby nie posiadają kwalifikacji do wykonywania, dozoru i kierowania pracami geologicznymi kategorii VI lub VII,
7. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o ZNK w zw. z art. 47 Karty Praw Podstawowych – poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że wyjaśnienia przedstawione przez wykonawcę CertusVia oraz wykonawcę Lafrentz w zakresie rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i zostały skutecznie zastrzeżone, i w konsekwencji zaniechanie odtajnienia ww. wyjaśnień wykonawcy CertusVia oraz wykonawcy Lafrentz, czym Zamawiający naruszył prawo Odwołującego do skutecznego środka prawnego.

- W zakresie Części 1, 2 i 3 Postępowania:

8. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp – poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty CertusVia pomimo faktu, że wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania (ewentualnie jego oferta powinna zostać odrzucona), w

związku z czym Zamawiający naruszył obowiązek udzielenia zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych, a tym samym naruszył fundamentalną zasadę uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty CertusVia Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej w Części 1, 2 i 3 Postępowania;
2. wykluczenia CertusVia Sp. z o.o. z Postępowania w Części 1 i 2 Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 1 pkt 16 albo art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp;
3. odrzucenia oferty CertusVia Sp. z o.o. z Postępowania w Części 2 i 3 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
4. odtajnienia wyjaśnień CertusVia Sp. z o.o. oraz wyjaśnień Lafrentz Sp. o.o. w zakresie rażąco niskiej ceny w Części 1, 2 i 3 Postępowania;

Także wniósł o:

5. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący oświadczył, że (...) *posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego oraz poniósł bądź może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący ma interes w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej z uwagi na to, że Zamawiający zaniechał istotnych czynności z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, na skutek czego Odwołujący stracił szansę na uzyskanie zamówienia*".

W zakresie zarzutów dotyczących naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp (Część 1, 2 i 3 Postępowania) wskazał:

1. Zgodnie z postanowieniami SIWZ (pkt 7.1 IDW) Zamawiający wymagał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu i spełniają warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego. W tym zakresie Zamawiający wymagał, że wykonawcy muszą spełniać warunki w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (pkt 7.2 IDW), dotyczące m.in. osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, legitymującymi się kwalifikacjami zawodowymi, doświadczeniem i wykształceniem odpowiednim do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Wśród wielu funkcji wymienionych w tym punkcie, Zamawiający wymagał wskazania osoby, która będzie pełniła funkcję Geologa, spełniając dla Części 1 następujące wymagania:

V. Geolog - Ilość osób: 1. Doświadczenie i kwalifikacje: „Posiada kwalifikacje do wykonywania, dozorowania i kierowania pracami geologicznymi kategorii VI lub VII. Pełnił funkcję geologa przy opracowaniu 1 dokumentacji geologiczno-inżynierskiej (zatwierdzonej decyzją administracyjną) dla przebudowy lub rozbudowy lub budowy drogi lub ulicy klasy co najmniej GP. Podobnie dla Części 2 i części 3.

Zamawiający nie dopuszczał przedstawienia tej samej osoby do pełnienia różnych funkcji, a w przypadku pełnienia tych samych funkcji, w przypadku Geologa, ta sama osoba nie mogła pełnić tej funkcji na więcej niż 2 zadaniach.

2. Dodatkowo, w ramach kryteriów oceny ofert (pkt 19.1.2 IDW), Zamawiający określił pozacenowe kryterium oceny w zakresie „Doświadczenia personelu Wykonawcy”:

„Podkryterium 2.3. Geolog – max. ilość punktów – 10.

Doświadczenie przy wykonywaniu zadania polegającego na wykonaniu dokumentacji geologiczno-inżynierskiej (zatwierdzonej decyzją administracyjną) dla przebudowy lub rozbudowy lub budowy dróg lub ulic klasy co najmniej GP, przy realizacji których wskazana osoba pełniła funkcję geologa i posiada kwalifikacje do wykonania, dozorowania i kierowania pracami geologicznymi kategorii VI i VII.

- Za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 punktów.
- Za 2 zadania potwierdzające powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 5 punktów.
- Za 3 i więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 10 punktów. Podobnie dla Części 2.

Z kolei dla Części 3: „Podkryterium 2.3. Geolog – max. ilość punktów – 15.

Doświadczenie przy wykonywaniu zadania polegającego na wykonaniu dokumentacji geologiczno-inżynierskiej (zatwierdzonej decyzją administracyjną) dla przebudowy lub rozbudowy lub budowy dróg lub ulic klasy co najmniej GP, przy realizacji których wskazana osoba pełniła funkcję geologa i posiada kwalifikacje do wykonania, dozorowania i kierowania pracami geologicznymi kategorii VI i VII.

- Za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 punktów.
- Za 2 zadania potwierdzające powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 7 punktów.
- Za 3 i więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 15 punktów”.

3. W dniu 19 lutego 2021r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. We wszystkich czterech częściach Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy CertusVia, uznając, że – w każdej części Postępowania – oferta wykonawcy zdobyła maksymalną ilość punktów (100 pkt). Zamawiający uznał, że CertusVia nie tylko spełnił warunki udziału w postępowaniu, lecz również uzyskał dodatkowe punkty w ramach kryterium „Doświadczenie personelu Wykonawcy” (w tym w zakresie dotyczącym „Doświadczenia Geologa”) w maksymalnym wymiarze.

4. CertusVia w ofercie dla Części 1 i 2 Postępowania jako Geologa wskazał p. M.C. Na potwierdzenie posiadanego przez niego doświadczenia zawodowego CertusVia wskazał wykonywanie przez pana M.C. funkcji geologa (tj. Opracowanie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej) dla zadań: - „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S17 Garwolin – Kurów na odcinku Garwolin (koniec obwodnicy) – granica województwa mazowieckiego i lubelskiego” Zadanie 1: odcinek Garwolin (koniec obwodnicy) – Gończyce (koniec obwodnicy) od km 49+973 do km 62+200 długości ok. 12,227 km”,
- „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S17 Garwolin – Kurów na odcinku Garwolin (koniec obwodnicy) – granica województwa mazowieckiego i lubelskiego” Zadanie 2: odcinek Gończyce (koniec obwodnicy) – granica województwa mazowieckiego i lubelskiego od km 62+200 do km 75+212 długość ok. 13,12 km”,
- „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S17 Warszawa (w. Zakręt) – Garwolin na odcinku węzeł „Lubelska” bez węzła) – Garwolin (początek obwodnicy), Część nr 3: na odcinku Kobiel (koniec obwodnicy) – Garwolin (początek obwodnicy) od ok. km27+900 do ok. km 40+915 długości ok. 13,015 km”.

5. Wykonawca Lafrentz Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym podniósł, że pan M.C. pełnił funkcji Geologa dla zadania - „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S17 Warszawa (w. Zakręt) – Garwolin na odcinku węzeł „Lubelska” bez węzła) – Garwolin (początek obwodnicy), Część nr 3: na odcinku Kobiel (koniec obwodnicy) – Garwolin (początek obwodnicy) od ok. km27+900 do ok. km 40+915 długości ok. 13,015 km”. Pan M.C. nie brał bowiem udziału w opracowaniu dokumentacji geologiczno-inżynierskiej, jak twierdził CertusVia. Dokumentacja w tym zakresie została opracowana przez Zakład Ochrony Środowiska Inwest – Eko Sp. j. S. O. i Wspólnicy w Kielcach, a w skład zespołu projektowego nie wchodził pan M.C. Powyższe potwierdza także pismo Lafrentz Polska Sp. z o.o. z dnia 23 marca 2021r. przekazane Zamawiającemu.

6. W związku z powyższym w dniu 18 marca 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz o powtórzeniu czynności oceny ofert, uzasadniając swoją decyzję błędami popełnionymi na etapie badania ofert.

7. Zamawiający wezwał CertusVia do wyjaśnień m.in. w zakresie spełniania warunku zdolności zawodowej, wskazując, że: „przedłożone w dniu 11.02.2021 r. dokumenty wraz z wyjaśnieniami złożonymi w dniu 07.04.2021 r. nie potwierdzają doświadczenia P. M.C. przy opracowywaniu dokumentacji geologiczno – inżynierskiej (zatwierdzonej decyzją administracyjną) na wskazanych przez Wykonawcę zadaniach”.

8. W wyjaśnieniach z dnia 7 maja 2021 r. CertusVia potwierdziło, że zdaniem wykonawcy „dotychczas złożone dokumenty potwierdzają doświadczenie p. M.C. w zakresie pełnienia funkcji geologa przy opracowaniu dokumentacji geologiczno – inżynierskiej (zatwierdzonej

decyzją administracyjną) dla przebudowy lub rozbudowy lub budowy drogi lub ulicy klasy co najmniej GP, zgodnie z postawionym warunkiem zdolności zawodowej”. Jednak na potwierdzenie tej hipotezy CertusVia powołało się na poświadczenie firmy BUDIMEX SA, z którego wynika, że pan M.C. wykonywał jedynie weryfikację dokumentacji geologiczno-inżynierskiej, co zdaniem CertusVia jest równoznaczne z opracowywaniem dokumentacji geologiczno-inżynierskiej. Weryfikacja jednak oznacza jedynie działania kontrolne, a nie twórcze, zatem nie można uznać takiej równoznaczności.

9. W rezultacie, z wyjaśnień CertusVia wynika jednoznacznie, że p. M.C. nie pełnił funkcji Geologa (tzn. nie opracowywał dokumentacji geologiczno-inżynierskiej) na żadnym z podanych w formularzu 2.3 zadań (dla Części 1 i 2 Postępowania).

10. Ponadto, CertusVia nie wykazał żadnych nowych argumentów, które mogłyby rozwiązać wątpliwości Zamawiającego. Co więcej, wymaga podkreślenia, że CertusVia w swoich wyjaśnieniach dokonało próby uzupełnienia wykazów zawartych w formularzach 2.3 „Kryteria pozacenowe”, próbując zamienić pana M.C. – w Części 1 Postępowania na pana P.P., natomiast w Części 2 Postępowania na pana D.B. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie mógł jednak uznać takiego uzupełnienia. Po pierwsze, uzupełnianie dokumentów podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny oferty jest niedopuszczalne, co wynika z ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (zob. m.in. wyrok KIO 290/17; wyrok KIO 235/18). Jest ono bowiem sprzeczne z dyspozycją art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Po drugie zaś, nawet przy przyjęciu, że było to uzupełnienie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, to i tak należy je zakwalifikować jako bezprawne. Wynika to z faktu, że złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji wyłącza możliwość uzupełniania dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zatem, jeśli działanie wykonawcy pierwotnie wypełnia hipotezę przepisów art. 26 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, nie może on następnie uzupełnić owych informacji na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Kwestia złożenia nieprawdziwych informacji przez CertusVia została omówiona w części II uzasadnienia.

11. W wyniku drugiej oceny ofert Zamawiający ponownie dokonał w dniu 15 lipca 2021r. wyboru oferty najkorzystniejszej, o czym poinformował w tym samym dniu wykonawców. W Części 1, 2 i 3 Postępowania Zamawiający ponownie dokonał wyboru oferty wykonawcy CertusVia. Zamawiający nie przyznał CertusVia żadnych punktów w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie personelu Wykonawcy” w zakresie dotyczącym „Doświadczenia Geologa” – w każdej części CertusVia otrzymało w tym zakresie 0 (słownie: zero) punktów. Wskazał w Części 1 i 2 Postępowania, że nie zaliczył CertusVia doświadczenia i kwalifikacji p. M.C., ponieważ złożone przez CertusVia dokumenty wraz z wyjaśnieniami nie potwierdzają doświadczenia wskazanej osoby przy opracowywaniu dokumentacji geologiczno-inżynierskiej. Zamawiający wskazał także, że p. M.C. nie posiada kwalifikacji do

wykonania, dozorowania i kierowania pracami geologicznymi kategorii zarówno VI jak i VII. Z kolei w Części 3 Postępowania nie zaliczył CertusVia kwalifikacji p. K.C., wskazując, że nie posiada on kwalifikacji do wykonania, dozorowania i kierowania pracami geologicznymi kategorii zarówno VI jak i VII. Także w Części 4 Postępowania w ten sam sposób Zamawiający nie zaliczył CertusVia kwalifikacji p. P.A.. Dowód: wykaz wykonawców, którzy złożyli oferty wraz z informacją o cenie złożonych ofert, doświadczeniu personelu Wykonawcy, zawodowej integracji osób (w aktach postępowania)

12. Powyższe wskazuje, że Zamawiający nie tylko nie miał możliwości zaliczenia CertusVia punktów w zakresie „Doświadczenia Geologa” w ramach kryteriów oceny ofert dla Części 1 i 2 Postępowania, lecz również, że w zakresie Części 1 i 2 Postępowania pan M.C. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej oraz, że w zakresie Części 3 i 4 Postępowania odpowiednio pan K.C. oraz pan P.A. nie spełniają warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Jak bowiem przyznał sam Zamawiający, nie posiadają oni kwalifikacji do wykonywania, dozorowania i kierowania pracami geologicznymi kategorii VI lub VII. W rezultacie zatem Zamawiający dokonał w Części 1, 2 i 3 Postępowania wyboru oferty wykonawcy, który nie spełniał warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, dotyczącej dysponowania osobą Geologa.

13. Zamawiający nie mógł przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu wziąć pod uwagę nowej treści wykazu – przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie służy bowiem zamianie informacji nieprawdziwych, sprzecznych z rzeczywistością, na informacje prawdziwe, tak przykładowo w wyroku KIO 3387/20: „Nieprawdziwej czy wprowadzającej w błąd informacji, mogącej mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez instytucję zamawiającą, nie można w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. zastępować informacją prawdziwą. Jeżeli wykonawca winny jest przedstawienia w złożonym na potrzeby prowadzonego postępowania oświadczeniu lub dokumencie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, nie można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie lub dokument zawiera błędy dotyczące braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. W takim przypadku oświadczenie lub dokument wręcz potwierdzają spełnianie warunku, tyle że za pomocą informacji, która okazała się nieprawdziwa, a nie niepełna.”

II. W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i/lub art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp (Część 1 i 2 Postępowania)

14. Mając na uwadze opisany powyżej stan faktyczny CertusVia nie tylko nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, dotyczącej dysponowania osobą Geologa, a także nie zasługiwał na uzyskanie punktacji w zakresie kryteriów oceny ofert dotyczących „Doświadczenia personelu Wykonawcy – Doświadczenia Geologa”. Zatem wprowadził Zamawiającego w błąd, że warunki te spełnia,

jak również w taki sposób przedstawił Zamawiającemu przedmiotowe informacje, że miały one istotny wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane w Postępowaniu oraz, że podał informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd.

15. Nie ulega wątpliwości, że CertusVia przeinaczył w sposób istotny fakty, dotyczące sprawowania przez p. M.C. funkcji Geologa na wskazanych w formularzu 2.3 zadaniach, a następnie także potwierdzał owe nieistniejące okoliczności w ramach składanych wyjaśnień. Takie zachowanie, jak słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 98/17) charakteryzuje wykonawców, którzy usiłują wyłudzić zamówienie poprzez wprowadzenie zamawiającego w błąd co do swojej sytuacji podmiotowej albo którzy nie są w stanie w należyty sposób udokumentować spełnienia wymaganych warunków podmiotowych.

16. Nie ulega również wątpliwości, że CertusVia przedstawiło wprowadzające w błąd informacje, które miały potencjalny wpływ na decyzje Zamawiającego. W doktrynie prawa zamówień publicznych ugruntowany jest pogląd, zgodnie z którym informacje dotyczące warunków udziału w postępowaniu, czy też kryteriów oceny ofert mogą wpłynąć na decyzje instytucji zamawiających w szczególności, jeśli dotyczą ofert najkorzystniejszych.

17. Zamawiający – świadomy podania nieprawdziwych informacji przez CertusVia (Odwołujący wskazuje, że ta świadomość wynika chociażby z unieważnienia pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej) – nie wykluczył jednak wykonawcy z postępowania, a ograniczył się jedynie do obniżenia punktacji w ramach kryteriów oceny ofert w zakresie „Doświadczenia personelu Wykonawcy”, dotyczącego „Doświadczenia Geologa”. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu nie chodziło o jakies sporne kwestie związane z interpretacją warunków udziału w postępowaniu bądź kryteriów oceny ofert w tym obszarze, lecz o wprowadzenie w błąd Zamawiającego na skutek podania zupełnie nieprawdziwych informacji – nie posiadających żadnego odzwierciedlenia w stanie faktycznym. Zamawiający poprzez swoje działanie potwierdził w istocie zarzut podania nieprawdziwych informacji przez CertusVia, jednak nie zdecydował się na wykluczenie wykonawcy, czym naruszył art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp (w zakresie warunków udziału w postępowaniu) i/lub art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp (w zakresie wpływu nieprawdziwych informacji na ocenę oferty CertusVia z perspektywy kryteriów oceny ofert).

III. W zakresie zarzutów dotyczących naruszenia przepisów art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (Część 2 i 3 Postępowania).

18. Zamawiający w pkt 15 IDW w sposób szczegółowy opisał sposób obliczenia ceny oferty: „15.1 Cena oferty w zakresie każdej z części zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Formularz cenowy - TABELĘ OPRACOWAŃ PROJEKTOWTYCH (TOP) wraz z TABELĄ A (Formularz 2.2) - zawarty w Rozdziale 2 IDW, odrębny dla każdej części. Cena oferty winna obejmować całkowity koszt wykonania zamówienia, w tym również wszelkie

koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia określone w Tomie II (IPU) oraz Tomie III (OPZ) SIWZ.

Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których w tabelach nie ujęto w odrębnych pozycjach, Wykonawca powinien ująć w cenach pozycji opisanych w Formularzu. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić żadnych zmian do Formularza.

15.2. Tabelę opracowań projektowych, o której mowa powyżej należy sporządzić ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych we wzorze. Wykonawca określi kwoty (wartości) netto – kolumna F formularza dla wszystkich pozycji wymienionych w Formularzu. Wartość dla pozycji 5.1 należy określić w oparciu o Formularz cenowy – tabelę A.

1) dla pozycji ryczałtowych, tj. 1, 5, 6, 7: W tabeli A Wykonawca określi wartość netto każdej pozycji – wartości należy wpisać w kolumnie F;

2) dla pozycji obmiarowych, tj. 2, 3, 4.1, 4.2; W tabeli A Wykonawca określi wartość netto każdej pozycji – cenę jednostkową należy wpisać w kolumnie E, a następnie pomnożyć przez ilości z kolumny D. Iloczyn ilości i jednostkowej ceny netto należy wpisać w kolumnie F.

Otrzymany wynik Razem zł netto (pole F.8) Wykonawca przeniesie do TOP – pole E 5.1.

Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić wszystkie pozycje opisane w Formularzu.

15.3. Dla każdej pozycji wyszczególnionej na Formularzu, jeśli składają się na nią elementy o zróżnicowanych kosztach, jednolita stawka jednostkowa powinna zostać skalkulowana na zasadzie uśrednienia kosztów składowych.

15.4. Każda cena zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji”.

Dodatkowo w pkt 15.7 IDW Zamawiający zaznaczył, że: „Wartości w poszczególnych pozycjach Formularza oraz cena oferty muszą być wyrażone w PLN z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku”.

19. Nie ulega wątpliwości, jak wynika z pkt 15.4 IDW, że każdy wykonawca winien był określić w każdej pozycji Oferty całkowity koszt wykonania danej pozycji. Tymczasem w Części 2, 3 i 4 Postępowania w formularzach cenowych (Tabela A, pkt 1 – Projekt robót geologicznych/Projekt badań geotechnicznych) CertusVia nie wpisał wartości pozycji zł netto. Zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zaklasyfikował te niezgodności jako omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnej zmiany treści oferty i dokonał ich poprawy, wpisując w pkt 1 wartość pozycji zł netto: 0 zł.

20. Należy jednak uznać, że działanie Zamawiającego naruszyło dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przede wszystkim CertusVia nie wypełniło formularza cenowego zgodnie z postanowieniami SIWZ. Wykonawca w ogóle nie wskazał całkowitego kosztu wykonania danej pozycji. Takie niezgodności oferty CertusVia z SIWZ są jednoznaczne i oczywiste, a

ich charakter wyklucza de iure możliwość uznania ich za omyłki i zastosowania dyspozycji wynikających z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

21. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 19 marca 2019 r. (sygn. KIO/KU 16/19) istotą przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest stwierdzenie następujących okoliczności:

- czy daną, stwierdzoną w ofercie wadę można zakwalifikować jako niezgodność z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a jeśli tak, to którymi,
- czy wadę tę można zakwalifikować jako omyłkę, czy też powstała ona w wyniku celowego działania wykonawcy - w znaczeniu celowego wprowadzenia do oferty ustalenia odmiennego od postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pomimo świadomości, że dany wymóg specyfikacji był inny,
- czy wada ta jest technicznie (merytorycznie) możliwa do poprawienia, • czy jej poprawienie nie wywoła istotnej zmiany treści oferty.

Ponadto, KIO podkreśliła, że bezpośrednio z treści art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wynika, iż „poprawienie omyłki, o której mowa w tym przepisie, polega na doprowadzeniu do zgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przy czym (...) ze względu na potencjalną nieokreśloną liczbę potencjalnych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i omyłek z nimi związanych, ustawodawca pozostawił zamawiającym dużą elastyczność w zakresie dokonywania poprawek - dopóki mieszczą się one w założeniach ustawowych przesłanek art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Z logicznego zaś punktu widzenia należy stwierdzić, że dokonanie poprawki na gruncie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest możliwe przy zachowaniu pewnych naczelnych zasad: poprawka nie może być istotna, powinna doprowadzić do zgodności treści oferty z treścią specyfikacji w sposób jak najmniej ingerujący w treść oferty i powinna być dokonana w sposób racjonalny i dający się uzasadnić”.

22. Nie można jednak pominąć faktu, że brak wskazania jakiegokolwiek wartości w pozycji formularza cenowego nie jest tożsamy z wyceną danej pozycji na 0 zł. Taką okoliczność podkreśliła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 listopada 2020 r. (sygn. KIO 2489/20). Należy bowiem pamiętać, że brak wyceny którejs z pozycji formularza cenowego nie jest omyłką, lecz istotnym brakiem oświadczenia woli, nie mieszczącym się w pojęciu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (tak m.in. wyrok KIO z dnia 11 lutego 2010 r., sygn. KIO/UZP 1833/19). W konsekwencji Zamawiający naruszył art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dokonując poprawy opisanej niezgodności z SIWZ.

23. Z kolei nieuprawniona zmiana treści oferty doprowadziła do naruszenia również art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ w przypadku niezgodności oferty CertusVia z treścią SIWZ, obowiązkiem Zamawiającego było jej odrzucenie (a nie – dokonywanie nieuprawnionych zmian treści oferty).

IV. W zakresie zarzutów dotyczących naruszenia przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o ZNK w zw. z art. 47 Karty Praw Podstawowych (Część 1, 2 i 3 Postępowania)

24. Pismem z dnia 3 grudnia 2020 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 i 1a pkt 1) ustawy Pzp, wezwał wykonawcę CertusVia i wykonawcę Lafrentz do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w Części 1, 2, 3 i 4 Postępowania. Odwołujący nie jest jednak w stanie odnieść się do złożonych przez CertusVia i Lafrentz wyjaśnień, ponieważ Zamawiający uznał, że złożone wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu weryfikację nie tylko złożonych wyjaśnień, lecz również samego uzasadnienia zastrzeżenia owych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Podkreślił, że Odwołującemu nie udostępniono nawet minimalnej treści tych wyjaśnień, w tym – nie udostępniono chociażby uzasadnienia dla objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa (o ile takie uzasadnienia w ogóle zostały złożone).

25. Odwołujący wskazuje, że w polskim porządku prawnym, zgodnie z przepisem art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych jest zasada jawności, która, jak przyjmuje się w doktrynie prawa zamówień publicznych, wynika z zasady transparentności (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Konieczność zagwarantowania jawności oraz transparentności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika de facto z pojmowania i definiowania pojęcia „zamówień publicznych” zarówno w prawie Unii Europejskiej, jak i prawie krajowym. Wskazując, że chodzi o zamówienia publiczne, polegające na wydatkowaniu, w ramach przejrzystych procedur, pieniędzy publicznych, należy zauważyć, że system zamówień publicznych jest w istocie w alternatywie do okrywania czegokolwiek tajemnicą. Jednak nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

26. Samo pojęcie „tajemnicy przedsiębiorstwa” nie zostało uregulowane w przepisach prawa zamówień publicznych. Zgodnie z przepisem art. 11 ust. 2 ustawy o ZNK, 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.

27. W krajowym obrocie prawnym generalną zasadą jest to, że objęciem tajemnicą przedsiębiorstwa podlegają konkretne, wyspecyfikowane przez wykonawcę informacje. Słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 3068/20), że nieuzasadnione i sprzeczne z prawem jest akceptowanie działania wykonawcy, które polega na zastrzeżeniu jako tajemnicy przedsiębiorstwa całych dokumentów, pomimo, że zawierają również informacje, które w sposób oczywisty nie są chronione tajemnicą przedsiębiorstwa. Innymi słowy, ochroną poufności co do zasady powinny być objęte poszczególne informacje czy też dane, co do których wykonawca winien następnie wykazać zasadność ich objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Jak wskazał Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 10 stycznia 2014 r., sygn. I OSK 2112/13, aby dana konkretna informacja została uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, muszą być spełnione dwie przesłanki: (1) materialna – musi zostać wykazane, że informacje, ze swojej istoty, dotyczą kwestii, których ujawnienie obiektywnie mogłoby negatywnie wpłynąć na sytuację przedsiębiorcy – informacje muszą mieć choćby minimalną wartość; (2) formalna – musi zostać wykazane, że przedsiębiorca podjął działania w celu zachowania poufności danych informacji – nie wystarczy samo przekonanie przedsiębiorcy, że dane informacje są poufne.

28. Odwołujący chciałby również wskazać, że Rzecznik Generalny Manuel Campos Sanchez-Bordony, w opinii z dnia 15 kwietnia 2021 r. w sprawie C-927/19 uznał, że dokonywana przez wykonawcę, na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, kwalifikacja informacji jako „poufne”, a więc objęte tajemnicą przedsiębiorstwa musi opierać się na obiektywnych podstawach, a nie wyłącznie subiektywnej woli osoby, która dane informacje przekazuje. Ocena owych podstaw należy do zamawiającego, przy czym instytucja zamawiająca musi spełnić obowiązek bezstronności i obiektywizmu, ponieważ tylko w taki sposób jest w stanie zapewnić równe i niedyskryminacyjne traktowanie wszystkich wykonawców zgodnie z zasadami dotyczącymi udzielania zamówień publicznych. Brak odtajnienia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, które są rzekomo poufne, a w istocie nie spełniają żadnych obiektywnych przesłanek do przyjęcia takiej kwalifikacji, powodowałby naruszenie fundamentalnych zasad prawa zamówień publicznych przez zamawiającego, przede wszystkim zaś zasady równego traktowania, niedyskryminacji, jawności i przejrzystości.

29. Ponadto w doktrynie unijnego prawa zamówień publicznych uznaje się za niesporny fakt, że objęcie pewnych danych tajemnicą przedsiębiorstwa nie może skutkować zakazem ujawniania informacji, które pozwolą wykonawcom w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia podjąć decyzję o korzystaniu ze środków ochrony prawnej (szerzej: A. Sanchez-Graells, *The Difficult Balance between Transparency and Competition in Public Procurement: Some Recent Trends in the Case Law of the European Courts and a Look at the New Directives*, University of Leicester School of Law Research Paper 2014, no. 1311).

Jest to generalnie podejście, które charakteryzuje zarówno Komisję Europejską, jak i Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej – obie instytucje traktują kwestię ujawniania informacji dotyczących wykonawców oraz tajemnicy przedsiębiorstwa z perspektywy zasad mających fundamentalne znaczenie dla prawa zamówień publicznych: zasady uczciwej konkurencji oraz zasady transparentności, a także prawa do wniesienia do sądu skutecznego środka prawnego, tj. prawa podstawowego, wynikającego z art. 47 Karty Praw Podstawowych oraz tzw. dyrektyw odwoławczych. Treść art. 47 KPP odzwierciedla ogólną zasadę skutecznej ochrony sądowej w przypadku naruszenia praw i wolności zagwarantowanych prawem Unii Europejskiej, która jest uznawana za zasadę ogólną prawa unijnego wynikającą z tradycji konstytucyjnych państw członkowskich. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w kilku wyrokach podkreślał bezwzględną konieczność interpretowania norm zawartych w dyrektywach odwoławczych przez pryzmat praw regulowanych w KPP, w szczególności zaś w świetle prawa do skutecznej skargi do sądu, wskazanej w art. 47 KPP. Odwołujący uznaje zatem, że objęcie informacji zawartych w ofercie tajemnicą przedsiębiorstwa nie może ograniczać prawa do skutecznej ochrony sądowej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

30. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający naruszył jego prawo do skutecznego środka prawnego, w istocie uniemożliwiając Odwołującemu weryfikację złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a tym samym weryfikację oceny przez Zamawiającego oferty CertusVia i Lafrentz z tej perspektywy. Tymczasem istnieje uzasadnione podejrzenie, które potwierdził swoim wezwaniem sam Zamawiający, że oferta CertusVia i oferta Lafrentz zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Poprzez bezprawne uznanie, że CertusVia i Lafrentz skutecznie objęli swoje wyjaśnienia tajemnicą przedsiębiorstwa, a także uzasadnienie takiego działania, Zamawiający naruszył zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia wraz z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

V. W zakresie zarzutu naruszenia przepisów art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp (Część 1, 2 i 3 Postępowania)

31. Zgodnie z treścią przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z kolei przepis art. 7 ust. 3 ustawy Pzp odnosi się do fundamentalnej wartości prawa zamówień publicznych, jaką jest zgodność z prawem udzielanych zamówień. Przepis ten stanowi bowiem, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. W świetle argumentów przedstawionych w niniejszym Odwołaniu Zamawiający naruszył przepis art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z przepisem art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ w konsekwencji swoich bezprawnych działań dokonał wyboru oferty CertusVia jako najkorzystniejszej, pomijając

okoliczności, które winny skutkować wykluczeniem tego wykonawcy, bądź odrzuceniem jego oferty. Naruszając legalność wyboru wykonawcy, Zamawiający naruszył również zasadę uczciwej konkurencji, będącą jednym z fundamentów prawa zamówień publicznych, budującą zaufanie wykonawców do rynku zamówień publicznych (...).

Do postępowania odwoławczego przystąpienie zgłosili:

- 1) po stronie po stronie odwołującego: Lafrentz Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu wnosząc o uwzględnienie odwołania;
- 2) po stronie zamawiającego: CERTUSVIA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wnosząc oddalenie odwołania.

Sygn. akt: KIO 2223/21

Wnoszący odwołanie wykonawca – Lafrentz Polska sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zarzucił Zamawiającemu:

1. wybór niezgodnie z przepisami ustawy PZP wybór oferty CertusVia Sp. z o.o. (dalej jako „CertusVia” lub „Wykonawca”) jako oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu w ramach Części 1, 2, 3 w sytuacji, w której to oferta Odwołującego pozostawała najkorzystniejsza w ramach Części 2, 3 postępowania,
2. zaniechanie wykluczenia Wykonawcy w ramach części 1, 2 i 3 postępowania z powodu braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wielokrotnego wprowadzenia w błąd Zamawiającego, że CertusVia warunki te spełnia,
3. zaniechanie odrzucenia oferty CertusVia w ramach części 1, 2 i 3 postępowania, mimo, iż oferta CertusVia zawiera rażąco niską cenę, a wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę nie wypełniają wymagań ustawy PZP oraz oferta CertusVia pozostaje niezgodna z wymaganiami SIWZ,
4. zaniechanie odrzucenia oferty CertusVia w części 2 i 3 postępowania pomimo, że oferta tego Wykonawcy nie spełnia wymagań SIWZ w zakresie wyceny wszystkich pozycji w formularzu cenowym,
5. niezgodnej z przepisami PZP poprawy w ofercie CertusVia w części 2 i 3 postępowania innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, poprzez umieszczenie w formularzach cenowych – tabela A dla części 2 i 3, poz. nr 1, wartości „0 zł”, pomimo, że Wykonawca nie wycenił tych pozycji umieszczając w formularzach znak „-”,
6. przyjęcie, że CertusVia w sposób prawidłowy i skuteczny zastrzegł jako tajemnicę swojego przedsiębiorstwa treść wyjaśnień złożonych Zamawiającemu w ramach każdej części postępowania, co skutkowało zaniechaniem odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu tych wyjaśnień,

7. zaniechanie czynności, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy PZP, tj. wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący podał, że (w ramach części 1, 2 i 3 postępowania z wyłączeniem zarzutu nr 7) skutkiem wskazanych czynności i zaniechań Zamawiający naruszył:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP w zw. z art. 7 ustawy PZP oraz art. 90 ust. 3 ustawy PZP w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty CertusVia, mimo że cena zaoferowana przez Wykonawcę jest rażąco niska, a Wykonawca ten nie złożył wyjaśnień, które potwierdzałyby, że jego cena ma charakter rynkowy i nie nosi znamion rażąco niskiej, oraz poprzez przyjęcie przez Zamawiającego takich wyjaśnień i dokonanie wyboru oferty CertusVia jako najkorzystniejszej,
2. art. 8 ust. 3 ustawy PZP w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy PZP oraz w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako: "u.z.n.k") oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez niezasadne przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez CertusVia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez tego Wykonawcę, a w ślad za tym zaniechanie udostępnienia wskazanych dokumentów Odwołującemu, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia naczelnej zasady prawa zamówień publicznych, tj. zasady jawności postępowania, a także utrudnia wykonawcom udział w postępowaniu, pozbawiając ich możliwości weryfikacji poprawności oferty złożonej przez CertusVia, co jednocześnie prowadzi do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP w zw. z art. 90 ust. 1 przepisów przejściowych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty CertusVia w sytuacji, w której oferta ta pozostaje niezgodna z treścią SIWZ,
4. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i poprawienie w ofercie CertusVia innej omyłki w sytuacji, gdy poprawione dane nie stanowiły omyłki, a oferta pozostawała niezgodna z postanowieniami SIWZ i powinna podlegać odrzuceniu (zarzut nie dotyczy Części nr 1 postępowania),
5. art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy PZP poprzez naruszenie obowiązku udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy PZP, polegające na wyborze najkorzystniejszej oferty z pominięciem ustawowego obowiązku wykluczenia Wykonawcy, który nie wykazał warunków spełniania w

postępowaniu oraz wielokrotnie wprowadził Zamawiającego w błąd i którego oferta powinna podlegać odrzuceniu.

II. Dodatkowo do Części nr 1 oraz 2 postępowania wskazał na naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy z postępowania, pomimo, iż Wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt. 7.2.3. b) IDW,
2. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy z postępowania, pomimo, iż Wykonawca w wyniku zamierzonego działania albo rażącego niedbalstwa lub co najmniej niedbalstwa lub lekkomyślności wielokrotnie wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie pkt. 7.2.3. b) IDW oraz posiada doświadczenie personelu Wykonawcy oceniane przez Zamawiającego w ramach „Kryteriów Pozacenowych” w ramach Podkryterium 2.3 oraz że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie pkt 7.2.3. b) IDW,
3. art. 91 ust. 1 ustawy PZP w. zw. z art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy PZP w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy PZP poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i dokonanie zawyżonej oceny oferty CertusVia, tj. niezgodnej z opisanym w SIWZ sposobem oceny jego oferty w „Kryterium Pozacenowym” w ramach Podkryterium 2.3.

Wykonawca stwierdził, że (...) *posiada interes prawny w rozstrzygnięciu niniejszego odwołania, ponieważ – w wyniku bezprawnych czynności Zamawiającego wskazanych powyżej – Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia w zakresie jego Części 2 i 3, i osiągnięcia z tego tytułu zysku. W przypadku, gdyby Zamawiający, zgodnie z przepisami ustawy PZP, wykluczył CertusVia z postępowania oraz odrzucił jego ofertę, oferta Odwołującego zostałaby ofertą najkorzystniejszą w Części 2,3 postępowania, co mogłoby skutkować uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że zgodnie z nowo obowiązującym art. 505 nPZP środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy*”.

W związku z powyższym, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1) nPZP Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności z dnia 15 lipca 2021 r., polegającej na dokonaniu wyboru oferty CertusVia jako najkorzystniejszej dla Części 1, 2, 3 postępowania,

2. ponowienia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu dla Części 1, 2, 3 postępowania,
3. podjęcia czynności polegającej na wykluczeniu CertusVia z postępowania w ramach Części 1, 2, 3 postępowania,
4. odrzucenia oferty CertusVia w ramach Części 1,2,3 postępowania,
5. wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej z dokonaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego w ramach Części 2, 3 postępowania,

Ponadto o:

6. przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści niniejszego odwołania, w tym znajdujących się w aktach Postępowania, jak również dokumentów przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w odwołaniu,
7. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa prawnego.

W uzasadnieniu odwołania – w jego stanie faktycznym - wskazał:

Dnia 22 września 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej opublikowano ogłoszenie o zamówieniu dotyczące niniejszego postępowania. dowód: ogłoszenie o zamówieniu. W dniu 26 października 2020 r., Zamawiający przekazał wykonawcom wyjaśnienia treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) zgodnie z art. 38 ust. 2 ustawy PZP. dowód: wyjaśnienia treści SIWZ z dnia 22 stycznia 2021 r. Pismem z dnia 19 lutego 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w ramach każdej z części postępowania, którą w ocenie Zamawiającego, była oferta złożona przez CertusVia (100 pkt./100). dowód: pismo Zamawiającego z dnia 19 lutego 2021 r. Dnia 1 marca 2021 r., Lafrentz wniosła odwołanie od wyboru oferty CertusVia jako oferty najkorzystniejszej. dowód: odwołanie Lafrentz z dnia 1.03.2021 r. Dnia 18.03.2021 r. Zamawiający dokonał unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz postanowił powtórzyć czynność oceny ofert, uzasadniając to dopatrzenie się błędów popełnionych na etapie badania ofert. dowód: informacja o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz o powtórzeniu czynności oceny ofert z dnia 18.03.2021 r. W związku z unieważnieniem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przez Zamawiającego, Lafrentz cofnęła złożone odwołanie, a KIO umorzyła postępowanie odwoławcze. Dnia 30 marca 2021 r. Zamawiający wezwał CertusVia do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonej oferty oraz oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. dowód: wezwanie do złożenia przez CertusVia wyjaśnień dotyczących złożonej oferty oraz oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu z dnia 30.03.2021 r. W odpowiedzi na ww. wezwanie CertusVia dnia 27.04.2021 r. Wykonawca dnia 06.04.2021 r. przedstawił wyjaśnienia. dowód: wyjaśnienia CertusVia w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 06.04.2021 r.

Dnia 27.04.2021 r. Zamawiający wezwał CertusVia do złożenia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku zdolności technicznej Wykonawcy – dotyczy części nr 1, 2 ,3 4, dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku zdolności zawodowej Wykonawcy – dotyczy części nr 1-2. dowód: wezwanie z dnia 27.04.2021 r. do złożenia przez CertusVia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku zdolności technicznej Wykonawcy – dotyczy części nr 1, 2, 3, 4, dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku zdolności zawodowej Wykonawcy – dotyczy części nr 1-2. W odpowiedzi na ww. wezwanie CertusVia dnia 27.04.2021 r. Wykonawca dnia 06.05.2021 r. przedstawił wyjaśnienia. dowód: wyjaśnienia CertusVia w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 06.05.2021 r.

Dnia 15.07.2021 r. Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty CertusVia jako oferty najkorzystniejszej w części nr 1, 2 i 3. dowód: informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 15.07.2021 r.

W uzasadnieniu faktycznym oraz prawnym podnoszonych zarzutów wskazał:

I. Zarzuty pkt II nr 1), 2) i 3)

1. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy z postępowania, pomimo faktu, iż Wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt. 7.2.3. b) IDW,

2. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy z postępowania, pomimo faktu, iż Wykonawca w wyniku zamierzonego działania albo rażącego niedbalstwa lub co najmniej niedbalstwa lub lekkomyślności wielokrotnie wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że posiada doświadczenie personelu Wykonawcy oceniane przez Zamawiającego w ramach „Kryteriów Pozacenowych” w ramach Podkryterium 2.3 oraz że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie pkt 7.2.3. b) IDW,

3. naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy PZP w. zw. z art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy PZP w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy PZP poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i dokonanie zawyżonej oceny oferty CertusVia, tj. niezgodnej z opisanym w SIWZ sposobem oceny jego oferty w „Kryterium Pozacenowym” w ramach Podkryterium 2.3.

Zgodnie z SIWZ (pkt 7.1 IDW) Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Ponadto zgodnie z pkt. 7.2. IDW, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

3) zdolności technicznej lub zawodowej:

a) Wykonawcy:

Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w należyтым wykonaniu – opracowaniu w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej:

Część 1:

1 dokumentacji projektowej (PB) dla przebudowy lub rozbudowy lub budowy drogi lub ulicy klasy co najmniej GP o długości co najmniej 6,5 km.

Część 2:

1 dokumentacji projektowej (PB) dla przebudowy lub rozbudowy lub budowy drogi lub ulicy klasy co najmniej GP o długości co najmniej 5,0 km.

Część 3:

1 dokumentacji projektowej (PB) dla przebudowy lub rozbudowy lub budowy drogi lub ulicy klasy co najmniej GP o długości co najmniej 5,0 km.

Pod określeniem PB należy rozumieć Projekt Budowlany.

Opracowanie dokumentacji projektowej (PB) należy rozumieć jako doprowadzenie do wystawienia Protokołu odbioru tej dokumentacji lub równoważnego dokumentu.

Przez opracowanie PB nie należy rozumieć opracowania aktualizacji lub optymalizacji projektu.

b) osób:

Wykonawca musi wskazać osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi, doświadczeniem i wykształceniem odpowiednim do funkcji, jakie zostaną im powierzone.

Wykonawca, na każdą funkcję wymienioną poniżej, wskaże osobę, którą musi mieć dostępną na etapie realizacji zamówienia, spełniającą następujące wymagania (analogiczne w każdej części zamówienia):

V. Geolog

Ilość osób: 1.

Doświadczenie i kwalifikacje:

Posiada kwalifikacje do wykonywania, dozoru i kierowania pracami geologicznymi kategorii VI lub VII. Pełnił funkcję geologa przy opracowaniu 1 dokumentacji geologiczno-inżynierskiej (zatwierdzonej decyzją administracyjną) dla przebudowy lub rozbudowy lub budowy drogi lub ulicy klasy co najmniej GP. Pod określeniem opracowanie PB należy rozumieć doprowadzenie do wystawienia Protokołu odbioru tej dokumentacji lub równoważnego dokumentu. Pod określeniem opracowanie PB nie należy rozumieć opracowania jego aktualizacji lub optymalizacji. Za drogę lub ulicę Zamawiający uzna drogę lub ulicę w rozumieniu Ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2020 r., poz. 470). Za obiekt mostowy Zamawiający uzna obiekty inżynierskie w rozumieniu 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. z 2000 nr 63, poz. 735 z późn zm.).

Ponadto Zamawiający wskazał, że w ramach Części 1 oraz 2 postępowania będzie brał pod uwagę następujące kryteria udzielenia zamówienia:

Część nr 1 oraz Część nr 2

1. Kryterium - Cena – 60 % (60 pkt. Max)

2. Kryterium - Doświadczenie personelu Wykonawcy – 30 % (30 pkt. max) W ramach Kryterium Doświadczenie personelu Wykonawcy występują podkryteria: 1) Podkryterium 2.1. Projektant Drogowy – maksymalna liczba punktów – 10

2) Podkryterium 2.2. Projektant Mostowy – maksymalna liczba punktów – 10

3) Podkryterium 2.3. Geolog – maksymalna liczba punktów – 10

19.1.2.1. W ramach kryterium „Doświadczenie personelu Wykonawcy” punkty zostaną przyznane w skali punktowej od 0 do 30 punktów, na podstawie Oferty Wykonawcy - Formularz „Kryteria pozacenowe” (Formularz 2.3) zawierający wykaz zadań.

Formularz „Kryteria pozacenowe” stanowi przykładowy sposób opracowania. W przypadku korzystania przez Wykonawcę z tego formularza wymagane jest złożenie podpisu na końcu dokumentu. Niezłożenie Formularza „Kryteria pozacenowe” skutkować będzie przyznaniem 0 punktów w kryterium „Doświadczenie personelu Wykonawcy”.

19.1.2.2. Opis podkryteriów i sposobu przyznawania punktów:

Część 1:

1) Podkryterium 2.3. Geolog – max. ilość punktów – 10.

Doświadczenie przy wykonywaniu zadania polegającego na wykonaniu dokumentacji geologiczno-inżynierskiej (zatwierdzonej decyzją administracyjną) dla przebudowy lub rozbudowy lub budowy dróg lub ulic klasy co najmniej GP, przy realizacji których wskazana osoba pełniła funkcję geologa i posiada kwalifikacje do wykonania, dozoru i kierowania pracami geologicznymi kategorii VI i VII.

- Za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 punktów.
- Za 2 zadania potwierdzające powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 5 punktów.
- Za 3 i więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 10 punktów.

Część 2:

Podkryterium 2.3. Geolog – max. ilość punktów – 10.

Doświadczenie przy wykonywaniu zadania polegającego na wykonaniu dokumentacji geologiczno-inżynierskiej (zatwierdzonej decyzją administracyjną) dla przebudowy lub rozbudowy lub budowy dróg lub ulic klasy co najmniej GP, przy realizacji których wskazana osoba pełniła funkcję geologa i posiada kwalifikacje do wykonania, dozoru i kierowania pracami geologicznymi kategorii VI i VII.

- Za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 punktów.
- Za 2 zadania potwierdzające powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 5 punktów.
- Za 3 i więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 10 punktów.

Przez stwierdzenie: „pełnił funkcje Projektanta lub Sprawdzającego” należy rozumieć pełnienie funkcji projektanta lub sprawdzającego w myśl art. 20 ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane (Dz. U. przypis 2 j. w.)

Pod określeniem PB należy rozumieć Projekt Budowlany.

Pod określeniem opracowanie PB należy rozumieć doprowadzenie do wystawienia Protokołu odbioru tej dokumentacji lub równoważnego dokumentu.

Pod określeniem opracowanie PB nie należy rozumieć opracowania jego aktualizacji lub optymalizacji.

Za drogę lub ulicę Zamawiający uzna drogę lub ulicę w rozumieniu Ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2020 r., poz. 470).

Za obiekt mostowy Zamawiający uzna obiekty inżynierskie w rozumieniu 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. z 2000 nr 63, poz. 735 ze zm.)

A\ Zdolność techniczna lub zawodowa – Geolog

W wykazie osób (Formularz 2a) CertusVia wskazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, którego opis został zamieszczony w pkt. 7.2.3) b) IDW. Jako uzasadnienie powyższego Wykonawca powołał się na doświadczenie i kwalifikacje osoby wskazanej do pełnienia funkcji geologa, zgodnie z dokumentem – Formularzem nr 2.3 stanowiącym ofertę. Z kolei w Formularzu 2.3. – „Kryteria Pozacenowe” (Część 1 oraz Część 2 zamówienia) w ramach Podkryterium 2.3. CertusVia wskazał, że:

Podkryterium 2.3. Geolog – max. ilość punktów – 10.

Na potwierdzenie posiadania przez p. Marcin Cep (*imię i nazwisko*) doświadczenia zgodnie z opisem podkryterium zawartym w pkt 19 IDW – Tom I SIWZ przedstawiam informacje i oświadczam, że osoba posiada doświadczenie przy realizacji wskazanego zadania/zadań:

Zadanie 1:

- nazwa zadania: Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S17 Garwolin - Kurów na odcinku Garwolin (koniec obwodnicy) - granica województwa mazowieckiego i lubelskiego" Zadanie 1: odcinek Garwolin (koniec obwodnicy)- Gończyce(koniec obwodnicy) od km 49+973 do km 62+200 długości ok. 12,227 km
- zakres zadania - Opracowanie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej** w zakresie:
Dokumentacja geologiczno-inżynierska zatwierdzonej decyzją administracyjną
- rodzaj zadania: Budowa dróg
(budowa/rozbudowa/przebudowa dróg lub ulic)

- klasy S
- pełniona funkcja*: geolog
(podać funkcję (geolog))
- posiada kwalifikacje*: kwalifikacje do wykonania, dozorowania i kierowania pracami geologicznymi kategorii VI i VII
(kwalifikacje do wykonania, dozorowania i kierowania pracami geologicznymi kategorii VI i VII)

Zadanie 2:

- nazwa zadania: Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S17 Garwolin - Kurów na odcinku Garwolin (koniec obwodnicy) - granica województwa mazowieckiego i lubelskiego" Zadanie 2: odcinek Gończyce (koniec obwodnicy)- granica województwa mazowieckiego i lubelskiego od km 62+200 do km 75+212 długość ok. 13,12 km
- zakres zadania - Opracowanie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej** w zakresie:
Dokumentacja geologiczno-inżynierska zatwierdzonej decyzją administracyjną
- rodzaj zadania: Budowa dróg
(budowa/rozbudowa/przebudowa dróg lub ulic)
klasy S
- pełniona funkcja*: geolog
(podać funkcję (geolog))
- posiada kwalifikacje*: kwalifikacje do wykonania, dozorowania i kierowania pracami geologicznymi kategorii VI i VII
(kwalifikacje do wykonania, dozorowania i kierowania pracami geologicznymi kategorii VI i VII)

Zadanie 3:

- nazwa zadania: Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S17 Warszawa (w. Zakręt) – Garwolin na odcinku węzeł „Lubelska” bez węzła) - Garwolin (początek obwodnicy), Część nr 3: na odcinku Kołbiel (koniec obwodnicy) – Garwolin (początek obwodnicy) od ok. km 27+900 do ok. km 40+915 długości ok. 13,015 km
- zakres zadania - Opracowanie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej** w zakresie:
Dokumentacja geologiczno-inżynierska, zatwierdzonej decyzją administracyjną
- rodzaj zadania: Budowa dróg
(budowa/rozbudowa/przebudowa dróg lub ulic)
klasy S
- pełniona funkcja*: geolog
(podać funkcję (geolog))
- posiada kwalifikacje*: kwalifikacje do wykonania, dozorowania i kierowania pracami geologicznymi kategorii VI i VII

W ramach pierwotnej czynności badania i oceny ofert, a następnie wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 19.02.2021 r. Zamawiający stwierdził, że CertusVia wykazał, że p. M.C. posiada doświadczenie w wymaganym przez Zamawiającego zakresie. Powyższe prowadziło do uznania przez Zamawiającego, że CertusVia spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz przyznania CertusVia maksymalnej ilości punktów ramach Podkryterium 2.3 – 10 pkt w ramach Części 1 oraz Części 2 zamówienia.

Dokonując analizy wyżej wskazanych wymagań SIWZ należy dojść do wniosku, że uzyskanie maksymalnej ilości punktów w ramach Podkryterium 2.3 oraz uznanie przez Zamawiającego, że dany wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu pozostawało uzależnione m.in. od pełnienia przez daną osobę funkcji geologa. Zatem nie byłoby wystarczające, aby osoba ta wykonywała jakiegokolwiek inne czynności w toku opracowywania dokumentacji geologiczno-inżynierskiej i nie zostałaaby wskazana jako członek zespołu projektowego.

Odwołujący podnosi natomiast, że w jego ocenie, CertusVia nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w ramach Części nr 1 i 2 w wymaganym zakresie oraz nie dysponuje personelem Wykonawcy o doświadczeniu wymaganym SIWZ i ocenianym przez Zamawiającego w ramach „Kryteriów Pozacenowych” w ramach Podkryterium 2.3. Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd, że posiada wymagany potencjał – osobę posiadającą doświadczenie w przedmiocie opracowania dokumentacji geologiczno-inżynierskiej zatwierdzonej decyzją administracyjną opracowanej w ramach zadania pn.: „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S17 Warszawa (w. Zakręt) – Garwolin na odcinku węzeł Lubelska bez węzła – Garwolin (początek obwodnicy), Część nr 3: na odcinku Kołbiel (koniec obwodnicy) – Garwolin (początek obwodnicy) od ok. km 27+900 do ok. km 40+915 o długości ok. 13,015 km.”

Twierdzenia Odwołującego wynikają z następujących faktów:

- 1) wyżej wskazane zadanie było realizowane na rzecz zamawiającego - Skarbu Państwa Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad działającego poprzez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie (<http://www.s17-kolbiel-garwolin.pl/kontakty>),
- 2) funkcję Inżyniera Kontraktu pełniła spółka MGGP S.A.,
- 3) wykonawcą zadania pozostawała spółka Budimex S.A.,
- 4) podwykonawcą spółki Budimex S.A. pozostawał z kolei Odwołujący – spółka Lafrentz Polska Sp. z o.o.

Zatem bezspornym pozostaje, że Odwołujący posiada pełną wiedzę w zakresie opracowanej dokumentacji geologiczno-inżynierskiej, która została opracowana w ramach tego zadania.

Jednym z obowiązków umownych Odwołującego pozostawało wykonanie uzupełniającej dokumentacji geologiczno-inżynierskiej, której opracowanie zostało przez Odwołującego zlecone spółce GT Projekt Sp. z o.o. & Co Sp.k. Powyższe zobowiązanie wynikało m.in. z postanowień Programu Funkcjonalno-Użytkowego, zgodnie z którym należało wykonać:

str. 146 PFU

	Uzupełniający projekt Robót geologicznych, Uzupełniająca dokumentacja geologiczno-inżynierska, Uzupełniająca dokumentacja hydrogeologiczna, Uzupełniające geotechniczne warunki posadowienia obiektów budowlanych	Specyfikacja SP.00.00.00 Wymagania ogólne dla Dokumentów Wykonawcy Specyfikacja SP.40.20.00 - Projekt Robót geologicznych, Specyfikacja SP.40.30.00 - Dokumentacja geologiczno-inżynierska, Specyfikacja SP.40.40.00 - Dokumentacja hydrogeologiczna, Specyfikacja SP.40.50.00 - Geotechniczne warunki posadowienia obiektów budowlanych	6

W ramach przedmiotowego zadania zamawiający udostępnił (jako dokument wiążący) dokumentację geologiczno-inżynierską. Dowody, którymi dysponuje Odwołujący potwierdzają, że dokumentacja ta opracowana została przez Zakład Ochrony Środowiska Inwest – Eko Sp. j. S. O. i Wspólnicy z siedzibą w Kielcach. Ze strony tytułowej dokumentacji geologiczno-inżynierskiej wynika w sposób jednoznaczny, że w skład zespołu

projektowego nie wchodził p. M.C. Dowody: strona tytułowa DGI z lutego 2015 r. – w załączeniu strona tytułowa Koncepcji Programowej z lutego 2015 r. – w załączeniu.

Ponadto, w ramach realizacji wyżej wskazanego zadania Odwołujący przekazał zamawiającemu oraz wykonawcy robót m.in. uzupełniający projekt robót geologicznych. W skład zespołu opracowującego uzupełniający projekt geologiczno-inżynierski również nie wchodził p. M.C. Dowód: strona tytułowa opracowania projektowego Odwołującego z kwietnia 2016 r. oraz z czerwca 2017 r. wraz ze składem zespołu autorskiego – w załączeniu. Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że zgodnie z pkt. 8 IDW z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, w stosunku do którego zachodzi którakolwiek z okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 12 – 23 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego wobec CertusVia spełniły się przesłanki, których wystąpienie obligowało Zamawiającego do wykluczenia CertusVia z postępowania.

W ocenie Odwołującego p. M.C. nie pełnił funkcji geologa w ramach analizowanego zadania, co skutkuje niewykazaniem przez CertusVia spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie Części 1 oraz 2. Ponadto, powyższe okoliczności skutkowały także wprowadzeniem Zamawiającego w błąd, że CertusVia warunki te spełnia.

W wyroku KIO z dnia 26.01.2017 r. wskazano, że „(...) przepis (art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17) obejmuje wykonawców, którzy usiłują wyłudzić zamówienie poprzez wprowadzenie zamawiającego w błąd co do swojej sytuacji podmiotowej albo którzy nie są w stanie należycie udokumentować spełnienia wymaganych warunków podmiotowych. Po pierwsze, wykluczeniem skutkuje wprowadzenie w błąd zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania albo spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji. Mowa tutaj przede wszystkim o sytuacji, w której wykonawca oświadcza nieprawdę, czyli przeinacza fakty albo potwierdza nieistniejące okoliczności.” Ponadto, jak słusznie stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza *„Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Określenie przez zamawiającego warunków udziału w danym postępowaniu przetargowym ma na celu cenę zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, tak aby zminimalizować ryzyko nienależytego wykonania zamówienia. Określając warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający zawsze zobowiązany jest przestrzegać zasad wynikających z art. 7 ust. 1 p.z.p. tj. warunki udziału w postępowaniu muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Podkreślić przy tym należy, że ustawodawca nie nałożył na zamawiających obowiązku formułowania warunków w taki sposób, który odzwierciedla przedmiot zamówienia, lecz pozostawił zamawiającym swobodę w tym zakresie, stwierdzając jedynie, że warunki udziału w postępowaniu muszą być*

związane z przedmiotem zamówienia oraz określone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przy czym zaznaczyć należy, że warunki udziału w postępowaniu podlegają w pierwszej kolejności literalnej wykładni. Stanowi to gwarancję obiektywizmu zamawiającego w procesie weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, jak również stanowi narzędzie realizujące zasadę równego traktowania wykonawców.” Podsumowując Odwołujący wskazuje, że spełnione zostały wszystkie przesłanki warunkujące uznanie, że Zamawiający został wprowadzony w błąd: a) Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd (przesłanka spełniona, przyp. Odwołującego), b) wprowadzenie Zamawiającego w błąd musi być wynikiem podania nieprawdziwych informacji związanych m.in. z przesłankami wykluczenia Wykonawcy z postępowania i spełniania warunków udziału w postępowaniu (przesłanka spełniona, przyp. Odwołującego), c) działanie Wykonawcy było wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa lub niedbalstwa lub lekkomyślności (przesłanka spełniona, przyp. Odwołującego).

Odwołujący wskazuje, że z kolei interpretując art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy PZP należy zwrócić uwagę, że użyte w tym przepisie słowo „istotny” dotyczy tego, czy złożone informacje mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Oznacza to, że wystarczające jest, by zaistniała potencjalna możliwość takiego wpływu. Stwierdził, że wskazane podstawy wykluczenia mają szczególne zastosowanie w przypadku informacji przedkładanych przez wykonawców na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Są to bowiem informacje decydujące o możliwości udziału wykonawcy w postępowaniu i zazwyczaj odnoszą się do okoliczności (faktów) niezwiązanych z prowadzonym postępowaniem. Według oceny Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu doszło do rażących uchybień proceduralnych po stronie Zamawiającego, które w sposób istotny wpłynęły na jego wynik – w tym wybór oferty CertusVia jako oferty najkorzystniejszej pomimo niespełniania przez ten podmiot warunków udziału w postępowaniu oraz mimo wprowadzenia Zamawiającego w błąd, że CertusVia te warunki spełnia. W ramach części 1 i 2, po unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej udzielonych przez CertusVia wyjaśnieniach oraz ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 15.07.2021 r., Zamawiający w Podkryterium 2.3 nie przyznał CertusVia punktów, wskazując, że: „*nie zaliczono doświadczenia i kwalifikacji wskazanej osoby – M.C. Dokumenty wraz z wyjaśnieniami nie potwierdzają doświadczenia wskazanej osoby przy opracowywaniu dokumentacji geologiczno-inżynierskiej. Ponadto wskazana osoba nie posiada kwalifikacji do wykonania, dozoru i kierowania pracami geologicznymi kategorii zarówno VI jak i VII.*”, jednocześnie nie wykluczając tego Wykonawcy z postępowania. Odwołujący podkreśla, że Zamawiający, po weryfikacji wyjaśnień CertusVia i oświadczeniu, że osoba p. M.C. nie posiada wymaganego doświadczenia we wskazanym zakresie, miał obowiązek wykluczyć

CertusVia z postępowania w części 1 i 2. Skoro bowiem Zamawiający (po ocenie wyjaśnień CertusVia) sam ocenił, iż p. M.C. nie wypełnia wymagań jednoznacznie określonych w SIWZ, którym Zamawiający nadał rangę warunku udziału w postępowaniu, to brak spełnienia tego warunku winien automatycznie skutkować wykluczeniem Wykonawcy. Powyższe potwierdza m.in. orzeczenie KIO z dnia 19.05.2021 r., sygn. Akt 947/21 *„Warunki udziału w postępowaniu winny być określone przez zamawiającego precyzyjnie, w sposób, który uniemożliwiłby ich odmienną interpretację. Konsekwencją bowiem braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest wykluczenie wykonawcy z postępowania.”* W konsekwencji Odwołujący podkreśla, że w tym zakresie brak jest uznaniowości, a ustawa obliguje Zamawiającego wprost do podjęcia czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania. W ocenie Odwołującego, czynność Zamawiającego prowadząca jedynie do braku przyznania CertusVia punktów w związku z faktem, iż Wykonawca nie wykazał, że p. M.C. spełnia warunki określone w SIWZ dla stanowiska geologa, pozostaje rażąco sprzeczna z przytoczonym art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP. Zamawiający byłby upoważniony do takiego działania jedynie w przypadku, gdyby wymagania dotyczące funkcji geologa stanowiły wyłącznie kryterium oceny ofert. W związku z faktem, iż był to jednak warunek udziału w postępowaniu, Zamawiający był zobligowany od wykluczenia przedmiotowego Wykonawcy. Zdaniem Odwołującego Zamawiający wykazuje się ponadto rażącą niekonsekwencją w działaniu. Już bowiem samo stwierdzenie Zamawiającego, iż *„Dokumenty wraz z wyjaśnieniami nie potwierdzają doświadczenia wskazanej osoby przy opracowywaniu dokumentacji geologiczno-inżynierskiej. Ponadto wskazana osoba nie posiada kwalifikacji do wykonania, dozoru i kierowania pracami geologicznymi kategorii zarówno VI jak i VII.”*, wskazuje bezsprzecznie, że oferta CertusVia nie spełnia wymaganych warunków SIWZ. Zamawiający, jako autor SIWZ, powinien pozostawać konsekwentny w swoim działaniu i egzekwować ustanowione przez siebie wymogi, a przede wszystkim, działać zgodnie z przepisami prawa. Niezależnie od powyższego, Lafrentz podkreśla, że sama treść wyjaśnień złożonych przez CertusVia dnia 06.04.2021 r. oraz 06.05.2021 r. w żaden sposób nie potwierdza wymaganych kwalifikacji p. M.C. CertusVia podnosi w nich jedynie, że p. M.C. brał udział w przygotowaniu dokumentacji geologiczno – inżynierskiej, nie precyzując tego zakresu, ani nie udowadniając, że faktycznie wypełnia on wymagania SIWZ. Odwołujący podkreślił powyżej, postanowienia SIWZ w cz. 1 i 2, w pkt 7.2.3 b) IDW, stanowią jednoznacznie, że do uznania spełnienia warunku udziału postępowania w tym zakresie nie jest wystarczające podejmowanie jakichkolwiek czynności w toku opracowywania dokumentacji geologiczno-inżynierskiej. Niezbędne pozostaje tutaj bycie m.in. członkiem zespołu projektowego i faktyczne pełnienie funkcji geologa. Zgodnie z tym co wykazał Odwołujący, taka sytuacja nie miała jednak miejsca, a p. M.C. na żadnym etapie

wskazanych przez CertusVia zamówień nie pełnił takiej funkcji, co przesądza, iż nie posiada on wymaganego w SIWZ doświadczenia.

Konkludując, w ocenie Odwołującego:

1) Zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP nie wykluczając CertusVia z postępowania, pomimo braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez ten podmiot w zakresie warunku określonego w pkt 7.2.3 pkt b) IDW – geolog, i ograniczając się jedynie do braku przyznania punktów ofercie Wykonawcy;

2) Zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP poprzez brak wykluczenia CertusVia z postępowania pomimo jednoznacznego wprowadzenia w błąd przez tego Wykonawcę co do doświadczenia posiadanego przez p. M.C., wskazanego w ofercie jako osoba do pełnienia funkcji geologa.

II. Zarzut pkt I nr 1) i 2)

1. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP w zw. z art. 7 ustawy PZP oraz art. 90 ust. 3 ustawy PZP w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty CertusVia, mimo że cena zaoferowana przez Wykonawcę jest rażąco niska, a Wykonawca ten nie złożył wyjaśnień, które potwierdzałyby, że jego cena ma charakter rynkowy i nie nosi znamion rażąco niskiej, oraz poprzez przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnień CertusVia w zakresie rażąco niskiej ceny i dokonanie wyboru oferty CertusVia jako najkorzystniejszej,

2. Naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy PZP w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy PZP oraz w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako: "u.z.n.k") oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez niezasadne przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez CertusVia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez tego Wykonawcę, a w ślad za tym zaniechanie udostępnienia wskazanych dokumentów Odwołującemu, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia naczelnej zasady prawa zamówień publicznych, tj. zasady jawności postępowania, a także utrudnia wykonawcom udział w postępowaniu, pozbawiając ich możliwości weryfikacji poprawności oferty złożonej przez CertusVia, co jednocześnie prowadzi do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący podnosi, że pismem z dnia 3 grudnia 2020 r. Zamawiający wezwał CertusVia do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Cena oferty złożonej przez CertusVia pozostawała znacznie niższa od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT. Różnice te plasowały się na następujących poziomach:

1) Część 1 – o 40,88 % niższa od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT

2) Część 2 – o 44,32 % niższa od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT

3) Część 3 – o 46,98 % niższa od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT

4) Część 4 – o 58,92 % niższa od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT

Już z samego porównania cen zaoferowanych przez CertusVia z szacunkową wartością zamówienia powiększonego o podatek VAT wynika, że są one znacząco niskie. W związku z powyższym Zamawiający wezwał CertusVia do wyjaśnienia następujących pozycji:

- 3.3 TOP pn. Dokumentacja geodezyjna i kartograficzna związana z nabywaniem nieruchomości (dokumentacja przygotowana odrębnie dla każdej działki) - wersja robocza, do uzgodnienia z Zamawiającym, przed złożeniem do PODGiK
- 3.5 TOP pn. Karta informacyjna przedsięwzięcia (KIP) + wniosek o DUŚ z pozostałymi załącznikami

-
- 6.2 TOP pn. Dokumentacja geodezyjna i kartograficzna związana z nabywaniem nieruchomości (dokumentacja przygotowana odrębnie dla każdej działki) - wersja przyjęta do zasobów przez PODGiK
 - 6.3 TOP pn. Dokumentacja związana z ustanawianiem ograniczeń w korzystaniu z nieruchomości poza projektowanym pasem drogowym (dokumentacja przygotowana odrębnie dla każdej działki i/lub urządzenia infrastruktury technicznej)
 - 8.1 TOP pn. Wykaz zmian danych ewidencyjnych oraz opisy nieruchomości
 - 8.2 TOP Zestawienie wszystkich nieruchomości objętych inwestycją wg struktury władania
 - 8.3 TOP pn. Wznowienie, wyniesienie znaków granicznych a w szczególnych przypadkach ustalenie przebiegu granic działek ewidencyjnych w terenie oraz okazanie granic projektowanego pasa drogowego
 - 8.4 TOP pn. Mapa z przebiegiem inwestycji.

Jednocześnie Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu wyjaśnień złożonych przez CertusVia, uznając, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa zatem Odwołujący dokonał

analizy udostępnionego mu Formularza cenowego CertusVia w ramach każdej z części postępowania. Wnioski Odwołującego pozostają następujące:

- 1) KIP i ROŚ (koszty opracowań środowiskowych) pozostają zdecydowanie zaniżone, opracowanie tych dokumentów wymaga zaangażowania szerokiego zespołu specjalistów z uwagi na obszerność opracowań, przyjęta przez CertusVia cena jednostkowa nie pozwala zatem, w ocenie Odwołującego, na realizację usługi za zaoferowaną cenę,
- 2) Poz. 6.2 – w ocenie Odwołującego zaoferowana cena nie jest wystarczająca na pokrycie opłat Powiatowego Ośrodka Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej,
- 3) Koszty opracowań PB i PW (etap 6 i etap 9) - w stosunku do kosztu opracowania KP (etap 1) pozostają znacznie zaniżone i noszą znamiona ceny rażąco niskiej. Odwołujący wyjaśnia, że skoro w ramach etapu 1, który trwa 8 miesięcy, CertusVia przyjął określoną kwotę, a na pozostałe i kluczowe etapy realizacji zamówienia (etap 6 i 9) przyjął dużo niższe kwoty, to cena ta nie jest odpowiednio skalkulowana i CertusVia stosuje niedozwoloną inżynierię kosztową i dokonuje tzw. „przerzucania” kosztów między pozycjami,
- 4) Brak wyceny poz. 1 w Tabeli nr 1 (Część 2,3 i 4 zamówienia) – niezależnie od podnoszonej przez Odwołującego kwestii niezgodności oferty CertusVia z wymogami SIWZ, brak wyceny wskazanej pozycji dodatkowo potwierdza także fakt, że wykonawca ten nie uwzględnił w cenie kosztów wykonania projektu robót geologicznych/projektu badań geotechnicznych. Budzi to znaczne wątpliwości Odwołującego, w tym pod kątem praw autorskich do tych projektów. Zgodnie z projektem umowy (§10 ust. 1) przeniesienie na Zamawiającego praw autorskich następuje w ramach wynagrodzenia wykonawcy. Zatem każda z pozycji ujętych w Formularzu cenowym dotycząca opracowania jakiegokolwiek dzieła powinna uwzględniać koszty przeniesienia praw autorskich.

Samo pojęcie rażąco niskiej ceny w ustawie PZP nie jest zdefiniowane. Przyjmuje się za orzecznictwem europejskim, orzecznictwem sądów okręgowych, orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej oraz doktryną, iż za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert . Z kolei Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła, że o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne . O zjawisku rażąco niskiej ceny będziemy więc mówili, kiedy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać. Ponadto, przepisy ustawy PZP regulujące instytucję rażąco niskiej

ceny zawierają warunki, które obligują zamawiającego do zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, jeśli cena oferty: 1) wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia,

2) budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Obie przesłanki muszą być spełnione łącznie. Prawidłowość zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP jako przesłanki odrzucenia oferty warunkowana jest przez ocenę całokształtu okoliczności sprawy, związanych zarówno z ustaleniem wartości samego zamówienia, jak i ze szczegółowością, wiarygodnością oraz rzeczowością wyjaśnień wykonawcy i związanych z tym dowodów w zakresie jego indywidualnych możliwości i okoliczności zaoferowania ceny lub kosztu obniżonych w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia. Dotyczy to sytuacji, gdy wykonawca podał okoliczności potwierdzające rażąco niską cenę lub koszt, np. wskazał, że w ogóle nie uwzględnił w swojej kalkulacji cenowej jakiejś zasadniczej, ważącej kosztowo części zamówienia lub zaniżył wartość kosztów z nią związanych lub w ogóle nie udzielił wyjaśnień lub uczynił to w sposób lakoniczny, pozorny.

Zamawiający powinien mieć także na uwadze, że zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy PZP odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wątpliwości interpretacyjne budziła treść tego przepisu w kontekście możliwości badania pod względem rażąco niskiej ceny także istotnych elementów składowych złożonej oferty i jako skutku tego badania odrzucenia oferty. Na ten aspekt zwrócił uwagę jeden ze składów orzekających Krajowej Izby Odwoławczej, który stwierdził, że „(...) w aktualnym stanie prawnym z uwagi na treść art. 90 ust. 1 ustawy pzp dopuszczalne jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp w wyniku negatywnej oceny przez zamawiającego otrzymanych wyjaśnień dotyczących istotnych części składowych ceny oferty. Odmienny pogląd prezentowany przez odwołującego prowadziłby do wniosku, że pozbawione merytorycznego znaczenia byłyby wyjaśnienia co do istotnych części składowych oferty. Tym samym istotne części składowe ceny lub kosztu mogą być badane pod kątem przesłanek rażąco niskiej ceny” . Warto również zwrócić uwagę, że zgodnie z powoływanym art. 90 ust. 1 PZP, omawiane pojęcie „istotnej części składowej” odnosić należy do ceny oferty, a nie samego przedmiotu zamówienia. Mamy tu więc do czynienia z obowiązkiem badania istotności składnika cenowego, a nie rzeczowego. Istotna będzie zatem taka część składowa ceny, która w znacznym stopniu wpływa na koszty ponoszone przez Wykonawcę. O powyższym nie może jednak przesądzać sama tylko wartość procentowa zaoferowanej ceny danej pozycji w stosunku do ceny całej oferty. Znacząca jest bowiem również sama kwota, która podlega badaniu. Zgodnie natomiast z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę lub

koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący podnosi ponadto, że złożenie wyjaśnień niepopartych dowodami powinno zostać uznane przez Zamawiającego za brak złożenia wyjaśnień przez wezwanego. Należy pamiętać, że w ocenie KIO „w sytuacji, gdy wykonawca składa wyjaśnienia ogólne, nierzeczowe, niepoparte faktami, postępuje wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 90 ust. 2 Pzp. Miara należytej staranności oczekiwanej od Wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia zakłada, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego w sposób rzetelny wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny oferty. Ponowne wezwanie Wykonawcy do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, w sytuacji, gdy Wykonawca nie podał informacji żądanych przez zamawiającego, prowadzi bowiem do obejścia prawa i naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”. Odwołujący wskazuje zatem, że oferta CertusVia powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę. Z kolei myśl dyspozycji art. 11 ust. 2 u.z.n.k. 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 celu uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą wystąpić zatem trzy przesłanki łącznie: 1) są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, 2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Rolą Zamawiającego w postępowaniu jest natomiast zbadanie czy informacje zawarte w dokumentach przedstawianych przez wykonawców, w szczególności w wyjaśnieniach składanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy PZP, spełniają przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k., a zatem, czy mogą stanowić przedmiot skutecznego zastrzeżenia w trybie art. 8 ust. 3 ustawy PZP. Przedmiotowej oceny Zamawiający dokonuje przede wszystkim przez analizę przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy. Zaznaczyć przy tym należy, że to obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie przez niego, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak bowiem wskazuje orzecznictwo KIO, należy oczekiwać od wykonawcy wykazania, że względem danej informacji zachodzą wszystkie przesłanki z art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

A) Brak możliwości zastrzeżenia samego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy

W niniejszym postępowaniu Zamawiający odmówił udostępnienia Odwołującemu treści wyjaśnień CertusVia w całości, włącznie z zastrzeżeniem tajemnicy dokonany przez Wykonawcę. Takie działanie – w ocenie Odwołującego, popartej orzecznictwem KIO, należy uznać za naruszenie przepisów ustawy PZP. Jak wskazuje Izba w wyroku z dnia 10 października 2019 r. „Samo zastrzeżenie uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa – „Nie istnieje podstawa prawna dla zastrzeżenia uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa i już z samego tego faktu zarzut jest zasadny.” Jak wskazano powyżej, z sytuacją opisaną w przytoczonym wyroku mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie, co czyni zarzut zasadnym. W postępowaniu Zamawiający zaniechał wymaganej od niego prawidłowej analizy skuteczności zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa, o czym świadczy już sam fakt, że nie udostępnił Odwołującemu nawet uzasadnienia tego zastrzeżenia. W konsekwencji – w ocenie Odwołującego – doszło do rażącego naruszenia zasady jawności oraz konkurencyjności postępowaniu.

B) Zastrzeżeniu mogą podlegać wyłącznie informacje, a nie cała treść dokumentu

Warto podkreślić jest również, że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą KIO, zastrzeżeniu mogą ewentualnie podlegać informacje, a nie dokumenty. Jak wskazano w wyroku Izby z dnia 1 września 2017 r. „To nie dany dokument podlega zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa, a informacja jako taka. Na tej zasadzie, ocena dokonana w sposób zgodny z powyżej opisanymi zasadami winna dotyczyć każdej zastrzeganej informacji. W ślad za tym, nawet jeśli niektóre z informacji zawartych w wyjaśnieniach Z. i A. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i były zastrzeżone skutecznie, Zamawiający powinien udostępnić wykonawcy te części wyjaśnień i uzasadnienia dla swoich czynności, które nie zawierają tajemnicy przedsiębiorstwa.” CertusVia powinien był zatem zastrzec ewentualne poszczególne informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie ma jednak podstaw prawnych do zastrzeżenia wyjaśnień w całości, jak w niniejszej sprawie. Nie sposób uznać, by zastrzeżeniu podlegały np. informacje o tym, jakie działania podjął wykonawca celem zastrzeżenia informacji lub jak kształtują się poszczególne koszty w jego ofercie.

C) Podlegają ochronie informacje stanowiące stały walor wykonawcy

Warto zaznaczyć, że zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem Izby, za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać wyłącznie takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem. Nie sposób przyjąć, by całość zastrzeżonych przez CertusVia informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny miało wartość gospodarczą. Powyższe prowadzi do wniosku, że Wykonawca ten nie wykazał w sposób wymagany przepisami ustawy PZP, że zastrzegane informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa (nie wykazał, że zastrzegane informacje mają wartość gospodarczą).

D) Zamawiający – odmawiając udostępnienia Odwołującemu treści wyjaśnień CertusVia dopuścił się naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy PZP w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy PZP oraz w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k oraz art. 7 ust. 1 ustawy PZP.

Odnosząc się do przedstawionych okoliczności, niniejszy zarzut pozostaje w pełni uzasadniony, a Zamawiający – odmawiając udostępnienia Odwołującemu treści wyjaśnień CertusVia dopuścił się naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy PZP w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy PZP oraz w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k oraz art. 7 ust. 1 ustawy PZP. Należy podkreślić, że przytoczona powyżej zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest podstawową regułą rządzącą zamówieniami publicznymi i gwarantuje uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Podstawowymi przejawami tej zasady są zwłaszcza obowiązek publikowania ogłoszeń i innych dokumentów na stronie internetowej zamawiającego, jawność protokołu z postępowania oraz w szczególności zasada jawności umów, określona w art. 139 ust. 3 ustawy PZP. Ustawa przewiduje sankcję za naruszenie zasady jawności. Zgodnie z art. 200 ust. 2 pkt 3) PZP zamawiający, który prowadzi postępowanie z naruszeniem zasady jawności, może podlegać karze pieniężnej, jeżeli naruszenie to ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Przykładem naruszenia, które może być podstawą naliczenia tej kary umownej, jest odmowa dostępu do informacji zainteresowanym osobom czy też brak opublikowania ogłoszenia lub SIWZ w sytuacjach przewidzianych w PZP, na stronie internetowej. Zasada jawności może być ograniczona jedynie w przypadkach określonych w PZP. Jednym z podstawowych ograniczeń jest nieujawnianie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, na wniosek wykonawcy, jeżeli informacje te zostały prawidłowo zastrzeżone przez wykonawcę. Jak wykazał Odwołujący, w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu nawet uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy w zakresie wyjaśnień CertusVia. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie podjął próby ich weryfikacji, automatycznie uznając zastrzeżenie tajemnicy za zasadne, czym w znaczący sposób naruszył regułę jawności postępowania przetargowego. Dodatkowo, należy wskazać, że Zamawiający dopuścił się naruszenia zasady uczciwej konkurencji, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy PZP. Odwołujący pozbawiony został bowiem możliwości analizy treści pisma CertusVia. Stwierdzić zatem należy, że Odwołujący nie został potraktowany przez Zamawiającego w sposób zgodny z zasadami uczciwej konkurencji, a ponadto poważnie zachwiana została zasada równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Co istotne, na kanwie zamówień publicznych granicą stosowania i naruszenia zasad w stosunku do jednego wykonawcy jest naruszenie tej zasady w stosunku do innego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Naruszenie zasady równego traktowania wykonawców będzie miało miejsce, gdy działania podejmowane w stosunku do wykonawcy będą powodowały

inną, nierówną w postępowaniu sytuację pozostałych wykonawców lub wykonawcy. Granicą dopuszczalności działań Zamawiającego odnośnie danego wykonawcy zawsze będzie naruszenie zasady/zasad w odniesieniu do innego wykonawcy. Zasady Prawa zamówień publicznych - np. uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - nie są dane tylko jednemu wykonawcy, a ich ocena dokonywana w danym postępowaniu oraz podejmowane przez Zamawiającego czynności bądź zaniechania oceniane muszą być z uwzględnieniem interesów wszystkich wykonawców oraz z uwzględnieniem argumentacji faktycznej podniesionej w ramach kwestionowanego naruszenia danych przepisów prawa.

III. Zarzuty pkt I nr 3), 4)

1. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty CertusVia w sytuacji, w której oferta ta pozostaje niezgodna z treścią SIWZ,

2. Naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i poprawienie w ofercie CertusVia innej omyłki w sytuacji, gdy oferta ta pozostawała niezgodna z postanowieniami SIWZ i powinna podlegać odrzuceniu (zarzut nie dotyczy Części nr 1 postępowania)

Pismem z dnia 26 listopada 2020 r. Zamawiający poinformował CertusVia o poprawie omyłek w ofercie tego Wykonawcy. W zakresie Części 2,3 oraz 4 postępowania. Zamawiający wskazał, że:

1) Dla **części nr 2, 3, 4** - do formularzy cenowych – Tabeli A – W pkt 1 – Projekt robót geologicznych/ Program badań geotechnicznych – Wykonawca nie wpisał wartości pozycji zł netto. Omyłkę poprawiono poprzez wpisanie w pkt 1 wartości pozycji zł netto: **0 zł**.

Poprawione Formularze cenowe – Tabela A - na Część nr 2, 3, 4 - Zamawiający przekaże w załączeniu do niniejszego pisma.

2) W formularzu cenowym – Tabela opracowań projektowych- **Część nr 3** – pkt 7.1 – treść pozycji jest niepełna, brakuje zapisu: „odrębnie dla każdego odcinka realizacyjnego”. Formularz poprawiono poprzez dopisanie brakującego zdania.

Poprawiony Formularz cenowy – Tabela opracowań projektowych - na Część nr 3 - Zamawiający przekaże w załączeniu do niniejszego pisma.

Jeżeli Wykonawca nie wyraża zgody na poprawienie powyższych **omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty**, zobowiązany jest zawiadomić o tym Zamawiającego **w terminie 3 dni** od dnia doręczenia niniejszego zawiadomienia.

Pismem z dnia 26 listopada 2020 r. CertusVia wyraził zgodę na poprawę oczywistych omyłek rachunkowych oraz pisarskich.

Odwołujący wskazał na punkt 15: Ppis sposobu obliczenia ceny oferty specyfikacji i jego ppkt:

„15.1. Cena oferty w zakresie każdej z części zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Formularz cenowy - TABELĘ OPRACOWAŃ PROJEKTOWTYCH (TOP) wraz z TABELĄ A (Formularz 2.2) - zawarty w Rozdziale 2 IDW, odrębny dla każdej części. Cena oferty winna obejmować całkowity koszt wykonania zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia określone w Tomie II (IPU) oraz Tomie III (OPZ) SIWZ.

Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić wszystkie pozycje opisane w Formularzu”.

(...)

„15.4. Każda cena zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji”.

(...)

„15.7. Wartości w poszczególnych pozycjach Formularza oraz cena oferty muszą być wyrażone w PLN z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku”.

Odwołujący stwierdził, że powyższe regulacje w sposób jednoznaczny wskazują, że obowiązkiem wykonawcy jest wycena każdej pozycji formularza w PLN. Zamawiający nie dopuszcza w tym zakresie żadnych wyjątków, w szczególności nie przewidział, aby wykonawcy mieli możliwość pominięcia wskazania ceny danej pozycji. W ocenie Odwołującego takie sporządzenie formularzy cenowych przez CertusVia stanowi o sprzeczności oferty tego Wykonawcy z SIWZ w związku z brakiem uwzględnienia w cenie oferty niektórych wymagań Zamawiającego. Należy przy tym podkreślić, że braku wyceny danej pozycji nie należy utożsamiać ze wskazaniem zerowej wartości dla danego elementu zamówienia. Stanowisko Odwołującego znajduje swoje uzasadnienie w orzecznictwie KIO, w tym m.in. w wyroku z dnia 9 lipca 2014 r., sygn. Akt KIO 1302/14 - Wskazanie kwoty „0 zł” stanowi więc wycenę danej pozycji w przeciwieństwie do braku podania jakiegokolwiek wartości liczbowej, który należałoby uznać za brak wyceny, czyli podając kwotę „0 zł” wykonawca wskazał jaką wartość dla niego przedstawia.” Odwołujący zwraca również uwagę, iż CertusVia w ramach części 1 dokonał wyceny ww. elementu, podając w tym zakresie cenę 40 000 PLN. Brak wyceny tego elementu w części 2 i 3 należy uznać zatem nie tylko za błędne, ale i celowe działania tego Wykonawcy, który postanowił nie uwzględniać Projektu robót geologicznych/Programu badań geotechnicznych w cenach swoich ofert. Mając na uwadze wskazane powyżej okoliczności, Zamawiający winien był odrzucić ofertę CertusVia, jako niespełniającą wymagań SIWZ, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP. W tym przedmiocie KIO wypowiedziała się m.in. w wyroku z dnia 14 sierpnia

2014 r., sygn. akt KIO 1543/14: „*Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy P.z.p. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmiennność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji.*” Niezależnie od powyższego, Wykonawca podkreśla, że Zamawiający naruszył w tym zakresie również art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP, dokonując poprawy omyłek w ofercie CertusVia w piśmie z dnia 26.11.2020 r. poprzez wprowadzenie w formularzu cenowym – tabela A dla cz. 1 i 2 poz. nr 1 – wartości „0 zł” zamiast znaku „-” użytego przez Wykonawcę.

W ocenie wykonawcy Lafrentz działanie Zamawiającego pozostaje sprzeczne z dyspozycją art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP, ponieważ w ofercie CertusVia brak było omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących zmian w treści oferty. Odwołujący podkreśla, że za omyłkę nie można z pewnością uznać (zwłaszcza celowego) braku wyceny w formularzach cenowych określonych pozycji. Jak wykazano powyżej, CertusVia intencjonalnie bowiem pominął wycenę Projektu robót geologicznych/Programu badań geotechnicznych w części 2,3 i 4, wyceniając jednocześnie ten element w części 1. Jak wynika m.in. z orzecznictwa KIO „Poprawienie nieprawidłowości występującej w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek: po pierwsze zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści, a po drugie poprawienie niezgodności nie może powodować istotnych zmian w treści oferty.” Za nieuprawnione działanie należy także uznać ingerencję Zamawiającego w treść oferty poprzez poprawę omyłki. Skoro bowiem Wykonawca postanowił, że nie przewiduje w ramach części 2 i 3 oraz 4 wyceny opisywanego elementu, Zamawiający nie miał podstaw, aby modyfikować jego oświadczenie woli w tym zakresie, co potwierdza m.in. KIO w wyroku z dnia 26.01.2021 r. - „*Niedopuszczalne jest jednak dokonywanie takich zmian, które powodowałyby ingerencję w treść oferty i kreowały nową jej treść.*”

IV. Zarzut pkt I nr 5)

1. Naruszenia art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy PZP poprzez naruszenie obowiązku udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy PZP, polegające na wyborze najkorzystniejszej oferty z pominięciem ustawowego obowiązku wykluczenia

Wykonawcy, który nie wykazał warunków spełniania w postępowaniu oraz wielokrotnie wprowadził Zamawiającego w błąd, a także którego oferta powinna podlegać odrzuceniu.

W ocenie Odwołującego bezsprzecznym pozostaje, że Zamawiający dopuścił się naruszeń wskazanych wyżej przepisów ustawy PZP. Wskutek nieprawidłowych działań Zamawiającego CertusVia nie został wykluczony z postępowania mimo istnienia podstaw ku podjęciu takich czynności przez Zamawiającego, które szczegółowo zostały opisane powyżej. Gdyby natomiast Zamawiający czynności te podjął, oferta Odwołującego pozostawałaby ofertą najkorzystniejszą w ramach Części 2, 3 postępowania. W konsekwencji Zamawiający dopuścił się także naruszenia jednej z podstawowych zasad zamówień publicznych jaką jest zasada równego traktowania wykonawców. Wszelkie wskazane wyżej okoliczności uzasadniają niniejsze odwołanie.

V. Podsumowanie

Z przytoczonych wyżej i szczegółowo omówionych okoliczności, w ocenie Odwołującego wynika naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP, a zatem wniesienie niniejszego odwołania należy uznać za konieczne i uzasadnione. Wykonawca CertusVia powinien zostać wykluczony z postępowania z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd oraz niespełnianie warunków udziału w postępowaniu. Ponadto oferta CertusVia powinna zostać odrzucona. W przypadku, gdyby Zamawiający nie dokonał naruszenia przepisów ustawy PZP, oferta Odwołującego w ramach Części 2 i 3 pozostawałaby najbardziej korzystna, a Odwołujący miałby możliwość realizacji zamówienia.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie zgłosili:

1. po stronie po stronie odwołującego: Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wnosząc o uwzględnienie odwołania;
2. po stronie zamawiającego: CERTUSVIA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołania (pisma z dnia 16/08/2021) wniósł o oddalenie odwołań. W odniesieniu do zarzutów naruszenia: art. 8 ust.3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp (wg odwołania KIO 2223/21) wskazał również, że zostały one zgłoszone po terminie.

W uzasadnieniu stanowiska podniósł w szczególności następujące okoliczności:

- I. Zarzuty naruszenia: (1) art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp; (2) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy PZP w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp; - (3) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Stwierdził, że zarzuty odwołujących sprowadzają się do próby zdyskwalifikowania osoby p. M.C., który został przez CertusVia wskazany jako osoba spełniająca warunek Zamawiającego posiadania przez Wykonawcę zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie osoby geologa o określonym doświadczeniu i kwalifikacjach. Zarzuty te mogłyby być aktualne w realiach sprawy w czasie wnoszenia przez pierwszego odwołania jednak na obecnym etapie — nie znajdują one uzasadnienia w faktach i prawie. Po unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust.4 oraz art. 87 ust. 1 PZP pismem z dnia 30.03.2021 r. wezwał CertusVia do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonej oferty oraz oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu — w tym potwierdzających spełnienie warunku zdolności zawodowej Wykonawcy oraz kryterium wyboru oferty „doświadczenie personelu Wykonawcy”

CerusVia w odpowiedzi złożył wyjaśnienia pismem z dnia 06.04.2021 r. Następnie na podstawie art. 26 ust. 3 PZP pismem z dnia 27 kwietnia 2021 r. Zamawiający wezwał CertusVia do złożenia uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku zdolności zawodowej Wykonawcy. W odpowiedzi na wezwanie CertusVia pismem z dnia 6 maja 2021 r. uzupełnił „Wykaz osób” dot. części nr 1 i 2 wskazując na osoby, które będą pełnić funkcję geologa na przedmiotowym zadaniu : co do części 1 p. P.P.natomiast co do części 2 — p. D.B. Obie osoby zastąpiły budzącą wątpliwości Zamawiającego osobę p. M.C. Przy ponownym dokonywaniu czynności oceny i vsyboru najkorzystniejszej oferty osoba pana M.C. - nie była przedmiotem (podmiotem) oceny warunku udziału wykonawcy w postępowaniu. Oceniani w charakterze geologów byli p. P.P. i D.B. Dokonanie powyższego uzupełnienia jego prawidłowość lub nie były przedmiotem zarzutów, a więc Zamawiający nie będzie przytaczał ani przepisów ani orzecznictwa KIO dla uzasadnienia swych czynności, a termin na ich zaskarżenie minął. Zarzuty dotyczące osoby p. M.C. nie ograniczyły się jednak tylko do osoby geologa jako warunku udziału w postępowaniu. Doświadczenie geologa było również jednym z kryteriów pozacenowych mających wpływ na ilość punktów przyznanych przez Zamawiającego w ramach oceny ofert. Także zgodził się z twierdzeniami, że uzupełnienie, zamiana osób w kryterium oceny ofert jest niedopuszczalna i stanowiłaby sprzeczne z prawem czynność zamawiającego i podał, że nie dokonał w kryterium oceny ofert oceny doświadczenia nowych, uzupełnionych geologów. Zamawiający oceniał doświadczenie i kwalifikacje M.C. — i kwalifikacji tych i doświadczenia nie uznał, dlatego też CertusVia otrzymało za geologa 0 punktów. Zamawiający podkreślił, że w warunkach udziału użył stwierdzenia: „...kategorii VI lub VII” natomiast w kryterium oceny „...kategorii VI i VII”.

Zgodnie z zasadami logiki — użycie słowa „lub” stanowi użycie tzw. alternatywy rozłącznej — może więc osoba posiadać zarówno tylko kategorię VI jak też tylko kategorię VII jak też obie łącznie. Użycie słowa „lub” spowodowało, iż posiadanie przez geologa tylko jednej z wymienionych kategorii uprawnień spełniało warunek udziału w postępowaniu. Jeśli więc wskazani geologowie posiadali którąkolwiek z kategorii uprawnień (VI lub VII) to warunek udziału w postępowaniu został spełniony i Zamawiający nie mógł oferty odrzucić a CertusVia wykluczyć z udziału w postępowaniu. Mógł jednak a nawet miał obowiązek — wobec nie wskazania w kryterium oceny osoby geologa, który posiada obie kategorie uprawnień nie przyznać punktów za doświadczenie i kwalifikacje — co też uczynił. Zamawiający skonstruował kryterium przez użycie łącznika „i” chcąc promować i nagrodzić wykonawcę dysponującego osobą o podwyższonych, większych kwalifikacjach. Wskazane przez CertusVia osoby nie spełniły podwyższonych — uprawniających do dodatkowych punktów — wymagań zamawiającego, wobec czego Zamawiający nie przyznał punktów w tym kryterium. Nie jest więc tak, jak interpretuje to odwołujący — nieprzyznanie punktów za kwalifikacje w kryterium oceny nie jest równoznaczne z nie spełnieniem warunku udziału w postępowaniu. Różnica bowiem stanowi użycie przez zamawiającego alternatywy „lub” oraz łącznika „i” . Żadne z tych działań Zamawiającego nie było bezprawne, a wręcz przeciwnie — było zgodne z prawem i obowiązkiem nałożonym na zamawiającego przez przepisy PZP. Na skutek wezwania Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów wykonawca CertusVia dokonał zmiany osób geologa. Zdaniem odwołującego zmiana ta nie była zgodna z prawem, gdyż dokonana była w celu zmiany informacji celowo wprowadzających w błąd Zamawiającego i jako taka jest niedopuszczalna, zamawiający winien ofertę odrzucić.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 16 i /lub art. 24.ust.1 pkt.17 ustawy PZP podał, że nieuprawnione jest twierdzenie, że *„Zamawiający świadomy podania nieprawdziwych informacji przez CertusVia (odwołujący wskazuje, że ta świadomość wynika chociażby z unieważnienia pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej)’ oraz zamawiający przez swoje działanie potwierdził w istocie zarzut podania nieprawdziwych informacji przez CertusVia. ”* Faktycznie na skutek analizy pierwotnie złożonego dowołania dopatrzył się pewnych nieprawidłowości w swych czynnościach i dokonał ich autokorekty. Niemniej nie jest tak jak insynuuje to odwołujący, iż zamawiający miał świadomość wprowadzania go w błąd, czy wręcz nieprawdziwości podawanych przez CertusVia danych. Wręcz przeciwnie — z wyjaśnień CertusVia z dnia 06.04.2021 r. jasno wynika, iż CertusVia podał prawdziwe informacje, iż pan M.C. brał udział w opracowywaniu dokumentacji geologiczno-inżynierskiej jako jej weryfikator. Doszło więc nie do podania przez CertusVia nieprawdziwych informacji - Wykonawca podał informacje prawdziwe - jednak próbował przekonać Zamawiającego, iż weryfikowanie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej jest „braniem udziału w jej

opracowywaniu”. Zdaniem wykonawcy CertusVia bowiem weryfikowanie a więc czynności kontrolne odniesieniu do dokumentacji jest braniem udziału w jej opracowywaniu — a więc spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wykonawca CertusVia nie podał nieprawdziwych informacji, nie wprowadzał w błąd zamawiającego, a próbował udowodnić i przekonać Zamawiającego, iż na skutek nieprecyzyjnego określenia przez Zamawiającego warunków należy uznać, iż weryfikowanie dokumentacji mieści się w pojęciu „brania udziału w jej opracowywaniu”. Na takim właśnie stanowisku — co wyjaśnił CerusVia — stał wykonawca podając jako osobę geologa p. M.C., który w istocie weryfikował dokumentację geologiczno-inżynierską. Nie może więc być mowy o celowym wprowadzaniu w błąd czy choćby nawet o niedbalstwie czy lekkomyślności — po prostu Wykonawca uważał użyte przez Zamawiającego określenie „brał udział w opracowywaniu dokumentacji” za na tyle pojemne, iż wchodzi w nie również weryfikacja owej dokumentacji. Zamawiający ostatecznie nie uznał takiej argumentacji Wykonawcy w wyniku czego ten dokonał uzupełnienia wykazu osób zmieniając osobę geologa. Jednak w powyższych okolicznościach — nie może być mowy o wprowadzaniu w błąd zamawiającego skutkujący Wykonawcy.

II. Zarzuty naruszenia: art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Wskazał, że należy rozważyć, czy przedmiotowy zarzut nie powinien zostać pozostawiony bez rozpoznania, gdyż został podniesiony jego zdaniem po upływie terminów ustawowych, co uniemożliwia jego uwzględnienie. Odwołujący o przesłanie całości dokumentacji postępowania wystąpił w dniu 23.02.2021 r. W dniu 24.02.2021 r. Zamawiający udostępnił odwołującemu dokumentację za wyjątkiem informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Od tego dnia zaczął biec odwołującemu termin na skorzystanie ze środków ochrony prawnej odmowę przez zamawiającego odtajnienia informacji zastrzeżonych. Odwołujący nie skorzystali z uprawnień. W unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 18.03.2021 r. informował o „*unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej w dniu 19-02-2021r. oraz o powtórzeniu czynności oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu*”. Natomiast nie dawało podstaw do przyjęcia przez Odwołującego, że Zamawiający będzie ponawiał badanie zasadności zastrzeżenia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach dotyczących ceny oferty CertusVia Sp. z o.o. i Lafrentz składanych pod koniec 2020 r. Ustawowe terminy na wniesienie odwołania nie uzależniają ich biegu od interesu Odwołującego, ani też nie pozwalają na uznanie, iż bieg tych terminów może kształtować korespondencja prowadzona przez wykonawców. Art. 515 ust. 3 pkt 1) ustawy Pzp z dnia 11 września 2019 r., wskazuje na datę, w której wiedzę o określonej okoliczności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania, mógł powziąć przy zachowaniu należytej staranności. Wystąpienie przez Odwołującego z wnioskiem o udostępnienie korespondencji

prowadzonej w postępowaniu w lutym 2021 r. świadczy o niedochowaniu takiej należytej staranności, wymaganej od uczestnika rynku zamówień publicznych i nie pozwala na uznanie zarzutu za zgłoszonego w terminie ustawowym. Kwestionowanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i decyzji Zamawiającego o utrzymaniu zastrzeżenia poczynionego przez Wykonawcę zostało więc uczynione po terminie.

Odnosząc się natomiast, co do meritum zarzutu wskazał, że złożone przez CertusVia Sp. z o.o. oraz Lafrentz Polska sp. z o.o. uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach w zakresie rażąco niskiej ceny, w sposób wyczerpujący i zgodny z przepisami potwierdza zasadność zachowania w poufności przekazywanych Zamawiającemu informacji. Oba podmioty przedstawiły konkretną argumentację wykazującą spełnianie przesłanek uznania złożonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dochowując dodatkowo należytej staranności polegającej na przedstawieniu dowodów potwierdzających powoływane w uzasadnieniu zastrzeżenia okoliczności. Poza przytoczeniem definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, fragmentów orzecznictwa i ogólnego wskazania, że zasadność zastrzeżenia informacji podlegać powinna weryfikacji, Odwołujący nie podaje podstaw faktycznych zarzutu, które wskazywałyby, jakie części wyjaśnień złożonych przez CertusVia Sp. z o.o. i Lafrentz nie mogą podlegać zastrzeżeniu i powinny zostać udostępnione. Tak sformułowany zarzut uniemożliwia de facto dalszą polemikę przez Odwołującego i Zamawiającego, poza podtrzymaniem dotychczasowej oceny, a jednocześnie nie może podlegać uwzględnieniu przez Krajową Izbę Odwoławczą. Należy zauważyć, iż ciężar dowodu w zakresie zarzutu zaniechania ujawnienia treści wyjaśnień spoczywa na Odwołującym, zatem postawiony przez niego zarzut nie może sprowadzać się **wyłącznie** do samej negacji zastrzeżenia i żądania ponownej weryfikacji raz już badanych przez Zamawiającego wyjaśnień, bez wskazania jakiego rodzaju danych ujawnienia się domaga. Skoro Odwołujący upatrują swój interes w ujawnieniu zastrzeżonych wyjaśnień, to muszą przewidywać, jakie informacje spodziewają się uzyskać i już w odwołaniu wskazać podstawy, dla których takim informacjom należy odmówić charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa. Przedmiotowe obowiązki nie zostały przez Odwołującego dopełnione, co nawet jeśliby uznać, że zarzut podlega rozpoznaniu, przesądza o konieczności jego oddalenia.

O ile w ocenie Izby będzie wskazanie Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy, a obowiązkiem było udostępnienie tego uzasadnienia odwołującemu, Zamawiający wskazuje iż naruszenie to jednak nie ma i nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania, gdyż oba podmioty zasadnie dokonały zastrzeżenia wyjaśnień ceny oferty, które nie podlegają udostępnieniu. Wezwani do złożenia wyjaśnień odnieśli się do wszystkich przesłanek zawartych w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazując na swoje indywidualne uwarunkowania umożliwiające uznanie zastrzeganych informacji jako zbioru

mającego dla odwołującego wartość gospodarczą. Wyjaśnili również kwestie związane z brakiem dostępności tych informacji oraz o podjętych działaniach umożliwiających zachowanie ich w poufności. Zwraca również uwagę fakt, że Odwołujący domagając się udostępnienia wyjaśnień w żaden sposób nie wykazał, że zastrzeżenie wyjaśnień ceny w realiach badanego postępowania nie powinno mieć miejsca. Uważna lektura uzasadnienia zarzutu skłania natomiast do konstatacji, że jego istotę stanowi przekonanie Odwołujących, że takie wyjaśnienia nie powinny być zastrzegane. Z taką oceną nie sposób się zgodzić. Możliwość kompleksowej weryfikacji ceny oferty przez konkurentów nie jest celem samym w sobie, lecz powinna umożliwić z jednej strony prawidłowe konkurowanie wykonawców o zamówienie, z drugiej ochronę Zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości wynikającą z zaniżenia ceny oferty. W ocenie Zamawiającego oba podmioty wykazały, że zastrzeżone przez nich informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacje zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny odnoszą się do informacji na temat przyjętych do kalkulowania ceny założeń, stosowanej polityki cenowej, polityki wewnętrznej przedsiębiorstwa, relacji z kontrahentami i warunków współpracy z nimi, dotychczasowych doświadczeń, zawierają elementy kosztowe wskazujące na sposób kalkulacji cenowej dokonanej przez Wykonawców. Zatem informacje te mają szczególny charakter gospodarczo-handlowy oraz organizacyjny przedsiębiorstw, więc są informacjami, które wg art. 11 ust. 2 ZNK mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Z wyjaśnień podmiotów wynika, że metoda kalkulacji oraz sposób ukształtowania ceny ofertowej wynika i jest powiązany z tymi szczególnymi informacjami gospodarczo-handlowo-organizacyjnymi. W ocenie Zamawiającego z treści pism wynika de facto, że wykonawcy chcą chronić metodę kalkulacji, tj. sposobu ukształtowania ceny ofertowej, która z tego powodu ma dla niego wartość gospodarczą. Sposób ten daje przewagę konkurencyjną na rynku. Z uwagi na charakter i specyfikę niniejszego zamówienia przedstawione informacje i dokumenty prezentują określoną strategię ubiegania się o zamówienie, którą odzwierciedla sposób kalkulowania ceny ofertowej właściwy tylko konkretnemu Wykonawcy. Nie ulega wątpliwości, że informacja o sposobie budowania strategii finansowej i cenowej jest jednym z najcenniejszych składników know-how. Wobec czego są to informacje o charakterze organizacyjnym przedsiębiorstw CertusVia i Lafrentz i posiadają wartość gospodarczą. Zamawiający uzasadnienia obu podmiotów rozumie zatem tak, że przedstawione metody/sposób kalkulacji ma wartość gospodarczą w sposób ogólny - poprzez istnienie uzasadnionego interesu gospodarczego przedsiębiorcy w nieujawnianiu określonych informacji. Wynika to już z samego faktu, że Odwołujący nie był w stanie przygotować tak konkurencyjnej oferty i odwołanie w tym zakresie ma na celu pozyskanie informacji co do metody kalkulacji ceny ofertowej. Z wyjaśnień obu podmiotów wynika również, że w stosunku do wskazanych w wyjaśnieniach informacji gospodarczo-handlowo-organizacyjnych podjęli

oni szereg czynności zabezpieczających mających na celu nieujawnianie przedmiotowych informacji i zachowanie ich w stanie poufności. Podkreślił, że zarówno CertusVia jak i Lafrentz dokonali skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstw co od wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, co w konsekwencji skutkowało ograniczeniem zasady jawności w stosunku do tych dokumentów. Zamawiający nie miał podstaw do dokonania odtajnienia przedstawionych informacji i dokumentów. Prowadzi to do wniosku, że uzasadnione jest potraktowanie informacji zawartych w wyjaśnieniach Wykonawców jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wobec tego działania Zamawiającego, który nie odtajnił wyjaśnień obu podmiotów są zgodne z przepisami prawa zamówień publicznych, a stawiany przez Odwołującego zarzut należy uznać za bezzasadny. Odnosząc się do odmowy odtajnienia przedstawionego przez CertusVia uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny należy mieć na uwadze, że w orzecznictwie KIO przyjmuje się, że dopuszczalne jest zastrzeżenie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa również uzasadnienia dotyczącego zastrzeżenia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. ¹ W ocenie Zamawiającego w niniejszej sprawie Wykonawca dokonał skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa również w stosunku do uzasadnienia dotyczącego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Zamawiający sprawdzając czy zastrzeżenie przez CertusVia tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dla wyjaśnień rażąco niskiej ceny przeprowadził analogiczne badanie co do skuteczności tego zastrzeżenia jak w przypadku zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

III. Zarzuty naruszenia: art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

W szczególności podał, że trudno domniemywać aby Wykonawca celowo wprowadził sprzeczne z SIWZ ustalenie w zakresie jednego ze składników formularza co do sposobu jego wypełnienia. Zgodnie z IDW pozycje formularza winny być wszystkie wypełnione — ale zamawiający nie zastrzegął i nie aby były one wypełnione kwotami „wyższymi niż 0” czy jakimikolwiek — nie było wymagań w tym zakresie. Nie było również zastrzeżenia, iż kwota 0 zł wpisana w jakiegokolwiek pozycji skutkuje odrzuceniem oferty. Dlatego też samo wpisanie „0” w pustej pozycji formularza — doprowadziło do doprowadzenia oferty do jej zgodności z SIWZ.

Nie zmieniło również w sposób istotny treści złożonej oferty — cena końcowa wskazana przez Wykonawca była bowiem wyliczona z kwotą w tej pozycji. Trudno Zamawiającemu oświadczyć czy podnosić, iż celowym działaniem Wykonawcy było pozostawienie pustej, niewypełnionej pozycji a więc oferty niezgodnej z SIWZ, co ofertę zdyskwalifikowałoby z postępowania. Wręcz przeciwnie — złożenie wszelkiej wymaganej dokumentacji przez

wykonawcę wskazuje na jego wolę i podejmowanie celowych działań w celu wzięcia udziału w postępowaniu i w perspektywie — otrzymaniu zamówienia. Również fakt, iż w części 1 zamówienia Wykonawca wskazał kwotę w pozycji 1 tabeli A wskazuje, iż niewypełnienie jej w części 2 i 3 było skutkiem omyłki, niedopatrzenia, błędu, a nie celowego działania. Wskazał, że powołany wyrok KIO 2489/20 (w odwołaniu KIO 2212) dotyczy kosztorysów, formularzy ofertowych składanych w przetargach z wynagrodzeniem kosztorysowym a nie ryczałtowym jak w przedmiocie sprawie.

Cena proponowana przez oferentów w niniejszym postępowaniu jest ceną ryczałtową, której kształtowanie zależy w pełni od woli, umiejętności, warunków Wykonawcy, jego wiedzy, współpracy z podwykonawcami, możliwościami technicznymi czy osobowymi i wieloma innymi czynnikami.

IV. Zarzuty naruszenia: art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający podał – tak jak Odwołujący — ocena rażąco niskiej ceny winna nastąpić między innymi w porównaniu do innych ofert rynkowych podobnych zamówień. Porównując ofertę CertusVia do innych ofert — a przede wszystkim do oferty odwołującego, trudno jest uznać, iż jest ona rażąco niższa. Wręcz przeciwnie — różnice są rzędu 2-4% (poza częścią 3). Nie może więc być mowy o rażąco niskiej cenie, rażących różnicach cenowych, nierealności ceny — jeśli owe różnice są tak niewielkie a Wykonawcy przedstawili tak podobne zakresy cen. Zamawiający dokonał badania cen, dokonał oceny wyjaśnień i doszedł do wniosku kierując się powyższymi wskazaniem, iż nie może uznać za rażąco niskiej ceny żadnego z Wykonawców, między innymi ze względu na ich zbliżony poziom. Z powyższych zestawień wynika, że ceny zaoferowane przez odwołującego, gdyby uznać jego tok argumentacji również winny spowodować odrzucenie jego oferty jako zawierającej rażąco niską cenę. Brak jest bowiem jednoznacznych wskazań, dlaczego cena niższa np. o 44,32% od szacunkowej miałaby zostać uznana za rażąco niską a niższa o 42,16% - już nie jest rażąco niska. Każda argumentacja odwołującego w tym zakresie - ze względu na niewielkie różnice pomiędzy nim a CertusVia - spowoduje faktyczne podważanie jego własnej oferty.

Także w przypadku tego zarzutu Zamawiający wskazał, że należy rozważyć, czy przedmiotowy zarzut nie powinien zostać pozostawiony bez rozpoznania, gdyż został podniesiony po upływie terminów ustawowych, co uniemożliwia jego uwzględnienie. Odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 03.12.2020r. w zakresie rażąco niskiej ceny została udzielona przez CertusVia Sp. z o.o. pismem z dnia 11.12.2020 r. Po czym, w dniu 19.02.2021 r. Zamawiający dokonał pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej. Zgodnie z przepisami ustawy zatem, od dnia 19.02.2021 r. Zamawiający zobowiązany był do udostępnienia korespondencji prowadzonej w postępowaniu od dnia składania oferty.

Oznacza to, iż najpóźniej w dniu 19.02.2021 r. Zamawiający powinien był zakończyć czynność weryfikacji zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Wykonawców biorących udział w postępowaniu, zarówno w odniesieniu do treści składanych ofert, jak i prowadzonej w toku postępowania korespondencji. W związku z tym, Odwołujący jako profesjonalny uczestnik postępowania powinien mieć świadomość, że czynność weryfikacji pod kątem zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa została już w tym momencie zakończona, co daje podstawę do rozpoczęcia biegu terminu na odwołanie od czynności lub zaniechań Zamawiającego w przedmiotowym zakresie. Odwołujący dwukrotnie pismami z dnia 24.02.2021 r. i 25.02.2021 r. został powiadomiony o niedostępności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Unieważnienie czynności oferty najkorzystniejszej z dnia 18.03.2021 r. informowało o „unieważnieniu czynności oferty najkorzystniejszej dokonanej w dniu 19-02-20211”. oraz o powtórzeniu czynności oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Natomiast nie dawało podstaw do przyjęcia przez Odwołującego, że Zamawiający będzie ponawiał badanie zasadności zastrzeżenia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach dotyczących ceny oferty CertusVia Sp. z o.o. składanych pod koniec 2020 r. Ustawowe terminy na wniesienie odwołania nie uzależniają ich biegu od interesu Odwołującego, ani też nie pozwalają na uznanie, iż bieg tych terminów może kształtować korespondencja prowadzona przez wykonawcę. Art. 515 ust. 3 pkt 1) ustawy Pzp z dnia 11 września 2019 r., wskazuje na datę, w której wiedzę o określonej okoliczności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania, wykonawca mógł powziąć przy zachowaniu należytej staranności. Wystąpienie przez Odwołującego z wnioskiem o udostępnienie korespondencji prowadzonej w postępowaniu w lutym 2021 r. świadczy o niedochowaniu takiej należytej staranności, wymaganej od uczestnika rynku zamówień publicznych i nie pozwala na uznanie zarzutu za zgłoszonego w terminie ustawowym. Kwestionowanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i decyzji Zamawiającego o utrzymaniu zastrzeżenia poczynionego przez Wykonawcę zostało więc uczynione po terminie. Niezależnie od powyższego, Zamawiający stwierdził, że złożone przez CertusVia Sp. z o.o. uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach w zakresie rażąco niskiej ceny, w sposób wyczerpujący i zgodny z przepisami potwierdza zasadność zachowania w poufności przekazywanych Zamawiającemu informacji. CertusVia Sp. z o.o. przedstawił konkretną argumentację wskazującą spełnianie przesłanek uznania złożonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dochowując dodatkowo należytej staranności polegającej na przedstawieniu dowodów potwierdzających powoływane w uzasadnieniu zastrzeżenia okoliczności. Za wyjątkiem wskazania samej treści uzasadnienia zastrzeżenia, Odwołujący nie wskazuje elementów wyjaśnień złożonych przez CertusVia Sp. z o.o. lub kategorii informacji, których odtajnienia się domaga. Poza przytoczeniem definicji tajemnicy

przedsiębiorstwa, fragmentów orzecznictwa i ogólnego wskazania, że zasadność zastrzeżenia informacji podlegać powinna weryfikacji, Odwołujący nie podaje podstaw faktycznych zarzutu, które wskazywałyby, jakie części wyjaśnień złożonych przez CertusVia Sp. z o.o. nie mogą podlegać zastrzeżeniu i powinny zostać udostępnione. Tak sformułowany zarzut uniemożliwia de facto dalszą polemikę przez Odwołującego i Zamawiającego, poza podtrzymaniem dotychczasowej oceny, a jednocześnie — nie może podlegać uwzględnieniu przez Krajową Izbę Odwoławczą. Należy zauważyć, iż ciężar dowodu w zakresie zarzutu zaniechania ujawnienia treści wyjaśnień spoczywa na Odwołującym, zatem postawiony przez niego zarzut nie może sprowadzać się do samej negacji zastrzeżenia i żądania ponownej weryfikacji raz już badanych przez Zamawiającego wyjaśnień, bez wskazania jakiego rodzaju danych ujawnienia się domaga. Skoro Odwołujący upatruje swój interes w ujawnieniu zastrzeżonych wyjaśnień, to musi przewidywać, jakie informacje spodziewa się uzyskać i już w odwołaniu podstawy, dla których takim informacjom należy odmówić charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa. Przedmiotowe obowiązki nie zostały przez Odwołującego dopełnione, co nawet jeśliby uznać, iż zarzut podlega rozpoznaniu, przesądza o konieczności jego oddalenia.

V. Zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższych okoliczności faktycznych i prawnych wskazanych i znajdujących dowód w dokumentacji postępowania - żaden z zarzutów Odwołujących, zdaniem zamawiającego, nie powinien zostać uwzględniony. Zamawiający nie dopuścił się bowiem żadnych zaniechań czy czynności niezgodnych z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, które miały wpływ na wynik postępowania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020) [dalej: ustawa Pwu), do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. (dalej: ustawa Pzp), wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019) (dalej: nPzp).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Dz. Urz. UE w dniu 22/09/2020 r. Tym samym do tego postępowania – i

oceny podnoszonych w odwołaniu zarzutów - mają z kolei zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Przedmiotem tego zamówienia jest: „*Opracowanie dokumentacji technicznej w podziale na 4 części: część nr 1: rozbudowa drogi krajowej nr 22 na odcinku od skrzyżowania z drogą krajową nr 24 do granicy miasta Gorzów Wielkopolski; część nr 2: rozbudowa drogi krajowej nr 22 od M. Świętojańsko do skrzyżowania z DK 24; część nr 3: rozbudowa drogi krajowej nr 24 od granicy województwa do M. Chełmsko; część nr 4: rozbudowa drogi krajowej nr 24 na odcinku od węzła Skwierzyna Zachód do skrzyżowania z drogą krajową nr 22*”. Zamawiający – jak wskazano – podzielił zamówienie na części i w Ogłoszeniu podał, że Oferty można składać do wszystkich części.

Podnoszone w odwołaniach zarzuty naruszenia: (1) art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz pkt 16 i 17 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp; (2) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp; art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp zostały skierowane wobec oferty wykonawcy CertusVia (także dalej: CERTUSVIA w zakresie Części 1, 2 i 3. Także wobec oferty tego wykonawcy w tych Częściach skierowany został w odwołaniach zarzut naruszenia art. 8 ust.3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w odwołaniu wykonawcy Multiconsult (sygn. akt: KIO2212/21) ten zarzut również został podniesiony w tych Częściach także wobec oferty wykonawcy LAFRENTZ. W odwołaniu z kolei wykonawcy LAFRENTZ (sygn. akt: KIO2223/21) został wobec oferty wykonawcy CERTUSVIA w zakresie Części 1, 2 i 3 także podniesiony zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp.

Wskazane odwołania zostały wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt: KIO 2212/21 przez wykonawcę Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (wykonawca Multiconsult) oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 2223/21 przez wykonawcę Lafrentz Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (wykonawca Lafrentz) w dniu 26 lipca 2021 r. Izba zatem wydając wyrok, stosowała w postępowaniu odwoławczym przepisy nPzp z dnia 11 września 2019 r. nPzp).

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej zarządzeniem z dnia 11 sierpnia 2021 r. wniesione odwołania skierował na podstawie art. 544 ust.2 nPzp do łącznego rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą. Izba zatem wydając wyrok miała na uwadze art. 556 n_ustawy Pzp. W myśl tego przepisu: „*W przypadku, o którym mowa w art. 544 ust. 2, Izba może wydać łączne orzeczenie w sprawach złożonych odwołań*”.

Izba uznała, że wszystkie podnoszone w odwołaniu zarzuty podlegają rozpoznaniu. W odniesieniu do zarzutów naruszenia: art. 8 ust.3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp (wg odwołania KIO 2223/21) Izba nie uwzględniła argumentacji Zamawiającego, że zarzuty te należy uznać za wniesione po terminie wyznaczonym art. 515 ust. 3 pkt 1) ustawy Pzp z dnia 11 września 2019 r. W tym postępowaniu dokonując unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy CERTUSVIA w dniu 18 marca 2021 r. wskazał na art. 7 ust. 1 i ust.3 stwierdził, że „*dopatrzył się błędów popełnionych na etapie badania ofert i w związku z tym przystąpi do ponownej oceny złożonych oferty*”. Tym samym wykonawcy mogli domniemywać, że błędy dotyczą także ustaleń w zakresie zastrzeżonych dokumentów, których udostępnienia odmówił w pismach z dnia 24.02.2021 r., co do dokonanego ich zastrzeżenia jak i oceny ofert, także oceny oferty w zakresie jej ceny. Zamawiający w cytowanym zawiadomieniu z dnia 18 marca 2021 r. nie wskazał – co wymaga podkreślenia - zakresu badania i oceny ofert.

Rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniach wobec oferty wykonawcy CertusVia Izba uznała, że zarzuty zasługują tylko częściowo na uwzględnienie.

Zgodnie z ustaleniami Izby, nie zasługuje na uwzględnienie zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy w ramach Części 1, 2 i 3 postępowania z powodu braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wielokrotnego wprowadzenia w błąd Zamawiającego. W tym przypadku Odwołujący wskazali na naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp podnosząc zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy CertusVia z postępowania z powodu: a) nie spełniania warunku udziału w postępowaniu według punktu 7.2.3. b) IDW oraz b) skutkiem zamierzonego działania albo rażącego niedbalstwa lub co najmniej niedbalstwa lub lekkomyślności wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że posiada doświadczenie personelu Wykonawcy oceniane w ramach „Kryteriów Pozacenowych” w ramach Podkryterium 2.3. Zarzuty dotyczą osoby p. M.C., który został przez CertusVia wskazany jako kandydat spełniający warunek SIWZ zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie osoby geologa o określonym doświadczeniu i kwalifikacjach.

Ze stanu faktycznego sprawy wynika, że pismem z dnia 18 marca 2021 r. Zamawiający wskazując na art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej w dniu 19-02-2021r. Zawiadomił również w tym piśmie o

powtórzeniu czynności oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. W uzasadnieniu prawnym tej decyzji wskazał, że: „Zgodnie z zapisem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie Wykonawców oraz zgodne z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zamówienia udziela się wyłącznie Wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy — (art. 7 ust 3 ustawy Pzp)”. W uzasadnieniu faktycznym z kolei decyzji poinformował wykonawców: „Zamawiający po dokonanej przez siebie czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty dopatrył się błędów popełnionych na etapie badania ofert i w związku z tym przystąpi do ponownej oceny złożonych oferty”.

Po unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust.4 oraz art. 87 ust. 1 Pzp pismem z dnia 30.03.2021 r. wezwał wykonawcę CertusVia do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonej oferty oraz oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu - w tym potwierdzających spełnienie warunku zdolności zawodowej Wykonawcy oraz kryterium wyboru oferty „doświadczenie personelu Wykonawcy”. Wykonawca CertusVia w odpowiedzi złożył wyjaśnienia pismem z dnia 06.04.2021 r. Następnie Zamawiający pismem z dnia 27 kwietnia 2021 r. na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał wykonawcę CertusVia do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku zdolności zawodowej Wykonawcy. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca CerusVia pismem z dnia 6 maja 2021 r. uzupełnił „Wykaz osób” dotyczący Części nr 1 i 2 wskazując na osoby, które będą pełnić funkcję geologa na przedmiotowym zadania: co do Części 1 na p. P.P. natomiast co do Części 2 — na p. D.B. Obie osoby zastąpiły budzącą wątpliwości Zamawiającego osobę p. M.C. Przy ponownym dokonywaniu czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty kandydat na stanowisko geologa - p. M.C. – nie został zaakceptowany jako spełniający wymagania w zakresie warunku udziału wykonawcy w postępowaniu. Oceniani jako spełniający warunek udziału - w charakterze geologów - byli p. P.P. i D.B. Dokonanie powyższego uzupełnienia jego prawidłowość nie są przedmiotem zarzutów w odwołaniach. Niewątpliwie zarzuty dotyczące p. M.C. nie ograniczają się tylko do tego kandydata wskazanego na stanowisko geologa jako warunku udziału w postępowaniu, ale także do kryterium i jego możliwej punktacji z racji doświadczenia. Doświadczenie na stanowisku geologa było jednym z kryteriów pozacenowych mających wpływ na ilość punktów przyznanych przez Zamawiającego w ramach oceny ofert.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołujących, że Zamawiający nie mógł uznać uzupełnienia we wskazanym zakresie oferty przez wykonawcę CertusVia, który to wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamiast osoby p. M.C. w zakresie warunku udziału w

postępowaniu wskazał w uzupełnieniu Wykazu osób nowych kandydatów p. P.P. i p. D.B. Niewątpliwie uzupełnienie czy zamiana osób w kryterium oceny ofert jest niedopuszczalna i takie uzupełnienie (zamiana) stanowiłoby sprzeczną z prawem czynność Zamawiającego. Jednakże Zamawiający nie dokonał w kryterium oceny ofert punktacji (oceny) doświadczenia nowych, uzupełnionych kandydatów. Zamawiający w tym kryterium oceniał ofertę według danych pierwotnych - doświadczenia i kwalifikacji M.C. - i kwalifikacji tych i doświadczenia nie uznał, dlatego też oferta wykonawcy CertusVia w tym podkryterium w wyniku oceny z 15.07.2021 r. otrzymała 0 punktów. Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że sposób skonstruowania wymagania w opisie warunku jak i w opisie kryterium, w tym konstrukcja kryterium przy użyciu łącznika „i” mogło powodować także odmienne od Odwoływających interpretacje z którą to interpretacją finalnie zgodził się Zamawiający. To z kolei powoduje, że z uwagi na wskazanie spornego kandydata nie można – bez żadnych wątpliwości - uznać za świadome, czy skutkiem lekkomyślności (lub niedbalstwa) działanie celem wprowadzenia Zamawiającego w błąd skutkujące zastosowaniem jako podstawy wykluczenia przesłanki z art. 24 ust.1 pkt 16 lub pkt 17 Pzp. Tak jak podnosił Zamawiający, pierwotnie przyjął osobę kandydata jako potwierdzającą spełnienie warunku oraz przyznał w kryterium 10 pkt, jednakże w wyniku ponownej analizy i argumentacji wykonawców dokonał autokorekty stanowiska. Jednakże ta autokorekta nie była skutkiem świadomości wprowadzania go w błąd, czy wręcz nieprawdziwości podawanych przez CERTUSVIA danych, ale skutkiem odmiennej interpretacji, co wyjaśniał wykonawca CertusVia w piśmie z 6 kwietnia 2021 r. Tym samym, zdaniem Izby, brak było podstaw do kwestionowania stanowiska Zamawiającego, a wskazywane przez Odwoływających okoliczności nie pozwalały na przyjęcie, że działania wykonawcy CERTUSVIA związane z tym kandydatem miały prowadzić do: a) w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub b) w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawienia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia i tym samym zastosowania wobec wykonawcy wskazywanych w odwołaniach jako podstawy wykluczenia przesłanek z art. 24 ust.1 pkt 16 lub pkt 17 Pzp.

Izba uwzględniła podnoszony w odwołaniach wobec ofert CertusVia w zakresie Części 2 i 3 zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z zastosowaniem art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp. Przede wszystkim Izba zgodziła się z Odwoływającymi, że Zamawiający nie miał podstaw dokonania poprawy w ofercie wykonawcy CertusVia błędów z uwagi na ich nieprawidłowe zakwalifikowanie, jako innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze

specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty w sytuacji.

Tak jak wskazywali wnoszący odwołania wykonawcy oferta CERTUSVIA była niezgodna z treścią SIWZ i ta niezgodność – braku wyceny poz.1 w Części 2 i Części 3 nie mogła zostać poprawiona w sposób dokonany przez Zamawiającego. Zamawiający - tak jak wskazywali Odwołujący - w pkt 15 IDW w sposób szczegółowy opisał sposób obliczenia ceny oferty:

„15.1 Cena oferty w zakresie każdej z części zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Formularz cenowy - TABELĘ OPRACOWAŃ PROJEKTOWYCH (TOP) wraz z TABELĄ A (Formularz 2.2) - zawarty w Rozdziale 2 IDW, odrębny dla każdej części. Cena oferty winna obejmować całkowity koszt wykonania zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia określone w Tomie II (IPU) oraz Tomie III (OPZ) SIWZ.

Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których w tabelach nie ujęto w odrębnych pozycjach, Wykonawca powinien ująć w cenach pozycji opisanych w Formularzu. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić żadnych zmian do Formularza.

15.2. Tabelę opracowań projektowych, o której mowa powyżej należy sporządzić ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych we wzorze. Wykonawca określi kwoty (wartości) netto – kolumna F formularza dla wszystkich pozycji wymienionych w Formularzu.

Wartość dla pozycji 5.1 należy określić w oparciu o Formularz cenowy – tabelę A.

1) dla pozycji ryczałtowych, tj. 1, 5, 6, 7: W tabeli A Wykonawca określi wartość netto każdej pozycji – wartości należy wpisać w kolumnie F;

2) dla pozycji obmiarowych, tj. 2, 3, 4.1, 4.2; W tabeli A Wykonawca określi wartość netto każdej pozycji – cenę jednostkową należy wpisać w kolumnie E, a następnie pomnożyć przez ilości z kolumny D. Iloczyn ilości i jednostkowej ceny netto należy wpisać w kolumnie F.

Otrzymany wynik Razem zł netto (pole F.8) Wykonawca przeniesie do TOP – pole E 5.1.

Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić wszystkie pozycje opisane w Formularzu.

15.3. Dla każdej pozycji wyszczególnionej na Formularzu, jeśli składają się na nią elementy o zróżnicowanych kosztach, jednolita stawka jednostkowa powinna zostać skalkulowana na zasadzie uśrednienia kosztów składowych.

15.4. Każda cena zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji”.

Dodatkowo w pkt 15.7 IDW Zamawiający zaznaczył, że: „Wartości w poszczególnych pozycjach Formularza oraz cena oferty muszą być wyrażone w PLN z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku”.

Zatem, jak wynika z pkt 15.4 IDW, każdy wykonawca był zobowiązany określić w każdej pozycji Oferty całkowity koszt wykonania danej pozycji. Tymczasem w kwestionowanej w odwołaniach Części 2 i 3 Postępowania (w argumentacji odwołania KIO 2223/21 także co do Części 4) w formularzach cenowych (Tabela A, pkt 1 – Projekt robót geologicznych/Projekt badań geotechnicznych) CERTUSVIA nie wpisał wartości pozycji zł netto. Zamawiający, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nieprawidłowo zaklasyfikował te niezgodności jako omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnej zmiany treści oferty i dokonał ich poprawy, wpisując w pkt 1 wartość pozycji zł netto: 0 zł. Powyższe działanie naruszyło dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wykonawca CERTUSVIA nie wypełnił formularza cenowego zgodnie z postanowieniami SIWZ - nie wskazał całkowitego kosztu wykonania tej pozycji. Takie niezgodności oferty CERTUSVIA z SIWZ są jednoznaczne, a ich charakter – jak podnosili Odwołujący - wyklucza *de iure* możliwość uznania ich za omyłki i zastosowania dyspozycji wynikających z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dla przyjęcia kosztu 0 zł w sytuacji gdy w Części 1 koszt dla pozycji1: Projekt robót geologicznych/Projekt badań geotechnicznych wyceniono na kwotę 40 tys. zł.

W konsekwencji Zamawiający naruszył art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dokonując poprawy opisanej niezgodności z SIWZ. Z kolei nieuprawniona zmiana treści oferty doprowadziła do naruszenia również art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ w przypadku niezgodności oferty CERTUSVIA z treścią SIWZ, obowiązkiem Zamawiającego było jej odrzucenie, a nie – jak wskazywali Odwołujący - dokonywanie nieuprawnionych – w zastępstwie wykonawcy - zmian w treści oferty.

Ustalenia w zakresie wskazanym powyżej powodowały także, że podlega uwzględnieniu podnoszony w odwołaniu przez wykonawcę Lafrentz Polska sp. z o.o. (sygn. akt: KIO 2223/21) zarzut rażąco niskiej ceny skierowany wobec oferty wykonawcy CERTUSVIA w zakresie Części 2 i 3 Postępowania z uwagi na brak wyceny wszystkich pozycji w formularzu cenowym dla tych Części. Z tego też względu Izba uwzględniła podnoszony w odwołaniu zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy CERTUSVIA z naruszeniem wskazanego art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp.

Także za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji skierowany w odwołaniach wobec oferty wykonawcy CERTUSVIA oraz wobec oferty Lafrentz Polska sp. z o.o. w odwołaniu wykonawcy Multiconsult Polska Sp. z o.o. (sygn. akt: KIO 2212/21). Zdaniem Izby, Zamawiający niezasadnie przyjął, że wyjaśnienia przedstawione przez wykonawcę CERTUSVIA oraz wykonawcę LAFRENTZ w zakresie rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i zostały skutecznie zastrzeżone, i w konsekwencji zaniechał odtajnienia tych wyjaśnień, co naruszyło prawo wykonawców – jak wskazał Odwołujący MULTICONSULT - do skutecznego wniesienia środka prawnego.

W krajowym obrocie prawnym – jak wskazywali Odwołujący - generalną zasadą jest to, że objęciem tajemnicą przedsiębiorstwa podlegają konkretne, wyspecyfikowane przez wykonawcę informacje. Za nieuzasadnione i sprzeczne z prawem jest akceptowanie działania wykonawcy, które polega na zastrzeżeniu jako tajemnicy przedsiębiorstwa całych dokumentów, pomimo, że zawierają również informacje, które w sposób oczywisty nie są chronione tajemnicą przedsiębiorstwa. Innymi słowy, ochroną poufności co do zasady powinny być objęte poszczególne informacje czy też dane, co do których wykonawca winien następnie wykazać zasadność ich objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Jak wskazuje się w orzecznictwie – sądowym i KIO - aby dana konkretna informacja została uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, muszą być spełnione dwie przesłanki: (1) materialna – musi zostać wykazane, że informacje, ze swojej istoty, dotyczą kwestii, których ujawnienie obiektywnie mogłoby negatywnie wpłynąć na sytuację przedsiębiorcy – informacje muszą mieć choćby minimalną wartość; (2) formalna – musi zostać wykazane, że przedsiębiorca podjął działania w celu zachowania poufności danych informacji – nie wystarczy samo przekonanie przedsiębiorcy, że dane informacje są poufne. Ocena podstaw zastrzeżenia informacji należy do zamawiającego. Brak odtajnienia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, które są rzekomo poufne, a w istocie nie spełniają żadnych obiektywnych przesłanek do przyjęcia takiej kwalifikacji, powodowałby naruszenie fundamentalnych zasad prawa zamówień publicznych przez zamawiającego, przede wszystkim zaś zasady równego traktowania, niedyskryminacji, jawności i przejrzystości. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, zdaniem Izby, nie wykonał obiektywnie tego obowiązku, akceptując w przypadku wyjaśnień wykonawcy CERTUSVIA także uzasadnienie tego zastrzeżenia. Ogólnikowość tych uzasadnień powodowała, że Izba uwzględniając normę z art. 8 ust.3 Pzp – uznała, że wykonawcy nie wykazali, że złożone dokumenty zawierają informacje korzystające z ochrony jako tajemnica przedsiębiorstwa. Izba tylko w przypadku załączników takich jak umowy o pracę i oferty podwykonawców – z uwagi na naturę tych dokumentów – nie objęła nakazem ich udostępnienia.

Izba nakaz udostępnienia dokumentów złożonych w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny przez wykonawcę CERTUSVIA odniosła do Części 1, albowiem w odniesieniu do Części 2 i 3 uwzględnienie tego zarzutu – zgodnie z regułą art. 554 ust. 1 pkt 2 n_Pzp – pozostawałoby bez wpływu na wynik tego postępowania. W zakresie tych części Izba stwierdziła naruszenie art. 89 ust.1 pkt 2 i pkt 4 ustawy Pzp i nakazała na tej podstawie w tych częściach odrzucenie oferty wykonawcy CERTUSVIA. W myśl wskazanego przepisu: „Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (...)”.

Mając powyższe ustalenia na uwadze także za zasadny należało uznać wskazywany w odwołaniach zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie wyboru w Części 2 i 3 jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy CERTUSVIA, albowiem dokonując wyboru oferty tego wykonawcy w tych Częściach, pominął wskazywane okoliczności, które powinny skutkować odrzuceniem tej oferty.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 oraz w zw. z art. 556 ustawy Pzp i przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). W tym przypadku uwzględniono przepisy § 7 ust.2 i ust.3 rozporządzenia w myśl których w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponosi zarówno zamawiający jak i odwołujący, które Izba rozdziela proporcjonalnie uwzględniając podnoszone w odwołaniu zarzuty. Uwzględniając powyższe koszty zostały zasądzone po 50 % w każdej ze spraw uwzględniając kwoty wpisu i wnioskowe koszty tytułem wynagrodzeń pełnomocników.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....

.....

.....

