Sygn. akt KIO 320/21

WYROK
z dnia 26 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Marek Koleśnikow**
Członkowie:Ernest Klauziński
Irmina Pawlik
Protokolant:Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 11 marca 2021 r. i 22 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lutego 2021 r. przez wykonawcę Multiconsult Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą
w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie
przy udziale:

A)wykonawcy Ayesa Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą
w Rudzie Śląskiej zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

B)wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] INKO Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie [pełnomocnik] i [2] MP Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

C)wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa
z siedzibą w Warszawie [pełnomocnik] i [2] BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami 2 i 4 oraz nakazuje zamawiającemu Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad
z siedzibą w Warszawie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym:

1.1)ujawnienie pism złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się
o udzielenie zamówienia [1] Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie [pełnomocnik]
i [2] BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie z 22.09.2020 r., 14.10.2020 r. i 22.10.2020 r. oraz pism zamawiającego kierowanych do ww. wykonawców z 8.10.2020 r.
i 20.10.2020 r.;

1.2)wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie [pełnomocnik] i [2] BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą
w Żyrardowie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 1086).

2.Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3.Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych
i Autostrad z siedzibą w Warszawie w części 1/2 oraz odwołującego Multiconsult Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w części 1/2 i:

3.1)zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Multiconsult Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez zamawiającego Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą
w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2)zasądza od zamawiającego Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad
z siedzibą w Warszawie na rzecz odwołującego Multiconsult Polska Spółka
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 oraz z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275, 2320) w zw. z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 oraz z 2020 r. poz. 1086) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……
Członkowie: ……
……

Sygn. akt KIO 320/21

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie (dalej „zamawiający") wszczął postępowanie na usługi w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Pełnienie nadzoru nad

projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Projekt i budowa obwodnicy Lipska w ciągu drogi krajowej nr 79”«.

27.07.2020 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nrem 2020/S143-352098.

Postępowanie zamówieniowe jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 1086) (dalej „ SPzp”) i w zakresie środków ochrony prawnej – na podstawie art. 92 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 oraz z 2020 r. poz. 1086) – zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 oraz z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275, 2320) (dalej „NPzp”).

22.01.2021 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: [1] Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie [pełnomocnik] i [2] BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie (dalej: „wykonawca B”) w sytuacji, w której oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona.

1.02.2021 r. wykonawca Multiconsult Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej „odwołujący”), zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a NPzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie na:

1)niezgodne z przepisami ustawy SPzp czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę B, pomimo że oferta ta podlega odrzuceniu;
2)zaniechanie czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie przepisów ustawy SPzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy B, pomimo że treść oferty wykonawcy B jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia [dalej SIWZ];
3)zaniechanie czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie przepisów ustawy SPzp, tj. zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę B jako niejawnych:
   a)pisma wykonawcy B z 22.09.2020 r. wraz z załącznikami
   b)pisma wykonawcy B z 14.10.2020 r. wraz z załącznikami
   c)pisma wykonawcy B z 22.10.2020 r.
   – pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
   a ponadto informacje te nie zostały skutecznie zastrzeżone;
4)zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie przepisów ustawy SPzp, tj. zaniechania udostępnienia odwołującemu pism zamawiającego z 8.10.2020 r., 20.10.2020 r., pomimo że informacje zawarte w tym dokumencie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nie zostały skutecznie zastrzeżone;
5)z ostrożności procesowej – zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania odrzucenia oferty B, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca B nie złożył odpowiednich wyjaśnień, zaś złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny [RNC];
6)zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. zaniechania wykluczenia wykonawcy B z postępowania.

Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przez zamawiającego:

1)art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 SPzp przez dokonanie oceny ofert z naruszeniem przepisów ustawy SPzp oraz kryteriów oceny ofert i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy B, pomimo że treść oferty jest sprzeczna z treścią SIWZ oraz przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
2)art. 7 ust. 1 SPzp w zw. z naruszeniem art. 8 ust. 1, 2 i 3 SPzp w zw. z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie SPzp przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu:
   a)pisma wykonawcy B z 22.09.2020 r. wraz z załącznikami
   b)pisma wykonawcy B z 14.10.2020 r. wraz z załącznikami
   c)pisma wykonawcy B z 20.10.2020 r.
   d)pism zamawiającego z 8.10.2020 r. i z 20.10.2020 r.
   – pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
   a ponadto wykonawca B nie dokonał skutecznego zastrzeżenia informacji zamieszczonych w tych dokumentach;
3)z ostrożności procesowej – na wypadek nieuwzględnienia zarzutu z pkt 2 (co zostało doprecyzowane przez odwołującego na początku rozprawy, zgodnie z protokołem) – naruszenie art. 91 ust. 1 i 2 SPzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 SPzp i w zw. z art. 90 ust. 13 SPzp i w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 SPzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy B, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz przez niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez wykonawcę B i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
4)art. 91 ust. 1 i 2 SPzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 SPzp i w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 SPzp przez dokonanie oceny ofert z naruszeniem przepisów ustawy SPzp oraz kryteriów oceny ofert i zaniechanie wykluczenia wykonawcy B z postępowania, pomimo niewykazania spełniania przez wykonawcę B warunku udziału w postępowaniu;
5)art. 91 ust. 1 i 2 SPzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 SPzp i w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 SPzp przez dokonanie oceny ofert z naruszeniem przepisów ustawy SPzp oraz kryteriów oceny ofert i zaniechanie wykluczenia wykonawcy B z postępowania, pomimo że wykonawca B przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego lub wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności oceny ofert;
2)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
3)ponowną ocenę ofert;

4)odrzucenie oferty wykonawcy B:

5)odtajnienia i udostępnienia informacji wskazanych w odwołaniu.

Zarzut 1. Naruszenie art. 91 ust. 1 i 2 SPzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 SPzp i w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 SPzp przez dokonanie oceny ofert z naruszeniem przepisów ustawy SPzp oraz kryteriów oceny ofert i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy B, pomimo że treść oferty jest sprzeczna z treścią SIWZ oraz przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

Oferta wykonawcy B powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 SPzp – cena oferty nie obejmuje wszystkich kosztów zatrudnienia Personelu Biurowego i Personelu Pomocniczego.

W SIWZ TOM II IPU – Umowa w § 13 „Ogólne obowiązki Konsultanta" w ust. 46 odnośnie Personelu Biurowego i Personelu Pomocniczego zamawiający wskazał:

„4. Zamawiający, wymaga aby zatrudnione na podstawie umowy o prace były osoby wykonujące czynności wchodzące w zakres obowiązków osób tworzących Personel Biurowy oraz Personel Pomocniczy, tj.: czynności biurowe, administracyjne i organizacyjne wskazane w pkt 2.1 OPZ.

5. Wszystkie osoby, których dotyczy obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, przez okres realizacji Usługi, do wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia, będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu.

6. Konsultant zobowiązuje się przez cały okres realizacji Usługi, do wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia, utrzymywać ciągłość zatrudnienia w wymiarze pracy nie mniejszym niż wynikającym z […] Umowy (dot. Personelu Biurowego oraz Personelu Pomocniczego W przypadku rozwiązania stosunku pracy w trakcie obowiązywania […] Umowy z którąkolwiek z osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, Konsultant będzie zobowiązany niezwłocznie do wyznaczenia na to miejsce nowej, innej osoby zatrudnionej na podstawie umowy o pracę, w wymiarze nie mniejszym niż wynikający z zasad określonych w […] umowie. W przypadku zmiany, o której mowa wyżej, wyznaczenie, danej osoby do realizacji Usługi musi nastąpić w terminie nie dłuższym niż 30 dni od dnia wystąpienia zakończenia umowy z poprzednio zatrudnioną osobą".

W SIWZ TOM III OPZ „Opis przedmiotu zamówienia" ust. 2 „Wymagania" pkt 2.1 „Personel Konsultanta" (str. 5 i 6) zamawiający określił dalsze szczegółowe wymagania dla poszczególnych kategorii Personelu. Dla Personelu Biurowego zamawiający określił następujące warunki:

„2.1 Personel Konsultanta

Nadzór nad realizacją Kontraktu będzie powierzony osobom wskazanym w Ofercie Konsultanta oraz osobom zaakceptowanym przez Kierownika Projektu zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i procedurami kontraktowymi.

Głównym miejscem świadczenia Usługi przez Personel Konsultanta będzie biuro Konsultanta o którym mowa w pkt 2.2.1 OPZ i Plac Budowy.

Konsultant na każdym etapie trwania Kontraktu zapewni Personel niezbędny do właściwego wykonania przedmiotu zamówienia.

W celu realizacji zamówienia Konsultant zapewni odpowiedni:

1) Personel Konsultanta (Eksperci Kluczowi, Inni Eksperci),

2) Personel biurowy:

Dla okresu projektowania oraz okresu realizacji robót budowlanych min. 2 osoby, np.: sekretariat obsługa technicznoadministracyjna itp.

Dla okresu przeglądów i rozliczenia Kontraktu min 1 osobę, no.: sekretariat obsługa technicznoadministracyjna itp.).

3) Personel pomocniczy:

Dla okresu projektowania oraz okresu wykonywania robót budowlanych min. 2 osoby, niezbędne w czasie realizacji usługi).

Dla okresu przeglądów i rozliczenia Kontraktu (min 1 osobę, inne osoby niezbędne w czasie realizacji usługi) niezbędny do właściwego wykonania przedmiotu zamówienia.

W zakres obowiązków osób tworzących Personel Biurowy oraz Personel Pomocniczy wchodzi w szczególności:

Przyjmowanie korespondencji i potwierdzanie tego faktu

Prowadzenie rejestrów korespondencji przychodzącej i wychodzącej

Nadawanie numerów korespondencji wychodzącej

Obsługa urządzeń biurowych

Odbieranie telefonów zewnętrznych i łączenie rozmów z poszczególnymi pracownikami Biura Inżyniera

Systematyczna obsługa poczty e-mail Konsultanta

Archiwizowanie korespondencji i dokumentów kontraktowych w tym wykonywanie kopii (scany) zgodnie z przyjętym systemem

Wydawanie pism i dokumentów Wykonawcom, Zamawiającemu i stronom trzecim Przygotowanie pism i dokumentów do wysyłki za pośrednictwem poczty lub kuriera (pakowanie, adresowanie, opłacenie, nadanie)

Przyjmowanie wszystkich interesantów, informowanie ich o możliwościach załatwienia sprawy i skierowanie do właściwej osoby

Dostarczanie Inżynierowi Kontraktu bieżącej korespondencji

Przekazywanie zadekretowanych pism i dokumentów poszczególnym osobom

Współpraca z personelem w zorganizowaniu Rad Budowy i innych spotkań

Prowadzenie spraw związanych z utrzymaniem i funkcjonowaniem Biura i jego wyposażenia technicznego

Personel Konsultanta będzie biegle posługiwał się językiem polskim w zakresie ogólnym i technicznym. Jeśli taka sytuacja nie będzie miała miejsca, Konsultant zapewni przez cały czas pracy odpowiednio wykwalifikowanego tłumacza dysponującego zarówno wiedzą ogólną w zakresie tłumaczenia, jak i wiedzą techniczną.

Inżynier Kontraktu będzie odpowiedzialny za pracę swojego Personelu oraz Personelu biurowego i pomocniczego.

Konsultant powinien tak zorganizować prace Personelu Konsultanta oraz Personelu Biurowego j Pomocniczego, aby uwzględnić godziny pracy określone w Umowie, zapisy dotyczące godzin pracy zawarte w Warunkach Kontraktu na roboty, nad którymi sprawowany będzie nadzór oraz ryzyko związane z dostosowaniem pracy do potrzeb miedzy innymi z rzeczywistym czasem

pracy Wykonawcy Robót zmniejszeniem intensywności prac w okresach zimowych itp. Inżynier Kontraktu oraz pozostałe osoby powinny być dostępne na każde wezwanie Zamawiającego lub Wykonawcy Robót.

Konsultant na każdym etapie trwania Kontraktu zapewni Personel niezbędny do właściwego wykonania przedmiotu zamówienia.

Personel biurowy ma za zadanie zapewnić prace i dostępność biura Konsultanta w minimalnym czasie od poniedziałku do piątku w godzinach 8-16 na wszystkich etapach Kontraktu".

W „Formularzu cenowym" zamawiający wymagał podania ceny jednostkowej za każdy miesiąc pracy Personelu Biurowego i Personelu Pomocniczego osobno dla różnych okresów realizacji zamówienia:

a) W pkt 1.5 i 1.6 – dla okresu „od Daty rozpoczęcia realizacji Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia",

b) W pkt 4.5 i 4.6. – dla okresu „od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności".

Ponadto w „Formularzu cenowym" w uwagach zamawiającego umieszczonych pod tabelą wskazano:

„2. Pozycja „Personel biurowy" obejmuje całość kosztów związanych z zapewnieniem osób niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania biura Konsultanta".

„3. Pozycja „Personel pomocniczy" obejmuje całość kosztów związanych z zapewnieniem wszelkich innych asystentów, którzy nie zostali wymienieni w kategorii „Inni eksperci", a którzy są niezbędni do prawidłowego wykonania Usługi zgodnie z Umową
i OPZ".

Postanowienie to ma zastosowanie zarówno dla części 1 Formularza „Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia" jak i dla części 4 Formularza „Koszty administracyjne od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności".

W postępowaniu zamawiający dokonał zmiany w stosunku do wcześniejszych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego – w Umowie w § 13 w ust. 5 i 6 wskazał, że obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu trwa tylko do wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia. Niemniej jednakzamawiający podtrzymał dotychczasowe wymagania – że biuro Konsultanta musi być dostępne w godzinach 8-16 od poniedziałku do piątku na wszystkich etapach Kontraktu. A zatem zamawiający jedynie pozornie nie postawił wymogu co do czasu pracy po wydaniu Świadectwa Przejęcia – czas realizacji obowiązków w ramach umowy o pracę nie uległ zmianie, a zatem i tak w praktyce musi być świadczony w wymiarze pełnego etatu.

Z postanowień SIWZ czytanych łącznie wynika zatem, że:

a) Personel Biurowy i Personel Pomocniczy musi być zatrudniony na podstawie umowy o pracę przez cały okres realizacji Umowy, na wszystkich jej etapach.

b) Personel Biurowy – jako osoby zatrudnione w biurze, odpowiedzialne za prowadzenie biura – musi świadczyć swoje usługi przez 8 godzin dziennie, od poniedziałku do piątku. Postanowienie takie realizuje wymagania dla zatrudnienia takiej osoby na pełen etat.

Tymczasem wykonawca B wskazał następujące stawki w ofercie:

	Cena jednostkowa netto w zł za 1 miesiąc
1. Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia	
1.5. Personel Biurowy – 2 osoby	3.900
1.6. Personel Pomocniczy – 2 osoby	3.900
2. Koszty administracyjne od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności	
4.5. Personel Biurowy -1 osoba	1.950

Powyższe stawki nie obejmują kosztu zatrudnienia osoby na pełen etat, jak i kosztów związanych z faktem obowiązku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę i zostały określone z naruszenie bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa. Zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r. (Dz. U. poz. 1778) od 1 stycznia 2020 r. minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości wynosi 2600 zł, zaś minimalna stawka godzinowa wynosi 17 zł.

Odnośnie Personelu Biurowego i Personelu Pomocniczego w okresie do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia sytuacja jest prosta – wymagania SIWZ jasno wskazują:

a) wymóg zatrudnienia po 2 osoby dla każdego rodzaju Personelu;

b) wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę;

c) wymóg zatrudnienia w pełnym wymiarze etatu.

A zatem minimalne koszty miesięczne dla każdej z tych pozycji wynoszą dla 1 osoby 3.132 zł (zgodnie z poniższym wyliczeniem), czyli dla 2 osób – 6.264 zł:

Pozycja	Kwota w zł
Wynagrodzenie pracownika	2.600
Ubezpieczenie wypadkowe	43
Ubezpieczenie emerytalne	254
Ubezpieczenie rentowe	169
Fundusz Prac	64
FGŚP	3
Razem:	3.132

Wykonawca B wskazał kwotę 3.900 zł, a zatem miesięczne niedoszacowanie kosztu wynosi 2.364 zł, co daje kwotę 104.016 zł, osobno dla Personelu Biurowego, osobno dla Personelu Pomocniczego – łącznie208.032 zł – co stanowi ponad 25% ceny oferty wskazanej w pkt 1 Formularza cenowego.

Powyższa kwota obejmuje tylko koszt wynagrodzenia oraz obowiązkowych składek na ubezpieczenie społeczne. Nie obejmuje kosztów badań lekarskich, szkoleń BHP, zastępstwa na czas urlopów czy też chorobowego. A zatem rzeczywiste niedoszacowanie ceny oferty jest jeszcze wyższe.

Z określonego w pkt 2.1 OPZ obowiązku zapewnienia pracy i dostępności biura Konsultanta w minimalnym czasie od poniedziałku do piątku w godzinach 8-16 na wszystkich etapach Kontraktu wynika, że każdy wykonawca powinien ująć koszt zatrudnienia Personelu Biurowego w okresie „od wystawienia ostatniego świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności" koszt 1 etatu dla 1 osoby zatrudnionej jako Personel Biurowy – a zatem kwotę 3.132 zł. Wykonawca B wskazał jedynie 1.950 zł. Daje to niedoszacowanie o kwotę minimum 52.008 zł – co stanowi aż 40% ceny oferty wskazanej
w pkt 4 Formularza cenowego.

Jak z tego wynika ceny jednostkowe pozycji dla:

a) Personelu Biurowego i Personelu Pomocniczego w okresie „od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia"

b) Personelu Biurowego w okresie „od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności"

– nie obejmują całkowitego kosztu wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu lub ilości – wykonawca B złożył ofertę niezgodną z treścią SIWZ.

Na wypadek argumentacji, że koszty są ujęte w innych pozycjach odwołujący wskazuje, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 1965/17 i KIO 1966/17z 5 października 2017 r. stwierdziła, że niedopuszczalne jest przenoszenie kosztów pomiędzy pozycjami, a fakt takiego przenoszenia stanowi podstawę odrzucenia oferty zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 SPzp.

Niezrozumiałe jest że zamawiający pozwolił na to, aby oferta sprzeczna z SIWZ została oceniona a nawet wybrana jako najkorzystniejsza. Zamawiający najpierw zamieszcza
w SIWZ postanowienia, z których wynikają konkretne skutki dla ceny oferty, a następnie – zamawiający pomija treść SIWZ i bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa przy ocenie ofert.

Odwołujący podkreślił, że wycenił swoją ofertę w szczególności z uwzględnieniem przedmiotowych postanowień i ich wpływu na cenę oferty. Gdyby wiedział, że zamawiający nie ma zamiaru przestrzegać postanowień SIWZ, które sam wprowadził, to dokonałby kalkulacji ceny oferty w inny sposób i być może jego oferta miałaby najniższą cenę.

Zarzut 2. Naruszenie art. 7 ust. 1 SPzp w zw. z naruszeniem art. 8 ust. 1, 2 i 3 SPzp
w zw. z naruszeniem art. 36 ust. 3 zdanie drugie SPzp, przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu:

a) pismo wykonawcy B z 22.09.2020 r. wraz z załącznikami

b) pismo wykonawcy B z 14.10.2020 r. wraz z załącznikami

c) pismo wykonawcy B z 22.10.2020 r.

d) pisma zamawiającego z 8.10.2020 r. i 20.10.2020 r.

– pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a ponadto wykonawcy B nie dokonał skutecznego zastrzeżenia informacji zamieszczonych w tych dokumentach

Odwołującemu nie udostępniono:

a)pisma wykonawcy B z 22.09.2020 r. wraz z załącznikami (dalej „I Wyjaśnienia RNC"),

b)pisma wykonawcy B z 14.10.2020 r. wraz z załącznikami (dalej „II Wyjaśnienia RNC"),

c)pisma wykonawcy B z 22.10.2020 r. (dalej „Wyjaśnienia w sprawie podwykonawstwa"),

d)pism zamawiającego z 8.10.2020 r. (dalej „II Wezwanie do wyjaśnień RNC")

i z 20.10.2020 r. (dalej „Wezwanie w sprawie podwykonawstwa").

Odwołującemu udostępniono uzasadnienia zastrzeżenia jawności informacji zawartych w I i II Wyjaśnieniach RNC.

Odwołujący uważa, że wykonawca B nie dokonał skutecznego zastrzeżenia informacji zawartych w swoich pismach. Tym samym także zamawiający nie mógł skutecznie nie udostępnić odwołującemu części swoich pismo, co miało miejsce. Podkreślić należy, że zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą SPzp. Wynika to wprost z przepisu art. 8 ust. 2 SPzp. Tym samym ta właśnie zasada powinna być przede wszystkim brana pod uwagę przy ocenianiu przypadków zastrzegania informacji w toku postępowania.

Po drugie jako tajemnica przedsiębiorstwa mogą być zastrzeżone informacje, a nie dokumenty. Tymczasem wykonawca B dwukrotnie zastrzegł właśnie cały dokument – tj. całość I i II Wyjaśnień RNC udostępniając tylko samo uzasadnienia zastrzeżenia. Już samo to wskazuje, że wykonawca B naruszył zasadę jawności obowiązującą dla postępowań
o udzielenie zamówienia publicznego – gdyż ustawa SPzp nie dopuszcza w ogóle zastrzeżenia dokumentów jako takich. Tymczasem wykonawca B zastrzegł właśnie dokument, a nie znajdujące się w nich informacje. Wynika to także z treści uzasadnień dla obu zastrzeżeń – w żadnym przypadku wykonawca B nie odniósł się do informacji zawartych w I i II Wyjaśnieniach, ograniczając się do ogólnikowych twierdzeń. Tym samym należy uznać, że uzasadnienia dla zastrzeżenia informacji po prostu brak.

Po trzecie – odwołujący wskazuje, że zamawiający nie dokonał żadnej analizy skuteczności zastrzeżenia, a jedynie bezkrytycznie przyjął oświadczenie o zastrzeżeniu złożone przez wykonawcę B. Tymczasem to na zamawiającym ciąży obowiązek sprawdzenia zasadności i skuteczności zastrzeżenia, a w przypadku, gdy okaże się, że wykonawca nie wykazał łącznego spełnienia się przesłanek ustawowych legalnej definicji przedsiębiorstwa – zamawiający jest zobowiązany uznać zastrzeżenia za nieskuteczne
i przyjąć, że informacje zawarte w dokumencie stanowią część jawną dokumentacji postępowania.

Odwołujący wskazuje, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa informacji jest możliwe jedynie w przypadku wykazania przez wykonawcę, który dokonuje takiego zastrzeżenia, łącznego ziszczenia się przesłanek określonych w przepisie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. wykazania, że:

a) dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa lub jest inną informacją, przy czym zastrzegana informacja musi posiadać wartość gospodarczą,

b) dana informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,

c) podjęto w stosunku do informacji niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odnośnie warunku pierwszego przyjmuje się, że informacje techniczne, technologiczne czy organizacyjne muszą mieć wartość gospodarczą dla danego wykonawcy. Przy czym
w każdym przypadku konieczne jest zarówno wskazanie w uzasadnieniu na konkretne informacje oraz podanie wartości gospodarczej. Takich cech nie ma żadne z 2 uzasadnień przedstawionych przez wykonawcę B.

Odnośnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja „nieujawniona do wiadomości publicznej" to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom. Badając skuteczność zastrzeżenia należy zatem zanalizować, czy rzeczywiście dane i informacje wskazywane w pismach przez wykonawcę B stanowią informacje nieujawnione, nieznane ogółowi. Jeśli poszczególne informacje zawarte w Wyjaśnieniach RNC są jawne – np. powołanie się na dane rynkowe, średnie stawki, itp., – to Wyjaśnienia RNC w tym zakresie nie mogą zostać skutecznie zastrzeżone.

Odnośnie zaś warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) – należy zaznaczyć, że podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich. Co więcej – wykonawca B ma obowiązek wykazać, że takie kroki podjął – a nie jedynie złożyć deklarację, że ta jest.

W ocenie odwołującego dokonane przez wykonawcę B zastrzeżenie jawności było
i jest dokonane bez podstawy prawnej i faktycznej – to na wykonawcy B – zgodnie
z obecnym stanem prawnym – ciąży obowiązek wykazania skuteczności i zasadności zastrzeżenia jawności. Otóż w poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednak stan prawny uległ zmianie przez nowelizację przepisu art. 8 ust. 3 SPzp. Odwołujący powołał się na uzasadnienie poselskiego projektu ustawy
o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) oraz na bogate orzecznictwo Izby – KIO 2446/15, KIO 1646/16, KIO 703/17, KIO 863/17, KIO 1342/17, KIO 154/18, KIO 200/18, KIO 1339/18, K 2132/18. Izba wielokrotnie podkreślała, że z przepisu art. 8 ust. 3 SPzp wynika, że na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Tymczasem, zdaniem odwołującego, wykonawca B złożył tylko takie ogólne uzasadnienie, bez dowodów i bez konkretów.

Przede wszystkim wykonawca B nie sprostał ciężarowi dowodu w zakresie kwestii charakteru zastrzeganych informacji oraz posiadania przez te informacji wartości gospodarczej. Ten istotny i niezbędny element uzasadnienia został całkowicie pominięty.
A zatem wykonawca B nie wykazał *de facto* gospodarczej wartości zastrzeżonych informacji.

Zgodnie z poglądami judykatury do skuteczności zastrzeżenia musi zostać spełniona przesłanka materialna, tzn. aby określone informacje mogły zostać objęte tajemnicą, przedsiębiorca musi wykazać, że ujawnianie obiektywnie mogłoby negatywnie wpłynąć na sytuację przedsiębiorcy (informacje takie muszą mieć choćby minimalną wartość gospodarczą) – tak Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 10 stycznia 2014 r., I OSK 2112/13. Pogląd ten reprezentuje także Krajowa Izba Odwoławcza, przykładowo w wyroku z 12 stycznia 2015 r., KIO 2784/14.

Odwołujący odniósł się odrębnie do każdego z ww. dokumentów:

I Wyjaśnienia RNC

a) Wyjaśnienia te są ogólnikowe i nie odpowiadają w sposób pełny i wystarczający na pytanie zamawiającego. I Wezwanie do wyjaśnień RNC z 11.09.2020 r. ma 13 stron – zamawiający zadaje w nim szereg bardzo szczegółowych pytań. W odpowiedzi wykonawca B złożył pismo, które ma 18 stron, z czego:

1) Strony 13 oraz połowa 4 – to ogólnikowe stwierdzenia, że cena jest rzetelna oraz szereg orzeczeń KIO; jest to część jawna;

2) Strony: 2 połowa 4 do 14 – wyjaśnienia, utajnione;

3) Strona 15 – spis załączników;

4) Strony 1618 – uzasadnienie zastrzeżenia.

Jak wynika z powyższego właściwe wyjaśnienia mieszczą się na 10,5 stronach.
I stanowią odpowiedź na pytania zawarte na 13 stronach. Zdaniem odwołującego nie jest technicznie możliwe, aby zaledwie na 10 stronach zawrzeć odpowiedź na tak szczegółowe pytania. Zatem I Wyjaśnienia ze swej istoty musza być ogólnikowe – a jako takie: nie zasługują na skuteczne zastrzeżenie, gdyż nie odnoszą się do rzeczywistych danych czy obliczeń.

b) Odwołującemu udostępniono całość uzasadnienia – wykonawca B nie wskazał, jaki charakter mają informacje zastrzeżone. Wykonawca B wskazał tylko, że zastrzeżono:

1) ceny jednostkowe usług;

2) sposób ich kalkulacji;

3) nakłady osobowe oraz rzeczowe.

A contrario – wszystkie inne informacje zawarte w I Wyjaśnieniach RNC nie zostały nawet zastrzeżone i powinny zostać udostępnione odwołującemu.

c) Jako argument na prawidłowość swojego działania wykonawca B wskazał, że nie zastrzegł ceny brutto oferty – jest to twierdzenie nierzetelne. Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 3 SPzp nie jest w ogóle możliwe zastrzeżenie informacji wskazanych w art. 86 ust. 4 SPzp, czyli właśnie informacji dotyczących ceny. Warto natomiast wskazać, że wykonawca B zastrzegł „Formularz ofertowy". Już samo to wskazuje na cel działań wykonawcy B
w zakresie zastrzegania kolejnych dokumentów – wyłącznie ograniczenie innym wykonawcom dostępu do swojej oferty. Wskazać należy, że zamawiający odtajnił „Formularz cenowy" (o czym dalej). Tym samym – wbrew twierdzeniom wykonawcy B z uzasadnienia – ceny jednostkowe są jawne. Tym samym kolejny raz uzasadnienie nie odnosi się do konkretnego stanu faktycznego.

d) Wykonawca B nie podał też wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, ograniczając się do stwierdzenia, że „informacja ta posiada istotną wartość gospodarczą" – nawet nie wiadomo, która właściwie informacja, przecież jest ich wiele w I Wyjaśnieniach RNC.

e) W zakresie warunku drugiego wskazano, że informacje te zna tylko wąskie grono pracowników, uzasadnienie ogranicza się do 1 zdania, a dalej kolejny raz cytowane jest orzeczenie Sądu.

f) Wykonawca B nie wykazał w ogóle, jakie niezbędne działania zostały podjęte przez członków Konsorcjum celem zachowania zastrzeganych informacji w poufności. W tej części uzasadnienia (dla warunku trzeciego) wykonawca B ponownie ograniczył się do cytowania orzecznictwa, zamiast przedstawić sposób funkcjonowania przedsiębiorstw

członków Konsorcjum w zakresie polityki zachowania poufności. Dowody w zakresie warunku trzeciego wykonawca B dołączył do II Wyjaśnień RNC, jednak nie mogą być one brane pod uwagę przy ocenie skuteczności zastrzeżenia I Wyjaśnień RNC.

Zdaniem odwołującego w uzasadnieniu ograniczono się jedynie do ogólnikowych stwierdzeń. Takie ogólnikowe twierdzenia nie czynią zadość wymaganiom postawionym przez ustawodawcę w przepisie art. 8 ust. 3 SPzp, a zatem zastrzeżenie jawności jest nieskuteczne. Na niedopuszczalność uznawania takich ogólnikowych uzasadnień za podstawę odmowy udostępnienia informacji wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku
z 6 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1358/18: „Izba uznała, że wykonawca H nie wykazał również jakie niezbędne działania zostały podjęte przez wykonawcę celem zachowania zastrzeganych informacji w poufności. […] Wykonawca H wykazując ziszczenie tej przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa ograniczył się jedynie do podania kilku ogólnych stwierdzeń. Zdaniem składu orzekającego wykonawca, który podejmuje określone działania, by chronić informacje w poufności, powinien wykazać wszystkie podjęte przez siebie środki
i szczegółowo je opisać, tak aby były one godne wiary".

II Wyjaśnienia RNC– pismo to ma 4 strony, z czego same wyjaśnienia zajmują 2 strony, dołączono do niego inne uzasadnienie zastrzeżenia jawności, liczące aż 7 stron. Pomimo że II Wyjaśnienia RNC dotyczą informacji już uprzednio przedstawianych w [Wyjaśnieniach RNC – uzasadnienie jest zupełnie inne, wykonawca B złożył nowy dokument uzasadnienia,
o innej treści. Podstawowym brakiem tego uzasadnienia jest brak wykazania wartości gospodarczej oraz brak odniesienia się do 3 konkretnych informacji, jakie są zawarte w II Wyjaśnieniach RNC. Uzasadnienie to mogłoby równie dobrze zostać dołączone do każdego innego dokumentu. W całym uzasadnieniu nie ma ani jednego odniesienia do któregokolwiek z elementów będących przedmiotem II Wyjaśnień RNC. Co więcej – wskazano, że zastrzeżone informacje dotyczą kwestii zupełnie innych, w ogóle nie związanych z treścią II Wyjaśnień RNC.

Istota problemu spoczywa w tym, że II Wyjaśnienia RNC dotyczą wyłącznie 3 kwestii:

– środka transportu Konsultanta, środka transportu zamawiającego,

– Personelu Biurowego,

– Usługi nadzoru w zakresie Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynieryjnej drogowej P. P. […]).

Wykonawca B o żadnej takiej informacji nie wspomniało w uzasadnieniu, za to wspomniało o informacjach, które w tym akurat dokumencie nie zostały zawarte. A zatem – nie doszło do skutecznego zastrzeżenia jawności II Wyjaśnień RNC, a to w wobec faktu, że wykonawca B dołączył do tych wyjaśnień uzasadnienie dotyczącego jakiegoś innego dokumentu.

Ogólnikowość I i II Wyjaśnień RNC, sprzeczność z treścią oferty – zamawiający ponownie wezwał wykonawcę B o złożenie wyjaśnień w zakresie następujących elementów: środek transportu Konsultanta, środek transportu zamawiającego, Personel Biurowy oraz Usługa nadzoru w zakresie Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynieryjnej drogowej P. P. L[…].

Wezwanie jest dostępne tylko w części, ale nawet z tej udostępnionej części wynika jedno: wykonawca B w I Wyjaśnieniach RNC złożył oświadczenia sprzeczne z treścią oferty w zakresie Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynieryjnej drogowej P. P. L[…], zapewne wskazując inną osobę do pełnienia tej funkcji. Taka sprzeczność I Wyjaśnień RNC z treścią oferty stanowi dowód na ich ogólnikowość, schematyczność, brak pokrycia w rzeczywistości. Odwołujący wskazuje w tym miejscu na przedmiotową kwestię, gdyż dowodzi ona jednego – Wyjaśnienia RNC złożone przez wykonawcę B nie dotyczą rzetelnego szacowania ceny oferty, a są zbiorem przypadkowych oświadczeń, nie mających nic wspólnego ze sposobem szacowania oferty. Jak inaczej można ocenić Wyjaśnienia RNC, w których na kluczowe stanowisko wykonawca wskazuje inną osobę, niż osobę wskazaną uprzednio w ofercie.

Wyjaśnienia w sprawie podwykonawstwa – zamawiający nie udostępnił fragmentu 1 zdania. Wadliwość zaniechania udostępnienia całości pisma wykonawcy B wynika z prostego faktu – wykonawca B w ogóle nie zastrzegł jawności tego pisma. Pismo liczy 1 stronę
i nie ma w nim najmniejszej wzmianki o tym, że zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa. zamawiający nie może domniemywać woli wykonawców objęcia jakiś informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Nawet jeśli wykonawca B uprzednio (w I Wyjaśnieniach RNC) zastrzegł jakąś informację, to takie zastrzeżenie nie rozciąga się automatycznie na wszystkie inne pisma. Skoro zaś wykonawca B złożył jawne pismo, nie zawierające wskazania, że pismo zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa ani nie załączył uzasadnienia – to pismo takie po prostu jest jawne. A zamawiający nie może podejmować decyzji, jakich nie podjął wykonawca.

Pisma zamawiającego: II Wezwanie do wyjaśnień RNCi Wezwanie w sprawie podwykonawstwa – zamawiający nie jest uprawniony do zastrzegania jawności swoich własnych pism, wynika to z faktu, że jest podmiotem publicznym. Jeśli nawet kieruje do wykonawcy pismo, w którym cytuje jakiś fragment pisma wykonawcy stanowiący jego tajemnicę przedsiębiorstwa, to co najwyżej taki cytat mógłby pozostać utajniony. Cała reszta pisma powinna być jawna. Tymczasem zamawiający utajnił (co wynika z kontekstu) nie tylko jakiś cytat czy powołanie się na I Wyjaśnienia RNC, ale także – swoje pytanie z tym związane. Jest to całkowicie niedopuszczalne. Pytanie zamawiającego powinno być jawne w każdym przypadku, zaś sam zamawiający ma ewentualnie obowiązek sformułować pytanie do wykonawcy, aby nie ujawniało ono niczyjej tajemnicy przedsiębiorstwa (o ile
w ogóle taka tajemnica zaistnieje, co nie ma miejsca w tym przypadku).

Podsumowując argumentację podniesioną w ramach zarzutu odwołujący wskazuje, że zarzut naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów prawa został wykazany. Zamawiający nie dokonał minimalnej nawet analizy skuteczności zastrzeżenia, w tym łącznego ziszczenia się przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

Na zakończenie odwołujący wskazuje na element stanu faktycznego postępowania – otóż zamawiający 10.09.2020 r. dokonał odtajnienia zastrzeżonych przez wykonawcę B elementów oferty:

– Zarządzenie o poufności wykonawcy B;

– Zarządzenie o poufności wykonawcy B;

– Formularz cenowy;

– Kryteria pozacenowe.

W uzasadnieniu swojej decyzji zamawiający wskazał na wszystkie okoliczności podnoszone przez odwołującego:

a)ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy dokonującym zastrzeżenia;

b)brak wykazania wyjątkowości czy specjalistycznego charakteru zastrzeganej informacji;

c) brak wykazania przewagi gospodarczej, jaką uzyskaliby konkurenci zapoznając się
z zastrzeżonymi informacjami;

d) uzasadnienie jest ogólne i możliwe do sporządzenia w każdym postępowaniu przez każdego wykonawcę.

Wobec powyższego zupełnie niezrozumiałe jest stanowisko zamawiającego – zauważył wadliwość uzasadnienia załączonego do oferty, ale nie zauważył tych samych wad
#x200ew uzasadnieniu dołączonym do I i II Wyjaśnień RNC.

Porównanie wszystkich 3 złożonych przez wykonawcę B uzasadnień dla zastrzeżenia kolejnych informacji wskazuje, że jakościowo i tak najlepsze i najpełniejsze było to uzasadnienie dołączone do oferty. Skoro jednak nawet ono nie zostało przez zamawiającego uznane za wystarczające, to zamawiający nie mógł następczo uznać za wystarczające dwóch kolejnych uzasadnień, dotyczących innych informacji.

Zamawiający 20.11.2020 r. ponownie dokonał odtajnienia szeregu innych dokumentów złożonych przez wykonawcę B – w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 SPzp. Także
w tym piśmie zamawiający wskazał na wadliwość zastrzeżenia jawności dokumentów, podając argumentację analogiczną do powyżej omówionej i co do zasady zgodną z argumentacją Zarzutu 2. W tym przypadku wykonawca B objął tajemnicą nawet uzasadnienie zastrzeżenia.

Zarzut 3 – zarzut EWENTUALNY – naruszenie art. 91 ust. 1 i 2 SPzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 SPzp i w zw. z art 90 ust. 1-3 SPzp i w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 SPzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy B, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz przez niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez wykonawcę B i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

W pierwszej kolejności odwołujący wskazał, że zarzut złożenia nieprawidłowych wyjaśnień RNC oraz zarzut nieprawidłowej oceny wyjaśnień RNC przez zamawiającego,
a w konsekwencji zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy B, powinien być oceniany dopiero po uzyskaniu przez odwołującego dostępu do całości pism objętych zarzutem 2, w szczególności I i II wyjaśnień RNC W zw. z tym przedmiotowy zarzut podnoszony jest jedynie z ostrożności procesowej. Odwołujący wskazuje, że zarzut naruszenia art. 90 ust. 13 i art. 89 ust. 1 pkt 4 SPzp powinien brać swój początek w wyjaśnieniach RNC (w treści tych wyjaśnień).

W przypadku, gdy Izba uzna za zasadny zarzut 2, odwołujący wniósł
o nierozpatrywanie zarzutu 3 jako przedwczesnego, z wyraźnym wskazaniem tej okoliczności w uzasadnieniu orzeczenia. Prawidłowość stanowiska odwołującego potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 3 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2368/18 lub w wyroku z 24 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 242/17. i w wyroku z 4 września 2017 r., sygn. akt KIO 1713/17.

Odwołujący wskazał, że zarzut trzeci jest zarzutem ewentualnym, podnoszonym tylko
w przypadku nieuwzględnienia zarzutu 2. Odwołujący nie jest wstanie podjąć pełnej polemiki z treścią I i II Wyjaśnień RNC właśnie wobec bezprawnego nieudostępnienia treści tych dokumentów. Dopiero po udostępnieniu treści I i II Wyjaśnień RNC odwołujący może przedstawić pełną argumentację. Podkreślić należy, że żaden przepis ustawy SPzp nie stoi na przeszkodzie temu, aby w odwołaniu podnosić zarzut główny oraz – na wypadek jego nieuwzględnienia – zarzut ewentualny. W przypadku nieujawnienia danego dokumentu –
a z taką sytuacją mamy do czynienia w postępowaniu – formułowanie zarzutu zaniechania jego ujawnienia oraz zarzutu ewentualnego dotyczącego skutków wadliwości tego dokumentu, jest właśnie działaniem racjonalnym i uzasadnionym. Z jednej strony trudno bowiem wykazać zasadność zarzutu sformułowanego w pewnej części na bazie domysłów czy domniemań, z drugiej strony poniechanie podnoszenia takiego zarzutu – przy oddaleniu zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa – skutkowałoby utratą możliwości podnoszenia tego zarzutu w przyszłości.

Domniemanie zaistnienia rażąco niskiej ceny. Ciężar dowodu

Rozpatrując przedmiotowy zarzut należy wziąć pod uwagę bardzo istotną kwestię –
w przedmiotowym postępowaniu powstało domniemanie prawne zaistnienia RNC w ofercie wykonawcy B – wynika to z faktu, że zamawiający wystosował wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 SPzp.

Niedopuszczalne II wezwanie

Zaistnienie powyższego domniemania skutkuje tym, że tak długo, jak nie zostanie ono obalone przez wykonawcę B – oferta wykonawcy B podlega odrzuceniu. Co więcej – obalenie tego domniemania powinno już w I Wyjaśnieniach RNC obejmować wszystkie elementy wskazane w I wezwaniu. Wezwanie to było bardzo szczegółowe i wykonawca B nie powinien mieć najmniejszych wątpliwości, jakie informacje i dowody jest zobowiązane zawrzeć w I Wyjaśnieniach. Tymczasem – jak wynika z treści II Wezwania – wykonawca B
w zakresie środka transportu Konsultanta, środka transportu zamawiającego oraz Personelu Biurowego nie złożył wystarczających wyjaśnień. Zamawiający wprost wskazał, że treść złożonych wyjaśnień jest niewystarczająca i zażądał dalszych. Tymczasem treść I Wezwania była na tyle szczegółowa, że nie było w tym konkretnym stanie faktycznym miejsca na dodatkowe wezwanie i dodatkowe wyjaśnienia. Wobec tak szczegółowej treści I Wezwania wszystkie braki I Wyjaśnień RNC muszą być rozstrzygane na niekorzyść wykonawcy B. Wykonawca B nie jest w stanie wykazać, że o coś nie był pytany, że nie wiedział, że jakąś kwestię ma wyjaśnić. Przy tym poziomie szczegółowości wezwania taka linia obrony wykonawcy B nie może się ostać.

Sprzeczność Wyjaśnień RNC z ofertą

Jak wynika z treści II Wezwania wykonawcy B w zakresie wykazania kosztów usługi nadzoru w zakresie Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynieryjnej drogowej powołał się na dowody i fakty inne, niż świadczenie usługi przez Pana P. L[…]. Tymczasem Pan P. L[…] został wskazany w ofercie jako osoba, która będzie pełnić funkcję Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynieryjnej drogowej. Wobec bezprawnego nieudostępnienia treści I Wyjaśnień RNC odwołujący nie wie dokładnie na czym ta sprzeczność polega – ale fakt zaistnienia sprzeczności jest obiektywny. wykonawca B wykazał koszt w przedmiotowym zakresie w sposób sprzeczny z ofertą. Już sama ta okoliczność uzasadnia wniosek o odrzucenie oferty wykonawcy B. Taka sprzeczność potwierdza bowiem główną tezę odwołania w tym zakresie – wyjaśnienia złożone przez wykonawcę B w zakresie ceny są wyjaśnieniami ogólnikowymi, nie odnoszącymi się do rzeczywistości, nie opartymi i rzeczywiste szacowanie ceny na etapie przygotowania oferty. Inaczej mówiąc – są one stworzone wyłącznie na potrzeby odpowiedzi na I Wezwanie i nie odzwierciedlają procesu przygotowania oferty i szacowania ceny.

Kwestia podwykonawstwa

Wykonawca B w ofercie wykreślił pkt 5 dotyczący podwykonawstwa, a zatem – złożył oświadczenie, że przy realizacji zamówienia nie będą powierzać podwykonawcom żadnych usług. Jak można wywnioskować z Pisma zamawiającego z 20.10.2020 r., tj. Wezwania
w sprawie podwykonawstwa, wykonawca B w I Wyjaśnieniach RNC wskazał, że pozycje Formularza cenowego 3.13.7 powierzy podwykonawcy. Zakres pkt 3-13.7 obejmuje większość działań promocyjnych.

W odpowiedzi wykonawca B w Wyjaśnieniach w sprawie podwykonawstwa złożył mętne wyjaśnienia:

– wykonawca B jest w trakcie rozważań, czy działania promocyjne wykona własnymi siłami czy powierzy komuś wykonanie,

– Powierzenie wykonania podmiotowi, z którym ma umowę ramową nie czyni takiego podmiotu podwykonawcą w rozumieniu kodeksu cywilnego, a jedynie „współpracownika ramowego".

Wyjaśnienie takie jest niewłaściwe. Zamawiający w SIWZ TOM I IDW wprost wskazał:

Pkt 5.5. lit. c: zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców, zgodnie z pkt 10.10 IDW.

Pkt 10.10: wykonawca, który zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

a) jest zobowiązany wypełnić część II sekcja D jednolitego dokumentu, w tym, o ile jest to wiadome, podać firmy podwykonawców;

b) nie jest zobowiązany do przedstawienia dla każdego podwykonawcy informacji wymaganych w części II Sekcja A i B oraz części III jednolitego dokumentu;

c) jest zobowiązany wskazać w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom.

A zatem z SIWZ wprost wynika, że zamawiający wymaga wskazania podwykonawców, zarówno w ofercie, jak i w JEDZ oraz że zamawiający uważa, że każdy podmiot – inny niż wykonawca – wykonujący część zamówienia jest podwykonawcą.

Po pierwsze, jak należy wnioskować z twierdzeń wykonawcy B i zamawiającego wskazanych w powyższych pismach – wykonawcy B w I Wyjaśnieniach RNC wprost wskazał, że usługi w zakresie promocji wykona konkretny podmiot za konkretną cenę, dołączając ofertę od tego podmiotu. Która to oferta ma być dowodem na prawidłowe oszacowanie ceny oferty. Skoro zatem wykonawca B złożył takie, a nie inne oświadczenie w I Wyjaśnieniach RNC, to następnie nie może próbować zmieniać treści I Wyjaśnień – że rozważa, że nie ma decyzji itp. Jeśli bowiem uznać za prawidłowe Wyjaśnienia w zakresie podwykonawstwa, to należałoby uznać, że I Wyjaśnienia RNC są nieprawidłowe, bo opierają się na ofercie, która to oferta nie była podstawą szacowania ceny.

Po trzecie – skoro wykonawca B z własnej i nieprzymuszonej woli dołączył do I Wyjaśnień RNC ofertę od podwykonawcy i na niej oparł wykazanie prawidłowości szacowania ceny w zakresie działań promocyjnych, to oznacza, że rzeczywiście oszacowało cenę oferty w ten sposób.

Tymczasem wykonawca B nie był uprawniony do wykazania, że szacowało cenę oferty w oparciu o ofertę od podwykonawcy. A to wobec oświadczenia, że żądnych podwykonawców zatrudniać nie będzie. Aby I Wyjaśnienia RNC można było uznać za prawidłowe, to wykonawca B powinien wykazać sposób szacowania ceny w inny sposób, w tym w szczególności zobowiązany był wykazać, że posiada odpowiedni sprzęt, który umożliwi mu wykonanie zamówienia w zakresie działań promocyjnych. Takich treści I Wyjaśnienia RNC nie zawierają. Z

1. samochód typu SUV – 14 dni od daty rozpoczęcia realizacji Usługi wyznaczonej poleceniem Kierownika Projektu do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności. Konsultant zapewni zamawiającemu ciągłość w korzystaniu ze środków transportu. W przypadku ujawnienia wady lub awarii Konsultant zapewni pojazd zastępczy w ciągu 24 godzin od zgłoszenia. Samochód zastępczy ma spełniać wymagania techniczne jak samochód podstawowy.

Środek transportu dla zamawiającego będzie spełniać niżej wymienione warunki:

1. Parametry i wyposażenie pojazdu nie będą gorsze niż określone w poniższej tabeli

Lp.	Wyposażenie i parametry	Samochód SUV, 5-drzwiowy
1	Napęd 4x4 (stały lub dołączany)	+
2	Układ stabilizacji toru jazdy (ESP)	+
3	System zapobiegający blokowaniu się kół podczas hamowania (ABS)	+
4	Lusterka zewnętrzne boczne podgrzewane sterowane elektrycznie	+
5	Minimum 2 poduszki po wietrzne	+
6	Klimatyzacja	+
7	Radio	+
8	Komplet podłogowych dywaników gumowych	+
9	Komplet opon zimowych, Komplet opon letnich	+
10	Wspomaganie układu kierowniczego	+
11	Regulowana kolumna kierownicy	+
12	Zestaw głośnomówiący	
13	Lampa błyskowa pomarańczowa na magnes z przedłużaczem (kogut)	+
14	Polskie świadectwo homologacji	+
15	Nie dopuszcza się samochodów z homologacją ciężarową (tzw. Kratka)	+

»Wymaga się aby użyczony samochód posiadał ważny przegląd techniczny i ubezpieczenie OC, AC, NNW i Assistance. Wymagane jest aby Konsultant zapewnił obsługę związaną z eksploatacją użyczonego samochodu (usługi

eksploatacyjne) oraz ponosił koszty eksploatacji tj. paliwa (rozliczanie bezgotówkowe), płynów, materiałów eksploatacyjnych, bieżących napraw, przeglądów technicznych, sezonowej wymiany opon, przechowywania opon, przedłużania ubezpieczenia, mycia samochodu cztery razy w miesiącu (dwa razy
w miesiącu w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności), sprzątania wnętrza samochodu raz w miesiącu, abonament na korzystanie z miejsc postojowych w strefie płatnego parkowania w Warszawie, na terenie miasta Lipsko. Wymaga się aby Konsultant zapewnił samochód zastępczy na czas naprawy i przeglądu.

Zamawiający zwróci samochód Konsultantowi niezwłocznie po wystawieniu Ostatecznego Świadectwa Płatności Konsultant może użyczyć samochód nowy bądź używany, jednak nie starszy niż czteroletni (4 lata liczone od pierwszej rejestracji) i z przebiegiem nie większym niż 80 tys. km. Wiek i przebieg samochodu będą liczone lub ustalane na dzień podpisania Umowy.

Konsultant będzie ponosił wszelkie koszty, za które otrzyma zapłatę zgodnie z poz. 1.4 oraz 4.4 Formularza Cenowego, związane z utrzymaniem, w tym limit średnio 6000 kilometrów na miesiąc (średnio 3000 kilometrów na miesiąc w okresie od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności), naprawą, przeglądami, ubezpieczeniami w celu zapewnienia prawidłowego działania pojazdu. Poniesie również koszty materiałów i usług eksploatacyjnych wskazanych powyżej«.

Zamawiający w I Wezwaniu wskazał bardzo dokładnie, jaki ma być zakres wyjaśnień:

- Wskazanie, jaki samochód, jego wiek, przebieg, wyposażenie, średnie spalanie;
- Wskazanie, w jaki sposób została skalkulowana cena jednostkowa, z uwzględnieniem:
- Przebiegu 6000km miesięcznie;
- Koszty przeglądów technicznych;
- Ubezpieczenie OC, AC, NNW i Assistance;
- Koszty obsługi związane z eksploatacją;
- Koszty paliwa;
- Koszty płynów, materiałów eksploatacyjnych;
- Koszty napraw;
- Koszty sezonowej wymiany opon, przechowywania opon;
- Koszty sprzątania wnętrza raz w miesiącu i mycia 4 razy w miesiącu;
- Koszty samochodu zastępczego na czas naprawy i zapewnienia auta zastępczego
w terminie 24 godzin.

Odwołujący przedstawił minimalny szacunkowy koszt czynników wskazanych w I Wezwaniu dla samochodu Dacia Duster z silnikiem wysokoprężnym 1,5 dci. Według analizy dokonanej przy składaniu oferty jest to najbardziej ekonomiczny samochód, spełniający kryteria SIWZ.

Koszty paliwa:

Według deklaracji producenta średnie zużycie paliwa to 5,5-5,6 l ON na 100 km (faktyczne jest o ok. 1 l wyższe). Średnie ceny paliwa w lipcu 2020 r. ON za 4,20-4,32 zł/l brutto. Wymagany przebieg miesięczny samochodu: 6 000 km.

Koszt miesięczny: 5,5*60*4,25 = 1402,50 zł.

Po odliczeniu 50% VAT (paliwo od samochodów osobowych) kwota jaką oferent powinien zabezpieczyć na ten cel to 1257,85 miesięcznie.

Koszty przeglądów

Przeglądy – co 30 000 km. Zgodnie z wymaganym limitem samochód w okresie realizacji robót może przejechać 44x6000 km = 264000. Oznacza to, że w okresie realizacji robót auto będzie musiało ok. 9 razy przejść przegląd w cenie ok. 700800. Nawet licząc 700 brutto – po odliczeniu 50% VAT daje to koszt jednostkowy 630 PLN, czyli w całym okresie koszt to 5650 PLN.

Koszty myjni

Najtańszy program na stacjach Orlen kosztuje 13,99 brutto – 4 mycia w miesiącu po odliczeniu 50% VAT to ok. 50 PLN miesięcznie.

Dodatkowo na sprzątanie wnętrza – trzeba oszacować na 50 PLN miesięcznie.

Ubezpieczenie

Koszt polisy na takie auto (odwołujący ma w swojej flocie podobne) to ok. 1359 PLN rocznie – 113,25 PLN miesięcznie.

Koszt badań technicznych

99 PLN brutto rocznie – co przez cały okres realizacji robót (po odliczeniu 50% podatku VAT) stanowi koszt 350 PLN.

Koszty abonamentów na parkowanie

Zamawiający wymagał, aby oferenci zapewnili abonament na korzystanie z miejsc postojowych w strefie płatnego parkowania w Warszawie i na terenie miasta Lipsko.

W mieście Lipsko nie ma płatnej strefy parkowania, natomiast w Warszawie nie można komercyjnie wykupić abonamentu i trzeba ponosić koszty opłat zgodnie ze stawkami ZDM, które w 2020 r. wynosiły:

-

- czwarta i kolejne godziny – po 3,00 zł.

Za 9 godzin parkowania to koszt 28,80. Należy założyć, że przynajmniej 10 dni
w miesiącu samochód będzie stał w płatnej strefie parkowania – daje to kwotę 288,00 PLN miesięcznie (bez możliwości odliczenia podatku VAT).

Jest to i tak mniejsza kwota, niż wykupienie abonamentu parkingowego na parkingu komercyjnym w Warszawie (koszt powyżej 300 PLN). Dodatkowo rozwiązanie takie nie spełnia wymagań SIWZ.

Opony

Przy zakładanym przez zamawiającego przebiegu 264 000 km będzie istniała konieczność zakupu przynajmniej 1 kompletu opon zimowych i 1 kompletu letnich (koszt ok. 2000 PLN brutto za komplet).

Do tego należy doliczyć koszty sezonowej wymiany i przechowywania opon. Nawet bez opłaty za przechowywanie – koszt wymiany opon to ok. 120 PLN. 7 wymian w okresie 44 miesięcy stanowi koszt 840 PLN.

Czyli łączny koszt utrzymania ogumienia w sprawności to 4840,00 PLN brutto i 4 340,88 PLN po odliczeniu 50% VAT.

Materiały eksploatacyjne

Płyn do spryskiwaczy – 1 pojemnik miesięcznie 20 PLN = 880 PLNprzez cały okres Wycieraczki – 1 komplet rocznie 150 PLN = 600 PLN przez cały okres Odgrzybianie klimatyzacji – rocznie 150 PLN = 600 PLN przez cały okres

Razem 2080 PLN – 1865,50 PLN po odliczeniu 50% VAT.

Samochód zastępczy

Biorąc pod uwagę, że przy przewidywanym przebiegu samochód będzie miał minimum 2 przeglądy rocznie oznacza to konieczność wynajęcia samochodu przynajmniej na 2 dni
w roku. Dodatkowo należy przewidzieć przynajmniej 2 dni na naprawy, które na pewno będą miały miejsce – wymiana klocków hamulcowych, rozrządu, tarcz hamulcowych, elementów zawieszenia. Średnia cena wynajęcia takiego auta to ok. 150 PLN/dobę brutto – łącznie
w całym okresie 15 dni to koszt 2250 PLN brutto i 2017,94 PLN po odliczeniu 50% VAT.

Powyższa kalkulacja nie uwzględnia konieczności zapewnienia auta zastępczego podczas nieplanowanych awarii, które przy przebiegu ponad 200 000 km zapewne wystąpią.

Planowe naprawy

Poniżej przybliżony wykaz planowych napraw eksploatacyjnych (według średnich cen
z Internetu).

- Wymiana rozrządu co 100 000 km = 1122 PLNx2 = 2244 PLN,
- Wymiana klocków hamulcowych co ok. 50 000 km = 275 PLN x5 = 1375 PLN,
- Wymiana sprzęgła (dwumasa) po ok. 200 000 przebiegu = 2500 PLN,
- Wymiana amortyzatorów co ok. 100 000 km = 2x1100 PLN = 2200 PLN,
- Wymiana tarcz hamulcowych co ok. 100 000 km = 2x 770 PLN = 1540 PLN,

Razem: 9859,00 PLN brutto – 8842,15 PLN po odliczeniu 50% VAT.

Podsumowanie kosztów

Rodzaj kosztu	jednostka	liczba	cena jednostkowa	Suma PLN
paliwo	miesiąc	44	1 257,85	55 345,40
przeglądy	ryczałt	1	5 650,00	5 650,00
Mycie i sprzątanie	miesiąc	44	100,00	4 400,00
Badania techniczne	ryczałt	1	350,00	350,00
Ubezpieczenie	miesiąc	44	113,25	4 983,00
Opony	ryczałt	1	4 340,88	4 340,88
Opłaty parkingowe	miesiąc	44	288,00	12 672,00
Materiały eksploatacyjne	ryczałt	1	1865,50	1865,50
Samochód zastępczy	ryczałt	1	2 017,94	2 017,94
Naprawy eksploatacyjne	ryczałt	1	8 842,15	8 842,15
			RAZEM	100 466,87

Tymczasem kwota, jaką wykonawca B uwzględnił w swojej ofercie na pokrycie wszystkich kosztów związanych z zakupem i eksploatacją środka transportu zamawiającego wynosi 101 200,00 PLN (pozycja 1.4 Formularza cenowego). Jak widać z powyższej – bardzo oszczędnej kalkulacji kwota ta jest wystarczająca jedynie na pokrycie bieżących kosztów eksploatacji.

Kwota ta nie uwzględnia już kosztów nieprzewidzianych napraw, które przy takiej eksploatacji muszą się wydarzyć (choćby wymiana żarówek), rezerw związanych ze wzrostem cen paliwa, kosztów związanych z wyższym, niż przewiduje producent zużyciem paliwa.

Przede wszystkim jednak kwota z pozycji 1.4 Formularza cenowego nie uwzględnia kosztów zakupu samochodu dla zamawiającego. Nawet kupno używanego auta spełniającego parametry SIWZ to wydatek minimum 45 000 PLN.

Gdyby wykonawca B dysponowało takim samochodem, to musiałoby wskazać na taką okoliczność w I Wyjaśnieniach RNC oraz przedstawić dowody. Skoro zamawiający wystosował II Wezwanie w zakresie właśnie środka transportu zamawiającego, to należy uznać, że I Wyjaśnienia RNC nie odpowiadają w sposób należyty i udokumentowany wymaganiom I Wezwania.

Odwołujący podnosi też, że wskazanie przez wykonawcę B innego modelu niż Dacia Duster 1,5 dci oznacza, że musiałby też wskazać w I Wyjaśnieniach RNC wyższe koszty eksploatacyjne (spalanie, części).

13. Personel Biurowy i Personel Pomocniczy

W tym zakresie odwołujący w całości wskazał na argumentację wskazaną w Zarzucie 1.

Zarzut 4: Naruszenie art. 91 ust. 1 i 2 SPzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 SPzp i w zw.
z art. 7 ust. 1 i 3 SPzp przez dokonanie oceny ofert z naruszeniem przepisów ustawy SPzp oraz kryteriów oceny ofert i zaniechanie wykluczenia wykonawcy B z postępowania, pomimo niewykazania spełniania przez wykonawcę B warunku udziału w postępowaniu

Zamawiający w punkcie 9.7.1.b SWIZ Tom I IDW wskazał, że wykonawca na wezwanie zamawiającego zobowiązany jest do złożenia:

„c) wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert,
a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencie bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert".

Wykonawca B złożył co prawda „Wykaz usług – Zdolność zawodowa wykonawcy", jednak bez załączenia dowodów należytego wykonania, a także bez wskazania, dlaczego takie dokumenty nie zostały dołączone.

Zamawiający 20.11.2020 r. wezwał wykonawcę B na podstawie art. 26 ust. 3 SPzp do złożenia dokumentu

potwierdzającego należyte wykonanie lub też wskazania, że są one
w posiadaniu zamawiającego, z podaniem znaku lub numeru postępowania, w którym wykonawca B składał już takie dokumenty.

W odpowiedzi wykonawca B pismem z 20.11.2020 r. złożył dokumenty, które – według jego wskazania – potwierdzają, że usługa wskazana w Wykazie usług została wykonana należycie. Były to:

a) Świadectwo Przejęcia Robót z 2.06.2020 r.

b) Wniosek o wystawienie referencji z 16.06.2020 r.

Żaden z ww. dokumentów nie potwierdza, że przedmiotowa usługa została wykonana
w sposób należyty, czego wymagał w SIWZ zamawiający. Załączone Świadectwo Przejęcia Robót nie potwierdza należytego wykonania usług przez wykonawcę B i w ogóle nie dotyczy świadczenia usług przez wykonawcę B:

a) Świadectwo Przejęcia Robót dotyczy realizacji robót budowlanych przez wykonawcę robót budowlanych – Budimex SA,

b) Dokument jest sporządzony i podpisany przez wykonawcę B,

c) W Świadectwie wykonawcy B zaświadcza, że całość Robót budowlanych została ukończona zgodnie z kontraktem.

Świadectwo Przejęcia Robót w żadnym stopniu nie dotyczy usług świadczonych przez wykonawcę B.

Zresztą trudno, aby wykonawca B potwierdzał należyte wykonanie usług przez samego siebie.

Drugi załączony dokument to Wniosek o wystawienie referencji z 16.06.2020 r.
Z dokumentu tego nic nie wynika. W szczególności wykonawca B nie wskazał, czy podmiot GDDKiA Oddział w Kielcach odpowiedział na ten wniosek, czy też nie odpowiedział, itp.
Z całą jednak pewnością fakt złożenia takiego wniosku nie jest dowodem, że z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest wstanie uzyskać referencji potwierdzającej należyte wykonanie zamówienia. Wykonawca B nie dołożył minimalnej nawet staranności w wykazaniu, że zaszły jakieś przyczyny o obiektywnym charakterze, zgodnie z którymi podmiot GDDKiA Oddział w Kielcach odmówił wydania referencji czy też przedłuża wydanie takich referencji aż do 5 miesięcy (od złożenia wniosku do dnia złożenia dokumentów w postępowaniu). Co więcej – wykonawca B nie wykazał nawet tego, że przedmiotowy wniosek został złożony do podmiotu GDDKiA Oddział w Kielcach.

Mając na uwadze powyższe nie można uznać, że usługa pn.: „Pełnienie nadzoru nad realizacją Robót oraz zarządzaniem Kontraktem pn. „Budowa drogi ekspresowej S7 na odcinku granica województw mazowieckiego i świętokrzyskiego – węzeł drogowy – kolejowy w Skarżysku Kamienna" została wykonana należycie.

Jak wynika z powyższego – wykonawca B nie wykazał spełniania warunków udziału
w postępowaniu. Wykonawca B nie może też zostać wezwane do uzupełnienia dokumentów, gdyż takie wezwanie zamawiający już do wykonawcy B wystosował.

Zarzut 5. Naruszenie art. 91 ust. 1 i 2 SPzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 SPzp
i w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 SPzp przez dokonanie oceny ofert z naruszeniem przepisów ustawy SPzp oraz kryteriów oceny ofert i zaniechanie wykluczenia wykonawcy B z postępowania, pomimo że wykonawca B przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego lub wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu

W zakresie stanu faktycznego odwołujący wskazał na stan faktyczny opisany w Zarzucie 4 – wykonawca B podał w Wykazie usług informacje wprowadzające w błąd zamawiającego. Wykonawca B przez zamieszczenie w Wykazie usług projektu pn.: „Pełnienie nadzoru nad realizacją Robót oraz zarządzaniem Kontraktem pn. „Budowa drogi ekspresowej 57 na odcinku granica województw mazowieckiego i świętokrzyskiego – węzeł drogowy – kolejowy w Skarżysku Kamienna" złożyło oświadczenie, że zdaniem wykonawcy B usługa ta została wykonana należycie. Tymczasem według najlepszej wiedzy odwołującego przedmiotowa usługa nie została wykonana należycie, wykonawca B naruszył warunki umowy i została mu naliczona kara umowna. Zapewne ta okoliczność jest przyczyną nie wystawienia przez podmiot GDDKiA Oddział w Kielcach referencji potwierdzających należyte wykonanie umowy.

Powyższe realizuje przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 SPzp. Powołanie się na usługę, która nie została należycie wykonana, jest z pewnością wprowadzeniem zamawiającego w błąd – i to w wyniku czynności wykonawcy, które realizuje oba stopnie winy, zarówno lekkomyślność lub niedbalstwo wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 17 SPzp jak i rażące niedbalstwo wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 16 SPzp.

Odwołujący podkreślił, że od wykonawcy B należy oczekiwać staranności na poziomie profesjonalisty – tak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 13.02.2018 r., sygn. akt KIO185/18: „Wykazanie wykonawcy niedbalstwa czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji należy mieć na uwadze art. 355 § 1 Kc, zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność)".

W świetle powyższego stanowiska – skoro wykonawca B wiedział, że zostały mu naliczone kary oraz skoro nie uzyskało od GDDKiA Oddział Kielce potwierdzenie należytego wykonania usługi, to z całą pewnością nie dołożyło należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu informacji w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

A zatem wykonawca B, jako podmiot w pełni profesjonalny, niewątpliwie przed złożeniem dokumentów powinien dokonać dokładnej weryfikacji składanych przez siebie informacji, w szczególności informacji tak kluczowych z punktu weryfikacji oferty przez zamawiającego, jak informacje składane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału
w postępowaniu. Na kluczowe znacznie właśnie oświadczeń składanych przez wykonawców zwróciła uwagę Izba w wyroku KIO 531/18: Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020), która weszła w życie z dniem 28 lipca 2016 r. wprowadziła liczne zmiany, między innymi
w zakresie dokumentów składanych przez wykonawców oraz formy w jakiej te dokumenty mają być składane. Ustawodawca krajowy przewidział, za prawodawcą unijnym, że głównym źródłem wiedzy zamawiającego odnośnie spełniania warunków udziału w postępowaniu, elementów mogących mieć wpływ na ocenę w kryteriach oceny ofert, jak też elementów związanych z przedmiotem zamówienia, staną się oświadczenia własne wykonawcy. Odzwierciedleniem tego podejścia jest przepis art. 24aa SPzp, zgodnie z którym zamawiający, opierając się na oświadczeniu podmiotu składającego ofertę, dokonuje oceny złożonych ofert, ograniczając się następnie do badania oferty uznanej za najkorzystniejszą. Tym samym innego niż dotychczas znaczenia nabierają kwestie prawdziwości oświadczeń składanych przez wykonawcę w toku postępowania, jak też rzetelność przekazywanych informacji. Skutkiem bowiem prezentowanych przez wykonawcę danych jest nie tylko kwestia oceny zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia

z SIWZ, spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale też uzyskanie określonej pozycji w rankingu ofert, a w rezultacie uznanie oferty tego wykonawcy za najkorzystniejszą.

Podkreślić też należy, że w przypadku ziszczenia się przesłanki określonej w art. 24 ust. 1 pkt 16 czy 17 SPzp nie jest możliwe następcze zastąpienie nieprawdziwej informacji informacją prawdziwą, tj. w tym przypadku złożenie nowego wykazu usług z jakąś nową usługą. Tak przykładowo wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 7 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 927/19.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 1.02.2021 r. (art. 514 ust. 2 NPzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 2.02.2021 r. (art. 524 NPzp).

5.02.2021 r. wykonawca Ayesa Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rudzie Śląskiej złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie odwołującego. Przystępujący przekazał kopie przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu (art. 525 NPzp).

5.02.2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia [1] INKO Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie [pełnomocnik] i [2] MP Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie złożyli Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie odwołującego. Przystępujący przekazał kopie przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu (art. 525 NPzp).

5.02.2021 r. wykonawca B złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego. Przystępujący przekazał kopie przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu (art. 525 NPzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu otwarcia rozprawy 9.03.2021 r. (art. 521 NPzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania zamówieniowego przedstawionej przez zamawiającego, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Ze względu na treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 oraz z 2020 r. poz. 1086), zgodnie z którym to przepisem do postępowań odwoławczych, o których mowa w art. 89 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 1086, dalej SPzp), 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. poz. 2019 oraz z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275, 2320, dalej „NPzp"), Izba do postępowania odwoławczego w rozpoznawanej sprawie zastosowała przepisy NPzp.

Wobec spełnienia wymogów określonych w art. 525 NPzp Izba stwierdziła skuteczność przystąpień zgłoszonych przez:

A) wykonawcę Ayesa Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rudzie Śląskiej zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;

B) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] INKO Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie [pełnomocnik] i [2] MP Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;

C) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie [pełnomocnik] i [2] BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutów drugiego i czwartego.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 505 ust. 1 NPzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 528 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (zwłaszcza postanowienia SIWZ oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba wzięła pod uwagę **dowody** złożone przez:

1) **odwołującego;**
   - a) **[O–1]** wniosek do PFRON i odpowiedź,
   - b) **[O–22–1 i 2]** – informacja składana miesięcznie do **PFRON** o zatrudnieniu osób niepełnoprawnych, z którego wynika, że **odwołujący** zatrudnia **6 osób niepełnosprawnych,**
   - c) [**O–22–3**] – oferty najmu samochodów razem z ubezpieczeniem i wymianą opon odpowiednio dla **10 000 km – 1 174 zł – i dla 30 000 km – 1 436 zł**. Wynika z tego, że na **72 000 km** musiałby być koszt znacznie wyższy, co najmniej **1 800 zł** a nawet **2 000 zł miesięcznie**,
   - d) **[O–22–4]** – wniosek do GDDKiA o informację publiczną i odpowiedź w celu wykazania, że **konsorcjum B** miało 13 razy obniżone wynagrodzenia z tytułu obniżonej jakości wykonania usługi,
   - e) **[O–22–5]** – referencje wystawione przez GDDKiA oddział w Szczecinie na okoliczność, że **GDDKiA** wystawia referencje po doprowadzeniu do wystawienia świadectwa przejęcia, gdy nie ma wątpliwości, że usługa była świadczona należycie;
2) **zamawiającego** – **[Z–1]** pismo z **11.01.2021 r.** GDDKiA Oddział w Kielcach jako dowód na stwierdzenie przez Oddział w Kielcach właściwego wykonania zamówienia;
3) **przystępującego A:**
   - a) **[PA–1]** – tabela zgodności PFRON, na podstawie której bada się zgodność dostosowania stanowiska pracy do potrzeb osób niepełnosprawnych,

b)**[PA–2]** broszura informacyjna po tytułem „Sprawni i niepełnosprawni – jak należy dostosowywać stanowiska do potrzeb osób niepełnosprawnych”, dowody złożone, aby obalić twierdzenia **przystępującego B**, że nie musiał poczynić nakładów na zatrudnienie osób niepełnosprawnych o znacznym stopniu niepełnosprawności;

4)**przystępującego B:**

a)**[PB–1]** – zestawienie wartości umowy po aneksie, zestawienie faktur sprzedażowych, wyciąg z rachunku bakowego obrazujący wpływy od **zamawiającego** na rzecz **wykonawcy B** na okoliczność, że z wynagrodzenia na tym kontrakcie nie potrącono **wykonawcy B** żadnych innych kwot oprócz kary umownej,

b)**[PB–22–1]** objęty tajemnicą przedsiębiorstwa – na wykazanie okoliczności, że **wykonawca B** nie pogodził się z tą karą umowną (pismo **przystępującego B** do **zamawiającego w Kielcach** z **29.03.2019 r. i z 10.12.2020 r.**).

W ocenie Izby zarzut drugi – naruszenia art. 7 ust. 1 SPzp w zw. z naruszeniem art. 8 ust. 1, 2 i 3 SPzp w zw. z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie SPzp – przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu:

a)pisma wykonawcy B z 22.09.2020 r. wraz z załącznikami
b)pisma wykonawcy B z 14.10.2020 r. wraz z załącznikami
c)pisma wykonawcy B z 22.10.2020 r.
d)pism zamawiającego z 8.10.2020 r. i z 20.10.2020 r.

– pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
a ponadto wykonawca B nie dokonał skutecznego zastrzeżenia informacji zamieszczonych
w tych dokumentach – zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne zgodnie z art. 8 ust. 1 SPzp, który to przepis brzmi »Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne«. Jednak – zgodnie z art. 8 ust. 2 SPzp – zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji w przypadkach określonych w ustawie; art. 8 ust. 2 SPzp brzmi »Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie«. Wyjątek od zasady jawności postępowania został unormowany w art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze SPzp, który to przepis brzmi »Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa«. Ustawowa definicja tajemnicy przedsiębiorstwa została podana w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649) i przepis ten brzmi »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«. Tak więc wykonawca pragnący zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa [dalej TP] powinien wykazać, że zastrzegana treść informacji:

1)zawiera informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne lub inne posiadające wartość gospodarczą;
2)nie jest powszechnie znana lub nie jest łatwo dostępna osobom z danej branży;
3)jest objęta działaniami w celu utrzymania ich w poufności przez uprawnionego do korzystania z tych informacji lub rozporządzania nimi.

Przystępujący B składając dwukrotnie wyjaśnienia w przedmiocie ceny oferty, aby móc zastrzec je jako tajemnicę przedsiębiorstwa, powinien równocześnie wykazać zasadność dokonania takiego zastrzeżenia, tj. wykazać, że spełnione zostały wszystkie przesłanki,
o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. i to w odniesieniu do wszystkich informacji przedstawionych w wyjaśnieniach. Przy czym podkreślić trzeba, że obowiązek „wykazania”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 SPzp oznacza coś więcej niż jedynie wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. W ocenie Izby pod tym pojęciem należy rozumieć nie tylko złożenie samego oświadczenia, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również, w okolicznościach konkretnej sprawy, udowodnienie czy co najmniej uprawdopodobnienie takiego stanu rzeczy. W ocenie Izby wykonawca B nie wykazał istnienia przesłanek warunkujących skuteczność zastrzeżenia informacji przedstawionych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Podejmowane przez wykonawcę B podczas rozprawy próby wykazania spełnienia przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. należy uznać za działanie spóźnione, gdyż zasadność dokonania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca powinien wykazać zamawiającemu najpóźniej w chwili przedstawiania danych informacji,
a nie na etapie postępowania odwoławczego przed Izbą.

Przedstawione w ramach pierwszych i drugich wyjaśnień uzasadnienie zawiera głównie teoretyczne wywody odwołujące się do poglądów orzecznictwa, które mogą zostać wykorzystane na potrzeby każdego postępowania. Treść zastrzeżenia nie odnosi się wprost do informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, tymczasem to w odniesieniu do tych informacji wykonawca B powinien wykazać ich poufny charakter. Obowiązkiem wykonawcy B było wykazanie, że to te właśnie informacje, które zawarł w wyjaśnieniach, posiadają wartość gospodarczą, że nie są to informacje powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo określone informacje nie są łatwo dostępne dla takich osób oraz że wykonawca B podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania
w celu utrzymania informacji w poufności. Tymczasem przedstawione uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie są skonkretyzowane, a ogólne.

Przykładowo w piśmie z 22.09.2020 r. wykonawca B złożył tylko ogólne zastrzeżenie
z bogatym przytoczeniem orzecznictwa Sądu Najwyższego i Krajowej Izby Odwoławczej
w innych sprawach, ale bez przytoczenia konkretnych powodów, dla których wykonawca B wnioskował zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa [TP] dla ponad 11 stron tekstu, a w tym około 1/3 strony wykazu załączników. Wykonawca B nie załączył także żadnych dowodów, mających potwierdzić, że podjął przy zachowaniu należytej staranności działania zmierzające do zachowania w poufności informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Zauważyć należy, że zamawiający weryfikując czy powyższa przesłanka z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. została spełniona, powinien dysponować informacjami i dokumentami, które mu na taką pozytywną weryfikację pozwolą. Wykonawca B zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa jedynie w sposób ogólny wskazał na okoliczności takie jak ograniczenie dostępu do tych informacji,

niemniej szerzej stosowanych środków nie opisał ani nie wyjaśnił, nie złożył również żadnych dowodów, które potwierdzałyby rzeczywiste podjęcie działań w celu zachowania informacji przedstawionych w wyjaśnieniach w poufności. Zaniechanie to uniemożliwiło zamawiającemu przeanalizowanie po pierwsze czy wykonawca B faktycznie wdrożył procedury w celu ochrony informacji poufnych, na które się powoływał, a po drugie czy te procedury są skuteczne i czy rzeczywiście mogły być one uznane za działania wystarczające do zachowania zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji
w poufności. Zamawiający, dysponując jedynie lakonicznym oświadczeniem wykonawcy B nie był w stanie zweryfikować prawdziwości tego oświadczenia wykonawcy B i potwierdzić, że u wykonawcy B rzeczywiście obowiązują określone metody ochrony informacji. Przy czym w ocenie Izby wykazanie powyższych okoliczności nie było obiektywnie problematyczne czy utrudnione, ponieważ działania mające na celu zachowanie poufności określonych informacji co do zasady przybierają materialną postać. Co więcej, takie dowody wykonawca B załączył do drugich wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, co potwierdza, że wykonawca B miał obiektywną możliwość ich przedstawienia już wraz z pierwszymi wyjaśnieniami.

Wykonawca B nie wykazał także skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w drugich wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Również w tym przypadku argumentacja była lakoniczna, wykonawca B przytoczył tylko ogólne powody zastrzeżenia TP, nie wskazał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji.

Ponadto, tak jak w przypadku pierwszych wyjaśnień, dużą część tego uzasadnienia stanowią przytaczane fragmenty wyroków w sprawach niezwiązanych z konkretnym, rozpoznawanym postępowaniem zamówieniowym. Izba wskazuje, że na gruncie u.z.n.k. ochronie podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się wartością gospodarczą. Nie wystarczy stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi ona także przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Zgodnie z zasadą jawności wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z tym, że ich oferty co do zasady będą jawne. Wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, co oznacza że samo subiektywne przekonanie o wartości posiadanych przez danego wykonawcę informacji nie stanowi dostatecznego uzasadnienia. W ocenie Izby za niewystarczające uznać należy takie uzasadnienie, które poza przywołaniem tez orzeczniczych ogranicza się do lakonicznych twierdzeń. Wykonawca B nie przedstawił przekonujących argumentów, z jakich względów właśnie te konkretne informacje przedstawione w wyjaśnieniach, miałyby stanowić informacje posiadające wartość gospodarczą i dlaczego. Sam fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby objąć ochroną przed konkurentami i nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. W przedmiotowej sprawie wykonawca B oparł swoje przekonanie o wartości gospodarczej informacji przedstawionych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny na ogólnych, subiektywnych stwierdzeniach, pozbawionych szerszego uzasadnienia, nie przedstawiając także żadnych danych pozwalających na obiektywne zweryfikowanie jego przypuszczeń i uznanie, że wyjaśnienia faktycznie zawierają unikalny zbiór danych posiadają wymierną wartość gospodarczą. Dodać należy, że nawet w sytuacji, gdy określone informacje ze swej istoty czy charakteru mogą faktycznie posiadać pewną wartość gospodarczą, to nie uprawnia to ani Izby, ani zamawiającego do utajnienia tych informacji, w sytuacji gdy wykonawca nie wywiązał się z obowiązku wykazania poufnego charakteru danych informacji. To wykonawca jest dysponentem tych informacji i to na nim spoczywa ciężar wykazania konieczności udzielenia im ochrony. Zaniechanie udostępnienia konkurencyjnym wykonawcom informacji, co do których nie wykazano, aby posiadały jakąkolwiek wartość gospodarczą, nie sprzyja ani transparentności postępowania, ani zachowaniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Z kolei, jak wynika z dokumentacji postępowania, pismo z 22.10.2020 r. w ogóle nie zawiera zastrzeżenia w zakresie objęcia informacji w nim zawartych tajemnicą przedsiębiorstwa, nie sposób zatem uznać aby wykonawca B zamanifestował swoją wolę do utajnienia treści tego pisma. Mając na uwadze bezzasadność zastrzeżenia TP w pismach składanych przez wykonawcę B, niczym nieuzasadnione było także utajnienie treści kierowanych do wykonawcy B przez zamawiającego wezwań z 8.10.2020 r. i z 20.10.2020 r. – powinny zostać one udostępnione zainteresowanym, zgodnie z art. 8 ust. 1 SPzp.

Izba ponadto zauważa, że odwołujący w ogóle nie uzasadnił pierwszego zarzutu odwołania w zakresie naruszania art. 7 ust. 1 SPzp ani art. 96 ust. 3 zdanie drugie SPzp
w związku z tym Izba nie rozpoznawała zarzutu drugiego pod kątem naruszenia tych przepisów. Art. 7 ust. 1 SPzp brzmi »Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności
i przejrzystości«, a art. 96 ust. 3 zdanie drugie SPzp brzmi »Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu«.

Jak z tego wynika w ocenie Izby zarzut drugi – naruszenia art. 8 ust. 1, 2 i 3 SPzp – zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby zarzut czwarty – naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 SPzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 SPzp i w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 SPzp – przez dokonanie oceny ofert z naruszeniem przepisów ustawy SPzp oraz kryteriów oceny ofert i zaniechanie wykluczenia wykonawcy B
z postępowania, pomimo niewykazania spełniania przez wykonawcę B warunku udziału
w postępowaniu – zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający w tomie I Instrukcja dla wykonawców (IDW) rozdz. 9 ust. 9.7 pkt 1 lit. c SIWZ postawił wymóg cyt. »Na wezwanie zamawiającego wykonawca zobowiązany jest do złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów […] wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych,
w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są **referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane**, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – **oświadczenie wykonawcy**; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert«.

Izba stwierdziła, że wykonawca B złożył „Wykaz usług – Zdolność zawodowa wykonawcy". Do wykazu wykonawca

B nie załączył referencji ani innych dokumentów potwierdzających należytą realizację zadań wskazanych w Wykazie. Dlatego zamawiający 20.11.2020 r. wezwał na podstawie art. 26 ust. 3 SPzp wykonawcę B cyt. »do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu«, gdyż wykonawca B cyt. »10.11.2020 r. złożył formularz „Zdolność zawodowa – Wykonawcy (Wykaz usług)" bez załączenia dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie«. I dalej zamawiający – powołując się na § 10 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126) [dalej rozporządzenie sprawie rodzajów dokumentów] – oświadczył o możliwości nie tylko złożenia wymaganych dokumentów, ale i wskazania, że dokumenty te znajdują się w posiadaniu zamawiającego, cyt. dosłowny »Zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia paragraf 10 ust. 2 w przypadku wskazania przez wykonawcę oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w § 2, § 5 i § 7, które znajdują się w posiadaniu Zamawiającego, w szczególności oświadczeń lub dokumentów przechowywanych przez Zamawiającego zgodnie z art. 97 ust. 1 ustawy, zamawiający w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy, korzysta z posiadanych oświadczeń lub dokumentów, o ile są one aktualne.

Art. 26 ust. 3 SPzp brzmi »Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania«.

W wymaganym terminie wykonawca B 20.11.2020 r. złożył odpowiedź cyt. »Szanowni Państwo, Niniejszym, jako Lider Konsorcjum firm: BBC Best Building Consultants. Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z., z siedzibą przy ul. Gen. Bema 42A, 96-300 Żyrardów (Lider) i BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą przy Al. Jerozolimskie 155 lok. U3 (Partner) (zwane dalej BBC), w odpowiedzi na pismo z dnia 20.11.2020 r. stanowiące wezwanie do złożenia dokumentów, w załączeniu przedkładamy dowody potwierdzające, iż usługa wskazana w Wykazie osób została wykonana należycie. Jednocześnie informujemy, iż załączniki niniejszego pisma stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. [podpis] Załączniki: 1. Świadectwo Przejęcia Robót z dnia2.06.2020 r. 2. Wniosek o wystawienie referencji z dnia 16.06.2020 r.«.

Izba stwierdza, że z zacytowanej wyżej dosłownie i w całości odpowiedzi wykonawcy B wynika, że wykonawca B nie przedstawił żadnych dokumentów, do których złożenia wezwał zamawiający, zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, który to przepis brzmi: »W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów […] wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu«.

W ocenie Izby nie można uznać, że wykonawca B wykazał należyte wykonanie referencyjnej usługi.

Świadectwo Przejęcia Robót z dnia2.06.2020 r. nie odnosiło się do należytego wykonania usługi nadzoru, ale odnosiło się do wykazania prawidłowego (należytego) wykonania robót budowlanych przez wykonawcę robót budowlanych – wykonawcę B…x S.A. i było wystawione przez Inżyniera Kontraktu [którym był właśnie obecny wykonawca B], cyt.

»ŚWIADECTWO PRZEJĘCIA ROBÓT [budowlanych – przyp. Izby]

Budowa drogi ekspresowej S-7 na odcinku granica województw mazowieckiego/świętokrzyskiego – węzeł drogowo – kolejowy w SkarżyskuKamienna

Zgodnie z Subklauzulą 10.1 Warunków Kontraktowych zaświadczamy, że całość Robót [budowlanych – przyp. Izby] została ukończona zgodnie z Kontraktem (Umowa nr […] z dnia […]) wraz z jej późniejszymi zmianami tj. w zakresie:

I. Wystawionego Świadectwa Przejęcia Części Robót [budowlanych – przyp. Izby], zgodnie z Subklauzulą 10.2 Warunków Kontraktu w dniu 24.02.2020 r. oraz

II, Pozostałych Robót objętych powyższym Kontraktem z wyłączeniem zakresu objętego wystawionym Świadectwem Przejęcia Części Robót [budowlanych – przyp. Izby] z dnia 24.02.2020 r.

Wykonawca do dnia 09.05.2020r. wykonał zobowiązania określone w Subklauzuli 8.2 Warunków Kontraktu oraz sporządził i zgromadził kompletne dokumenty i oświadczenia wymagane ustawą Prawo Budowlane, niezbędne do uzyskania pozwolenia na użytkowanie Robót [budowlanych – przyp. Izby] i uzyskał w imieniu i na rzecz Zamawiającego wymagane decyzje o pozwoleniu na użytkowanie Decyzja znak […] z dnia […] (zał. nr 2); Decyzja znak […] z dnia […] (zał. nr 3)

[…] […]

Inżynier Kontraktu oświadcza, że Roboty [budowlane – przyp. Izby] zostały wykonane prawidłowo.«;

Wniosek o wystawienie referencji został wystosowany 16.06.2020 r. do ówczesnego zamawiającego (GDDKiA Oddział w Kielcach); od tego czasu do złożenia 20.11.2020 r. kopii wniosku obecnemu zamawiającemu (GDDKiA Oddział w Warszawie), mimo upływu 5 miesięcy, wykonawca B nie uzyskał referencji bądź jakiegokolwiek potwierdzenia należytego wykonania umowy, tym samym wykonawca B także drugim dokumentem nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu – pierwszy dokument dotyczył realizacji innego zadania niż to na którego wykonanie powołał się wykonawca B, a drugi nie potwierdzał należytej realizacji zadania wskazanego w wykazie usług; wykonawca B w żaden sposób nie wyjaśnił dlaczego złożył sam wniosek o wystawienie referencji a nie referencje; wykonawca B nie wykazał w najmniejszy nawet sposób, że usługi zostały wykonane należycie, a dowodem mogą być – zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 2

zacytowanego wyżej rozporządzenia – referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy, przy czym wykonawca B nawet nie złożył takiego oświadczenia; wniosek o wystawienie referencji brzmi

»Szanowni Państwo, W związku z zakończeniem przez Konsorcjum firm: BBC Best Building Consultants Nadzory Doradztwo Budowalne L. Z. ul. Generała Bema 42 A 96-300 Zyrardów oraz BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp K. Aleje Jerozolimskie 155 lok. U3, 02-326 Warszawa prac związanych z realizacją projektu Pełnienie nadzoru nad realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn : „Budowa drogi ekspresowej S-7 na odcinku granica województw mazowieckiego/świętokrzyskiego – węzeł drogowy – kolejowy w SkarżyskuKamienna" na podstawie Umowy nr […] z dnia […] wraz z późniejszymi zmianami potwierdzonych Świadectwem Przejęcia Robót z dnia 02/06/2020r. zwracamy się do Zamawiającego z wnioskiem o wystawienie referencji w zakresie powyższej realizacji wraz z uwzględnieniem zakresu prac, kwot, terminów oraz innych kluczowych dla projektu elementów.«.

Wykonawca B w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie wykazał, że nie jest
w stanie uzyskać dokumentów wystawionych przez podmiot, na którego rzecz usługi były świadczone. Złożony przez niego wniosek o referencje był datowany na 16.06.2020 r. czyli na ok. 5 miesięcy przed datą przedstawienia tego wniosku zamawiającemu, a wykonawca B nie wyjaśnił ani dlaczego przez tak długi okres czasu nie udało mu się uzyskać referencji, ani czy podejmował jakieś dalsze próby w celu uzyskania referencji. Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązany jest podjąć starania w celu pozyskania dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia od podmiotu, na rzecz którego było ono realizowane. Dopiero w sytuacji, gdy dokumentu takiego nie będzie w stanie pozyskać, wykonawca uprawniony jest do złożenia w tym przedmiocie innych dokumentów, przy czym brak możliwości pozyskania dokumentu pochodzącego od odbiorcy usług musi wynikać z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze. Wykonawca B powinien wskazać zamawiającemu, że podjął środki w celu pozyskania referencji, ale środki te okazały się nieskuteczne, a także określić przyczynę nie uzyskania takich dokumentów, przy czym przyczyna ta powinna mieć obiektywny charakter. W treści pisma wykonawcy B na tego rodzaju okoliczności w ogóle nie wskazano, poprzestając na złożeniu wniosku
o wystawienie referencji, bez jakiegokolwiek dalszego wyjaśnienia.

W ocenie Izby żaden z tych dokumentów nie potwierdza, że wskazana usługa została wykonana w sposób należyty. Świadectwo Przejęcia Robót może potwierdzać należyte wykonanie robót budowlanych, ale nie stanowi dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usług nadzoru świadczonych przez wykonawcę B, gdyż – jak sama nazwa wskazuje – Świadectwo Przejęcia Robót [budowlanych] zaświadcza, że całość robót budowlanych została ukończona zgodnie z kontraktem, a nie odnosi się do usługi pełnienia nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzania kontraktem, co wynika
z tytułu postępowania zamówieniowego, który brzmi »Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn. „Projekt i budowa obwodnicy Lipska
w ciągu drogi krajowej nr 79"«. Przedstawiony dokument, jak zwrócił uwagę odwołujący,
w ogóle nie odnosi się do usług realizowanych przez wykonawcę B.

Ponadto z drugiego z załączonych przez wykonawcę B dokumentów – Wniosek o wystawienie referencji z 16.06.2020 r. – nie wynika, że usługa została wykonana należycie,
a tylko wynika, że wykonawca B zwrócił się do zlecającego usługę o wystawienie referencji.

Zamawiający stykając się z brakiem referencji lub innych dokumentów sam, z własnej inicjatywy podjął się uzyskania brakującego dokumentu, pomimo że po pierwsze wykonawca B w ogóle nie wskazał (jak tego wymaga wprost § 10 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów), że zamawiający może posiadać jakiekolwiek doświadczenia lub dokumenty wykazujące spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a po drugie nie zważając na fakt, że wyczerpana została już procedura uzupełniania oświadczeń i dokumentów wskazana w art. 26 ust. 3 SPzp – wykonawca B był już wzywany do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów i nie dochował należytej staranności podczas ich złożenia.

Działanie zamawiającego stanowiło nieuzasadnioną próbę „ratowania" oferty wykonawcy B, przy czym – co wymaga podkreślenia – próba ta miała miejsce z naruszeniem zasad jawności i przejrzystości postępowania, gdyż dokument, na którym zamawiający oparł swoje stanowisko o spełnieniu przez wykonawcę B warunku udziału w postepowaniu (pismo GDDKiA Kielce), zgodnie z oświadczeniemzamawiającego prezentowanym na rozprawie, był w jego ocenie dokumentem wewnętrznym, nie stanowiącym dokumentacji postępowania
i nie został udostępniony wykonawcom, którzy wnosili o przekazanie tej dokumentacji.

Jak wynika z powyższego wykonawca B nie wykazał spełniania warunków udziału
w postępowaniu, a nadto wykonawca B nie może też zostać wezwany do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 SPzp, gdyż takie wezwanie zamawiający już do wykonawcy B wystosował i wezwanie nie dało efektów w postaci złożenia przez wykonawcę B właściwego dokumentu, o czym wyżej. W związku z tym Izba stwierdza, że zamawiający bezpodstawnie zaniechał wykluczenia wykonawcy B z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 SPzp, który to przepis brzmi »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«. Z tego naruszenia wynika bezzasadne dopuszczenie oferty wykonawcy B do etapu wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie wyboru oferty wykonawcy B jako najkorzystniejszej na podstawie art. 91 ust. 1 SPzp, który to przepis brzmi »Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia«.

Z tych względów w ocenie Izby zarzut czwarty w zakresie naruszenia art. 91 ust. 1 SPzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 SPzp zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby zarzut pierwszy – naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2
i w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 SPzp – przez dokonanie oceny ofert z naruszeniem przepisów ustawy SPzp oraz kryteriów oceny ofert i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy B, pomimo że treść oferty jest sprzeczna z treścią SIWZ oraz przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że odwołujący w uzasadnieniu zarzutu pierwszego skupił się na wykazaniu, że zaoferowana cena wykonania zamówienia przez wykonawcę B nie obejmuje wszystkich kosztów zatrudnienia Personelu Biurowego i Personelu Pomocniczego
i w związku z tym oferta wykonawcy B nie obejmuje cyt. »całkowitego kosztu wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu lub ilości« i z tego powodu wykonawca B złożył ofertę niezgodną z treścią SIWZ. Odwołujący nie udowodnił słuszności swojego zarzutu – nie wskazał z jakimi postanowieniami SIWZ oferta wykonawcy B była

niezgodna, a prezentowana argumentacja była ogólna i lakoniczna. Odwołujący wywodził niezgodność tej oferty z treścią SIWZ z twierdzeń o braku ujęcia określonych kosztów lub ich zaniżeniu w kalkulacji oferty wykonawcy B. Powyższe twierdzenie odwołującego również nie zostało udowodnione. Ponadto mogło ono stanowić próbę uzasadnienia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 SPzp to jest zaniechania odrzucenia oferty zawierającej RNC.Odwołujący podniósł taki zarzut (zarzut trzeci odwołania), przy czym wskazał, ze jest to zarzut ewentualny. Izba nie rozpoznała zarzutu trzeciego wobec nieziszczenia się warunku, pod którym zarzut ten został postawiony.

Izba pominęła argumentację odwołującego i przystępujących po stronie odwołującego dotyczącą kwestii zatrudnienia osób niepełnosprawnych z dofinansowaniem z Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych [PFRON]. Argumentacja taka pojawiła się dopiero w toku rozprawy przedIzbą i wykraczała poza zakres zarzutu pierwszego. Art. 89 ust. 1 pkt 2 SPzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli […] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3« . Izba uznała, ze nie doszło do wypełnienia przesłanek wskazanych w tym przepisie i oddaliła zarzut.

Wobec tego w ocenie Izby zarzut pierwszy – naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 SPzp nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby zarzut piąty – naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 SPzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 SPzp i w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 SPzp – przez dokonanie oceny ofert z naruszeniem przepisów ustawy SPzp oraz kryteriów oceny ofert i zaniechanie wykluczenia wykonawcy B
z postępowania, pomimo że wykonawca B przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego lub wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu – nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 24 ust. 1 pkt 16 SPzp brzmi »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się […] wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził 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 który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów«.

Art. 24 ust. 1 pkt 17 SPzp brzmi »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się […] wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia«.

Izba stwierdziła, że nie doszło do wypełnienia przesłanek wskazanych w wyżej przytoczonych przepisach, a odwołujący nie wykazał, aby wykonawca B wprowadził zamawiającego w błąd czy przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd. Odwołujący wywodził zarzut wprowadzenia zamawiającego w błąd przez wykonawcę B jako zarzut wynikowy wobec zarzutu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę B. Odwołujący nie przedstawił dowodu potwierdzającego że wykonawca B posłużył się jakąkolwiek nieprawdziwą informacją, a co za tym idzie nie udowodnił wskazanego zarzutu. Fakt, że wykonawca B nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu z uwagi na brak złożenia wymaganych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi, nie może być automatycznie potraktowany jako wprowadzenie zamawiającego w błąd przez złożenie oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. O takiej kwalifikacji nie może automatycznie świadczyć także fakt, że wykonawcy naliczono kare umowną czy dokonano potrącenia wynagrodzenia, powyższe nie wyklucza bowiem w każdym przypadku możliwości wystawienia wykonawcy poświadczenia należytego wykonania zamówienia (zależy to chociażby od wagi uchybienia czy też rodzaju zobowiązania, jakie zostało naruszone)

Wobec tego w ocenie Izby zarzut piąty – naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 SPzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 SPzp i w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 SPzp nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby zarzuty trzeci – naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 SPzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 SPzp i w zw. z art. 90 ust. 13 SPzp i w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 SPzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy B, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz przez niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez wykonawcę B i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – nie był przedmiotem rozpoznania. Zarzut ten został postawiony jako ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu o nrze 2 – zarzut drugi został uwzględniony przez Izbę tym samym nie było podstaw do rozpoznania zarzutu trzeciego.

Z powyższych względów Izba uznała, że odwołanie podlega częściowemu uwzględnieniu i na podstawie art. 553 NPzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 NPzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1, § 7 ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) (dalej rozporządzenie w sprawie kosztów).

Zgodnie z art. 557 NPzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, a zgodnie z art. 575 NPzp strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Na podstawie § 5 rozporządzenia w sprawie kosztów do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się w szczególności wpis (§ 5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie kosztów) oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika (§ 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia w sprawie kosztów).

Jak stanowi § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia w sprawie kosztów w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części. Zgodnie z § 7 ust. 3 rozporządzenia w sprawie kosztów w takim przypadku Izba rozdziela wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła. Koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia w sprawie kosztów, w sposób określony w § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia w sprawie kosztów lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym
i odpowiednio zamawiającym.

W świetle powyższych regulacji Izba rozdzieliła koszty postępowania stosunkowo, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku 2/4, czyli 1/2 (zarzut nr 2 i 4) i bezzasadne (zarzuty nr 1 i 5) oraz

niepodlegający rozpoznaniu (zarzut nr 3). Kosztami postępowania obciążono zatem zamawiającego w części 1/2 i odwołującego w części 1/2. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15 000 zł (zgodnie z § 5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie kosztów) oraz koszty poniesione przez odwołującego i zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocników w wysokości 3 600 zł i 3 600 zł (zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia w sprawie kosztów). Koszty z tytułu wynagrodzenia pełnomocników znoszą się wzajemnie. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 15 000 zł tytułem wpisu od odwołania, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 7 500 zł (15 000 zł x 1/2). Różnica pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego, a kosztami postępowania, za które odpowiadał w świetle wyniku postępowania odwoławczego wynosiła 7 500 zł.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 oraz z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275, 2320) stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 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).

Przewodniczący:……

Członkowie: ……

……