

Sygn. akt: KIO 2084/23

Sygn. akt: KIO 2096/23

## WYROK

z dnia 4 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Poprawa**

**Magdalena Rams**

**Renata Tubisz**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca 2023 r. przez:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, ul. Kolejowa 28, 05-300 Mińsk Mazowiecki oraz Soletanche Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,

al. Solidarności 173 SPARK, budynek C, 00-877 Warszawa (sygn. akt KIO 2084/23),

B. wykonawcę: Keller Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

w Ożarowie Mazowieckim, ul. Poznańska 172, 05-850 Ożarów Mazowiecki (sygn. akt KIO 2096/23)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Centralny Port Komunikacyjny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 142B, 02-305 Warszawa

przy udziale wykonawców:

1) Keller Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim, ul. Poznańska 172, 05-850 Ożarów Mazowiecki zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2084/23 po stronie zamawiającego, oraz

2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, ul. Kolejowa 28, 05-300 Mińsk Mazowiecki oraz Soletanche Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, al. Solidarności 173 SPARK, budynek C, 00-877 Warszawa zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2096/23 po stronie zamawiającego,

### orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 2096/23 w zakresie zarzutów dotyczących naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, ul. Kolejowa 28, 05-300 Mińsk Mazowiecki oraz Soletanche Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, al. Solidarności 173 SPARK, budynek C, 00-877 Warszawa z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia polegającymi na zmianie przez Konsorcjum formuły obliczeniowej zastosowanej przez Zamawiającego w załączniku nr 2 do Oferty – Formularz kosztorysu ofertowego (prace geotechniczne) oraz w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2b ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum ww. wykonawców, mimo że z treści dokumentów złożonych przez Konsorcjum wynika że nie wykazało ono spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w zakresie dysponowania osobami skierowanymi do realizacji zamówienia, tj. Kierownikiem Kontraktu i Kierownikiem Budowy,
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie o sygn. akt KIO 2096/23,
3. oddala odwołanie o sygn. akt KIO 2084/23,
4. kosztami postępowania o sygn. akt KIO 2084/23 obciąża Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą

w Mińsku Mazowieckim, ul. Kolejowa 28, 05-300 Mińsk Mazowiecki oraz Soletanche Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,

al. Solidarności 173 SPARK, budynek C, 00-877 Warszawa i:

4.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, ul. Kolejowa 28, 05-300 Mińsk Mazowiecki oraz Soletanche Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, al. Solidarności 173 SPARK, budynek C, 00-877 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,

4.2.zasądza od Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, ul. Kolejowa 28, 05-300 Mińsk Mazowiecki oraz Soletanche Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, al. Solidarności 173 SPARK, budynek C, 00-877 Warszawa: na rzecz Zamawiającego Centralny Port Komunikacyjny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 142B, 02-305 Warszawa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysięcy sześćset złotych zero groszy), tytułem kosztów stanowiących wynagrodzenie pełnomocnika,

5.kosztami postępowania o sygn. akt KIO 2096/23 obciąża Odwołującego:Keller Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim,

ul. Poznańska 172, 05-850 Ożarów Mazowiecki i:

5.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: Keller Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim, ul. Poznańska 172, 05-850 Ożarów Mazowiecki, tytułem wpisu od odwołania,

5.2.zasądza od Odwołującego na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, ul. Kolejowa 28, 05-300 Mińsk Mazowiecki oraz Soletanche Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, al. Solidarności 173 SPARK, budynek C, 00-877 Warszawa, wnoszących sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysięcy sześćset złotych zero groszy), tytułem kosztów stanowiących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok -

w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

.....

.....

**Sygn. akt: KIO 2084/23**

**Sygn. akt: KIO 2096/23**

### **Uzasadnienie**

**Zamawiający: Centralny Port Komunikacyjny sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej powyżej progów unijnych, określonych w art. 3 ust. 1 pkt 2 w zw. z ust. 2 pkt 1 lit. b i pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej „Ustawa Pzp”, pn.: Budowa kanalizacji kablowej stanowiącej element zasilania podstacji trakcyjnej dla linii kolejowej realizowanej w ramach zadania pn. „Budowa tunelu dalekobieżnego w Łodzi w ciągu linii kolejowej nr 85 wraz z włączeniem w linię kolejową nr 14, w zakresie kilometrażu od km około 0+361 do km około 0 + 455 dla toru 1 i od km około 0+360 do km około 0+454 dla toru 2” wraz z przebudową posadowienia polegającą na wzmocnieniu fundamentów budynku Łódzkiego Domu Kultury, przebudową sieci i przyłącza ciepłowniczego, sieci i przyłącza wodociągowego, przyłącza teletechnicznego oraz sieci elektroenergetycznej, zwane dalej Postępowaniem,

znak sprawy: FZA.2510.40.2023/JK/39. Numer ogłoszenia w Dz.Urz. UE – OJ/S: 2023/S 084-250214.

Postępowanie prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego, w trybie właściwym dla zamówień sektorowych o wartości równej lub wyższej niż kwoty określone w aktach wymienionych w art. 3 ust. 1 Ustawy Pzp. W postępowaniu zastosowano procedurę odwróconą, o której mowa w art. 139 ust. 1 Ustawy Pzp.

#### Odwołanie o sygn. akt: KIO 2084/23

W dniu 17 lipca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się udzielenia zamówienia konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o. z siedzibą w Minsku Mazowieckim oraz Soletanche Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanych dalej „Odwołującym Konsorcjum” od następujących czynności Zamawiającego:

- 1) zaniechanie wykluczenia i odrzucenia oferty Wykonawcy Keller Polska sp. z o.o. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim;
- 2) wyboru oferty najkorzystniejszej Wykonawcy Keller Polska sp. z o.o.;
- 3) zaniechanie wyboru oferty Konsorcjum Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W związku z powyższym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 108 ust. 1 pkt 6 Ustawy Pzp w zw. z art. 85 ust. 1 Ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia i odrzucenia oferty Wykonawcy, który zgodnie z deklaracją zawartą w formularzu oferty i JEDZ, przy realizacji zamówienia będzie się posługiwał osobą, która była zaangażowana w przygotowanie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia tj. Panem mgr inż. M.D., który opracował Projekt Techniczny TOM II-7 Konstrukcja, Budowa kanalizacji kablowej stanowiącej element zasilania podstacji trakcyjnej wraz z przebudową posadowienia polegającą na wzmocnieniu fundamentów budynku łódzkiego domu kultury w ramach dokumentacji przedprojektowej i dokumentacji projektowej wraz ze wsparciem technicznym dla projektu nr 00100011 pn.: „Budowa tunelu dalekobieżnego w Łodzi

w ciągu linii kolejowej nr 85 wraz z włączeniem w linię kolejową nr 14” numer referencyjny: 156/20/KRI/11/Pzp/WD/90 (dalej jako „Projekt Techniczny”) dla niniejszego postępowania, ponieważ spowodowane tym zaangażowaniem zakłócenie konkurencji

nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie Wykonawcy z udziału w tym postępowaniu i odrzucenie jego oferty;

- 2) art. 226 ust. 1 pkt 7 Ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r.

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r., poz. 1233 – dalej jako „UZNK”):

- a) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, w sytuacji gdy złożenie oferty Wykonawcy nastąpiło w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK tj. Wykonawca przy zaangażowaniu Pana mgr inż. M.D., który opracował Projekt Techniczny dla niniejszego postępowania, w wycenę oferty i realizację zadania objętego zamówieniem, dopuścił się manipulacji cenami oferty, co przejawia się w tym, że był w stanie w zakresie ceny podlegającej ocenie w ramach kryterium ceny ofert określić ją na poziomie zapewniającym mu najwyższą ilość punktów w tym kryterium, przy jednoczesnym określeniu całkowitej ceny w ramach maksymalnego wynagrodzenia obmiarowego wyższej o ponad 14 mln zł od całkowitej ceny w ramach maksymalnego wynagrodzenia obmiarowego zaoferowanej przez Odwołującego, co faktycznie powoduje, że oferta Wykonawcy w ujęciu globalnym nie jest najkorzystniejsza;
- b) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, w sytuacji gdy złożenie oferty Wykonawcy nastąpiło w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK tj. Wykonawca przy zaangażowaniu Pana mgr inż. M.D., który opracował Projekt Techniczny dla niniejszego postępowania, w wycenę oferty i realizację zadania objętego zamówieniem, będzie mógł uzyskać korzystniejsze warunki zamówienia, w tym jego zakres i wynagrodzenie na etapie realizacji,

oraz ewentualnie naruszenie:

- 3) art. 85 ust. 2 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do udowodnienia, że zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia Pana mgr inż. M.D., przy pomocy którego będzie realizował zamówienie, nie zakłóci konkurencji.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 554 ust. 1 Ustawy Pzp Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy,
- 3) wykluczenie i odrzucenie oferty Wykonawcy,
- 4) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
- 5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego; ewentualnie Odwołujący wniósł o:

- 6) unieważnienie wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej i wezwanie Wykonawcy do udowodnienia, że zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia osoby, przy pomocy której będzie realizował zamówienie, nie zakłóci konkurencji.

Ponadto, Odwołujący Konsorcjum wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów:

1. Informacja z otwarcia ofert (w aktach Postępowania) (Dowód nr 1);
2. Projekt Techniczny TOM II-7 Konstrukcja, Budowa kanalizacji kablowej stanowiącej element zasilania podstacji trakcyjnej wraz z przebudową posadowienia polegającą na wzmocnieniu fundamentów budynku łódzkiego domu kultury w ramach dokumentacji przedprojektowej i dokumentacji projektowej wraz ze wsparciem technicznym dla projektu nr 00100011 pn.: „Budowa tunelu dalekobieżnego w Łodzi w ciągu linii kolejowej 4 nr 85 wraz z włączeniem w linię kolejową nr 14” numer referencyjny: 156/20/KRI/11/Pzp/WD/90 (Dowód nr 2),
3. JEDZ Wykonawcy Keller Polska Sp. z o.o. (Dowód nr 3),
4. formularz oferty Wykonawcy Keller Polska Sp. z o.o. (Dowód nr 4)
5. Informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego dla spółki MDR-projekt Sp. z o.o. Sp.k (KRS: 0000457636) (Dowód nr 5)
6. Informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego dla spółki MDR-projekt Sp. z o.o. (KRS: 0000450375) (Dowód nr 6)
7. dokument zawierający treść pytań/wniosek do SWZ oraz udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi (Dowód nr 7)
8. SWZ i Zmiana SWZ (Dowód nr 8)
9. Projekt Umowy (Dowód nr 9)
10. Załącznik nr 12 do projektu Umowy (Dowód nr 10)
11. Załącznik nr 1 Formularz cenowy\_do oferty spółki Keller Polska (Dowód nr 11)
12. Formularz kosztorysu ofertowego dotyczący prac geotechnicznych – zgodnie ze wzorem określonym w Załączniku nr 2 do Formularza Oferty; Zał.\_2\_Formularz\_kosztorysu\_ofertowego\_(prace\_geotechniczne)\_30-05-2023\_20.33.25 (Dowód nr 11’),
13. Formularz oferty Odwołującego wraz z Załącznikiem 1 – formularz cenowy do oferty Odwołującego. Załącznikiem nr 2 do Formularza Oferty i innymi; (Dowód nr 12),
14. NOWY\_Załącznik 1 Formularz cenowy\_do oferty\_porównanie cen (Dowód nr 13),
15. Załącznik nr 2 do Formularza oferty porównanie cen (Dowód nr 14),
16. Przekrój 6-6 (Dowód nr 15)
17. Rzut wzmocnienia fundamentów (Dowód 16)

na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania w tym szczególności: ustalenia osoby projektanta branży Konstrukcyjnej dla zadania pn: Budowa kanalizacji kablowej stanowiącej element zasilania podstacji trakcyjnej dla linii kolejowej realizowanej w ramach zadania pn. „Budowa tunelu dalekobieżnego w Łodzi w ciągu linii kolejowej nr 85 wraz z włączeniem

w linię kolejową nr 14, w zakresie kilometrażu od km około 0+361 do km około 0 + 455 dla toru 1 i od km około 0+360 do km około 0+454 dla toru 2” wraz z przebudową posadowienia polegającą na wzmocnieniu fundamentów budynku Łódzkiego Domu Kultury, przebudową sieci i przyłącza ciepłowniczego, sieci i przyłącza wodociągowego, przyłącza teletechnicznego oraz sieci elektroenergetycznej w osobie Pana mgr inż. M.D. Specjalność Konstrukcyjno-Budowlana, Nr uprawnień upr. nr Wa-424/01, zamiaru skorzystania przez Wykonawcę z usług podwykonawcy MDR-projekt SP. z o.o. Sp. k. w imieniu którego występuje i działa mgr inż. M.D., następujący zakres zamówienia: Opracowanie Projektów Wykonawczych dla robót budowlanych na podstawie otrzymanego od Zamawiającego Projektu Budowlanego w oparciu o umowę podwykonawstwa, która zostanie zawarta pomiędzy MDR-projekt Sp. z o.o. Sp.k. a Keller Polska Sp. z o.o.; a także wpływu ww. okoliczności na zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu oraz wpływu tych okoliczności na przebieg postępowania.

W ocenie Odwołującego Zamawiający bezpodstawnie dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę Keller Polska sp. z o.o.

Odwołujący wskazał, że jego interes we wniesieniu odwołania polega na tym,

iż w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą,

a w konsekwencji nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonania ponownej oceny i badania złożonych ofert

z uwzględnieniem żądań wskazanych w niniejszym odwołaniu, Zamawiający będzie zobowiązany do wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego. Nadto Odwołujący dąży w niniejszym postępowaniu do procedowania zgodnie z przepisami i procedurami Ustawy Pzp, które jak zauważa nie są przez Zamawiającego przestrzegane. Naruszenie

zatem przepisów Ustawy Pzp przez Zamawiającego, które doprowadziło do wniesienia niniejszego odwołania może przełożyć się na szkodę Odwołującego mającą charakter majątkowy, co będzie związane z niezyskaniem zamówienia. Odwołujący wskazuje, iż wobec faktu, że postępowanie prowadzone jest jako zamówienie sektorowe w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej powyżej progów unijnych, określonych w art. 3 ust. 1 pkt 2 w zw. z ust. 2 pkt 1 lit. b) i pkt 2 Ustawy Pzp, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Odwołujący Konsorcjum przedstawił następujący stan faktyczny:

Dnia 26 kwietnia 2023 r. Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie.

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty złożone przez wykonawco w:

1. Odwołującego – Konsorcjum firm:

(a) Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Minsku Mazowieckim, ul. Kolejowa 28, 05-300 Minsk Mazowiecki

(b) Soletanche Polska Sp. z o.o. siedzibą w Warszawie, Al. Solidarności 173 SPARK, budynek C, 00-877 Warszawa oraz

2. Keller Sp. z o.o. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim, ul. Poznańska 17a, 05-850 Ożarów Mazowiecki (dalej jako „Wykonawca”).

Po weryfikacji i ocenie ofert złożonych w postępowaniu, oferta Wykonawcy została najwyżej oceniona, w związku z czym Zamawiający rozpoczął etap kwalifikacji podmiotowej Wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe, dnia 7 lipca 2023 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę. Tego samego dnia Zamawiający zamieścił na stronie prowadzonego postępowania zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W ocenie Odwołującego ww. czynność Zamawiającego pozostaje w sprzeczności

z przepisami prawa, w tym Ustawy Pzp oraz ustawy UZNK i nie może się ostać w obrocie prawnym z poniżej wskazanych względów.

Przed uzasadnieniem poszczególnych zarzutów w sformułowanych w petitum odwołania, w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na okoliczność, która ma kluczowe znaczenie w niniejszej sprawie oraz pozostaje w istocie podstawą wszystkich sformułowanych zarzutów, tj. że w załączniku nr 1 do strony tytułowej dokumentu pn. Projekt Techniczny TOM II-7 Konstrukcja, Budowa kanalizacji kablowej stanowiącej element zasilania podstawy trakcyjnej wraz z przebudową posadowienia polegającą na wzmocnieniu fundamento

w budynku łódzkiego domu kultury w ramach dokumentacji przedprojektowej i dokumentacji projektowej wraz ze wsparciem technicznym dla projektu nr 00100011 pn.: „Budowa tunelu dalekobieżnego w Łodzi w ciągu linii kolejowej nr 85 wraz z włączeniem w linię kolejową nr 14” numer referencyjny: 156/20/KRI/11/Pzp/WD/90 sporządzonego w ramach opracowania dokumentacji przedprojektowej i dokumentacji projektowej wraz ze wsparciem technicznym dla projektu nr 00100011 pn.: „Budowa tunelu dalekobieżnego w Łodzi w ciągu linii kolejowej nr 85 wraz z włączeniem w linię kolejową nr 14”, Numer referencyjny: 156/20/KRI/11/Pzp/WD/90, (na stronie 3) jako autor ww. opracowania (projektant w specjalności konstrukcyjno- budowlanej) wskazany został mgr inż. M.D. posiadający uprawnienia zawodowe o nr Wa-424/01, która to osoba była zaangażowana

w przygotowanie oferty Wykonawcy i ma brać udział w realizacji zamówienia po stronie Wykonawcy, a zatem projektant będzie pełnił zarówno funkcje po stronie Zamawiającego

w ramach nadzoru autorskiego i będzie proponował rozwiązania projektowe ze strony Wykonawcy.

Zgodnie z Rozdziałem VIII ust. 2 SWZ, Wykonawca zobowiązany był wskazać w JEDZ oraz w ofercie część zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podania (o ile jest to wiadome na etapie składania ofert) nazw podwykonawców.

Stosownie do ww. zapisu SWZ Wykonawca w części II lit. D JEDZ, gdzie należało podać informacje dotyczące podwykonawców, na których zdolności wykonawca nie polega, na pytanie zawarte w tej części JEDZ w brzmieniu: „Czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia?” zaznaczył odpowiedź twierdzącą i wskazał jako podwykonawcę firmę MDR-projekt SP. z o.o. Sp. k. z siedzibą przy ul. Modlińska 129 lok. 22, 03-186 Warszawa.

Wykonawca także w formularzu oferty (sporządzonym w oparciu o załącznik nr 3 do SWZ) w punkcie 7 oświadczył, iż zamierza powierzyć podwykonawcy MDR-projekt Sp. z o.o. Sp. k., w imieniu której występuje mgr inż. M.D., następujący zakres zamówienia wynikający z Umowy: „Opracowanie Projektów Wykonawczych dla robót budowlanych na podstawie otrzymanego od Zamawiającego Projektu Budowlanego w oparciu o Umowę Podwykonawstwa zawartą pomiędzy MDR-projekt Sp. z o.o. Sp.k. a Keller Polska Sp. z o.o.”

Istotnym jest, że Wykonawca wskazał jednoznacznie, że jego podwykonawcą będzie MDR-projekt Sp. z o.o. Sp.

k., której jedynym komplementariuszem jest MDR-projekt

Sp. z o.o., a pan M.D. jest jednym z komandytariuszy spółki tego podwykonawcy. W zakresie sposobu reprezentacji spółki podwykonawcy wskazanego w informacji uzyskanej z Krajowego Rejestru Sądowego wskazano, że w stosunkach zewnętrznych w zakresie wszelkich sądowych i pozasądowych czynności związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa spółkę reprezentuje komplementariusz spółka MDR-projekt spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością. Komplementariusz jest reprezentowany przez członka zarządu działającego samodzielnie. Członkami zarządu komplementariusza są M.D. prezes zarządu oraz R.D. wiceprezes zarządu.

Reasumując, Wykonawca w dokumentach oferty oświadczył, że część realizacji przedmiotu zamówienia zamierza podzlecić podwykonawcy, tj. spółce MDR-projekt Sp. z o.o. Sp.k., której komandytariuszem oraz członkiem zarządu komplementariusza uprawnionym do jego jednoosobowej reprezentacji, a zatem bezpośrednio reprezentuje spółkę podwykonawcy jest p. M.D., a która to osoba została wskazana w ofercie Wykonawcy jako osoba do kontaktu ze strony podwykonawcy. Osoba ta jest także

wspólnikiem spółki z o.o. będącej komplementariuszem spółki podwykonawcy.

Z powyższego wynika wprost, iż Wykonawca przy realizacji przedmiotowego zamówienia będzie posługiwał się osobą, która była zaangażowana w przygotowanie postępowania tj. panem mgr inż. M.D., który opracował Projekt techniczny dla tego postępowania.

Co więcej, Odwołujący podnosi, że na etapie udzielania odpowiedzi na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SWZ, ww. osoba pełniła aktywny udział przy udzielaniu wyjaśnień. Stanowisko to uzasadnione jest w szczególności poziomem skomplikowania kwestii merytorycznych dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, które były poruszane we wnioskach o wyjaśnienie treści SWZ. Zamawiający nie byłby bowiem w stanie odnieść się samodzielnie i precyzyjnie tj. bez udziału autora opisu przedmiotu zamówienia i jego postanowień, będących przedmiotem wniosków o wyjaśnienie treści SWZ, a ponadto osoba ta brała udział w wizji lokalnej z ramienia Zamawiającego i udzielała szczegółowych wyjaśnień na kwestie związane z realizacją zamówienia. Mając na uwadze powyższe, p. M.D. udzielał wyjaśnień treści SWZ albo bezpośrednio albo w ramach współpracy z Zamawiającym podczas opracowywania odpowiedzi na pytania wykonawców.

Odpowiedzi na pytania techniczne mogły zostać skonstruowane tylko i wyłącznie wspólnie i w porozumieniu z projektantem, bowiem odnoszą się do specjalistycznych i szczegółowych rozwiązań dotyczących dokumentacji projektowej. Stopień skomplikowania pytań i odpowiedzi udzielanych przez Zamawiającego odnoszących się do rozwiązań zastosowanych w Projekcie Technicznym nie pozostawia wątpliwości co do autora tych odpowiedzi, tylko bowiem projektant zaangażowany w opracowanie opisu przedmiotu zamówienia, kto rym jest budowa kanalizacji kablowej stanowiącej element zasilania podstacji trakcyjnej dla linii kolejowej realizowanej w ramach zadania pn. „Budowa tunelu dalekobieżnego w Łodzi w ciągu linii kolejowej nr 85 wraz z włączeniem w linię kolejową nr 14, w zakresie kilometrażu od km około 0+361 do km około 0 + 455 dla toru 1 i od km około 0+360 do km około 0+454 dla toru 2” wraz z przebudową posadowienia polegającą na wzmocnieniu fundamentów budynku Łódzkiego Domu Kultury, przebudową sieci i przyłącza ciepłowniczego, sieci i przyłącza wodociągowego, przyłącza teletechnicznego oraz sieci elektroenergetycznej, był w stanie zająć stanowisko w zakresie proponowanych przez Wykonawców rozwiązań projektowych.

O powyższym przesądza chociażby okoliczność, że przedmiotowa inwestycja zgodnie z § 4 ust. 3 pkt 3 lit. b Rozporządzeniem Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 kwietnia 2012 r. w sprawie ustalenia geotechnicznych warunków posadawiania obiektów budowlanych (Dz.U. 2012, poz. 463) została zakwalifikowana do III kategorii geotechnicznej, ponadto jest przedsięwzięciem mogąącym zawsze znacząco oddziaływać na środowisko (w rozumieniu § 2 ust. 1 pkt 29 Rozporządzenia Rady Ministrów

z dnia 10 września 2019 r. w sprawie przedsięwzięć mogących znacząco oddziaływać na

środowisko (Dz.U. 2019, poz. 1839– linie kolejowe wchodzące w skład infrastruktury transportu kolejowego transeuropejskiej sieci transportowej)) oraz stopień skomplikowania projektowanych rozwiązań wypełnia definicję określoną w § 4 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 kwietnia 2012 r. zgodnie

z którą przez skomplikowane warunki gruntowe należy rozumieć występujące w przypadku warstw gruntów objętych występowaniem niekorzystnych zjawisk geologicznych, zwłaszcza zjawisk i form krasowych, osuwiskowych, sufozyjnych, kurzawkowych, glacitektonicznych, gruntów ekspansywnych i zapadowych, na obszarach szkód górniczych, przy możliwych nieciągłych deformacjach górotworu, w obszarach dolin i delt rzek oraz na obszarach morskich.

Ponadto, realizacja tego zadania polega na wzmocnieniu posadowienia budynku

Łódzkiego Domu Kultury (dalej jako „ŁDK”). Projektowany zakres prac zakłada ingerencję

w istniejące zabytkowe fundamenty wzmocnianego budynku. Pod stopami i ławami fundamentowymi, których dokładny

poziom posadowienia znany jest tylko na podstawie archiwalnej dokumentacji, projektowane jest wykonanie specjalistycznych robót geotechnicznych takich jak mikropale i kolumny jet-grouting, których zadaniem będzie podparcie konstrukcji budynku ŁDK. Głębokość tych elementów wynosi nawet 24 m. Przeniesienie obciążeń konstrukcji budynku na mikropale i kolumny jet-grouting dokonywane będzie za pomocą dodatkowych konstrukcyjnych elementów transferowych w postaci m.in. belek i oczepów żelbetowych. Lokalnie przewiduje się także wykonanie elementów usztywniających budynek i stężających fundamenty. Zakres prac wzmacniających obejmuje głównie podziemną część budynku. Dodatkowo zgodnie z dokumentacją

geologiczno-inżynierską w podłożu projektowanego obiektu budowlanego Łódzkiego Domu Kultury wyróżniono aż siedem warstw geologiczno-inżynierskich.

Dodatkowo z uwagi na ograniczoną dostępność do elementów konstrukcji budynku ŁDK, wynikającą z istniejących na poziomie kondygnacji podziemnej pomieszczeń o różnej wielkości, opis przedmiotu zamówienia zakłada usunięcie większości ścian działowych pomiędzy tymi pomieszczeniami i ciągami komunikacyjnymi. Ma to na celu umożliwienie dojazdu i manewrowanie sprzętem do realizacji robót geotechnicznych w ograniczonej kubaturze wnętrza budynku. Ponadto w celu dostępu do fundamentów przewiduje się skucie podłóg na gruncie: lokalnie przy wzmacnianych fundamentach, jeżeli zalegają płytko poniżej poziomu podłogi lub w większym zakresie, gdy głębokość do fundamentów jest większa i dodatkowo wymagany jest wykop. Rozbiórce będą podlegać również elementy instalacji, głównie sanitarnej, kolidujące z lokalizacją wzmocnień lub utrudniające albo uniemożliwiające ich wykonanie. Przed rozbiórką wyżej wymienionych elementów budynku przewiduje się demontaż wszystkich urządzeń znajdujących się w podziemnej części budynku kolidujących z projektowanym zakresem prac.

Powyższe oraz okoliczność, że projektowanie i wykonywanie tak skomplikowanych prac jak:

- wykonywanie kolumn jet grouting w środku istniejącego budynku zabytkowego;
- wykonywanie mikropali w środku istniejącego budynku zabytkowego;
- wyburzenia ścian w budynku zabytkowym;
- rozbiórki i wzmocnienia w istniejącym obiekcie itd.;

powoduje, że wszelkich zmian, wyjaśnień i uszczegółowienia opisu przedmiotu zamówienia może dokonywać tylko jego autor.

Istotnym jest także, że wiedza autora projektu (w tym przypadku M.D.) chociażby o możliwości dopuszczenia jakiegokolwiek nawet minimalnej zmiany w zakresie technologii czy sposobu wykonania robót (np. zmniejszenie głębokości czy średnicy kolumn jet grouting, dopuszczenie mniejszej nośności czy większych osiadan itp.) może mieć kluczowe znaczenie dla wyceny robót i stanowi niewątpliwie przewagę konkurencyjną dla Wykonawcy.

Odnosząc powyższe do sformułowanych w petitum odwołania zarzutów, Odwołujący wskazuje co następuje.

Zarzut naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 6 Ustawy Pzp w zw. z art. 85 ust. 1 Ustawy Pzp

w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Ustawy Pzp.

1. Jeżeli wykonawca lub podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej

w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r. poz. 275), doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia, zamawiający podejmuje odpowiednie środki

w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności przekazuje pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał

lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Zamawiający wskazuje

w protokole postępowania środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji.

2. Wykonawca zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykluczeniu z tego postępowania wyłącznie w przypadku, gdy spowodowane

tym zaangażowaniem zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób

niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w tym postępowaniu. Przed wykluczeniem wykonawcy zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.

Kolejno zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 6 Ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę jeżeli, w przypadkach, o których mowa

w art. 85 ust. 1 Ustawy Pzp, doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji

i konsumentów, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez

wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Przekładając powyższe na kanwę niniejszej sprawy należy stwierdzić, że w postępowaniu doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania osoby Pana M.D. w sporządzanie w przygotowanie postępowania (sporządzanie OPZ

w zakresie Projektu Technicznego), a która to osoba brała udział w przygotowaniu oferty Wykonawcy i będzie bezpośrednio uczestniczyła w realizacji zamówienia.

Współautor opisu przedmiotu zamówienia, a w istocie autor Projektu Technicznego p. M.D., niewątpliwie uczestniczył także w udzielaniu wyjaśnień treści SWZ i odpowiadał

na pytania skierowane do Zamawiającego m.in. przez Wykonawcę udzielając tym samym odpowiedzi na pytania swojego kontrahenta i przyszłego zleceniodawcy. Przy tak specjalistycznej wiedzy jaką posiada projektant dla ww. zadania nie sposób nie zgodzić

się zatem z twierdzeniem, iż wiedza, którą on posiada stwarza firmie, z którą będzie współpracować przewagę konkurencyjną.

Na uwagę zasługuje również to, iż zgodnie z art. 462 ust. 1 i 2 Ustawy Pzp: „Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani.”. Ustawa Pzp nie przewiduje jednak żadnych sankcji za brak wskazania podwykonawców w ofercie, tym bardziej że ewentualny wymóg podania informacji

o podwykonawcach w ofercie dotyczy tylko tych, którzy są znani na etapie składania ofert. Fakt wskazania z nazwy podwykonawcy MDR-projekt SP. z o.o. Sp. k., w imieniu której występuje mgr inż. M.D., któremu Wykonawca Keller Polska sp. z o.o. planuje powierzyć opracowanie projektów wykonawczych dla robót budowlanych potwierdza wprost to, iż Wykonawca kontaktował się i porozumiewał z projektantem w przedmiocie świadczenia przez niego usług na rzecz Wykonawcy, ich zakresu i przedmiotu.

Ustawodawca przewidział, że sankcją wykluczenia może być objęte zarówno doradztwo,

jak i każdy inny rodzaj udziału w przygotowaniu postępowania. Przygotowanie postępowania oznacza wykonywanie czynności wskazanych w dziale II, rozdziale 1 ustawy Pzp. Chodzi

tu więc m.in. o sporządzenie dokumentacji projektowej w robotach budowlanych czy opisu przedmiotu zamówienia w dostawach lub usługach, ale też ustalanie warunków zamówienia, w tym opracowanie projektu umowy.

Z kolei, użyte w art. 85 ust. 2 Ustawy Pzp sformułowanie „Wykonawca zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia” odnosi się również do przypadku, gdy zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia jest pracownik wykonawcy, osoba zatrudniona przez wykonawcę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, a także podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów w (np. pracownik wykonawcy lub osoba zatrudniona przez wykonawcę sporządziła opis przedmiotu zamówienia). Na ww. kierunku wykładni art. 85 ustawy Pzp wskazuje również orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 3 marca 2005 r. w sprawie C-21/03 C- 4/03, aktualne również na gruncie art. 85 ustawy Pzp, w którym ETS stwierdził, że jednostka zamawiająca nie może odmówić uczestnictwa

w postępowaniu wykonawcy realizującemu określone prace badawcze, dające informacje na temat zamówienia, chyba że wykáže, iż przedsiębiorca odniósł z tego tytułu nieuzasadnione korzyści mogące zniekształcić normalne warunki konkurencji. Dopiero wykazanie, że taki udział doprowadził do naruszenia uczciwej konkurencji, spowoduje wykluczenie

z postępowania wykonawcy. Jednak ocena, czy doszło do uprzywilejowania wykonawcy,

który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia będzie zależeć

od tego, czy wykonawca udowodni, że jego udział w przygotowaniu postępowania

o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Jeżeli wiedza zdobyta przez wykonawcę,

lub jego pracownika, a także osoby zatrudnionej przez wykonawcę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług w związku

z przygotowaniem postępowania dawała przewagę wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami postępowania, przez co miał on możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach, udział takiego wykonawcy będzie oceniony jako naruszający zasady uczciwej konkurencji.

W wyroku z dnia 19 października 2018 r., KIO 2037/18, Krajowa Izba Odwoławcza uznała,

że oceny w tym zakresie każdorazowo należy dokonywać z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy. W szczególności, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, należy zbadać czy wiedza zdobyta w związku z przygotowaniem postępowania dała przewagę wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami postępowania, przez co miał on możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach albo posiadał informacje dodatkowe o okolicznościach związanych

z realizacją zamówienia i czy możliwe jest wyeliminowanie tej przewagi bez konieczności wykluczenia wykonawcy z

postępowania.

Jak wynika z wyroku KIO z dnia 10 lutego 2022 r. Sygn. akt: KIO 241/22: (...) Ponadto zamawiający, co też jest faktem niespornym, nie udostępnił wykonawcom kosztorysu inwestorskiego. Izba nie podzieliła przy tym stanowiska zamawiającego, jakoby z uwagi

na wzrost cen, dokument ten był nieprzydatny. Nawet jeśli częściowo jego treść

się zdezaktualizowała ze względu na zmiany rynkowe, to z pewnością ułatwiłby

on wykonawcom ustalenie, jaki poziom cen jest przewidywany w postępowaniu,

a w konsekwencji - ustalenie, jakie działania mogą podjąć w celu zoptymalizowania własnej wyceny z uwzględnieniem realiów rynkowych. W przeciwieństwie do innych wykonawco

w, spółka (...), wchodząca w skład grupy kapitałowej przystępującego, dysponowała kosztorysem inwestorskim, co świadczy o nierównym traktowaniu wykonawco w. Na powyższe nie ma wpływu fakt, że wszyscy wykonawcy złożyli ostatecznie oferty z cenami przekraczającymi zarówno wartość szacunkową zamówienia, jak i kwotę przewidzianą na jego sfinansowanie. Należy bowiem zauważyć, że cena oferty przystępującego była jednak najniższa, co mogło być wynikiem m.in. tego, że miał on dostęp do kosztorysu inwestorskiego

Reasumując (...) całkowity brak udostępnienia kosztorysu inwestorskiego, powodują

w ocenie Izby, że w niniejszym postępowaniu doszło do zakłócenia konkurencji, którego na obecnym etapie postępowania nie można usunąć w sposób inny niż przez wykluczenie przystępującego z postępowania. Przystępujący jest bowiem jedynym wykonawcą

w postępowaniu, który z uwagi na udział spółki wchodzącej w skład jego grupy kapitałowej w przygotowaniu postępowania, miał dostęp do ww. dokumentów, w tym także w znacznie dłuższym niż inni czasie. Dlatego Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu m.in. wykluczenie przystępującego na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz odrzucenie jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp.

Taka sama sytuacja pod względem skutków dla równego traktowania wykonawco

w postępowaniu jak również zapewnienia uczciwej konkurencji z dużym prawdopodobieństwem może zachodzić w odniesieniu do oferty Wykonawcy. Ustawodawca w art. 85 ust. 1 ustawy Pzp wprost określił, że zamawiający zobowiązany jest podjąć odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział wykonawcy zaangażowanego

w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia nie zakłóci konkurencji. Powyższe ma w założeniu nie tylko umożliwić w ogóle takim wykonawcom udział

w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale także ma gwarantować, że postępowanie zostanie przeprowadzone w poszanowaniu podstawowych zasad udzielania zamówień,

o których mowa w art. 16 Pzp, a w szczególności w sposób zapewniający zachowanie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Przestrzeganie zasady uczciwej konkurencji, ale też równego traktowania wykonawco w wiąże się także z obowiązkiem zapewnienia każdemu z wykonawco w równego dostępu do informacji w postępowaniu, określających wymagania zamawiającego, a także późniejszego dokonania badania i oceny wniosków lub ofert zgodnie z regułami przyjętymi w ogłoszeniu o zamówieniu

lub w dokumentach zamówienia, bez stosowania jakichkolwiek nieuzasadnionych odstępstw. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wywodzone jest bowiem z podejmowania czynności przez zamawiającego w sposób nieznaający uzasadnienia w określonych w dokumentach zamówienia wymaganiach lub przepisach prawa, a w konsekwencji uprzywilejowujący jednego lub określony – z reguły wąski – krąg wykonawców, kosztem defaworyzowania innych. W obecnej jednak sytuacji jedynym odpowiednim środkiem mającym na celu zagwarantowanie, że udział Wykonawcy nie zakłóci konkurencji jest jego wykluczenie Wykonawcy na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 Ustawy Pzp, a w konsekwencji jego odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Ustawy Pzp.

Udział Pana M.D. w sporządzaniu Projektu Technicznego oraz udzielaniu wyjaśnień do SWZ jest wyrazem tak silnego i bezpośredniego jego zaangażowania

w prowadzone postępowanie, że spowodowane nim zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż poprzez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. Zakłócenie konkurencji przejawia się także w tym że osoba ta uczestniczyła w przygotowaniu oferty Wykonawcy i będzie z nim ściśle współpracowała na etapie realizacji zadania inwestycyjnego w związku z czym posiada informacje umożliwiające wykonawcy manipulację cenami oferty oraz będzie niejako sędzią we własnej sprawie przy rozstrzygnięciu wniosków wykonawcy na etapie realizacji i kwestii podlegających rozstrzygnięciu w drodze decyzji nadzoru autorskiego.

Zdaniem Odwołującego, zachowanie Zamawiającego przejawiające się zaniechaniem wykluczenia i odrzucenia oferty Wykonawcy, który zgodnie z deklaracją zawarł w formularzu oferty, przy realizacji zamówienia będzie się posługiwał osobą, która była zaangażowana

w przygotowanie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia tj. Panem mgr inż . M.D., który opracował Dokumentację techniczną powoduje tym zaangażowaniem zakłócenie konkurencji, które nie może być wyeliminowane w

inny sposób niż przez wykluczenie Wykonawcy z udziału w tym postępowaniu i odrzucenie jego oferty.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 UZNK

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 Ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy UZNK, zgodnie zaś z art. 3 ust. 1 UZNK czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a zatem jako taka powinna być odrzucona przez Zamawiającego. Ww. przepis UZNK stanowi tzw. klauzulę generalną, co też oznacza, że każde działanie mające taki charakter powinno być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Jak zostało wskazane w opublikowanym przez Urząd Zamówień Publiczny opracowaniu pn. „Prawo zamówień publicznych Komentarz” (pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, str. 718): „Aby uznać określone zachowanie wykonawcy za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 UZNK, konieczne jest łączne spełnienie następujących przesłanek:

- 1) działanie podjęte jest w związku z działalnością gospodarczą,
- 2) działanie to wskazuje na sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami,
- 3) doszło do zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta.”.

W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że oferta Wykonawcy wypełnia przesłanki kwalifikujące ją jako czyn nieuczciwej konkurencji, z poniżej wskazanych względów. Zgodnie z § 5 ust. 2 Projektu Umowy na budowę kanalizacji kablowej stanowiącej element zasilania podstacji trakcyjnej dla linii kolejowej realizowanej w ramach zadania pn. „Budowa tunelu dalekobieżnego w Łodzi w ciągu linii kolejowej nr 85 wraz z włączeniem w linię kolejową nr 14, w zakresie kilometrażu od km około 0+361 do km około 0+455 dla toru 1 i od km około 0+360 do km około 0+454 dla toru 2”, wraz z przebudową posadowienia polegającą na wzmocnieniu fundamentów budynku Łódzkiego Domu Kultury, przebudową sieci i przyłącza ciepłowniczego, sieci i przyłącza wodociągowego, przyłącza teletechnicznego oraz sieci elektroenergetycznej zwaną dalej „projektem Umowy”, na wskazaną w ust. 1 maksymalną kwotę Wynagrodzenia składają się:

1. wynagrodzenie obmiarowe w maksymalnej kwocie netto [...]zł (słownie: [...] złotych) za wykonanie prac geotechnicznych, w tym wzmocnienie fundamentów w postaci kolumn jet grouting, mikropali opisanych szerzej w OPZ/PFU, tj. 120% (słownie: sto dwadzieścia procent) łącznej kwoty określonej w formularzu cenowym za wykonanie prac geotechnicznych;
2. wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie netto [...] zł (słownie: [...] złotych) za wykonanie wszelkich pozostałych Prac wchodzących w zakres Przedmiotu Umowy.

Zgodnie ze wzorem Umowy wynagrodzenie obmiarowe, o którym mowa powyżej, będzie płatne nie częściej niż raz w miesiącu zgodnie z zaawansowaniem Prac, po odbiorze przez Zamawiającego Prac wskazanych w tych postanowieniach Umowy w kwocie stanowiącej iloczyn ceny jednostkowej wskazanej w kosztorysie ofertowym oraz faktycznie zrealizowanej ilości jednostek obmiarowych określonych w podpisanym przez Zamawiającego, odpowiednim protokole odbioru. Wynagrodzenie ryczałtowe zaś, płatne będzie nie częściej niż raz w miesiącu zgodnie z zaawansowaniem Prac.

Obmiar robót (obliczenie ilości robót na podstawie pomiarów z natury)

to opracowanie sporządzane po wykonaniu robót przez ich wykonawcę na podstawie książki obmiarów, niezbędne do wykonania kosztorysu powykonawczego lub zamiennego. Powinien on zawierać opis poszczególnych robót w kolejności technologicznej ich wykonania oraz liczby jednostek obmiarowych robót. Obmiar robót ma określać faktyczny zakres wykonanych robót wg stanu na dzień jego przeprowadzenia. Roboty można uznać za zrealizowane, pod warunkiem, że wykonano je zgodnie z wymaganiami zawartymi w projekcie wykonawczym

i szczegółowych specyfikacjach technicznych, a ich ilość podaje się w jednostkach ustalonych

w kosztorysie ofertowym. Ilość robót ustalona w obmiarze na podstawie rzeczywistego zakresu ich wykonania powinna być podstawą rozliczenia wynagrodzenia, bez względu na to, czy jest to ilość mniejsza czy większa od ilości podanej w przedmiarze.

Z treści punktu 4 załącznika nr 12 do projektu Umowy regulującego zasady odbioru prac, wynika, że odbiór częściowy Robót budowlanych nastąpi w terminie do 21 dni od daty pisemnego zawiadomienia Inżyniera Kontraktu oraz Zamawiającego przez Wykonawcę o gotowości do odbioru częściowego. Warunkiem niezbędnym do przeprowadzenia odbioru częściowego jest uprzednie przekazanie przez Wykonawcę Inżynierowi Kontraktu

i Zamawiającemu projektu protokołu odbioru częściowego zawierającego co najmniej:

(iii) w przypadku zgłoszenia do odbioru częściowego Robót budowlanych objętych wynagrodzeniem obmiarowym: karty obmiarów wraz z załącznikami. Dokumenty te (lub ich część wskazana przez Zamawiającego) będą załącznikami do protokołu odbioru częściowego danego elementu Robót budowlanych, chyba że Zamawiający postanowi inaczej; Wykonawca wskaże w przedłożonych dokumentach odrębnie zakres Robót budowlanych, za które przysługuje mu wynagrodzenie obmiarowe i zakres Robót budowlanych, za które przysługuje mu wynagrodzenie ryczałtowe.

Zgodnie z Rozdziałem XIV SWZ Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”), Oferta musi zawierać m.in następujące dokumenty:

- 1) Formularz Oferty – zgodnie ze wzorem określonym w Załączniku nr 3 do SWZ;
- 2) Formularz cenowy – zgodnie ze wzorem określonym w Załączniku nr 1 do Formularza Oferty;
- 3) Formularz kosztorysu ofertowego dotyczący prac geotechnicznych – zgodnie ze wzorem określonym w Załączniku nr 2 do Formularza Oferty;
- 4) Kosztorys ofertowy w formie szczegółowej (kosztorys szczegółowy) z podaniem nakładów rzeczowych danej pozycji kosztorysowej w wersji edytowalnej (plik z programu kosztorysowego np. ath.). Zamawiający zaleca skorzystanie z kosztorysu nakładczego, którego wzór stanowi Załącznik nr 3 do Formularza Oferty.

Kolejno, zgodnie z Rozdziałem XVII ust. 1, 2 i 3 SWZ podana w ofercie cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania SWZ oraz obejmować wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu Zamówienia oraz podatek od towarów i usług. Wykonawca miał określić

w Formularzu Oferty oferowaną cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazywał w SWZ, że sposób dokonywania płatności został określony w Projekcie Umowy stanowiącym Załącznik nr 3 SWZ. Przy kalkulowaniu ceny Wykonawca powinien uwzględnić zapisy zawarte w Formularzu cenowym, stanowiącym Załącznik nr 1 do Formularza Oferty.

Zgodnie z wytycznymi wynikającymi z Załącznika nr 1 do Formularza Oferty:

- Nie dopuszcza się przenoszenia części kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami Formularza cenowego.
- Niedopuszczalne jest celowe zawyżanie jednej pozycji Formularza cenowego kosztem innej.
- Wykonawca zobowiązany jest wycenić pozycje Formularza cenowego w zakresie adekwatnym do danego asortymentu robót/prac do wykonania.
- Niedopuszczalne jest przenoszenie tzw. kosztów ogólnych całego przedsięwzięcia do jednej lub paru wybranych pozycji Formularza cenowego.
- Koszty ogólne ze swej natury powinny być ujmowane we wszystkich pozycjach Formularza cenowego proporcjonalnie do ich wartości netto.
- CAŁKOWITA WARTOŚĆ BRUTTO musi obejmować wszystkie obowiązki Wykonawcy podejmowane w związku z i w celu realizacji przedmiotu Zamówienia, jak również wszelkie koszty Wykonawcy z tym związane, w tym zysk, koszty wszelkich testów, pomiarów, prób, analiz, badań itp. związanych z realizacją Prac, wszelkie opłaty, podatki, cła i inne należności publiczno-prawne związane z realizacją przedmiotu Zamówienia, zarówno nakładane w Polsce, jak i poza jej granicami, w tym wszelkie koszty związane z uzyskaniem decyzji, zezwoleń, pozwoleń, odstępstw, opinii, dokonaniem uzgodnień niezbędnych do realizacji przedmiotu Zamówienia niezależnie od tego, kto będzie adresatem dokumentów określonych powyżej.
- Wykonawca określi w formularzu kosztorysu ofertowego dotyczącego prac geotechnicznych, którego WZÓR stanowi załącznik nr 2 do Formularza Oferty, ceny jednostkowe netto wraz z narzutami w postaci kosztów pośrednich, kosztów zakupu i zysku (oprócz podatku VAT) na wszystkie roboty wymienione w przedmiarach. Wartość poszczególnych pozycji formularza kosztorysu ofertowego dotyczącego prac geotechnicznych Wykonawca zobowiązany jest obliczyć poprzez pomnożenie ilości obmiarowej i ceny jednostkowej. Nie dopuszcza się pominięcia jak i dopisania dodatkowych pozycji w formularzu kosztorysu ofertowego dotyczącego prac geotechnicznych, innych od tych zawartych w przekazanym WZORZE (załącznik nr 2 do Formularza Oferty), zmiany lub opuszczenia opisów, ilości, jednostek.

Zgodnie z Rozdziałem XIX ust. 8 SWZ, za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta Wykonawcy, która została złożona zgodnie z wszystkimi wymaganiami określonymi w SWZ oraz uzyska łącznie największą liczbę punktów, przyznanych w ramach ustanowionych kryteriów oceny ofert.

Przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający miał kierować się następującymi kryteriami: Ceną – kryterium o wadze 70% oraz kwalifikacjami personelu – kryterium o wadze 30%.

Zamawiający miał przyznawać punkty na podstawie następujących dokumentów złożonych i wypełnionych przez Wykonawco w:

- 1) w kryterium: Cena – cena (suma) wskazana w wierszu 44 Formularza Cenowego (Załącznik nr 1 do Formularza cenowego), skalkulowana zgodnie z Formularzem kosztorysu ofertowego dotyczącym prac geotechnicznych (załącznik nr 2 do Formularza Oferty) oraz Kosztorysem Ofertowym w formie szczegółowej (kosztorys szczegółowy) z podaniem nakładów rzeczowych danej pozycji kosztorysowej w wersji edytowalnej (plik z programu kosztorysowego np. ath.). Zamawiający zalecał skorzystanie

z kosztorysu nakładczego, którego wzór stanowi Załącznik nr 3 do Formularza Oferty - składanymi wraz z ofertą i stanowiącymi jej integralną część;

2)w kryterium: Kwalifikacje personelu (informacje wskazane w składanym wraz z ofertą Wykazie, sporządzonym zgodnie z wzorem stanowiącym Załącznik nr 13 do SWZ).

Analizując dane zawarte w Załącznikach do SWZ w formie i treści udostępnionej przez Zamawiającego, tj. Załączniku nr 1 do Formularza oferty Odwołującego oraz Wykonawcy, które szczegółowo obrazuje dokument sporządzony przez Odwołującego, a zawierający porównanie cen zaoferowanych przez Odwołującego oraz Wykonawcę pn. NOWY\_Zał. 1 Formularz cenowy\_do oferty\_porównanie cen, wynagrodzenie ryczałtowe netto za wykonanie ETAPU 1 (pozycja 1 i 1.1.), na który składa się: ETAP I. OPRACOWANIE DOKUMENTACJI PROJEKTOWEJ - projektów spełniających wymogi dokumentacji budowlanej

i dokumentacji wykonawczej (uzyskanie pozwolenia na budowę bądź zgłoszenie robót, uzyskanie wszelkich, niezbędnych uzgodnień, w tym: gestorów sieci, zarządcy dróg, zarządców nieruchomości, ZUD) oraz sprawowanie nadzoru autorskiego nad opracowaną dokumentacją dla:

-przebudowy sieci ciepłowniczej i przyłącza ciepłowniczego;

-przebudowy kabli elektroenergetycznych SN i nN w związku z kolizją wtórną z planowaną siecią ciepłowniczą w ul. Traugutta;

-przebudowy sieci i przyłącza wodociągowego;

-przebudowy kanalizacji teletechnicznej wraz z przyłączami telekomunikacyjnymi .

Wartość wynagrodzenia netto zaproponowanego przez Odwołującego za ww. zakres (Etap I) wynosi 8 416 200,00 zł, a Wykonawcy Keller Polska sp. z o.o. wynosi 600 000,00 zł.

Podobnie spektakularne rozbieżności cenowe w odniesieniu do wynagrodzenia ryczałtowego można zauważyć analizując oferty wykonawców w odniesieniu do punktu 2.7. ww. formularza cenowego (NOWY\_Zał. 1 Formularz cenowy\_do oferty\_poro wnanie cen) , zgodnie z kto rym wynagrodzenie ryczałtowe netto za wykonanie ETAPU VII – WYKONANIE INSTALACJI W DOCELOWYCH POMIESZCZENIACH, na który składają się: Instalacje wod-kan, Inst elektroenergetyczne, Instalacje teletechniczne, Instalacje ciepłownicze, Instalacja wentylacji, Instalacja chłodnicza wody lodowej, Obsługa geodezyjna, Odwołujący przewidział wynagrodzenie ryczałtowe netto w wysokości 14 196 000,00 zł, podczas gdy jego przeciwnik zaoferował wykonanie ww. za jedynie 2 513 333,33 zł. Różnica wynagrodzenia ryczałtowego za wykonanie instalacji docelowych w pomieszczeniach wynosi 11 682 666,67 zł.

Dalej, porównując wiersz 41 (wartość oferty netto) arkusza formularza cenowego stanowiących załączniki do oferty Wykonawcy oraz Odwołującego, można dostrzec ogromną różnicę cenową wartości netto oferty, która w przypadku oferty Wykonawcy Keller Polska

sp. z o.o. wynosi 83 712 419,12 zł netto, a Odwołującego 121 809 263,08 zł netto.

Z kolei maksymalne wynagrodzenie za zamówienie podstawowe netto, o którym mowa

w §5 ust. 2 pkt 1 umowy (120 % poz. 2.4), podane przez obu wykonawców w wierszu 46 formularza cenowego do oferty wskazuje, że Odwołujący wyliczył maksymalną wysokość wynagrodzenia za zamówienie podstawowe netto odpowiadającego kwocie 50 794 275,70 zł, a Wykonawca podał kwotę 57 984 236,28 zł.

Sumując kwoty z wiersza 41 arkusza formularza cenowego do oferty, gdzie podana jest wartość oferty netto, w odniesieniu do wartości wynagrodzenia netto zaproponowanego przez Odwołującego – w kwocie 121 809 263,08 zł oraz przez Wykonawcę - w kwocie 83 712 419,12 zł; z kwotami podanymi w wierszu 46 arkusza formularza cenowego do oferty – tj. 50 794 275,70 zł (Odwołujący) i 57 984 236,28 zł otrzymuje się następujące równanie :

Odwołujący: 121 809 263,08 zł netto (wiersz 41 formularza cenowego) + 50 794 275,70 zł netto (wiersz 46 formularza cenowego) = 172 603 538,78 zł netto;

Wykonawca: 83 712 419,12 zł netto (wiersz 41 formularza cenowego)+ 57 984 236,28 zł netto (wiersz 46 formularza cenowego) = 141 696 655,40 zł netto;

Analizując powyższe równania, nasuwa się pytanie, dlaczego Odwołujący podał

w wierszu 48 formularza cenowego do oferty (który powinien prezentować całkowitą wartość netto) kwotę 130 274 975,70 zł, a nie 172 603 538,78 zł jak wychodzi to z sumy wiersza 41 i 46 j.w. kalkulacji, podczas gdy Wykonawca Keller Polska sp. z o.o. tak właśnie uczynił podając kwotę 141 696 655,40 zł netto odpowiadającej sumie wiersza 41 i 46 ?

Opowiadając na powyższe pytanie, nie powinno być umknąć uwadze Zamawiającego, że prace geotechniczne rozliczane mają być obmiarowo, a umowna zapłata wynagrodzenia następować powinna w wysokości wynikającej z rzeczywiście wykonanych ilości robót.

Zgodnie z pozycją 4.1. (wiersz 46) maksymalne wynagrodzenie za zamówienie podstawowe netto, o kto rym mowa w § 5 ust. 2 pkt 1 umowy, wynosić powinno 120 % wartości wskazanej w poz. 2.4., podczas gdy Wykonawca określił maksymalne wynagrodzenie nie poprzez zsumowanie pozycji 46 z pozycją 41, a poprzez wyliczenie 120% z pozycji 2.4.

Zgodnie z §5 ust. 2 pkt 1) projektu umowy, „wynagrodzenie obmiarowe w maksymalnej kwocie netto [...]zł (słownie: [...]) złotych) za wykonanie prac geotechnicznych, w tym wzmocnienie fundamentów w postaci kolumn jet grouting, mikropali opisanych szerzej w OPZ/PFU, tj. 120% (słownie: sto dwadzieścia procent) łącznej kwoty określonej w formularzu cenowym za wykonanie prac geotechnicznych”.

Odwołujący, wyliczając 120% z pozycji 2.4., w której przyjął 42 328 563,08 zł netto, otrzymał kwotę 50 794 275,70 zł, z kolei Wykonawca otrzymał kwotę netto 57 984 236,28 zł netto. Oba wyliczenia na tym etapie są prawidłowe.

*Niemniej, oferta Wykonawcy Keller Polska sp. z o.o. obarczona jest błędem logicznym i arytmetycznym, znajdującym swoje źródło w nieprawidłowo sformułowanej przez Zamawiającego formule excel, który polega na nieprawidłowym ustaleniu całkowitej wartości zamówienia netto, która zgodnie z zasadami logiki, powinna zostać obliczona*

*w następujący sposób:*

*Od wartości oferty netto należy odjąć wartość, o której mowa w pozycji 2.4 – czyli wartość prac geotechnicznych i tak uzyskaną kwotę powiększyć o maksymalne wynagrodzenie za zamówienie podstawowe netto, o którym mowa w §5 ust. 2 pkt 1 umowy 120 % poz. 2.4.*

W opisany powyżej sposób obliczył całkowitą wartość zamówienia netto Odwołujący, bowiem od wartości netto oferty w kwocie 121 809 263,08 zł odjął kwotę z pozycji 2.4. – odpowiadającą kwocie 42 328 563,08 zł, otrzymując kwotę 79 480 700 zł, która wynosi wartość wynagrodzenia netto z pominięciem wynagrodzenia za prace geotechniczne (obliczane obmiarowo), którą to kwotę należało powiększyć o 120% wartości z pozycji 2.4., czyli o kwotę 50 794 275,70 zł otrzymując poprawnie wyliczoną wartość wynagrodzenia netto w kwocie 130 274 975,70 zł, która powiększona o należny podatek VAT wynosi 160 238 220,11 zł.

Wykonawca Keller Polska sp. z o.o. w swoich obliczeniach pominał pomniejszenie wartości wynagrodzenia netto 83 712 419,12 zł o wartość z pozycji 48 320 196,90 zł, wbrew zapisom pozycji 4.1. i po prostu do kwoty 83 712 419,12 zł netto dodał kwotę z pozycji 4.1. w wysokości 57 984 236,28 zł doprowadzając do sytuacji, w której wartość prac obmiarowych policzona została dwukrotnie (!), gdyż na kwotę 83 712 419,12 zł, o której mowa w wierszu 41 składała się przecież kwota wymieniona w poz. 2.4 (wiersz 24) 48 320 196,90 zł. W konsekwencji złej kalkulacji dokonanej przez Wykonawcę Keller Polska sp. z o.o. całkowita wartość oferty netto wyniosła 141 696 655,40 zł netto, która powiększona o należny podatek VAT wynosi 174 286 886,14 zł brutto, czyli de facto o 14 048 666,03 zł brutto więcej niż oferta Odwołującego.

Z zaprezentowanych powyżej wyliczeń oraz przedstawienia porównania cen wynagrodzenia ryczałtowego oraz obmiarowego, które w przypadku Wykonawcy Keller

sp. z o.o. zostało uwzględnione podwójnie w jego ofercie, wynika to, że Wykonawca celowo obniżył ceny ryczałtowe, zwiększając jednocześnie ceny obmiarowe, które jak wyżej wskazano, mogą być zwiększane na podstawie rzeczywistego zakresu ich wykonania. Wbrew wytycznym wynikającym z Załącznika 1 - Formularza cenowego do oferty, zgodnie z którym nie dopuszcza się przenoszenia części kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami Formularza cenowego oraz niedopuszczalne jest celowe zawyżanie jednej pozycji Formularza cenowego kosztem innej, Wykonawca Keller Polska sp. z o.o. dopuścił się przesunięć pomiędzy pozycjami, które spowodowały, że kwota która podlegała obmiarowi została zwiększona. Skutkować to będzie zwiększeniem wynagrodzenia obmiarowego tegoż Wykonawcy, o którego finalnej wysokości decydować będzie ponownie, nikt inny jak projektant – mgr inż. M.D..

Wykonawca przy zaangażowaniu pana mgr inż. M.D., w wycenę oferty

i realizację zadania objętego zamówieniem, był w stanie dokonać manipulacji cenami oferty, co przejawia się w tym, że był w stanie w zakresie ceny podlegającej ocenie w ramach kryterium ceny ofert określić ją na poziomie zapewniającym mu najwyższą ilość punktów

w tym kryterium przy jednoczesnym określeniu całkowitej ceny w ramach maksymalnego wynagrodzenia obmiarowego wyższej o ponad 14 mln zł (tj. 8,77 %) od całkowitej ceny

w ramach maksymalnego wynagrodzenia obmiarowego zaoferowanej przez Odwołującego, co faktycznie powoduje, że oferta Wykonawcy w ujęciu globalnym nie jest najkorzystniejsza. Co więcej, Wykonawca przy zaangażowaniu Pana mgr inż. M.D., w wycenę oferty i realizację zadania objętego zamówieniem będzie mógł uzyskać korzystniejsze warunki realizacji zamówienia, w tym jego zakres i wynagrodzenie na etapie realizacji, ponieważ Pan M.D. będzie pełnił podwójną funkcję tj. autora projektu Zamawiającego i autora projektu wykonawczego. Aby wprowadzić zmiany w projekcie wykonawczym trzeba uzyskać zgodę autora projektu Zamawiającego. W tym przypadku będzie to ta sama osoba.

Ponadto, manipulacja cenami oferty była możliwa dzięki temu, że p. D., ze względu

na to, że był autorem OPZ, był w stanie przekazać Wykonawcy określone informacje takie jak możliwość zmiany średnicy kolumn jet grouting fi 600/1000 mm, długość kolumn jet grouting fi 600/1000 mm, ilości kolumn jet grouting fi 600/1000 mm oraz średnicy, długości i ilości mikropali fi 115 mm; fi 150 mm; fi 175 mm; fi 200 mm, a także zmiany zbrojenia mikropali i kolumn jet grouting, potrzebne do wyceny oferty w odpowiedniej wysokości tak, aby uzyskać jak najniższą cenę ocenianą w ramach kryterium.

W tym miejscu Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający popełnił błąd w formularzu excel wprowadzając formułę E24 x 120%. Błąd w formule powodował nieprawidłowe obliczenie wartości wynagrodzenia obliczanego obmiarowo zarówno pod kątem logicznym

jak i arytmetycznym. Zamawiający dokonując ocen ofert również nie wziął pod uwagę wartości oferty brutto i nie poddał jej pod ocenę, przez co zdecydował się na wybór oferty o ponad 14 milionów droższej. Zamawiający nie sprawdził formuł, nie wnikał w to, co jest poniżej wiersza 41, tj. „wartość wynagrodzenia netto” i nie brał tego pod uwagę dokonując oceny ofert.

Zamawiający wybrał ofertę o pozornie niższej wartości, jednocześnie godząc się na niewłaściwie wyliczoną całkowitą wartość oferty brutto. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający zapoznając się z formularzem kosztorysu ofertowego dostarczonego przez obu potencjalnych Wykonawców powinien był dołożyć należytej staranności i zweryfikować wyliczenia w nim zaprezentowane i dostrzec błąd w formule, który poczynił i który skutkowało podwójnym uwzględnieniem wynagrodzenia za prace obliczane obmiarowo. Opisane zachowanie Zamawiającego jest kolejnym przykładem nieuczciwej konkurencji i faworyzowaniu Wykonawcy, którego oferta została wybrana pomimo tego, iż jest droższa o 14 milionów brutto.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien był odrzucić ofertę Wykonawcy, jako złożoną w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Projektant Projektu Wykonawczego może na zlecenie Wykonawcy projektować większe ilości robót określone w Załączniku nr 2 do Formularza oferty, aby uzyskać większe wynagrodzenie za zwiększony zakres robót. Np. cena Wykonawcy w pozycji 2.2.6

w Załączniku nr 2 do Formularza jest 1,49 razy wyższa od ceny Odwołującego. Zwiększając ten zakres robót Wykonawca może poprzez zwiększenie obmiarów uzyskać wyższe wynagrodzenie za ten zakres prac. Zwiększony zakres robót wynikać będzie z ilości faktycznie wykonanych prac.

Zdaniem Odwołującego oferta Wykonawcy Keller Polska sp. z o.o. złożona została

w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jako taka zasługuje na odrzucenie.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona

w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r.

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Za czyn nieuczciwej konkurencji można między innymi uznać manipulację przez wykonawcę cenami jednostkowymi będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert w sytuacji, gdy zaoferowane ceny jednostkowe są nierynkowe, nierealne i nakierowane wyłącznie na uzyskanie lepszej punktacji. O tego rodzaju czynie nieuczciwej konkurencji (tzw. manipulacji cenowej) można mówić również w sytuacji zaoferowania nierynkowych cen jednostkowych, niestanowiących odrębnych kryteriów oceny ofert. Ma to miejsce w przypadku stwierdzenia, że niektóre ceny zostały sztucznie zawyżone, a inne sztucznie zaniżone, a działanie takie było nakierowane na uzyskanie przewagi konkurencyjnej.

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje, że działanie polegające na tzw. „manipulowaniu ceną” jest działaniem polegającym na określaniu cen jednostkowych w taki sposób, że część cen określana jest na poziomie raząco niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia, a część jest bez uzasadnienia zawyżona, by rekompensować zaniżenie innych cen, przy czym celem dokonywania takiej operacji jest zamierzona optymalizacja dokonanych wycen. Manipulacja cenowa sprowadza się zatem do przerzucania kosztów pomiędzy poszczególnymi elementami cenotwórczymi. Celowe obniżenie przez Wykonawcę cen ryczałtowych zwiększając jednocześnie ceny obmiarowe, które jak wyżej wskazano, mogą być zwiększane na podstawie rzeczywistego zakresu ich wykonania dokonane wbrew wytycznym wynikającym z Załącznika 1 - Formularza cenowego do oferty, zgodnie z którym nie dopuszcza się przenoszenia części kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami Formularza cenowego oraz niedopuszczalne jest celowe zawyżanie jednej pozycji Formularza cenowego kosztem innej powoduje, że kwota która podlegała obmiarowi została zwiększona. Skutkowało to będzie zwiększeniem wynagrodzenia obmiarowego tegoż Wykonawcy. Podwójne uwzględnienie wynagrodzenia za prace obliczane obmiarowo świadczy o manipulacji cenowej Wykonawcy.

Dokonane przez Wykonawcę manipulacje cenowe skutkowały uzyskaniem przez niego przewagi nad innymi wykonawcami wedle przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert. Działanie takie prowadzi do wynaturzeń pozbawiających system zamówień publicznych jego ekonomicznego sensu, jak również narusza to interes innych przedsiębiorco

w ubiegających się o zamówienie. Działanie wykonawców w postaci manipulowania cenami jednostkowymi (przerzucanie kosztów) jest sprzeczne z dobrymi obyczajami rozumianymi jako normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych, a więc pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy

(tzw. uczciwość kupiecka). Istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo.

Działanie Wykonawcy zagroziło interesom innych przedsiębiorco w, w tym Odwołującego, którzy kalkulując cenę uczciwie, nie mogą w ten sposób realnie konkurować z podmiotem, który dopuszcza się manipulowania ceną, a w konsekwencji ich dostęp do rynku jest ograniczany przez podmiot popełniający delikt uczciwej konkurencji.

Zdaniem Odwołującego, zachowanie Zamawiającego przejawiające się zaniechaniem odrzucenia oferty Wykonawcy, w sytuacji gdy złożenie oferty Wykonawcy nastąpiło w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK tj. Wykonawca przy zaangażowaniu Pana mgr inż . M.D., w wycenę oferty i realizację zadania objętego zamówieniem, dopuścił się manipulacji cenami oferty, co przejawia się w tym, że był w stanie w zakresie ceny podlegającej ocenie w ramach kryterium ceny ofert określić ją na poziomie zapewniającym mu najwyższą ilość punktów w tym kryterium, przy jednoczesnym określeniu całkowitej ceny w ramach maksymalnego wynagrodzenia obmiarowego wyższej o ponad 14 mln zł (tj. 8,77 %) od całkowitej ceny w ramach maksymalnego wynagrodzenia obmiarowego zaoferowanej przez Odwołującego, co faktycznie powoduje, że oferta Wykonawcy w ujęciu globalnym nie jest najkorzystniejsza. Co więcej, wskutek zaangażowania Pana mgr inż . M.D., w wycenę oferty i realizację zadania objętego zamówieniem będzie mógł uzyskać korzystniejsze warunki realizacji zamówienia, w tym jego zakres i wynagrodzenie na etapie realizacji.

Zdaniem Odwołującego spełnione zostały przesłanki uzasadniające przyjęcie, iż złożenie oferty Wykonawcy nastąpiło w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK, bowiem działanie podjęte jest w związku z działalnością gospodarczą, wskazuje na sprzeczność z dobrymi obyczajami jak również skutkuje naruszeniem interesu zarówno Odwołującego jak i Zamawiającego. Interes Odwołującego jest naruszony, bowiem wskutek naruszenia przepisów ustawy Pzp nie uzyskał on zamówienia. Z kolei, interes zamawiającego jest naruszony gdyż wskutek opisanych w odwołaniu kwestii związanych z ofertą Wykonawcy, uzyskał zamówienie które nie było najkorzystniejsze. Tym bardziej, że w ramach pełnionego nadzoru autorskiego na zadaniu decyzje będą podejmowane przez osobę zaangażowaną przez wykonawcę, co budzi wątpliwości co do jej obiektywizmu i działania w interesie zamawiającego.

Ewentualny zarzut naruszenia art. 85 ust. 2 Ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp Wykonawca zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykluczeniu z tego postępowania wyłącznie w przypadku, gdy spowodowane tym zaangażowaniem zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w tym postępowaniu. Przed wykluczeniem wykonawcy zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.

Obowiązkiem zamawiającego, w myśl art. 85 ust. 1 Pzp, jest jednak podjęcie odpowiednich środków w celu zagwarantowania, że pomoc wykonawców w przygotowaniu postępowania nie doprowadzi do zakłócenia konkurencji. Opis odpowiednich środków, które zamawiający przedsięwziął, musi znaleźć się w protokole postępowania. Dopiero zatem, kiedy zamawiający takich środków nie podejmie lub pomimo ich podjęcia dojdzie do zakłócenia konkurencji, wykonawca, który brał udział w przygotowaniu postępowania, może zostać wykluczony.

Jednak jeszcze przed wykluczeniem zamawiający powinien zweryfikować, czy istnieje inny niż wykluczenie sposób na eliminację zakłócenia konkurencji w postępowaniu, a także zapewnić możliwość udowodnienia wykonawcy, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania nie zakłóci konkurencji, co również znajduje odzwierciedlenie w zapisach Rozdziału V ust. 5 SWZ. Pomimo zaistnienia okoliczności opisanych w stanie faktycznym odwołania, Zamawiający nie podjął żadnych środków w celu zagwarantowania, że pomoc projektanta mgr inż . M.D. jako podwykonawcy spółki Keller Polska nie doprowadzi do zakłócenia konkurencji. Zamawiający swoim zaniechaniem wezwania Wykonawcy do udowodnienia,

że zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia Pana mgr inż. M.D., przy pomocy którego będzie realizował zamówienie, nie zakłóci konkurencji naruszył przepis art. 85 ust. 2 Pzp, co skutkowało powinno unieważnieniem wyboru oferty Keller Polska sp. z o.o. jako najkorzystniejszej i wezwaniem ww. wykonawcy do udowodnienia, że zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia osoby, przy pomocy której będzie realizował zamówienie nie zakłóci konkurencji.

Co istotne, z ostatniego zdania odpowiedzi na pytanie nr 52 wprost wynika, iż w przypadku wprowadzenia zmian w rozwiązaniu pierwotnym „wymagana będzie akceptacja autorów projektu PB”, co oznacza, że w razie zatrudnienia przez Wykonawcę Keller Sp. z o.o. jako podwykonawcy spółki projektanta i współautora opisu przedmiotu zamówienia, w osobie mgr inż . M.D., który ze strony wykonawcy za zadanie będzie miał „Opracowanie Projektów Wykonawczych dla robót budowlanych”, to w razie zaistnienia sytuacji opisanej

w pytaniu nr 52, osoba ta będąca jednocześnie podmiotem ten pełniącym funkcję projektanta na zadaniu będzie musiała udzielać akceptacji dla proponowanych przez samego siebie zmian. Co gorsza, mgr inż. M.D. działając jako podwykonawca spółki Keller Polska ten będzie mógł zwracać się do autora projektu z pytaniami i sam przygotowywać odpowiedzi i wyjaśnienia na zadane przez siebie pytania.

Podkreślenia wymaga, iż to nikt inny jak projektant decyduje o tym, czy zmiana jest istotna czy też nie, co przedkłada się na to, iż w razie uznania danej zmiany jako istotnej, niezbędnym staje się sporządzenie projektu zamiennego, a następnie dokonanie zmiany decyzji

o pozwoleniu na budowę. W razie uznania zmiany za nieistotną, koniecznym okaże się jedynie naniesienie jej w projekcie i wpisanie do dziennika budowy, bez konieczności przerywania prac, a jednocześnie taka zmiana może powodować wzrost wynagrodzenia Wykonawcy. Posiadanie podwykonawcy w osobie autora opisu przedmiotu zamówienia tak skomplikowanego zadania inwestycyjnego może wprost przedkładać się na koszt realizacji zadania, wartość oferty czy przedkładać się na przewagę danego wykonawcy, godząc

w zasadę uczciwej konkurencji.

W zaistniałej sytuacji zachodzi uzasadniona obawa, iż projektant (będący jednocześnie autorem opisu przedmiotu zamówienia oraz osobą skierowaną do realizacji zamówienia) będzie „sędzią we własnej sprawie”, rozstrzygając jednoosobowo wątpliwości lub/i ewentualne błędy mogące pojawić się na etapie realizacji zadania inwestycyjnego występując to raz jako projektant Wykonawcy Keller Sp. z o.o., to po wtóre jako osoba (projektant) Zamawiającego oceniający wnioski Wykonawcy, co rodzi uzasadnione obawy o bezstronną i obiektywną ocenę tychże wystąpień.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający dopuścił się szeregu uchybień, które powinny skutkować odrzuceniem oferty Wykonawcy Keller Polska sp. z o.o. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim, ewentualnie unieważnieniem wyboru oferty Keller Polska sp. z o.o. jako najkorzystniejszej i wezwaniem ww. wykonawcy do udowodnienia, że zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia osoby, przy pomocy której będzie realizował zamówienie nie zakłóci konkurencji.

Mając na uwadze powyższe oraz to, że Odwołujący legitymuje się wciąż interesem

w uzyskaniu danego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, Odwołujący wnosi i wywodzi jak na wstępie.

Odwołanie o sygn. akt: KIO 2096/23

W dniu 17 lipca 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę Keller Sp. z o.o. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim (zwanego dalej „Odwołującym Keller”) od czynności Zamawiającego podjętej w toku postępowania,

tj. czynności badania i oceny ofert, w tym wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej w dniu

7 lipca 2023 roku. W tej dacie Zamawiający przesłał Wykonawcom zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący Keller zarzucił Zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 5 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o. – Lider Konsorcjum i SOLETANCHE POLSKA Sp. z o.o. Członek Konsorcjum (dalej: Konsorcjum) mimo, że oferta ta pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia,
2. Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 2b poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum mimo, iż z treści dokumentów złożonych przez Konsorcjum wynika, że nie wykazało ono spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, w zakresie dysponowania osobami skierowanymi do realizacji zamówienia, tj. Kierownikiem Kontraktu i Kierownikiem Budowy.

Wobec tak sformułowanych zarzutów, Odwołujący Keller wniósł o:

- 1) Uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie badania i oceny oferty i odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum z przyczyn wskazanych w pkt. 1-2 powyżej.

Ponadto, wniósł o:

- 3) przeprowadzenie wskazanych w niniejszym piśmie dowodów na okoliczności wskazane w uzasadnieniu;
- 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów reprezentacji przez pełnomocnika w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący Keller wskazał, że Odwołujący posiada interes w złożeniu odwołania, gdyż jest Wykonawcą, którego oferta słusznie została wybrana jako oferta najkorzystniejsza

w Postępowaniu. Co prawda w tym zakresie rozstrzygnięcie Zamawiającego odpowiada prawdzie i jest korzystne dla

Odwołującego, jednak zaniechanie identyfikacji wad oferty konkurenta Keller Polska i w konsekwencji ocena oferty złożonej przez Konsorcjum jako prawidłowej stanowi uchybienie i narusza zasadę legalizmu działań Zamawiającego, przewidzianą w art. 17 ust.2 Ustawy prawo zamówień publicznych. Wskutek powyższego w razie hipotetycznej sytuacji, w której Konsorcjum wniesie odwołanie, w którym podniesie zarzuty wobec oferty złożonej przez Keller Polska, brak odwołania od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na obecnym etapie może skutkować poniesieniem szkody po stronie Keller Polska. Zgodnie bowiem z zasadą koncentracji środków odwoławczych, wniesienie odwołania może okazać się spóźnione lub całkowicie niezasadne (jeśli wybór oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej zostałby Zamawiającemu nakazany przez KIO). Innymi słowy interes Keller Polska we wniesieniu odwołania od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej ma charakter pośredni i polega na tym, że w razie wniesienia odwołania przez Konsorcjum i jego uwzględnienia przez KIO (co dla Keller Polska oznaczałoby „najczarniejszy”, ale przecież nie niemożliwy scenariusz), brak odrzucenia oferty Konsorcjum skutkował będzie utratą szans na realizacji zamówienie po stronie Keller Polska. Tymczasem gdyby Zamawiający prawidłowo ocenił ofertę Konsorcjum i odrzucił ją z uwagi na zarzuty wskazane powyżej, w razie uwzględnienia odwołania Konsorcjum skierowanego przeciwko ofercie Keller Polska, Zamawiający musiałby unieważnić Postępowanie i ogłosić je ponownie.

Jak słusznie wskazano w Wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 28 września 2022 r., XXIII Zs 112/22: „Interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie, o którym mowa w art. 505 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, to każdy interes, tj. interes faktyczny i prawny. Wiąże się on z chęcią uzyskania zamówienia w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie (tj. w postępowaniu lub konkursie, w którym wnoszone jest odwołanie). Ocena, czy dany podmiot posiada interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie, winna być badana na gruncie okoliczności faktycznych konkretnej sprawy. Przy czym wskazać w tym miejscu należy, że w niektórych stanach faktycznych wykonawca może mieć interes w uzyskaniu zamówienia nawet wówczas, gdy uwzględnienie wniesionego przez niego odwołania miałyby prowadzić do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.”

Zarzut zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum pomimo niezgodności tej oferty z warunkami zamówienia.

Oferta złożona przez Konsorcjum pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia i niezgodność ta nie może zostać usunięta na zasadzie art. 223 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych. W dokumentach zamówienia Zamawiający ustanowił limit ryczałtowego wynagrodzenia za wykonanie prac projektowych, który wynosił: „do 5 % całkowitej wartości netto za wykonanie przedmiotu Zamówienia.”

Informacja o powyższym wymogu Zamawiającego znajdowała się w dokumentach zamówienia, tj. w zamieszczonym przez Zamawiającego na stronie postępowania załączniku nr 1 do oferty „Formularz Cenowy”, stanowiącym integralną część oferty.

Tymczasem Konsorcjum zaoferowało realizację prac projektowych za wynagrodzeniem wynoszącym 9 920 300,00 zł netto co stanowi 8,11 % wartości netto oferty

(kwota: 121 809 263,08 zł netto)

Nie został spełniony warunek: wartość Pkt.1 do 5%;

Dodatkowo Konsorcjum ingerowało w formułę obliczeniową zastosowaną przez Zamawiającego w załączniku nr 2 do Oferty – Formularz kosztorysu ofertowego (prace geotechniczne). Konsorcjum zmieniło formułę w ten sposób, że przeliczała ona zamiast 120% prac geotechnicznych (zgodnie z intencją Zamawiającego) 20% prac geotechnicznych.

To z kolei skutkowało obniżeniem ceny ofertowej w sposób nieuprawniony oraz nieznajdujący odzwierciedlenia w wycenie poszczególnych pozycji kosztorysu. Powyższe jest niedopuszczalne, gdyż powyższa ingerencja w formularz ofertowy bezpośrednio usuwa założenia opracowane przez Zamawiającego, które miały doprowadzić do porównywalności ofert.

Zarzut zaniechania odwołania oferty Konsorcjum pomimo niespełnienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

W ofercie Konsorcjum nie zostało wykazane, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, tj. że dysponuje osobami o wymaganych uprawnieniach, wykształceniu i doświadczeniu zawodowym, które zostaną skierowane na stanowiska:

- a) Kierownika Kontraktu,
- b) Kierownika Budowy.

Zgodnie z treścią Rozdziału VI pkt. 2.4 b) Zamawiający wymagał aby wykonawcy składający ofertę w Postępowaniu dysponowali m.in. osobą pełniącą funkcję kierownika budowy, który:

- a) posiada uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej lub mostowej,

b) w okresie ostatnich 20 lat przed upływem terminu składania ofert zdobył co najmniej 3-letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku Kierownika budowy lub Inżyniera Projektu lub Kierownika/Dyrektora/Zastępcy Dyrektora Kontraktu lub Przedstawiciela Wykonawcy lub na stanowisku o analogicznych kompetencjach, przez co rozumie się odpowiedzialność za nadzór merytoryczny, finansowy i techniczny oraz zarządzanie zespołem realizującym robotę budowlaną wskazaną w doświadczeniu, w tym przy realizacji:

- a. co najmniej jednej roboty budowlanej o wartości minimum 20 mln. złotych brutto, która swoim zakresem obejmowała między innymi wykonanie robót związanych ze wzmocnieniem fundamentów obiektu inżynierskiego lub obiektu kubaturowego przy wykorzystaniu metody podbijania, gdzie wartość tych prac z użyciem technologii jet grouting (iniekcja wysokociśnieniowa, która polega na podawaniu do gruntu zaczynu cementowego o wysokim ciśnieniu (złożony z cementu i wody, podawany pod ciśnieniem)) lub mikropali (wiercone lub kształtowane w gruncie elementy posadowienia pośredniego, zbrojone lub niezbrojone) była nie mniejsza niż 500 000 złotych brutto,

lub

- b. co najmniej 2 robót budowlanych, każda o wartości minimum 10.000.000 zł. brutto, które swoim zakresem obejmowały m.in. wykonanie robót związanych ze wzmocnieniem fundamentów obiektu inżynierskiego lub obiektu kubaturowego przy wykorzystaniu metody podbijania, gdzie wartość tych prac z użyciem technologii jet grouting (iniekcja wysokociśnieniowa, która polega na podawaniu do gruntu zaczynu cementowego o wysokim ciśnieniu (złożony z cementu i wody, podawany pod ciśnieniem)) lub mikropali (wiercone lub kształtowane w gruncie elementy posadowienia pośredniego, zbrojone lub niezbrojone) była nie mniejsza niż 250.000 złotych brutto dla każdej roboty budowlanej.

Zgodnie z R. XVIII SWZ Zamawiający przewidywał możliwość skorzystania z tzw. procedury odwrotnej (art. 139 ustawy Pzp). Niemniej jednak z treści protokołu Postępowania nie wynika, żeby faktycznie taka procedura została przez Zamawiającego przyjęta. Stąd zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 2b) ustawy Pzp wynika z założenia, że Zamawiający zbadał ofertę Konsorcjum pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu, a następnie błędnie uznał, że oferta Konsorcjum te warunki spełnia. Konsorcjum wskazało w załączniku

nr 12, że funkcja kierownika budowy zostanie powierzona Panu K.G.. A na dowód dysponowania uprawnieniami budowlanymi bez ograniczeń do kierowania robotami

w specjalności konstrukcyjno-budowlanej lub mostowej Konsorcjum wskazało następujący numer wpisu na liście: OIIB: MAZ/0277/OWOK/05. Jednakże taki numer nie widnieje

w rejestrze. Po wpisaniu w wyszukiwarkę rejestru imienia i nazwiska wskazanego przez Konsorcjum w załączniku 12 pojawia się natomiast inny numer uprawnień,

tj. MAZ/BO/0170/06.

Nie można jednak z tego wnioskować, że chodzi o tę osobę lub że osoba ta dysponuje uprawnieniami budowlanymi w zakresie wymaganym przez Zamawiającego.

Konsorcjum nie wskazało ponadto, jakoby spełniło warunek udziału w postępowaniu

w zakresie dysponowania osobą na stanowiskach:

- Kierownik Kontraktu,
- Kierownik Budowy

o doświadczeniu wymaganym przez Zamawiającego.

Brak wykazania doświadczenia p. K.G. na stanowisku Kierownik budowy.

Niezależnie od wskazania nieistniejącego numeru uprawnień budowlanych przez Konsorcjum wskazać należy, że powołane w załączniku nr 12 do Oferty doświadczenie zawodowe

p. Krzysztofa Grafa wydaje się mało wiarygodne, co rzutuje na możliwość przyjęcia,

że Wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą na stanowisko kierownika budowy o wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniu.

Z treści załącznika nr 12 do oferty Konsorcjum wynika, że p. K.G. był jednocześnie kierownikiem budowy na 7 inwestycjach. Dotyczy to lat 2006-2007 oraz 2016-2017.

Co więcej Konsorcjum wskazało, że ww. osoba była kierownikiem budowy przy inwestycji

II Linia Metra w Warszawie. Jest to oświadczenie mało wiarygodne, ponieważ Generalnym Wykonawcą II Linii Metra była włoska firma Astaldi. Oznaczałoby to że Pan K. był Kierownikiem Budowy u Głównego Wykonawcy. Na podstawie przesłanego doświadczenia Pan K. nie spełniał wymagań aby być Kierownikiem Budowy na tym zadaniu.

Brak wykazania doświadczenia p. T.K. na stanowisku Kierownik kontraktu.

Odnosząc się natomiast do wymogu dysponowania osobą o określonych kwalifikacjach i doświadczeniu, która zostanie zatrudniona na stanowisku Kierownika Kontraktu, wskazać należy, że Zamawiający postawił następujące wymogi wobec osoby, jakiej dysponowaniem ma wykazać się wykonawca:

- a. posiada wykształcenie wyższe,
- b. w okresie ostatnich 20 lat przed upływem terminu składania ofert zdobył co najmniej 5-letnie doświadczenie na stanowisku:

- a. Inżyniera Projektu,
- b. Kierownika/Dyrektora/Zastępcy Dyrektora Kontraktu,
- c. Przedstawiciela Wykonawcy
- d. Lub na stanowisku o analogicznych kompetencjach,

przez co rozumie się odpowiedzialność za nadzór merytoryczny, finansowy i techniczny oraz zarządzanie zespołem realizującym robotę budowlaną.

Konsorcjum w sposób nieprecyzyjny i co najmniej budzący uzasadnione wątpliwości wskazało na kwalifikacje i doświadczenie osoby wskazanej jako Kierownik Kontraktu.

Po pierwsze Konsorcjum uchybiło obowiązkowi wskazania w tabeli nr 12 w sposób precyzyjny funkcji osoby, którą dysponuje, ograniczając się do wpisania jedynie słowa „kierownik”.

Jest to jednak określenie zbyt ogólne, które może odnosić się do robót budowlanych, jak i jakichkolwiek innych usług, dostaw, lub robót (kierownik zmiany, kierownik działu, kierownik zespołu).

Jednocześnie odnosząc się do poszczególnych wskazanych na potwierdzenie doświadczenia kontraktów warto wskazać, jak niżej:

1. Budowa „Południowa Obwodnica Warszawy – Węzeł Lotnisko”, gdzie Konsorcjum wykazuje 5-letnie doświadczenie Pana T.K. na stanowisku „kierownik.”

Powyższa inwestycja nie była realizowana przez 5 lat, jak również – p. T.K., wedle wiedzy Keller Polska nie pełnił w niej żadnej z funkcji wymaganych w SWZ przez Zamawiającego.

2. Budowa Galerii „Mociny” w Warszawie. Konsorcjum wskazało, że p. T.K. pełnił

funkcję kierownika w okresie: od 05.2013 do 10.2016. Jest to niemożliwe z powodu obiektywnych okoliczności faktycznych. W 2013 roku Inwestor dopiero uzyskał decyzję środowiskową na ten projekt, a roboty budowlane zaczęły się znacząco później,

po uzyskaniu ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę.

Pan T.K. mógł w jakiś sposób uczestniczyć w realizacji robót budowlanych

w okresie od XI 2016 do IX 2017, gdy spółka Soletanche realizowała część prac związanych

z Inwestycją, jako Podwykonawca. Ponieważ Generalnym Wykonawcą tej Inwestycji był ERBUD, osoba z ramienia Soletanche (p. T.K.) nie mogła być ani Kierownikiem Budowy, ani Kierownikiem Kontraktu.

3. Droga S8 – Obwodnica Marek - wedle wiedzy Odwołującego p. T.K.

nie był w trakcie realizacji ww. inwestycji ani Inżynierem Projektu, ani Kierownikiem/Dyrektorem/Zastępcą Dyrektora Kontraktu, ani Przedstawiciela Wykonawcy, ani wreszcie nie pełnił stanowiska o analogicznych kompetencjach,

Z samego zresztą oświadczenia Konsorcjum, zawartego w załączniku nr 12 wynika,

że w tym samym czasie prowadził również budowy: Budyńku Komisji Sejmowych w Warszawie i Budyńku na ulicy Polnej 40. Takie funkcje byłyby niemożliwe do pogodzenia z pełnieniem obowiązków wskazanych powyżej również w trakcie budowy drogi S8 – Obwodnica Marek. Wykonawcą Generalnym tego odcinka drogi S8 był PORR i UNIBEP, a p. T.K. nie zajmował z całą pewnością stanowiska kierowniczego z ramienia ww. Generalnych Wykonawców.

Mając na uwadze wskazane powyżej okoliczności, złożenie odwołania było konieczne i uzasadnione.

W dniu 21 lipca 2023 roku do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2084/23 zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawca Keller Polska Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim, ul. Poznańska 172, 05-850 Ożarów Mazowiecki, zwany dalej Przystępującym Keller.

W dniu 21 lipca 2023 roku do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2096/23 zgłosili przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający

się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, ul. Kolejowa 28, 05-300 Mińsk Mazowiecki oraz Soletanche Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

w Warszawie, al. Solidarności 173 SPARK, budynek C, 00-877 Warszawa, zwani dalej Przystępującym Konsorcjum.

Przystępujący Keller pismem z dnia 28 lipca 2023 roku wniósł o oddalenie odwołania o sygn. akt KIO 2084/23 w całości i dopuszczenie dowodów wskazanych w treści pisma.

Zamawiający, pismem z dnia 31 lipca 2023 roku złożył Odpowiedź na odwołanie o sygn. akt: 2084/23 w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 25 lipca 2023 roku Odwołujący Keller złożył pismo procesowe w sprawie

o sygn. akt: KIO 2096/23 w którym wycofał zarzuty dotyczące naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, ul. Kolejowa 28, 05-300 Mińsk Mazowiecki oraz Soletanche Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, al. Solidarności 173 SPARK, budynek C, 00-877 Warszawa z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia polegającymi na zmianie przez Konsorcjum formuły obliczeniowej zastosowanej przez Zamawiającego w załączniku nr 2 do Oferty – Formularz kosztorysu ofertowego (prace geotechniczne) oraz w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2b ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum ww. wykonawców, mimo że z treści dokumentów złożonych przez Konsorcjum wynika że nie wykazało ono spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w zakresie dysponowania osobami skierowanymi do realizacji zamówienia, tj. Kierownikiem Kontraktu i Kierownikiem Budowy w postępowaniu o sygn. akt: KIO 2096/23. Odwołujący Keller podtrzymał w całości zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum z uwagi na to, iż cena oferty Konsorcjum za realizację prac projektowych stanowi 8,11 % wartości netto oferty i przekracza tym samym ustanowiony przez Zamawiającego w Załączniku nr 1 do oferty „Formularz Cenowy” (pkt 1), limit ryczałtowego wynagrodzenia za wykonanie prac projektowych w wysokości 5 % całkowitej wartości netto za wykonanie przedmiotu zamówienia.

W dniu 31 lipca 2023 roku Przystępujący Konsorcjum w sprawie o sygn. akt: KIO 2096/23 złożył Pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. Przystępujący Konsorcjum, przedstawił argumentację i dowody dotyczące wystąpienia innej omyłki niepowodującej zmian w treści oferty, ustalenia wartości całkowitej netto w odniesieniu do oferty Odwołującego Keller i swojej, tego, że całkowita wartość netto za wykonanie przedmiotu zamówienia” nie jest tym samym co „wartość oferty netto” oraz błędnego wyliczenia przez Odwołującego procentowej wartości pozycji Załącznika nr 1 do Formularza oferty oznaczonej „PRACE PROJEKTOWE” w wysokości 8,11 %.

Zamawiający, pismem z dnia 31 lipca 2023 roku złożył Odpowiedź na odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2096/23. Zamawiający częściowo uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum firm Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o.

i Soletanche Polska Sp. z o.o., mimo że oferta ta pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia, a niezgodność ta nie może zostać usunięta na podstawie art. 223 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. ze względu na przekroczenie w wycenie oferty „Formularz Cenowy” ustanowionego przez Zamawiającego limitu ryczałtowego wynagrodzenia za wykonanie prac projektowych „do 5 % całkowitej wartości netto za wykonanie przedmiotu Zamówienia”.

W związku z powyższym Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego, a w przypadku wniesienia sprzeciwu przez przystępującego Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. i Soletanche Polska Sp. z o.o. co do częściowego uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego: o uznanie słuszności zarzutu, jednak o oddalenie odwołania w tym zakresie w związku z dyspozycją art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. brakiem wpływu na wynik postępowania.

W dniu 1 sierpnia 2023 roku na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron i uczestników postępowania odwoławczego, Przystępujący Konsorcjum wniósł sprzeciw w sprawie o sygn. akt. KIO 2096/23 wobec częściowego uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu (niewycofanego) podniesionego w odwołaniu.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący Konsorcjum oraz Odwołujący Keller przekazali w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba uznała, że obaj Odwołujący wykazali interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego Konsorcjum w sprawie o sygn. akt: KIO 2096/23 o oddalenie odwołania w całości bez merytorycznego rozpoznania z uwagi na brak interesu odwołującego we wniesieniu środka ochrony prawnej.

Przede wszystkim Przystępujący Konsorcjum nie uzasadnił w czym upatruje brak interesu we wniesieniu odwołania przez Odwołującego Keller.

Należy jednak zauważyć, że oferta Odwołującego Keller została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, a oferta Odwołującego Konsorcjum znalazła się na drugim miejscu

w rankingu ofert, jednakże Odwołujący Konsorcjum wniósł odwołanie, w którym zakwestionował zaniechanie wykluczenia i odrzucenia oferty Keller oraz wybór oferty najkorzystniejszej. W przypadku uwzględnienia przez Izbę odwołania Konsorcjum i nakazania wykluczenia i odrzucenia oferty wykonawcy Keller, ranking ofert uległby zmianie i ofertą najkorzystniejszą – odwrotnie niż w dniu wnoszenia obu odwołań - stałaby się oferta Odwołującego Konsorcjum. Tym samym wykonawca Keller utraciłby możliwość uzyskania zamówienia i poniósłby w tym zakresie szkodę. Jednocześnie, ewentualne podniesienie zarzutu braku odrzucenia oferty Konsorcjum dopiero w odwołaniu wniesionym po zmianie wyboru najkorzystniejszej oferty, narażałoby wykonawcę Keller na ryzyko odrzucenia tego odwołania przez Izbę jako spóźnionego w myśl art. 528 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dlatego też należy stwierdzić, że w dniu wniesienia odwołania przez wykonawcę Keller (sygn. akt KIO 2096/23) miał on interes we wniesieniu tego odwołania, gdyż w wyniku ewentualnego uwzględnienia odwołania wniesionego przez Konsorcjum (sygn. akt KIO 2084/23), utraciłby możliwość uzyskania zamówienia i poniósłby szkodę. Ponadto, jak wskazał Odwołujący Keller gdyby Zamawiający prawidłowo ocenił ofertę Konsorcjum i odrzucił

ją z uwagi na zarzuty wskazane przez Keller, w razie uwzględnienia odwołania Konsorcjum skierowanego przeciwko ofercie Keller Polska, Zamawiający musiałby unieważnić Postępowanie i ogłosić je ponownie (w postępowaniu zostały złożone tylko dwie oferty). Zgodnie z Wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 28 września 2022 r., XXIII Zs 112/22 przywołanym przez Odwołującego Keller „(...) w niektórych stanach faktycznych wykonawca może mieć interes w uzyskaniu zamówienia nawet wówczas, gdy uwzględnienie wniesionego przez niego odwołania miałyby prowadzić do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia”.

Ponadto, nie można pominąć stanowiska wyrażonego w Wyroku TSUE z dnia 5 kwietnia 2016 roku w sprawie C – 689/13 (pkt. 26 i 27), w którym Trybunał wskazał:

*26 Wyrok ów konkretyzuje przywołane w pkt 23 niniejszego wyroku wymogi sformułowane*

*w przepisach prawa Unii w warunkach, w których w wyniku przeprowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego dwóch oferentów wnosi odwołania zmierzające do ich wzajemnego wykluczenia.*

*27 W takiej sytuacji każdy z dwóch oferentów ma interes w uzyskaniu odnośnego zamówienia. Po pierwsze wykluczenie jednego z oferentów może bowiem doprowadzić*

*do tego, że drugi uzyska zamówienie bezpośrednio w ramach tego samego postępowania. Po drugie, jeśli miałyby nastąpić wykluczenie obu oferentów i wszczęcie*

*nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, to każdy*

*z oferentów mógłby wziąć w nim udział i w ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie.*

Z uwagi na powyższe, Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego Konsorcjum,

że Odwołujący Keller w sprawie o sygn. akt KIO 2096/23 nie ma interesu i nie oddaliła tego odwołania, rozpoznając merytorycznie zawarty w nim zarzut.

Izba za skuteczne uznała zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego

o sygn. akt: KIO 2084/23 po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawcę Keller Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim, w charakterze Uczestnika postępowania odwoławczego oraz za skuteczne uznała zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2096/23 po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim oraz Soletanche Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w charakterze Uczestnika postępowania odwoławczego.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

W treści SWZ w rozdziale VIII pkt 4 Zamawiający wskazał:

*Zamawiający nie zamierza weryfikować podwykonawców pod kątem braku istnienia podstaw wykluczenia w zakresie: art. 108 Ustawy Pzp.*

W Załączniku nr 1 do SWZ pkt 3.3.2. PFU Zamawiający wskazał: *Nadzór autorski będzie pełniony przez autora*

dokumentacji projektowej (PB) MTP/SUD, zgodnie z wymaganiami Prawa Budowlanego, na czas trwania i odbioru Robót budowlanych. Zakres nadzoru autorskiego dotyczy przede wszystkim zakresu odstępstw od zatwierzonego Projektu Budowlanego.

W załączniku nr 1 do Formularza oferty – Formularz cenowy dla pozycji 1. „Prace projektowe” Zamawiający ustanowił wymóg w pozycji „Razem wartość netto: „do 5% całkowitej wartości netto za wykonanie przedmiotu zamówienia”.

W Załączniku nr 1 do Formularza oferty – Formularz cenowy Zamawiający ustanowił wymóg:

Nie dopuszcza się przenoszenia części kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami Formularza cenowego. Niedopuszczalne jest celowe zawyżanie jednej pozycji Formularza cenowego kosztem innej. Wykonawca zobowiązany jest wycenić pozycje Formularza cenowego w zakresie adekwatnym do danego asortymentu robót/prac do wykonania. Niedopuszczalne jest przenoszenie tzw. kosztów ogólnych całego przedsięwzięcia do jednej lub paru wybranych pozycji Formularza cenowego. Koszty ogólne ze swej natury powinny być ujmowane we wszystkich pozycjach Formularza cenowego proporcjonalnie do ich wartości netto. CAŁKOWITA WARTOŚĆ BRUTTO musi obejmować wszystkie obowiązki Wykonawcy podejmowane w związku z i w celu realizacji przedmiotu Zamówienia, jak również wszelkie koszty Wykonawcy z tym związane, w tym zysk, koszty wszelkich testów, pomiarów, prób, analiz, badań itp. związanych z realizacją Prac, wszelkie opłaty, podatki, cła i inne należności publiczno-prawne związane z realizacją przedmiotu Zamówienia, zarówno nakładane

na terenie Polski, jak i poza jej granicami, w tym wszelkie koszty związane z uzyskaniem decyzji, zezwoleń, pozwoleń, odstępstw, opinii, dokonaniem uzgodnień niezbędnych do realizacji przedmiotu Zamówienia niezależnie od tego, kto będzie adresatem dokumentów określonych powyżej.

Izba ustaliła, że w Postępowaniu zostały złożone dwie oferty:

1. Keller Polska sp. z o.o. ul. Poznańska 17a 05-850 Ożarów Mazowiecki,
2. Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o. Lider konsorcjum  
ul. Kolejowa 28 05-300 Mińsk Mazowiecki oraz Soletanche Polska sp. z o.o. Partner konsorcjum AI. Solidarności  
173 00-877 Warszawa.

Izba ustaliła, że w treści oferty wykonawca Keller wskazał, że zamierza powierzyć podwykonawcy MDR-projekt SP. z o.o. Sp. k., Ul. Modlińska 129 lok. 22, 03-186 Warszawa opracowanie Projektów Wykonawczych dla robót budowlanych na podstawie otrzymanego

od Zamawiającego Projektu Budowlanego w oparciu o Umowę Podwykonawstwa zawartą pomiędzy MDR projekt Sp. z o.o. Sp.k. a Keller Polska Sp. z o.o.". Taką informację podał w formularzu JEDZ (część II sekcja D) oraz w Formularzu oferty (pkt 7), wskazując w danych kontaktowych p. M.D..

Izba ustaliła również, że w dniu 6 czerwca 2023 roku zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy

Pzp, Zamawiający poprawił inną omyłkę w ofercie Wykonawcy Keller (w Formularzu cenowym, stanowiącym załącznik nr 1 do Formularza oferty). W treści pisma Zamawiający wskazał, że w formularzu cenowym w wierszu „CAŁKOWITA WARTOŚĆ NETTO” została zaszyta błędna formuła, w wyniku czego do obliczenia CAŁKOWITEJ WARTOŚCI NETTO oraz CAŁKOWITEJ WARTOŚCI BRUTTO, zamiast 20% dodawane było 120% maksymalnego wynagrodzenia za prace geotechniczne. Powodowało to, że wynagrodzenie za wykonanie prac geotechnicznych zostało wliczone do „CAŁKOWITEJ WARTOŚCI NETTO” podwójnie. Zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1 Umowy, stanowiącej załącznik nr 2 do SW na wynagrodzenie Wykonawcy składa

się m. in. maksymalne wynagrodzenie obmiarowe za wykonanie prac geotechnicznych,

w tym wzmocnienie fundamentów w postaci kolumn jet grouting, mikropali opisanych szerzej w OPZ/PFU, wynoszące 120% łącznej kwoty określonej w formularzu cenowym za wykonanie prac geotechnicznych. (...).

Było:

CAŁKOWITA WARTOŚĆ NETTO: 141 696 655,40 zł

WARTOŚĆ VAT: 32 590 230,74 zł

CAŁKOWITA WARTOŚĆ BRUTTO: 174 286 886,14 zł

Jest:

CAŁKOWITA WARTOŚĆ NETTO: 93 376 458,52 zł

WARTOŚĆ VAT: 21 476 585,46 zł

CAŁKOWITA WARTOŚĆ BRUTTO: 114 853 043,98 zł

Wykonawca Keller, w piśmie z dnia 6 czerwca 2023 roku, wyraził zgodę na poprawienie ww. omyłki.

Pismem z dnia 25 lipca 2023 roku Odwołujący Keller Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim wycofał zarzuty odwołania dotyczące naruszenia:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt. 5 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o. – Lider Konsorcjum

i SOLETANCHE POLSKA Sp. z o.o. – Członek Konsorcjum (dalej: Konsorcjum) z uwagi na jej niezgodność warunkami zamówienia polegającymi na zmianie przez Konsorcjum formuły obliczeniowej zastosowanej przez Zamawiającego w załączniku nr 2 do Oferty – Formularz kosztorysu ofertowego (prace geotechniczne);

2) art. 226 ust. 1 pkt. 2b poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum mimo, iż z treści dokumentów złożonych przez Konsorcjum wynika, że nie wykazało ono spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, w zakresie dysponowania osobami

skierowanymi do realizacji zamówienia, tj. Kierownikiem Kontraktu i Kierownikiem Budowy

oraz podtrzymał w całości zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 5 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum z uwagi na to, iż cena oferty Konsorcjum za realizację prac projektowych stanowi 8,11 % wartości netto oferty i przekracza tym samym ustanowiony przez Zamawiającego w Załączniku nr 1 do oferty „Formularz Cenowy” (pkt 1), limit ryczałtowego wynagrodzenia za wykonanie prac projektowych w wysokości 5 % całkowitej wartości netto za wykonanie przedmiotu zamówienia.

### **Izba ustaliła i zważyła:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła

że zarówno odwołanie o sygn. akt KIO 2084/23 jak i KIO 2096/23 nie zasługują na uwzględnienie.

#### Odwołanie o sygn. akt: KIO 2084/23

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 6 Ustawy Pzp w zw.

w art. 85 ust. 1 Ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia i odrzucenia oferty Wykonawcy, który zgodnie z deklaracją zawartą w formularzu oferty i JEDZ, przy realizacji zamówienia będzie się posługiwał osobą, która była zaangażowana w przygotowanie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia tj. Panem mgr inż. M.D., który opracował Projekt Techniczny TOM II-7 Konstrukcja, Budowa kanalizacji kablowej stanowiącej element zasilania podstacji trakcyjnej

wraz z przebudową posadowienia polegającą na wzmocnieniu fundamentów budynku łódzkiego domu kultury w ramach dokumentacji przedprojektowej i dokumentacji projektowej wraz ze wsparciem technicznym dla projektu nr 00100011 pn.: „Budowa tunelu dalekobieżnego w Łodzi w ciągu linii kolejowej nr 85 wraz z włączeniem w linię kolejową nr 14” numer referencyjny: 156/20/KRI/11/Pzp/WD/90 (dalej jako „Projekt Techniczny”) dla niniejszego postępowania, ponieważ spowodowane tym zaangażowaniem zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie Wykonawcy

z udziału w tym postępowaniu i odrzucenie jego oferty.

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę jeżeli, w przypadkach, o których mowa w art. 85 ust. 1, doszło

do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Z kolei, zgodnie z art. 85 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli wykonawca lub podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r.

o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 r. poz. 275), doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia, zamawiający podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności przekazuje pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Zamawiający wskazuje w protokole postępowania środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji. Odwołując się do definicji grupy kapitałowej wskazanej w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, to zgodnie z art. 4 pkt 14 tej ustawy przez grupą kapitałową rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę.

Natomiast zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Odnosząc się do ww. zarzutu, Izba wskazuje, że jest on budowany w oparciu

o twierdzenie, że zakłócenie konkurencji w postępowaniu ma nastąpić związku z tym,

że wykonawca Keller będzie przy realizacji przedmiotowego zamówienia posługiwał

się p. M.D., który opracował Projekt Techniczny TOM II-7, stanowiący część Opisu przedmiotu zamówienia, a tym samym był zaangażowany w przygotowanie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wskazać należy, że nie jest sporne między Stronami, że p.M.D. uczestniczył w opracowaniu wskazanej przez Odwołującego Konsorcjum dokumentacji. Okoliczność taka wynika również z dowodów załączonych przez Odwołującego do odwołania. Nie jest również sporne to, że p.M.D. jest komandytariuszem oraz członkiem zarządu komplementariusza uprawnionym do jednoosobowej reprezentacji MDR-projekt Sp. z o.o. Sp. k. – podmiotu wskazanego przez Keller jako podwykonawca niniejszego zamówienia. Nie jest także sporne to, że wykonawca Keller nie doradzał, lub nie był w inny sposób zaangażowany w przygotowanie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Sporne natomiast między Stronami jest to, czy okoliczność, że wykonawca Keller – jak twierdzi Odwołujący Konsorcjum - będzie przy realizacji przedmiotowego zamówienia posługiwał się p.M.D., stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy Keller z postępowania zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp i w konsekwencji odrzucenia tej oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp.

Wskazać należy, że art. 85 ust. 1 ustawy Pzp odwołuje się do zakłócenia konkurencji wywołanej udziałem wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej, poprzez doradzanie lub zaangażowanie w inny sposób w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Żaden z przywołanych powyżej podmiotów, tzn. ani MDR-projekt Sp. z o.o. Sp. k. ani też p. M.D. nie są wykonawcami w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ani nie są podmiotami należącymi z wykonawcą Keller do tej samej grupy kapitałowej. Skoro wykonawca Keller (co jest bezsporne) ani żaden podmiot należący z Keller do tej samej grupy kapitałowej nie doradzał ani w inny sposób nie był zaangażowany w przygotowanie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to nie zaistniały okoliczności określone w art. 85 ust. 1 ustawy Pzp.

Jak słusznie zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że Odwołujący Konsorcjum „w swojej argumentacji usiłuje – jasne i zdefiniowane w art. 7 pkt 30 ustawy Pzp pojęcie wykonawcy (którym jest tu Przystępujący Keller) rozszerzyć na osoby nie będące owym wykonawcą, jak pracownik, osoba zatrudniona na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług – w szczególności, jeśli działają one na swój własny rachunek lub na zlecenie podmiotu trzeciego. Już to samo w sobie jest nieprawidłowe. Jednak Odwołujący odnosi się do osoby (pana D.), która przy przygotowywaniu projektu w żaden sposób nie działała jako pracownik czy inna osoba świadcząca usługi na rzecz Przystępującego Keller, ale zupełnie innego podmiotu, zaś na rzecz Przystępującego Keller być może będzie działała w przyszłości i w zakresie innym niż przygotowanie niniejszego postępowania. Art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w żadnym stopniu nie odnosi się zaś do nie odnosi się zaś do możliwych przyszłych działań, wręcz przeciwnie – mówi o „wcześniejszym” (czyli przeszłym) zaangażowaniu”.

Konstrukcja ww. zarzutu prowadzi do wniosku, że Odwołujący buduje go w oparciu o nieobowiązujący już art. 24 pkt 19 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku uchylonej z dniem 1 stycznia 2021 roku, zgodnie z którym:

z postępowania o udzielenie zamówienia wykluczało się: wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu, a nie na obowiązującym brzmieniu przepisu.

Jak wskazał Przystępujący Keller w piśmie procesowym „podstawę opisu przedmiotu zamówienia stanowi Załącznik nr 1 do SWZ - Program Funkcjonalno-Użytkowy wraz z siedemnastoma załącznikami (dalej: „PFU”). Wykonawcą PFU jest konsorcjum wykonawców: Biuro Projektów „Metroprojekt” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Sud Architekt Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Pan mgr. inż. M.D. wszelkie prace jakie wykonywał przy opracowaniu materiału (Projektu Technicznego) uwzględnionego następnie w PFU wykonywał na zlecenie ww. konsorcjum wykonawców a nie Przystępującego. Przystępujący zaprzecza, aby na etapie przygotowania Postępowania jak i obecnie wiązał go stosunek pracowniczy lub cywilno-prawny z Panem mgr inż. M.D.”.

Odwołujący Konsorcjum podnosi również, że udział p. M.D. w sporządzeniu Projektu Technicznego oraz udzielenie wyjaśnień do treści SWZ jest wyrazem tak silnego i bezpośredniego zaangażowania w prowadzone postępowanie, że spowodowane nim zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż poprzez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Jak zostało to już wyżej przyznane udział p. D. w przygotowanie postępowania

o udzielenie zamówienia nie jest sporny, natomiast Odwołujący w żaden sposób nie wykazał w jaki sposób ma to znaleźć przełożenie na zakłócenie uczciwej konkurencji. Zarzut, że uczestniczył On w udzielaniu wyjaśnień do treści SWZ nie został poparty żadnym dowodem, opiera się wyłącznie na przypuszczeniach Odwołującego. Argument o posiadaniu przez

p. D. specjalistycznej wiedzy obliczeniowej, której nie posiadają inni wykonawcy, a który nie został podniesiony w odwołaniu i stanowi rozszerzenie zarzutu poza treść zawartą

w odwołaniu, nie mógł być uwzględniony przez Izbę. Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba

nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Dodatkowo, Odwołujący Konsorcjum zarzuca, że p. D. uczestniczył w przygotowaniu oferty złożonej przez wykonawcę Keller i będzie z nim ściśle współpracował na etapie realizacji zadania inwestycyjnego.

Izba wskazuje, że powyższe stanowisko Odwołującego nie zostało poparte żadnym dowodem, ani nawet nie zostało uprawdopodobnione. Wykonawca Keller złożył natomiast dowód

w postaci oświadczenia p. D., w którym oświadczył On, że nie brał udziału

w przygotowaniu przez Keller Polska Sp. z o.o. oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu, które Izba uznała za wiarygodne. Ponadto, p. D. został wskazany

w ofercie Keller jako osoba do kontaktu.

Za niezasadny, Izba uznała również zarzut, że p. D. będzie ściśle współpracował z wykonawcą Keller na etapie realizacji inwestycji, przez co będzie niejako sędzią we własnej sprawie przy rozstrzygnięciu wniosków wykonawcy na etapie realizacji i kwestii podlegających rozstrzygnięciu w drodze decyzji nadzoru autorskiego oraz, że będzie proponował rozwiązania projektowe ze strony wykonawcy, a także zarzut, że skoro wykonawca Keller wskazał w ofercie planowanego podwykonawcę, to kontaktował się i porozumiewał z projektantem w przedmiocie świadczenia przez niego usług, ich zakresu i przedmiotu.

Powyższe zarzuty również nie zostały poparte żadnym dowodem, a opierają się wyłącznie na domysłach i przypuszczeniach Odwołującego Konsorcjum. Ponadto należy podkreślić, że wskazanie w ofercie podwykonawcy (na którego potencjale wykonawca nie będzie polegał) nie jest jednoznaczne z realizacją zamówienia przez tego podwykonawcę.

Co więcej, nadzory autorskie winny być sprawowane przez autora dokumentacji projektowej, którym jest konsorcjum wykonawców: Biuro Projektów „Metroprojekt” Sp. z o.o. z siedzibą

w Warszawie oraz Sud Architekt Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Ponadto, przepis art. 44 pkt 3 ustawy Prawo budowlane dopuszcza także zmiany projektanta sprawującego nadzór autorski, a Zamawiający wykazał, że dysponuje osobami posiadającymi stosowne uprawnienia do sprawowania takich nadzorów. Dalej, Zamawiający zobowiązał autorów dokumentacji projektowej do sprawowania nadzoru autorskiego w zakresie odstępstw od zatwierzonego Projektu Budowlanego. Zakres zadań nadzoru autorskiego został zatem istotnie ograniczony w stosunku do zakresu zadań określonego w art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo budowlane. Tak więc, w przypadku braku odstępstw od Projektu Budowlanego, autor projektu (MTP/SUD) sprawujący nadzór nie będzie miał jakiegokolwiek wpływu na decyzje Zamawiającego dotyczące realizowanych robót.

Natomiast okoliczność, że podmioty kontaktują się ze sobą, jest oczywista, jednakże nie świadczy o zakłóceniu konkurencji. Zamawiający wykazał, że p. D. współpracuje jako projektant z różnymi projektantami, również z wykonawcą PBDiM Sp. z o.o., (Liderem Odwołującego) co nie dowodzi jeszcze przewagi konkurencyjnej takiego wykonawcy.

Ponadto, nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, że powyższe miało jakikolwiek wpływ

na zakłócenie konkurencji w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,

to Odwołujący Konsorcjum nie wykazał, że zakłócenia tego nie można wyeliminować w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z postępowania.

Reasumując powyższe, zarzuty Odwołującego Konsorcjum są niezasadne i nie wpisują się w aktualny stan faktyczny oraz prawny.

Po pierwsze, wobec wykonawcy Keller nie zaistniały przesłanki określone w art. 108 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 85 ust. 1 i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp. Po drugie, Odwołujący Konsorcjum nie udowodnił, że p. D. uczestniczył w przygotowaniu oferty wykonawcy Keller oraz, że będzie realizował nadzory autorskie. Po trzecie, nie wykazał, w jaki sposób udział p. D. w przygotowaniu dokumentacji technicznej przekłada się na zakłócenie uczciwej konkurencji w niniejszym postępowaniu. Jak wskazał Zamawiający wszelka dokumentacja opracowana z udziałem pana D. została udostępniona na równych zasadach innym zainteresowanym wykonawcom, zatem Przystępujący Keller nie uzyskał żadnej istotnej przewagi konkurencyjnej. Izba wskazuje również, że udział p. D. w wizji lokalnej po stronie Zamawiającego nastąpił w poprzednim postępowaniu prowadzonym

w ramach przedmiotowego zamówienia, zatem nie może mieć wpływu na zastosowanie

art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w tym postępowaniu.

Powyższe zarzuty oparte są na okolicznościach wykreowanych przez Odwołującego Konsorcjum, które nie mają odzwierciedlenia w analizowanym stanie faktycznym.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r., poz. 1233 – dalej jako „UZNK”):

- a) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, w sytuacji gdy złożenie oferty Wykonawcy nastąpiło w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK tj. Wykonawca przy zaangażowaniu Pana mgr inż. M.D., który opracował Projekt Techniczny dla niniejszego postępowania, w wycenę oferty i realizację zadania objętego zamówieniem, dopuścił się manipulacji cenami oferty, co przejawia się w tym, że był w stanie w zakresie ceny podlegającej ocenie w ramach kryterium ceny ofert określić ją na poziomie zapewniającym mu najwyższą ilość punktów w tym kryterium, przy jednoczesnym określeniu całkowitej ceny w ramach maksymalnego wynagrodzenia obmiarowego wyższej o ponad 14 mln zł od całkowitej ceny w ramach maksymalnego wynagrodzenia obmiarowego zaoferowanej przez Odwołującego, co faktycznie powoduje, że oferta Wykonawcy w ujęciu globalnym nie jest najkorzystniejsza;
- b) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, w sytuacji gdy złożenie oferty Wykonawcy nastąpiło w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK tj. Wykonawca przy zaangażowaniu Pana mgr inż. M.D., który opracował Projekt Techniczny dla niniejszego postępowania, w wycenę oferty i realizację zadania objętego zamówieniem, będzie mógł uzyskać korzystniejsze warunki zamówienia, w tym jego zakres i wynagrodzenie na etapie realizacji,

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Z kolei zgodnie z art. 3 ust. 1. UZNK” Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Odwołujący Konsorcjum zarzuca wykonawcy Keller złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w uwagi na to, że udział p. D. zaangażowanego w wycenę oferty i realizację zadania objętego zamówieniem doprowadził do manipulacji cenami oferty, co miało wpływ na przyznaną ofercie ilość punktów w kryterium oceny ofert, a w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty najkorzystniejszej o ponad 14 mln. zł wyższej w ramach maksymalnego wynagrodzenia obmiarowego.

W stosunku do zarzutu, że p. D. został zaangażowany w wycenę oferty oraz i realizację zadania objętego zamówieniem, Izba odniosła się w ramach rozpoznania zarzutu naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 85 ust. 1 i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp uznając go za nieudowodniony.

Natomiast zarzut złożenie przez wykonawcę Keller oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na manipulację cenami oferty w związku z zaangażowaniem p. D. w wycenę oferty i realizację zamówienia, jest wynikiem braku znajomości przez Odwołującego Konsorcjum dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący stawiając zarzut bez znajomości dokumentacji postępowania, oparł go o okoliczności, które nie miały miejsca w postępowaniu, tj. na założeniach fałszywych i błędnych. Odwołujący nie uwzględnił bowiem dokonanej przez Zamawiającego na etapie badania i oceny ofert w dniu

6 czerwca 2023 r. czynności poprawienia omyłek w ofercie wykonawcy Keller, tj. oczywistych omyłek rachunkowych na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp oraz tzw. innej omyłki w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Nie jest zatem oparte na prawdzie stanowisko Odwołującego Konsorcjum,

że całkowita wartość brutto oferty złożonej przez wykonawcę Keller jest wyższa o ponad

14 mln zł od całkowitej wartości brutto oferty Odwołującego, ponieważ w wyniku czynności Zamawiającego polegających na poprawieniu innej omyłki, wartość ta stała się o ok 45 mln. zł niższa od całkowitej ceny zaoferowanej przez Odwołującego.

Jak wyjaśnił Zamawiający, Odwołujący Konsorcjum wystąpił o udostępnienie dokumentacji dopiero po złożeniu odwołania, tj. 27 lipca 2023 r. Swoje wywody oparł więc

na stanie faktycznym nieistniejącym w dacie składania odwołania, co doprowadziło go do wadliwych wniosków.

Podkreślić należy, że czynność poprawienia całkowitej wartości netto i brutto w wersji 48 Formularza cenowego była zgodna ze sposobem, w jaki sam Odwołujący Konsorcjum sporządził swoją ofertę. Jak wyjaśnił Zamawiający, Odwołujący Konsorcjum samodzielnie skorygował formułę obliczenia w udostępnionym przez Zamawiającego formularzu Excel, zatem jego oferta nie wymagała poprawienia w zakresie omyłki w sposób, w jaki Zamawiający poprawił

ofertę wykonawcy Keller.

Ponadto, nie można pominąć okoliczności, że konieczność poprawienia błędnej formuły Excel wynikała z błędu Zamawiającego, popełnionego na etapie opracowania dokumentacji postępowania i odnosiła się w takim samym stopniu do każdego wykonawcy, który chciałby złożyć ofertę w tym postępowaniu – również do Odwołującego, który samodzielnie, bez zgody Zamawiającego ją skorygował. W tych okolicznościach zarzucanie, iż osoba p.D. w jakikolwiek sposób miała wpływ na manipulację ceną złożoną przez wykonawcę Keller, który obliczył ją z zastosowaniem formuły opracowanej przez Zamawiającego jest bezzasadne i krzywdzące wobec p. D..

Bezpodstawne jest również twierdzenie Odwołującego Konsorcjum, że z omyłkowego podwójnego uwzględnienia w wartości całkowitej oferty wynagrodzenia za prace geotechniczne (obmiarowe) wynika, że wykonawca Keller celowo obniżył ceny ryczałtowe, zwiększając jednocześnie ceny obmiarowe, które wedle twierdzeń odwołania mogą być zwiększane na podstawie rzeczywistego wykonania. Źródłem tej omyłki była błędna formuła Excel, a sposób wyliczenia całkowitej wartości wynikał z dokumentacji postępowania i nie miał znaczenia dla porównania ofert. Nie ma także żadnego uzasadnienia dla twierdzeń

o przesuwaniu kosztów pomiędzy pozycjami oraz zaniżania wynagrodzenia ryczałtowego

na rzecz obmiarowego. Wszystkie powyższe twierdzenia Odwołującego Konsorcjum

są wykreowanymi przypuszczeniami na potrzeby zarzutu, niezajdującymi oparcia w stanie faktycznym i dowodowym.

Ponadto Odwołujący Konsorcjum, wskazując na rozbieżności w wycenach poszczególnych pozycji w Formularzu ofertowym dla części geotechnicznej (załącznik nr 2

do formularza ofertowego) odniósł się jedynie częściowo do wybranych pozycji

bez porównania całości formularza ofertowego dla części geotechnicznej, pomijając

że w niektórych pozycjach (np. 2.1.5 – 2.1.12 oraz 2.2.3 – 2.2.5) wykonawca Keller zaoferował niższe ceny jednostkowe za wykonanie głównego zakresu (mikropali i kolumn jet grouting). Dodatkowo, jak wskazał Zamawiający, najbardziej cenotwórczym zakresem jest wykonanie kolumn jet grouting (poz. 3.3.1 i poz. 3.3.2), gdzie Odwołujący Konsorcjum i wykonawca Keller mają porównywalne ceny jednostkowe. Ponadto, jeżeli Odwołujący Konsorcjum uważał, że ceny w pozycjach 1.1. oraz 2.7 Formularza cenowego zostały przez wykonawcę zaniżone, mógł sformułować zarzut rażąco niskich cen składowych ceny, a tego nie uczynił.

Co więcej, oferty były oceniane w kwocie za cały przedmiot zamówienia (zgodnie z zapisami SWZ Formularz ofert – wiersz 44 z formularza cenowego), a nie jedynie za roboty geotechniczne. Bezprzedmiotowe jest więc porównywanie wyceny poszczególnych pozycji załącznika nr 2 do Formularza cenowego. Ma ono charakter wybiórczy i nie dowodzi niczego poza tym, że wycena obu wykonawców różni się.

Wobec powyższego, zarzut podlegał oddaleniu.

Również za niezasadny i niczym nie poparty Izba uznała zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Keller złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, w sytuacji, gdy p. D. zaangażowany był w wycenę oferty i realizację zadania objętego przedmiotem zamówienia i będzie mógł uzyskać korzystniejsze warunki zamówienia, w tym jego zakres i wynagrodzenie na etapie realizacji.

Izba ponownie przywołuje argumentację co do zarzutu, że p. D. został zaangażowany w wycenę oferty oraz realizację zadania objętego zamówieniem, przedstawioną w ramach rozpoznania zarzutu naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 6 w zw, z art. 85 ust. 1 i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp uznając go za nieudowodniony.

Zamawiający podczas rozprawy wykazał, że zatrudnia osoby o kompetencjach odpowiadających kompetencjom po stronie Projektanta. W swoim zespole Zamawiający posiada osoby z uprawnieniami do projektowania, co umożliwia weryfikację prawidłowości projektu i konieczności zmian dokumentacji projektowej skutkującej zwiększeniem wskazanych kategorii robót. Ponadto decyzje o zmianach projektowych wymagają zgody Zamawiającego.

Zatem niczym nieuzasadnione i nieprawdziwe jest twierdzenie Odwołującego że Projektant Projektu Wykonawczego, na zlecenie wykonawcy Keller, może projektować większe ilości robót rozliczanych obmiarowo, aby uzyskać większe wynagrodzenie za zwiększony zakres robót.

W tych okolicznościach zarzut należało oddalić

W odniesieniu do zarzutu ewentualnego, tj. naruszenia art. 85 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego Keller do udowodnienia, że zaangażowanie

w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia pana M.D. nie zakłóci konkurencji w ocenie Izby zarzut jest niezasadny i nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z treścią art. 85 ust. 2 ustawy Pzp Wykonawca zaangażowany

#x200ew przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykluczeniu z tego postępowania wyłącznie w przypadku, gdy spowodowane tym zaangażowaniem zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób

niż przez wykluczenie wykonawcy

#x200ez udziału w tym postępowaniu. Przed wykluczeniem wykonawcy zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.

Zgodnie z ustaleniami, do których doszła Izba przy rozpoznaniu zarzutu naruszenia art. art. 108 ust. 1 pkt 6 w zw, z art. 85 ust. 1 i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp nie potwierdziła się przesłanka określona w art. 85 ust. 1 ustawy Pzp, tj, że wykonawca Keller był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia oraz że złożenie przez Niego oferty doprowadziło do zakłócenia konkurencji.

Nie zaistniały zatem podstawy do wykluczenia wykonawcy Keller z postępowania,

co w konsekwencji wskazuje na brak podstawy prawnej i faktycznej do wezwania wykonawcy Keller do złożenia wyjaśnień oraz udowodnienia że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.

Zarzut należało zatem oddalić.

Z uwagi na powyższe odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Odwołanie o sygn. akt: KIO 2096/23

Odnosząc się do podtrzymanego przez Odwołującego Keller zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 5 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego Konsorcjum z uwagi na to, iż cena oferty Konsorcjum za realizację prac projektowych stanowi 8,11 % wartości netto oferty i przekracza tym samym ustanowiony przez Zamawiającego w Załączniku nr 1 do oferty „Formularz Cenowy” (pkt 1), limit ryczałtowego wynagrodzenia za wykonanie prac projektowych w wysokości 5 % całkowitej wartości netto

za wykonanie przedmiotu zamówienia, Izba uznała zarzut za zasadny. Jednakże Odwołanie nie mogło zostać uwzględnione z uwagi na brak wpływu na wynik postępowania.

Zgodnie bowiem z art. 554 ust. 1 pkt 1 Ustawy Pzp. Izba uwzględniła odwołanie w całości

lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W niniejszym postępowaniu, uwzględnienie odwołania

i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty złożonej przez Przystępującego Konsorcjum, i tak prowadziłoby do wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego Keller. Pozostawałoby zatem bez wpływu na ocenę, iż ofertą najkorzystniejszą jest oferta złożona przez Odwołującego Keller a wynik postępowania polegający na uznaniu, iż ofertą najkorzystniejszą jest oferta złożona przez Odwołującego Keller nie uległby zmianie.

W tych okolicznościach, pomimo uznania zarzutu za zasadny, Izba nie mogła uwzględnić odwołania.

Przechodząc do treści zarzutu, wskazać należy, że zgodnie z dyspozycją art. 226 ust. 1 pkt. 5 Ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Ustawodawca nałożył na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty jeżeli jej treść nie jest zgodna z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego,

tzn. do odrzucenia oferty każdego wykonawcy, który zaoferował przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w warunkach zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji, parametrów technicznych i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie polega niezgodność oferty, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zaznaczenia wymaga, że punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami Zamawiającego są postanowienia zawarte

w dokumentach zamówienia, w których zostały jasno i przejrzysto wyrażone oczekiwania zamawiającego.

Wobec powyższego, w pierwszej kolejności należy odnieść się do postanowień specyfikacji warunków zamówienia, w której Zamawiający określił stawiane wykonawcom wymagania. Pamiętać bowiem należy, że wykonawca składając ofertę nie może domyślać

się co Zamawiający miał na myśli opisując przedmiot zamówienia, lecz przygotować ofertę

w sposób spełniający wszystkie warunki zamówienia. Za niedopuszczalne należy uznać twierdzenie o niezgodności oferty wykonawcy na podstawie niezawartych w treści specyfikacji wymagań lub subiektywnej, rozszerzającej interpretacji jej zapisów jak również dokonanie oceny oferty przez pryzmat oczekiwań nieznajdujących odzwierciedlenia w SWZ. Wykonawca bowiem przygotowując swoją ofertę, opiera się na dosłownym brzmieniu postanowień SWZ.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, wskazać należy,

że w treści Załącznika nr 1 do Formularza oferty - Formularz cenowy w poz.: „Razem wartość netto” Zamawiający ustanowił limit ryczałtowego wynagrodzenia za prace projektowe, który wynosił: „do 5 % całkowitej wartości netto za wykonanie przedmiotu Zamówienia”. W ramach tej pozycji Przystępujący Konsorcjum podał wartość: 9.920.300,00 zł. W pozycji: Całkowita wartości netto, która była podstawą do obliczenia 5 % - towej granicy wartości za prace projektowe, Przystępujący Konsorcjum zaoferował wartość: 130.274.975,70 zł.,

co jednoznacznie potwierdza, że wartość 9.920.300,00 zł. nie spełnia wymogu do 5 %

z wartości 130.274.975,70 zł. Powyższe potwierdza zatem niezgodność oferty Przystępującego Konsorcjum z warunkami zamówienia i winno skutkować odrzuceniem oferty złożonej przez tego wykonawcę. Dla niezgodności z warunkami zamówienia nie ma znaczenia obliczenie przez Odwołującego, że wartość ta stanowi 8,11% z wartości 121.809.263,08 zł, zamiast 7,61% i powinna być liczona od wartości 130.274.975,70 zł (co zostało sprostowane podczas rozprawy), skoro i tak przekracza wymagany limit do 5% całkowitej wartości netto za wykonanie przedmiotu Zamówienia.

Podnoszony przez Przystępującego Konsorcjum argument o niezgodności ww. warunku z postanowieniami Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym" (Dz. U. 2021, Poz. 2458), wskazany w piśmie procesowym z 31 lipca 2023 roku należy uznać za spóźniony. Dotyczy on treści postanowień warunków zamówienia, zatem jako zarzut co do ich treści winien był wniesiony w terminie określonym w art. 515 ust. 2 pkt 1) Ustawy Pzp. Niezasadny i spóźniony jest również argument, o wzajemnej sprzeczności postanowień SWZ, braku możliwości złożenia oferty będącej w zgodzie z postawionymi wymogami oraz o braku możliwości zadawania pytań do SWZ we właściwym terminie, z uwagi na to, że ofertą przygotowuje się „na ostatnią chwilę” - podniesiony na rozprawie.

W ocenie Izby oferta złożona przez Odwołującego Keller, zgodna z wymaganiami Zamawiającego dowodzi niezasadności powyższej argumentacji. Poza tym oferty złożone jako dowody przez Przystępującego Konsorcjum na wykonanie projektów dla poz. 1.1. i 1.2. Formularza cenowego, datowane odpowiednia na 17.05.2023 r. i 15.05.2023 r., zaprzecza,

że ofertę przygotowuje się na tzw. „ostatnią chwilę”.

Nie można się również zgodzić ze stanowiskiem Przystępującego Konsorcjum, że wymóg 5% całkowitej wartości netto za wykonanie przedmiotu Zamówienia nie wynika wyraźnie z dokumentacji postępowania. Takie stanowisko nie odpowiada prawdzie.

Nie jest zasadne również stanowisko Przystępującego Konsorcjum, zgodnie z którym powyższa rozbieżność może stanowić co najwyżej o wystąpieniu w ofercie Przystępującego „innej omyłki” polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, a która powinna była zostać przez Zamawiającego dostrzeżona i stosownie do art. 223 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający winien był wyznaczyć Przystępującemu odpowiedni termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia. Jak wynika z treści art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Po pierwsze, w treści pisma procesowego, Przystępujący Konsorcjum dowodzi o poprawności kalkulacji ceny za usługi projektowe, przedkładając dowody w postaci ofert innych podmiotów wyceniających poszczególne pozycje prac projektowych. Takie stanowiska wyklucza okoliczność, że zaoferowana wartość w pozycji „Prace projektowe” „Razem wartość netto” jest wynikiem popełnionej omyłki, lecz świadomym i zamierzonym działaniem.

Po drugie, opierając się na postanowieniach zawartych w dokumentach zamówienia oraz w treści Formularza cenowego Przystępującego Konsorcjum, Zamawiający nie miał podstaw do określenia w jaki sposób należałoby dokonać poprawienia rzekomej omyłki. Ponadto, podczas rozprawy Zamawiający wskazał, iż próbował dokonać poprawienia wartości dla pozycji: „Usługi Projektowe” „Razem wartość netto”, jednakże prowadziło to czynności niezgodnych z warunkami zamówienia, bowiem wartość ponad 5% musiałby przerzucić do wartości innych kosztów, czego Zamawiający nie dopuszczał. Również podejmowane próby działań matematycznych prowadziły do wniosku, że wymagana wartość nie więcej niż 5%, przy konstrukcji oferty Przystępującego Konsorcjum, nie była możliwa do uzyskania.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

W zakresie zarzutów wycofanych przez Odwołującego Keller Izba wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i

pkt 2 lit. b) oraz § 8 ust. 2 pkt 1) i 2) 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).  
Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....