Sygn. akt KIO 2473/17

WYROK
z dnia 7 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka
Anna Packo
Beata Pakulska-Banach
Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 grudnia 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 listopada 2017 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „DROGPOL" Sp. z o.o. z siedzibą w Poraju oraz Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „LARIX" Sp. z o.o. z siedzibą w Lublińcu,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach** przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Saferoad Grawil Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku oraz J. O. prowadzącego działalność gospodarczą Usługi Transportowo-Drogowo-Mostowe J. O. z siedzibą w Chełmie Śląskim** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:**
   a) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w Części 2 zamówienia,
   b) powtórzenie czynności badania i oceny ofert w Części 2 zamówienia, w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Saferoad Grawil Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku oraz J. O. prowadzącego działalność gospodarczą Usługi Transportowo-Drogowo-Mostowe J. O. z siedzibą w Chełmie Śląskim na podstawie art. 7 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach** i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „DROGPOL" Sp. z o.o. z siedzibą w Poraju oraz Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „LARIX" Sp. z o.o. z siedzibą w Lublińcu** tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od zamawiającego: **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „DROGPOL" Sp. z o.o. z siedzibą w Poraju oraz Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „LARIX" Sp. z o.o. z siedzibą w Lublińcu** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 15 000 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600 zł.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z poźn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Katowicach.**

Przewodniczący: ……..

……..

……

Sygn. akt KIO 2473/17

Uzasadnienie

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, dalej: „Zamawiający", prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zimowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA, Oddział w Katowicach z podziałem na części, nr referencyjny: O.KA.D-3.2413.45.2017, Część 2: Zimowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon w Lublińcu.* Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2017/S 146-301827) w dniu 2 sierpnia 2017 r.

W dniu 24 listopada 2017 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „DROGPOL" Sp. z o.o. z siedzibą w Poraju oraz Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „LARIX" Sp. z o.o. z siedzibą w Lublińcu, dalej: „Odwołujący", wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22a ust. 2 i ust. 3, art. 25 ust. 1 pkt 1 i art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie polegające na niewykluczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. SAFEROAD Grawil Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku i J. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowo - Drogowo - Mostowe J. O. z siedzibą w Chełmie Śląskim, dalej: „Konsorcjum", pomimo iż nie wykazali oni spełniania warunków udziału w postępowaniu;
2. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie polegające na niewykluczeniu Konsorcjum, pomimo iż złożyło nieprawdziwe informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
3. art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 15, art. 24 ust. 4, art. 24 ust. 5 pkt 8 oraz art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty, pomimo iż nie wykazało, że na dzień składania ofert członek Konsorcjum, tj. J. O. nie podlega wykluczeniu w zakresie podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 15

oraz w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp;

4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie polegające na nieodrzuceniu oferty Konsorcjum, pomimo iż nie odpowiadała ona treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej: „SIWZ";
5. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 i art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczania nieuczciwej konkurencji, dalej: „znk", poprzez jego niezastosowanie polegające na nieodrzuceniu oferty Konsorcjum, pomimo iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu znk, stypizowany w art. 15 ust. 1 pkt 1 i art. art. 3 ust. 1 znk;
6. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie polegające na prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postaci uprzywilejowanego potraktowania Konsorcjum i dokonania wyboru jego oferty w części 2 zamówienia jako najkorzystniejszej, pomimo iż nie wykazało, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
7. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 znk oraz w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp przez błędną ocenę skuteczności zastrzeżenia przez Konsorcjum jako tajemnicy przedsiębiorstwa, złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnień i niezasadne utajnienie tego dokumentu w całości;
8. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie polegające na prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
9. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie w zakresie części 2 zamówienia wyboru

oferty Konsorcjum, podlegającego wykluczeniu, jako najkorzystniejszej i przez niedokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania poprzez:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 2 zamówienia,
2. nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu w zakresie części 2 zamówienia,
3. nakazanie Zamawiającemu wykonanie czynności wykluczenia Konsorcjum w zakresie części 2 zamówienia,

ewentualnie

4. nakazanie Zamawiającemu wykonanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum w zakresie części 2 zamówienia,
5. przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania,
6. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, co następuje:

I. zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22a ust. 2 i ust. 3, art. 25 ust. 1 pkt 1 i art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie (zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Konsorcjum z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania potencjału technicznego), zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 (zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji wprowadzających w błąd zamawiającego mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania), zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie (zaniechanie przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Konsorcjum ze względu na okoliczność, że nie odpowiada ona treści SIWZ)

Według Odwołującego Konsorcjum winno zostać wykluczone z udziału w postępowaniu, gdyż nie wykazało, że dysponuje wymaganym przez Zamawiającego potencjałem technicznym. Zgodnie z pkt 7.2.3b SIWZ Zamawiający żądał, aby wykonawca dysponował w zakresie części 2 zamówienia następującym sprzętem: nośnikiem z solarką i pługiem wykonawcy - 10 sztuk, nośnikiem wykonawcy z pługiem wykonawcy - 5 sztuk, ładowarką z obsługą wytwórni solanki - 2 sztuki.

Konsorcjum celem wykazania spełnienia ww. warunku przedłożyło wykaz jednostek sprzętowych zawierający nazwę jednostki sprzętowej, liczbę oraz podstawę dysponowania. Jako podstawę dysponowania w wykazie Konsorcjum w przeważającej mierze, tj. w pozycji 1, 2, 4, 5, 6, 7 wskazało umowy dzierżawy oraz umowy użyczenia przy jednoczesnym oświadczeniu w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia, dalej: „JEDZ", składanym wraz z ofertą, iż nie polega na zdolnościach innych podmiotów.

Odwołujący zauważał, iż w niniejszym postępowaniu najem czy użyczenie sprzętu przez Konsorcjum jest związane wyłącznie z realizacją tego konkretnego zamówienia publicznego i wyłącznie na okres niezbędny do jego wykonania. Powyższe wprost potwierdza oświadczenie Konsorcjum złożone w piśmie z dnia 8 listopada 2017 r., iż *wszystkie umowy, będące podstawą dysponowania sprzętem wchodzą w życie*

w momencie podpisania przez Wykonawcę umowy z Zamawiającym, objętej niniejszym postępowaniem i mają obowiązywać przez cały okres realizacji zamówienia. W sytuacji gdyby wskazane umowy dzierżawy czy użyczenia zostały zawarte wcześniej przez Konsorcjum i korzystałoby ono z nośników w różnych innych celach, a następnie postanowiłoby, że zostaną one przeznaczone do realizacji niniejszego zamówienia,
wtenczas możemy mówić o dysponowaniu tym sprzętem. Natomiast umowy zostały zawarte wyłącznie w celu wykonywania niniejszego zamówienia i wyłącznie na okres jego realizacji, co jednoznacznie przesądza, iż Konsorcjum stosownie do art. 22a ust. 1 ustawy Pzp polega na potencjale podmiotu trzeciego.

Odwołujący podkreślił, iż na podstawie wyżej wskazanych okoliczności wprost wynika, iż Konsorcjum polega na zdolnościach innych podmiotów, a zatem nie wykazało,

że dysponuje samodzielnie wymaganym potencjałem technicznym. Powyższe przesądza, iż Konsorcjum winno zgodnie z art. 22 ust. 2 ustawy Pzp oraz z pkt 10.2 SIWZ udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponowało niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia oraz stosownie do pkt 10.7 SIWZ przedstawić brak istnienia podstaw do ich wykluczenia oraz spełniania w zakresie w jakim powołuje się na ich zasoby warunków udziału w postępowaniu poprzez złożenie JEDZa, dotyczącego tych podmiotów. W ocenie Odwołującego Konsorcjum pomimo oczywistego polegania na zdolnościach innych podmiotów nie udowodniło Zamawiającemu, że będzie dysponowało niezbędnymi zasobami tych podmiotów, nie przedstawiając na tę okoliczność żadnego wymaganego dokumentu, czym uniemożliwiło dokonanie przez Zamawiającego zgodnie z art. 22 ust. 3 ustawy Pzp oceny tych zdolności i tym samym wykazanie potwierdzenia spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego złożenie niepolegającego na prawdzie oświadczenia przez Konsorcjum, że nie będzie polegało na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów ma znaczący wpływ na wynik postępowania, a co najmniej mogło mieć taki wpływ. Konsorcjum w piśmie z dnia 8 listopada 2017 r. wskazało na zawarcie w dniu 1 września 2017 r. 6 umów wchodzących w życie w momencie podpisania przez Wykonawcę umowy z Zamawiającym - brak było podstaw do niewykazania na etapie składania oferty na potencjale których podmiotów będzie polegało, gdyż umowy te zostały zawarte przed datą złożenia oferty, tj. przed 11 września 2017 r. Nadto, brak było również podstaw do nieprzedstawienia owych umów, gdyż w dacie składania oferty były one już zawarte. Zamawiający nie był zatem uprawniony do uznania, że Konsorcjum spełniło warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do obowiązku dysponowania wymaganym potencjałem technicznym, a jego oferta jest zgodna z wymogami SIZW, albowiem jak wynika ze złożonego oświadczenia Konsorcjum nie

---

dysponuje samodzielnym potencjałem technicznym, a w rzeczywistości dysponuje potencjałem technicznym podmiotu trzeciego.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w pkt 7.2.3b SIWZ zastrzegł, iż jeżeli wykonawca składa ofertę na więcej niż jedną część, musi wykazać sprzęt dla każdej części osobno, tj. nie dopuszcza się wykazania tej samej jednostki sprzętowej w więcej niż jednej części zamówienia. Konsorcjum (występując w różnej konfiguracji jako Lider i Partner) składało ofertę na wszystkie 6 części, z uwagi natomiast na niemożliwość dublowania sprzętu na różnych częściach - winno dysponować następującym sprzętem: 104 sztuk solarek, w tym 10 dużych do zestawu autostradowego, 165 sztuk nośników pod pługosolarkę i pług, w tym 10 sztuk do zestawu autostradowego, 165 sztuk pługów, w tym 10 sztuk pługów do zestawu autostradowego, 15 sztuk ładowarek, 3 sztuk UNIMOG z osprzętem. Zgodnie z wymaganiami SIWZ Konsorcjum winno wykazać w wykazie sprzętu, iż jest to różny sprzęt od tego, który przedstawiło w swoich ofertach ubiegając się o udzielenie zamówienia w pozostałych 5 częściach.

Tym samym, zdaniem Odwołującego, skoro w SIWZ istnieje wyraźny wymóg wykazania odmienności sprzętu, oznacza to, iż sprzęt winien być indywidualnie oznaczony, aby móc go przypisać do każdej z 6 części zamówienia, o której udzielenie starało się Korsorcjum. Konsorcjum natomiast wskazało w ofercie, jak i w wykazie jednostek sprzętowych, iż dysponuje następującym sprzętem: nośnik z solarką i pługiem Wykonawcy - 4 sztuki, nośnik z solarką i pługiem Wykonawcy — 1 sztuka, nośnik z solarką i pługiem Wykonawcy - 3 sztuki, nośnik z solarką i pługiem Wykonawcy - 1 sztuka, nośnik z solarką i pługiem Wykonawcy - 1 sztuka, nośnik Wykonawcy z pługiem Wykonawcy - 1 sztuka, ładowarki z obsługą wytwórni solanki. Przy czym Konsorcjum w żaden sposób nie wykazało, iż jest to inny sprzęt od tego, który przedstawiło w ofercie ubiegając się o udzielenie Zamówienia w pozostałych 5 częściach.

Według Odwołującego wykaz jednostek sprzętowych z uwagi na złożenie przez Konsorcjum ofert w pozostałych pięciu częściach zamówienia - jest niezgodny z wymaganiami SIWZ. Konsorcjum winno w nazwie jednostki sprzętowej dokonać jej indywidualizacji (wskazać numer rejestracyjny, czy też numer VIN), aby umożliwić Zamawiającemu możliwość weryfikacji czy ta sama jednostka sprzętowa nie została wykazana w więcej niż jednej części zamówienia. Pomimo jednoznacznego wymogu Zamawiającego brak jest jednak jakiejkolwiek informacji indywidualizujących poszczególne

jednostki sprzętowe przez Konsorcjum. Tym samym nie jest możliwe ustalenie czy Konsorcjum faktycznie spełniło ten warunek i przedstawione w ofercie jednostki sprzętowe nie pokrywają się z jednostkami przedstawionymi w ofertach w pozostałych częściach zamówienia.

II. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie (zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z uwagi na niewskazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania doświadczenia)

Zdaniem Odwołującego Konsorcjum winno zostać wykluczone z udziału w postępowaniu także ze względu na niewykazanie wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia. Zgodnie z pkt 7.2.3 SIWZ Zamawiający żądał spełnienia przez wykonawców warunku posiadania doświadczenia w postaci realizacji minimum jednej usługi (zamówienia) polegającej na zimowym utrzymaniu dróg krajowych przy pomocy zmechanizowanych jednostek sprzętowych o wartości co najmniej 4.000,000 zł brutto w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, udokumentowanego zgodnie z pkt 9.7.1a SIWZ stosownymi poświadczeniami. Udokumentowanie zaś spełniania ww. warunku oświadczeniem wykonawcy mogło nastąpić wyłącznie w sytuacji gdy z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać takiego poświadczenia (pkt 9.7.1a SIWZ).

Konsorcjum przedłożyło wykaz wykonywanych usług wraz z referencjami, z których nie wynika, że dotyczą one usług zimowego utrzymania dróg krajowych realizowanych przy pomocy zmechanizowanych jednostek sprzętowych, jak wymagał tego Zamawiający. Przedstawione referencje są, zdaniem Odwołującego, zbyt ogólne; w żaden sposób nie wykazują, iż usługi zimowego utrzymania dróg krajowych były realizowane przy pomocy zmechanizowanych jednostek sprzętowych.

Odwołujący podnosił, że z przedłożonych dokumentów nie wynika, iż w wymaganym okresie, a to ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (2012-2016) wartość zamówienia w zakresie usług zimowego utrzymania dróg krajowych realizowanych przy pomocy zmechanizowanych jednostek sprzętowych wynosiła żądaną kwotę, ponieważ wskazana jest całość kwoty na jaką opiewała umowa, 22 029 124,00 zł brutto w okresie 01.01.2011 r. - 31.10.2014 r. Przedstawione referencje są ogólne i zawierają wartość podpisanej umowy, a nie wartość zrealizowanych robót.

Zdaniem Odwołującego w świetle pkt. 9.7.1a SIWZ referencja nie może zostać uznane za wystarczająca dla potwierdzenia posiadania wymaganego doświadczenia, albowiem jest zbyt ogólna. Wystarczającego dowodu nie stanowi również oświadczenie Konsorcjum w tym zakresie, gdyż nie zachodziły jakiekolwiek obiektywne przesłanki uniemożliwiające uzyskanie poświadczenia potwierdzającego ww. okoliczności, a zwłaszcza okoliczność realizacji usługi przy pomocy zmechanizowanych jednostek sprzętowych. Zamawiający nie był zatem uprawniony do uznania, że Konsorcjum spełniło warunek udziału

w postępowaniu odnoszący się do obowiązku posiadania wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia, albowiem przedstawione referencje z uwagi na ich ogólność nie są w stanie potwierdzić żądanych okoliczności, a samo oświadczenie Konsorcjum uznać należy za niewystarczające.

III. zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 15, art. 24 ust. 5 pkt 8 oraz art. 25 ust. 1 ustawy Pzp (zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Konsorcjum z uwagi na niewykazanie przez Konsorcjum na dzień składania ofert braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 15 oraz 24 ust. 5 pkt 8)

Zgodnie z SIWZ w postępowaniu mogli wziąć udział wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału dotyczące braku podstaw do wykluczenia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1, stanowiące obligatoryjne przesłanki wykluczenia oraz art. 24 ust. 5 pkt 1-5 oraz pkt 8 ustawy Pzp, stanowiące fakultatywne przesłanki wykluczenia. Wykonawca był zobowiązany dołączyć oświadczenie stanowiące wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu, następnie zamawiający

przed udzieleniem zamówienia wzywał Wykonawcę, którego oferta została oceniona najwyżej do złożenia w wyznaczonym terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z procedurą przewidzianą w SIWZ, zamawiający na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp pismem z dnia 16 października 2017 r. wezwał Konsorcjum do przedłożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedłożyło stosowne dokumenty, przy czym przedstawione zaświadczenie Naczelnika Urzędu Skarbowego w Tychach o niezaleganiu w podatkach oraz zaświadczenie z ZUS o niezaleganiu w opłacaniu składek dotyczące członka Konsorcjum J. O. pochodzą kolejno z dnia 28 września 2017 r. i 27 września 2017 r. i stanowią potwierdzenie stanu na dzień wystawienia owego zaświadczenia, przypadającego po dacie złożenia ofert. Odwołujący zauważył, że zgodnie z § 5 ust. 2 i 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, dalej: „rozporządzenie", zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków oraz zaświadczenie z terenowej jednostki organizacyjnej ZUS potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne winno zostać wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed datą składania ofert. Według Odwołującego zaświadczenia te winny potwierdzić w swojej treści spełnienie warunku przez wykonawcę na dzień złożenia oferty przez Konsorcjum, tj. 11 wrzesień 2017

r., natomiast dokumenty dotyczące członka Konsorcjum potwierdzają stan na dzień 27 i 28 września 2017 r. Powyższe uniemożliwia wykazanie braku podstaw do wykluczenia Konsorcjum na dzień składania ofert na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 15 oraz 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp.

Zaświadczenia ZUS oraz Naczelnika Urzędu Skarbowego w Tychach przedstawione przez Konsorcjum potwierdzają okoliczności wynikające z ich treści według stanu na dzień, w którym ta informacja jest udzielana. Złożona przez Konsorcjum informacja o niezaleganiu w podatkach oraz niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenia społeczne dotycząca Członka Konsorcjum nie potwierdza według Odwołującego w sposób prawidłowy spełnienia warunku, bowiem potwierdza ona ww. informacje na dzień 27 i 28 września 2017 r., tj. po terminie składania ofert. Możliwa jest zatem sytuacja, w której pomiędzy terminem składania ofert, a datą wydania informacji podmiot ten będzie posiadał zaległości publicznoprawne i dojdzie dopiero do ich spłaty, co wobec braku ukazania takiej informacji danych historycznych nie zostanie ujawnione w wydanym dokumencie.

Odwołujący wskazywał, że również oświadczenia Konsorcjum o niewydaniu prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, niewydaniu zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne, niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, nieprzynależeniu do tej samej grupy kapitałowej zostały złożone na dzień 26 października 2017 r., przez co nie są w stanie potwierdzić stosownych informacji na dzień składania oferty. Zgodnie z pkt 9.3. SIWZ wykonawca w terminie 3 dni od dnia zamieszczenia przez Zamawiającego na stronie internetowej informacji, o której mowa w art. 86 ust. 5 ustawy Pzp, przekazuje zamawiającemu oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp. Powyższa informacja została zamieszczona na stronie internetowej przez Zamawiającego w dniu 11 września 2017 r., a Konsorcjum powyższe oświadczenia złożyło dopiero 26 października 2017 r., przez co nie są one w stanie wykazać braku podstaw do wykluczenia Konsorcjum (zgodnie z wymogami zamieszczonymi w SIWZ), co winno skutkować wykluczeniem Konsorcjum.

IV. zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie (zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Konsorcjum z uwagi na niepotwierdzenie przez Konsorcjum na dzień składania ofert warunków udziału w postępowaniu)

Odwołujący podnosił, że Konsorcjum winno zostać wykluczone na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, gdyż nie potwierdziło warunków udziału w postępowaniu

na dzień składania ofert. Konsorcjum przedstawiło oświadczenia i dokumenty mające potwierdzić spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a to m.in. wykaz osób, wykaz usług, wykaz jednostek sprzętowych, które w przeważającej mierze datowane są na dzień 26 października 2017 r., a więc po dacie złożenia ofert. Zaświadczenia te winny potwierdzić w swojej treści spełnienie warunku przez Konsorcjum najpóźniej na dzień złożenia oferty, tj. 11 wrzesień 2017 r., natomiast dokumenty te potwierdzają stan na dzień 26 października 2017 r. Tym samym złożone przez Konsorcjum dokumenty i oświadczenia nie potwierdzają według Odwołującego w sposób prawidłowy spełniania warunków na dzień udzielenia zamówienia, a potwierdzają żądane okoliczności na dzień przypadający po dacie składania ofert, co zdaniem Odwołującego winno skutkować wykluczeniem Konsorcjum stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, wobec niepotwierdzenia przez Konsorcjum spełniania warunków udziału w postępowaniu.

V. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 i art. 3 ust. 1 znk (nieodrzucenie oferty Konsorcjum, pomimo, iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, tj. przedmiot zamówienia będzie wykonany za cenę poniżej kosztów jego świadczenia)

Zdaniem Odwołującego oferta Konsorcjum podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 znk, gdyż w ocenie Odwołującego jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu znk, stypizowany w art. 15 ust. 1 pkt 1 znk. Według Odwołującego uwzględniając zaoferowaną przez Konsorcjum cenę świadczone przez Konsorcjum usługi polegające na utrzymaniu dróg krajowych, chodników, ścieżek rowerowych, kładek dla pieszych na terenie Rejonu w Lublińcu wraz z ustawieniem, utrzymaniem i demontażem zasłon przeciwśnieżnych będą sprzedane poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

W ocenie Odwołującego niemożliwym jest wykonanie usług objętych przedmiotem zamówienia po cenie wskazanej przez Konsorcjum w treści oferty. Zakres usług będących przedmiotem zamówienia, jak również obszar i okres ich wykonywania, nie przystaje do wysokości ceny wskazanej w treści oferty Konsorcjum.

Odwołujący podnosił, iż w jego ocenie sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia ma na celu eliminację innych przedsiębiorców, gdyż specyfika usług świadczonych zarówno przez Konsorcjum, jak i Odwołującego polega na tym, iż w dużej mierze są one nabywane na rynku na podstawie przetargów organizowanych w trybie ustawy Pzp, jak również w przetargach organizowanych poza ww. ustawą, gdzie podstawowym, a nie rzadko wyłącznym kryterium decydującym o wyborze oferty danego wykonawcy jest cena.

Wskazywał, że Konsorcjum podało jako cenę jednostkową za „nośnik z pługiem Wykonawcy" kwotę 500,00 zł, podczas gdy średnia arytmetyczna ze wszystkich ofert na tą pozycję wynosi: 3 972,70. Kalkulacje Odwołującego wskazują, iż cena ta jest znacznie zaniżona. Odwołujący uwzględniając wszystkie koszty i wymogi zawarte w SIWZ oszacował cenę za nośnik z pługiem na poziomie 2.200,00 zł, podczas gdy najwyższą ceną w przedmiotowym postępowaniu była kwota 10.000,00 zł w ww. pozycji.

Zdaniem Odwołującego minimalna cena, za jaką Konsorcjum, czy tez każdy inny Wykonawca mogłoby wykonać usługę objętą przedmiotem zamówienia stanowi kwota co najmniej 7 335 489,60 zł wynikająca z urealnienia ceny jednostkowej nośnika z pługiem Wykonawcy przy założeniu wykorzystania sprzętu w zakresie 10% w skali miesiąca; co jest skrajnie minimalnym założeniem.

Odwołujący podnosił, iż zastosowanie przez Konsorcjum ceny, która stanowi cenę poniżej kosztów świadczenia usług objętych zamówieniem, równocześnie będącą ceną rażąco niską, a nadto utajnienie przez Konsorcjum wyliczeń, na podstawie których dokonano kalkulacji ceny oferty, pomimo, iż zdaniem Odwołującego brak było przesłanek do utajnienia, a nadto wobec braku rzetelności kalkulacji cen przedstawionych w ofercie, których wynik stanowi ceny zaniżone, niewątpliwie są działaniami sprzecznymi z dobrymi obyczajami, a w przedmiotowym przypadku naruszają i zagrażają naruszeniem interesów zarówno przedsiębiorcy — Odwołującego jak i klienta, którym jest Zamawiający.

W ocenie Odwołującego przedstawiona przez Konsorcjum oferta jest oderwana od rzeczywistych kosztów wykonywania usług stanowiących przedmiot zamówienia, zaś zachowanie to ukierunkowane jest na nieuprawnione obniżenie ceny oferty. Skalkulowanie ceny oferty poniżej kosztów świadczenia usług stanowi bezpośrednie zagrożenie dla Zamawiającego, którego obowiązkiem jest zapewnienie zimowego utrzymania dróg krajowych, chodników, ścieżek rowerowych, kładek dla pieszych na terenie Rejonu w Lublińcu wraz z ustawieniem, i demontażem zasłon utrzymaniem przeciwśnieżnych. Zaś otrzymanie przedstawionej przez Konsorcjum w ofercie ceny za zamówione usługi nie pozwoli na sprostanie wymogom Zamawiającego.

VI. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp (uprzywilejowane potraktowanie Konsorcjum i dokonanie wyboru jego oferty w części 2 zamówienia jako najkorzystniejszej, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny)

Odwołujący podkreślał, że zaoferowana przez Konsorcjum cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, jest o 30,22% niższa w stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, co odzwierciedla obecne na rynku usług

objętych zamówieniem tendencje. Cena zaoferowana przez Konsorcjum odbiega więc od cen rynkowych. Tym samym Zamawiający mając na względzie charakter przedmiotu zamówienia i wskazane przez wykonawców ceny wezwał w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Konsorcjum do udzielenia w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez nich ceny. Zaniechanie przez Zamawiającego dokonania udostępnienia ww. wyjaśnień, przez uznanie, iż wyjaśnienia te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co Odwołujący uznaje za niezgodne z prawem, doprowadziło do okoliczności, iż nie zostało udowodnione w przedmiotowym postępowaniu, czy zaoferowana przez Konsorcjum cena nie jest rażąco niska. Zdaniem Odwołującego, którego oferta wyższa jest od oferty Konsorcjum o kwotę 954.806,40 zł, to jego oferta była najkorzystniejszą, przy uwzględnieniu okoliczności, iż nie oferuje on w żadnym wypadku ceny niepokrywającej kosztów świadczenia usług stanowiących przedmiot zamówienia.

Wskazał, iż oferowanie „nośnika z pługiem Wykonawcy" w cenie 500,00 zł jest oferowaniem go za cenę co najmniej symboliczną, co najmniej czterokrotnie mniejszą od rynkowych cen dla tego rodzaju usług. Zdaniem Odwołującego minimalna jednostkowa cena pracy nośnika z pługiem Wykonawcy to kwota 1082,00 zł albowiem wynika ona z następujących założeń:

- Zamawiający wymaga dyspozycyjności od godz. 0.00 dnia poprzedniego do godz. 0.00 dnia następnego czyli 24 h.
- Przyjęto 30 dni/miesiąc daje 30 x 24h= 720 h/miesiąc, a zatem przy wykorzystaniu nośnika z pługiem w zakresie tylko 10% z 720h wynosi 72 h /miesiąc pomnożone przez stawkę godzinową netto najniższego wynagrodzenia, tj. 8,30 zł (wyliczona przy założeniu średniej 176h w miesiącu), to sama robocizna daje 597,60 zł. Remonty bieżące nośnika i pługu przyjęte w kwocie 200,00 zł (sama wymiana lemieszy gumowych 4xl00,00 zł przynajmniej raz na sezon daje 80,00 zł/miesiąc plus koszty remontów bieżących nośnika), koszty pośrednie 40% oraz zysk 5%. W sumie stawka jednostkowa przy założeniu tak niskich stawek wynosi 1082,00 zł za 1 komplet sprzętu
  - nośnik z pługiem Wykonawcy.

VII. zarzut naruszenia 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 znk oraz w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp (błędna ocena skuteczności zastrzeżenia przez Konsorcjum jako tajemnicy przedsiębiorstwa złożonych przez Konsorcjum w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień i niezasadne utajnienie tego dokumentu w całości)

Zamawiający pismem z dnia 26 września 2017 r. wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Konsorcjum wyjaśnienia złożyła zastrzegając je w całości, jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący złożył wniosek o udostępnienie

dokumentów stanowiących korespondencję po otwarciu ofert dotyczących części 2 zamówienia. W odpowiedzi Odwołujący otrzymał jedynie pozostałą korespondencję, a także

informację, iż „ *(...)wyjaśnienia konsorcjum dot. rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie podlegają odtajnieniu. ”*

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, że zastrzeżenie Konsorcjum zostało przez Zamawiającego uznane za skuteczne, bowiem nie udostępnił żadnej informacji związanej z ww. wyjaśnieniami. Zaniechanie przez Zamawiającego udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień Konsorcjum jest niezgodne z obowiązującym prawem, gdyż Konsorcjum nie wykazało w sposób prawidłowy, że zastrzegane przez niego informacje spełniają wymogi wynikające z art. 11 ust. 4 znk.

Odwołującemu nie przedstawiono żadnej informacji w przedmiocie uzasadnienia zastrzeżenia przedstawionych przez Konsorcjum wyjaśniań jako tajemnicy przedsiębiorstwa, nie można zatem uznać, za „wykazania” spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 4 znk względem konkretnych, zastrzeganych przez Konsorcjum w przedmiotowym postępowaniu informacji. Co więcej, nie został też spełniony wymóg podjęcia przez wykonawcę odpowiednich kroków ku temu, by zachować zastrzegane informacje w tajemnicy, bowiem co do tego wymogu również nie przedstawiono żadnych wyjaśnień, więc nie wykazano zasadności zastosowania zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Niezależnie od powyższego w tym miejscu wskazać także należy, że nawet gdyby uznać, iż zasadnym było uznanie przedstawionych przez Konsorcjum wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp za tajemnicę przedsiębiorstwa, to w żadnym wypadku nie można mówić o zasadności uznania wszystkich przedstawionych w wyjaśnieniach informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Dane, takie jak koszty pośrednie, koszty stałe, czy kwota zysku, same w sobie, jako pojedyncze informacje, bez uzupełniającego je opisu, nie stanowią istotnej wartości gospodarczej, wobec czego nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa i winny zostać udostępnione. Na marginesie warto podkreślić, że wyjaśnienia mają charakter wtórny wobec treści oferty wykonawcy, która jest w całości jawna. W szczególności zaś jawna jest specyfikacja sprzętu jaki ma być dostarczony w ramach niniejszego postępowania. Trudno zatem wyjaśnić dlaczego np. informacje czy Konsorcjum uwzględniło w cenie oferty wszystkie wymagania zamawiającego określone w SIWZ oraz koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, w szczególności zapewnienie odpowiedniej ilości sprzętu i osób niezbędnych do prawidłowej realizacji przedmiotowej usługi, miałyby być poufne skoro stanowią one element niezbędny zakwalifikowania Konsorcjum do przystąpienia do postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia w ogóle.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Saferoad Grawil Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku oraz J. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowo-Drogowo-Mostowe J. O. z siedzibą w Chełmie Śląskim, dalej również: „Przystępujący”, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron przedłożył pismo procesowe wskazując, co następuje.

1. Zarzut dotyczący dysponowania wymaganym przez Zamawiającego potencjałem technicznym

W ofercie Przystępującego nie doszło do żadnej rozbieżności w odniesieniu do oświadczeń składanych w JEDZ oraz w ofercie. Przystępujący czyniąc zadość wymaganiom Zamawiającego postawionym w SIWZ wskazał w ofercie, że dysponuje wymaganym potencjałem technicznym przedstawiając stosowny wykaz jednostek sprzętowych. Czyniąc zadość ww. wymaganiom Przystępujący zawarł stosowne umowy dzierżawy czy użyczenia sprzętu (wymaganych jednostek sprzętowych) i informację taką zawarł w ofercie, jednocześnie wskazując w JEDZ, że nie będzie korzystał z jakiegokolwiek potencjału podmiotów trzecich. Użyczony czy wydzierżawiony sprzęt będzie pozostawał bowiem już od momentu zawarcia stosownych umów w pełnej i bezpośredniej dyspozycji Przystępującego.

Wskazywał, że ani przepisy ustawy Pzp, ani przepisy wykonawcze do tej ustawy, w szczególności rozporządzenie nie nakazują aby wykonawcy posiadali na własność zasoby niezbędne do realizacji zamówienia. Kluczowe jest dysponowanie daną jednostką sprzętową na etapie realizacji zamówienia, tzw. realne dysponowanie daną rzeczą, z którym to dysponowaniem nie można automatycznie utożsamiać instytucję powoływania się na zasoby

podmiotów trzecich.

Przystępujący poprzez zawarte umowy dzierżawy, czy użyczenia jest bezpośrednim dysponentem wymaganego przez Zamawiającego sprzętu i może nim samodzielnie dysponować, tj. używać go w ramach prowadzonej działalności gospodarczej.

W żaden więc sposób Przystępujący nie wprowadził, a także nie zamierzał wprowadzać Zamawiającego w błąd odnośnie faktu (podstawy prawnej) dysponowania wymaganym potencjałem technicznym. Wezwanie Zamawiającego skierowane do Przystępującego upewniło Zamawiającego, że już w momencie złożenia oferty i złożenia stosownych oświadczeń Przystępujący w pełni dysponuje wymaganymi jednostkami sprzętowymi i to dysponowanie jest zagwarantowane stosownymi umowami, które pozwalają Przystępującemu bezpośrednio używać rzeczy bez jakiegokolwiek udziału

podmiotu użyczającego, czy też wynajmującego — co byłoby niezbędne w przypadku udostępnienia tych zasobów (potencjału technicznego) z wykorzystaniem podmiotu trzeciego.

Zamawiający był uprawniony do uznania, że Przystępujący dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym i tym samym spełnia postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w Postępowaniu. Przystępujący składając wiążącą ofertę zadbał, aby już w momencie jej składania zagwarantować sobie możliwość bezpośredniego dysponowania odpowiedni potencjałem technicznym na etapie realizacji umowy poprzez zawarte umowy, chociaż wymogiem Zamawiającego było „dysponowanie nim na etapie realizacji zamówienia".

Zamawiający nie przewidywał dokładnej weryfikacji danej jednostki sprzętowej, co przejawia się także w wezwaniu Zamawiającego skierowanym do Przystępującego z dnia 16.10.2017 r. przed wyborem jego oferty jako najkorzystniejszej, w którym to Zamawiający wskazał wprost, jakich informacji oczekuje w odniesieniu do wymaganego potencjału technicznego. Zamawiający nie oczekiwał takich informacji, jak np. numer rejestracyjny, czy numer VIN. Nie można zatem czynić zarzutów Przystępującemu, że uczynił zadość wezwaniu Zamawiającego i przedstawił takie informacje, jakich oczekiwał Zamawiający. Gdyby Zamawiający oczekiwał bardziej szczegółowych informacji, jak marka, typ, numer rejestracyjny, rok produkcji etc., dałby temu wyraz w odpowiednich formularzach.

2. Zarzut dotyczący braku wykazania odpowiedniego doświadczenia przez Przystępującego

Przystępujący podkreślał, że referencje nie służą potwierdzaniu warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z rozporządzeniem fakt ten potwierdza sam wykonawca w składanym oświadczeniu (wykazie), zaś referencje mają za zadanie potwierdzać jedynie należyte wykonanie konkretnego zamówienia. Zatem badanie doświadczenia na podstawie składanych referencji jest nieuprawnione. Ponadto, referencje nie są wystawiane na potrzeby konkretnego postępowania, ale mają charakter ogólny.

Nie sposób twierdzić, że w świetle obowiązujących przepisów, poświadczenia (czyli np. referencje) nie służą powtórnemu udowodnieniu danych i okoliczności wskazanych w złożonym wykazie, lecz jedynie udowodnieniu należytego wykonania podanych usług. Do takiego wniosku prowadzi bowiem zarówno wykładnia językowa, jak i wykładnia celowościowa.

Mając na uwadze powyższe, nieuprawnionym jest wymaganie, aby wykonawcy ubiegający się o zamówienie każdorazowo na potrzeby konkretnego przetargu pozyskiwali nowe referencje, które stopniem szczegółowości odpowiadałyby sformułowaniom Zamawiającego określonym w SIWZ.

3. Zarzut dotyczący braku wykazania na dzień składania ofert braku podstaw o wykluczenia

Zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przy czym dokumenty i oświadczenia mają być aktualne na dzień ich złożenia.

Z ustawy Pzp wynika więc obowiązek składania przez wykonawców dokumentów i oświadczeń „aktualnych", a więc takich, które niezależnie od daty ich wystawienia nadal odzwierciedlają zgodny z prawdą stan faktyczny. Dokumenty aktualne na dzień złożenia, to zatem takie, które mimo upływu czasu od ich wystawienia nadal odzwierciedlają aktualną

sytuację wykonawcy. Wymagania, aby przedkładane dokumenty wykazywały (potwierdzały) spełnienie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert są nieuprawnione.

4. Zarzut dotyczący czynu nieuczciwej konkurencji oraz rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego

Sam fakt, że dana cena za wykonanie określonych usług, czy zaangażowania sprzętu jest niższa od średniej ceny rynkowej nie dowodzi tego, że wykonanie usług za wskazaną cenę przez danego wykonawcę nie jest możliwe, w szczególności wówczas gdy wykonawca dysponuje korzystniejszymi niż przeciętny wykonawca w danej branży warunkami realizacji zamówienia, a przede wszystkim posiada już doświadczenie w realizacji takich usług, a więc kalkulując daną cenę oferty opiera się na swoich doświadczeniach i założeniach. W niniejszej sprawie Przystępujący wykazał, że skalkulował ceny w realny, wykonanie usług, sposób umożliwiający zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Przystępujący przedstawił Zamawiającemu wyjaśnienia wraz z dowodami, które uwiarygodniły zaoferowane ceny jednostkowe i cenę oferty jako cenę realną, wiarygodną wystarczającą dla wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ. Wyjaśnienia Przystępującego zostały dodatkowo poparte dowodami, które potwierdzają rzetelność wyjaśnień i przedstawionych Zamawiającemu kalkulacji. W tych okolicznościach należy uznać, że Zamawiający prawidłowo ocenił złożone wyjaśnienia. Nieuprawnione są zatem twierdzenia Odwołującego o rażąco niskiej cenie bez próby jakiegokolwiek podważenia ceny oferty Przystępującego. Zaprezentowane lakoniczne wyliczenia dotyczące tylko zaangażowania nośnika z pługiem są tylko wyliczeniami własnymi Odwołującego na potrzeby jak się zdaje tylko sformułowania zarzutu. Nie zostały w żaden sposób udowodnione, poprzez przedstawienie dokumentów, z których wynikałyby prezentowane założenia.

Stawiając zarzut naruszenia art. 15 ust. 1 pkt 1 znk należy udowodnić konkurentowi sprzedaż poniżej kosztów własnych, poniesionych przez sprawcę czynu, a więc sprzedaż

ze stratą. W tym stanie faktycznym, jak wynika z treści wyjaśnień Przystępującego, wykonawca ten nie zaoferował realizacji świadczenia poniżej kosztów jego wytworzenia. Wycena oferty Przystępującego, stanowi opłacalność jej realizacji. Nawet, gdyby teoretycznie i hipotetycznie przyjąć, że Przystępujący dopuścił się manipulacji swoją ceną oferty, co w niniejszym stanie faktycznym niewątpliwie nie występuje, to koniecznym byłoby wykazanie przez Odwołującego, że Przystępujący poprzez zaoferowanie ceny na określonym poziomie, działał w celu eliminacji innego przedsiębiorcy.

Koniecznym byłoby więc udowodnienie, że sprzedaż przedmiotowej usługi za oferowaną cenę byłaby przyczyną negatywnego wyniku działalności każdego z przedsiębiorców działających w określonej branży. Odwołujący w żaden sposób się do tego nie odniósł i nie próbował nawet udowodnić tych okoliczności, co wobec brzmienia przepisu art. 15 ust. 1 pkt. 1 znk jest niezbędne. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na dopuszczenie się przez Przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji.

5. Zarzut dotyczący błędnej oceny skuteczności zastrzeżeń jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień Przystępującego

Wyjaśnienia złożone przez Przystępującego odnoszące się do ceny oferty, kalkulacji tej ceny podlegały zastrzeżeniu jako jeden z istotnych elementów składanych wyjaśnień, które posiadają znaczną wartość gospodarczą. Ujawnienie tych informacji mogłoby negatywnie wpłynąć na możliwość efektywnego konkurowania pomiędzy przedsiębiorcami. Złożone przez Przystępującego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w pełni wyczerpuje przesłanki określone w art. 8 ust. 3 Pzp, wobec czego Zamawiający miał obowiązek zachowania poufności informacji objętych zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający na posiedzeniu przedłożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie w całości odwołania i wskazując, co następuje.

1.

W ocenie Zamawiającego powoływanie się na umowę dzierżawy czy też użyczenia nie oznacza automatycznie powoływania się na zasoby innych podmiotów. Z żadnego z dokumentów przedłożonych przez Konsorcjum w postępowaniu nie wynika, że w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Konsorcjum polega na zdolnościach innych podmiotów. Odwołujący oparł zarzut na błędnym założeniu, że skoro

Konsorcjum wskazało jako podstawę dysponowania umowę dzierżawy czy też użyczenia, to jest to równoznaczne z powoływaniem się na zasoby innych podmiotów. Takie stanowisko pozostawałoby w oczywistej sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji w zamówieniach publicznych, gdyż w oczywisty sposób prowadziłoby do utrudnienia tej konkurencji. Przyjęcie

argumentacji Odwołującego musiałoby prowadzić do stwierdzenia, że z udostępnieniem potencjału podmiotu trzeciego nie mielibyśmy jedynie do czynienia w przypadku wykazania przez Konsorcjum prawa własności wymaganego sprzętu.

W ocenie Zamawiającego umowa dzierżawy czy też użyczenia zapewnia wystarczający tytuł do dysponowania jednostkami sprzętowym. Wobec bezpośredniego uprawnienia Konsorcjum do dysponowania wskazanym sprzętem (co zresztą Konsorcjum potwierdziło w złożonych przez siebie dokumentach) brak jest podstaw do uznania, że sprzęt ten stanowi potencjał innego podmiotu w rozumieniu art. 22a ustawy Pzp, w konsekwencji czego Konsorcjum nie było zobowiązane do złożenia zobowiązania tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów wraz z dokumentami wskazanymi w SIWZ w odniesieniu do tych podmiotów.

Należy zwrócić uwagę, iż powszechnym jest, że wykonawcy nie będąc właścicielami rzeczy dysponują nimi np., jako użytkownicy, najemcy, dzierżawcy czy leasingobiorcy. W ocenie Zamawiającego istnienie takiego stosunku zobowiązaniowego, który uprawnia wykonawcę do władania rzeczą, korzystania z niej w sposób zgodny z jej przeznaczeniem i bezpośredniego używania jej w sposób realny nie jest równoznaczne z powoływaniem się na potencjał podmiotu trzeciego. Podkreślić należy, że Konsorcjum złożyło oświadczenie z treści, którego wynika, że jest to dysponowanie bezpośrednie. W ocenie Zamawiającego nie ma podstaw, aby kwestionować wiarygodność tego oświadczenia.

2.

Odwołujący oparł zarzut na błędnym założeniu, że złożone przez Konsorcjum wraz z wykazem usług poświadczenie powinno opisywać dokładnie zakres przedmiotu zamówienia w odniesieniu do którego zostało wystawione. Brak jest jednak podstawy prawnej, aby z dokumentów sporządzanych przez osoby trzecie (na przykład referencji czy poświadczeń) wynikało coś więcej poza potwierdzeniem, że dane zamówienie zostało wykonane należycie. Szczegółowe informacje mają wynikać z oświadczenia wykonawcy, którym jest stosowny wykaz i zawarte w nim informacje. Referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, mogą mieć charakter ogólny i powinny potwierdzać przede wszystkim należyte wykonanie zamówienia. Szczegóły polegające na wskazaniu terminu realizacji, zakresu zamówienia i jego wartości musi potwierdzać składany przez wykonawcę wykaz, nie zaś referencja/poświadczenie, której celem jest wykazanie należytego wykonania zamówienia.

O tym jaki zakres informacji powinien być zawarty w wykazie usług, a jaki - w referencjach bądź innych dokumentach wystawionych przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, stanowi §2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia. Zgodnie z § 2 ust.

4 pkt 2 rozporządzenia z treści wykazu usług przedkładanego przez wykonawcę w postępowaniu powinny wynikać takie informacje, jak: wartości, przedmiot, daty wykonania i nazwy podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane. Z kolei załącznikiem do tego dokumentu są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, których rolą jest jedynie potwierdzenie, że zamówienie, na które powołuje się wykonawca, zostało zrealizowane (jest realizowane) należycie.

Z uwagi na fakt, że ww. dokumenty w przeciwieństwie do wykazu nie są dokumentami pochodzącymi od wykonawcy, który się na nie powołuje, a ich szczegółowa treść zasadniczo (poza wspomnianą powyżej okolicznością) nie wynika z przepisów prawa, nie sposób twierdzić, że winny mieć określony kształt, czy potwierdzać okoliczności inne niż należyte wykonanie (wykonywanie) zamówienia.

Dodatkowo należy w tym miejscu wskazać, że pomiędzy treścią poświadczenia a wykazem usług złożonym przez Konsorcjum w postępowaniu nie występuje żadna sprzeczność lub inne informacje, które mogłyby budzić wątpliwości. Dokumenty złożone przez Konsorcjum w tym zakresie są spójne. Zamawiający nie znalazł podstaw,

aby kwestionować prawdziwość oświadczenia Konsorcjum i dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi.

Ponadto, Zamawiający nie zamieścił w SIWZ ani w ogłoszeniu o zamówieniu dodatkowych wymagań związanych z koniecznością wykazywania przez wykonawców, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, numerów rejestracyjnych danej jednostki sprzętowej.

3.

W znowelizowanych przepisach nie chodzi o zbadanie wykonawcy na konkretny dzień, ale o takie zbadanie wykonawcy, aby zminimalizować możliwość udzielenia zamówienia podmiotowi, który powinien zostać wykluczony. Nawet jeżeli podstawa do wykluczenia zaistniała już po upływie terminu składania ofert.

Wykonawca wezwany do złożenia oświadczeń lub dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp może złożyć dokument wystawiony nie wcześniej niż wynika to z odpowiedniego przepisu rozporządzenia, przy czym może on być wystawiony także po upływie terminu składania ofert. Wykonawca składając każde oświadczenie (w tym również JEDZ wraz ofertą) jednocześnie oświadcza, iż nadal odzwierciedla on obowiązujący stan faktyczny.

W niniejszym postępowaniu termin składania ofert został wyznaczony na dzień 11 września 2017 r. W dniu 16 października 2017 r. Zamawiający, działając w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Konsorcjum do złożenia dokumentów w celu potwierdzenia spełniania

warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w SIWZ. Termin na złożenie ww. dokumentów został wyznaczony do dnia: 27 października 2017 r. Konsorcjum przedłożyło dokumenty w terminie.

Za aktualne należy zatem uznać dokumenty złożone w niniejszym postępowaniu przez Konsorcjum, w tym również m.in.: zaświadczenie z Urzędu Skarbowego z dnia 28 września 2017 r. oraz zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z dnia 27 września 2017 r, dotyczące członka Konsorcjum, a także przedłożony przez Konsorcjum wykaz osób oraz wykaz usług.

4.

W toku postępowania Zamawiający dokonał analizy ofert złożonych przez Wykonawców w celu ustalenia czy zachodzą podstawy do zastosowania art. 90 ust. 1 i ust. 1a ustawy Pzp. Dokonując analizy wszystkich cen ofertowych brano pod uwagę takie kryteria jak:

a. Kryterium arytmetyczne, gdzie punktem odniesienia jest ustalona przez z szacunkowa Zamawiającego należytą starannością wartość zamówienia, powiększona o podatek od towarów i usług. Szacunkowa wartość zamówienia podstawowego netto plus podatek VAT to kwota: 8 300 785,97 zł brutto.
b. Kryterium cen ofert, w którym punktem odniesienia jest średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert w odniesieniu do ceny danej oferty. Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wynosi: 10 421 793,09 zł.

W wyniku ww. analizy ustalono, że zachodzi konieczność uruchomienia procedury, o której mowa w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp w odniesieniu do oferty nr 4 złożonej przez Konsorcjum. Cena oferty ww. wykonawcy okazała się niższa ok. 30,22% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Zamawiający zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się do Konsorcjum o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ.

W niniejszej sprawie wyjaśnienia udzielone przez Konsorcjum w piśmie z dnia 2 października 2017 r., jak również pozostałe załącznik do ww. pisma zostały zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jednocześnie Zamawiający, na podstawie analizy tych wyjaśnień i przedstawionych dowodów, ustalił że cena oferty Konsorcjum została

skalkulowana rzetelnie i nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. Konsorcjum, złożyło obszerne wyjaśnienia, które w sposób jasny i przejrzysty uzasadniają to że oferta została skalkulowana racjonalnie i prawidłowo.

Konsorcjum przedstawiło szczegółową kalkulację ceny uwzględniającą elementy i okoliczności o charakterze finansowym mające wpływ na wycenę (w tym m.in.: koszty wynagrodzeń, nakłady remontowe, robociznę, zysk). Przedstawiło również kalkulację kosztów dotyczących m.in. nośnika z solarką Wykonawcy i pługiem Wykonawcy, nośnika z pługiem Wykonawcy, ładowarki wraz z obsługą wytwórni solanki, koszty związane z pracą sprzętu przy zimowy utrzymaniu, odśnieżaniu i zwalczaniu gołoledzi, chodników, ścieżek rowerowych, kładek dla pieszych.

Z wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum wynika, że przy kalkulacji ceny brano pod uwagę specyfikę realizacji usług tego rodzaju i przeprowadzono rozpoznanie cenowe lokalnego rynku, co pozwoliło na przyjęcie realnych stawek i racjonalnego wynagrodzenia czynności wykonywanych przez operatorów sprzętu zimowego utrzymania i odpowiednie wykorzystanie osób zatrudnionych na stanowiskach kierowców. Oferta została sporządzona przez Konsorcjum z uwzględnieniem wieloletniego doświadczenia uczestników konsorcjum w realizacji usług zimowego utrzymania dróg.

Informacje o kalkulacji ceny oferty zawierające odpowiedź na pytania Zamawiającego zawarte w wezwaniu do wyjaśnień nie pozostawiają wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości realizacji zamówienia za cenę ofertową w sposób staranny, z uwzględnieniem wszystkich elementów przedmiotu zamówienia oraz warunków jego realizacji określonych w SIWZ.

W świetle złożonych przez Konsorcjum wyjaśnień, należy stwierdzić, że są one obszerne i poparte wyliczeniami, zawierają kalkulacje cenowe dla usługi będącej przedmiotem zamówienia. W ocenie Zamawiającego nie ma podstaw, aby kwestionować ich wiarygodność.

Z analizy przeprowadzonej przez Zamawiającego dotyczącej cen ofertowych wynika, że Wykonawcy wyceniali indywidualnie poszczególne pozycje Formularza cenowego z uwzględnieniem specyfiki realizowanych usług w oparciu o posiadane doświadczenie w wykonywaniu podobnych usług oraz przewidywane warunki terenowe i klimatyczne wpływające na zaangażowanie w dostosowaniu do nich odpowiednich sił i środków. Należy podkreślić, że w odniesieniu do usług, które są przedmiotem niniejszego zamówienia nie obowiązują żadne oficjalne katalogi cenowe, które mogłyby stanowić punkt odniesienia w tym zakresie, a kalkulacje poszczególnych wykonawców mają charakter indywidualny z uwzględnieniem obiektywnych czynników wpływających na oferowaną cenę.

Uwzględniając powyższe bezzasadne jest twierdzenie Odwołującego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę i Zamawiający powinien ją odrzucić.

Najkorzystniejsza oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie ma więc mowy o naruszeniu w ramach postępowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wybór najkorzystniejszej oferty odbył się zgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz wymogami SIWZ, a twierdzenie, że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest bezzasadne.

Cena ofertowa Konsorcjum jest jedynie tylko w niewielkim stopniu niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Co więcej fakt, że cena ofertowa Konsorcjum jest niższa ok. 30,22% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, aktualizuje „jedynie" obowiązek zamawiającego do zwrócenia się do takiego wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływa na wysokość ceny, o czym przesądza przepis art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp.

Informacje zawarte w piśmie Konsorcjum z dnia 2 października 2017 r. są w ocenie Zamawiającego wiarygodne, obszerne i wskazują na realną możliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie ze złożoną ofertą oraz wymogami zawartymi w SIWZ.

5.

Czynność badania skuteczności zastrzeżenia przez Konsorcjum dokumentów i informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, została przeprowadzona przez Zamawiającego ze szczególną starannością, w oparciu o złożone przez Konsorcjum wyjaśnienia. W ocenie Zamawiającego, Konsorcjum wykazało, że zastrzeżone informacje należą do kategorii

informacji podlegających ochronie, jako tajemnica przedsiębiorstwa ponieważ mają dla Konsorcjum wartość gospodarczą, a ich ujawnienie może przynieść Konsorcjum szkodę.

Należy mieć na względzie, że to, czy dane informacje można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa, podlega każdorazowo indywidualnemu badaniu i ocenie, zależy to od ich treści i znaczenia, a także, z przyczyn formalnych, czy taka tajemnica została zastrzeżona i czy została zastrzeżona prawidłowo.

W ocenie Zamawiającego złożone przez Konsorcjum wyjaśnienia, co do zaoferowanej ceny nie mają ogólnego charakteru. Stanowią szczegółowe zestawienie informacji na temat okoliczności mających wpływ na zaoferowaną cenę, w tym uzasadnienie wysokości cen jednostkowych oraz ich kalkulacje i uwzględniając powyższe, w ocenie Zamawiającego uprawnione było zastrzeżenie poufności informacji.

Informacje zawarte w wyjaśnieniach Konsorcjum spełniają przesłanki niezbędne do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż zawierają informacje dotyczące rozwiązań organizacyjnych oraz kalkulację ceny i nie sposób uznać, aby informacje w zakresie przyjętych rozwiązań przez Konsorcjum były udostępnione publicznie. W tym zakresie Konsorcjum podjęło działania mające na celu zachowanie poufności tych informacji.

Należy stwierdzić, że przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie precyzują dokładnie, jakim konkretnie działaniom ochronnym muszą być poddane tajemnice przedsiębiorstwa (informacje nieujawnione), aby można było traktować je jako poufne. Wskazuje się jedynie, że działania te muszą być „odpowiednie", „rozsądne w danych okolicznościach", zaś ocena określonych działań jako odpowiednich, czy też rozsądnych w rozumieniu powołanych przepisów, może przedstawiać się różnie w zależności od okoliczności konkretnego przypadku.

Konsorcjum w treści swoich wyjaśnień, według Zamawiającego, przedstawiło jakie kroki podjęło celem zachowania poufności przedmiotowych informacji, stąd też Zamawiający dokonał prawidłowej weryfikacji zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Konsorcjum.

W wyniku tej oceny, zdaniem Zamawiającego, brak było uzasadnionych podstaw do zakwestionowania zasadności zastrzeżenia przez Konsorcjum klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa, wobec czego informacje te nie podlegają odtajnieniu.

Jednocześnie Zamawiający, z daleko idącej ostrożności procesowej, wskazuje, że nawet gdyby uznać, że wyjaśnienia Konsorcjum objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, powinny podlegać odtajnieniu, to w świetle złożonych przez Konsorcjum wyjaśnień brak jest podstaw do stwierdzenia, iż cena oferty nosi znamiona rażąco niskiej ceny i podlega odrzuceniu.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej przez przystępującego, informacji zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej, jak również dowody z dokumentów złożonych przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego w toku rozprawy w dniu 6 grudnia 2017 r. oraz załączone do pisma procesowego Przystępującego.

Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, piśmie procesowym złożonym przez Przystępującego,

a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 6 grudnia 2017 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia w zakresie części 2 jest zimowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon w Lublińcu. Zakres zamówienia obejmuje zimowe utrzymanie dróg krajowych, chodników, ścieżek rowerowych, kładek dla pieszych na terenie Rejonu w Lublińcu wraz z ustawieniem, utrzymaniem i demontażem zasłon przeciwśnieżnych. Zimowe utrzymanie będzie odbywać się przy pomocy:

a) nośnika z solarką i pługiem Wykonawcy w ilości -10 szt.
b) nośnika Wykonawcy z pługiem Wykonawcy w ilości - 5 szt.
c) ładowarki z obsługą wytwórni solanki w ilości - 2 szt.

Umowa zostanie zawarta na czas określony i będzie obowiązywać do dnia 30.04.2021 r.

Zgodnie z pkt 7.1 SIWZ *O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału dotyczące :*

1) *kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów :*
Zamawiający nie określa żadnych warunku w w/w zakresie.
2) *sytuacji ekonomicznej i finansowej:*
Zamawiający nie określa żadnych warunków w w/w zakresie.
3) *zdolności technicznej lub zawodowej:*
a) Wykonawcy:

Zamawiający uzna, iż Wykonawca zdolny do należytego wykonania zamówienia to taki, który wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje 1 zamówienie obejmujące swym zakresem lub polegające na zimowym utrzymaniu dróg krajowych przy pomocy zmechanizowanych jednostek sprzętowych, o wartości zamówienia co najmniej 4.000.000,00 PLN brutto. (…)

b) Potencjału technicznego:

Wykonawca musi dysponować na etapie realizacji zamówienia wskazanym poniżej sprzętem (oddzielnie dla każdej z części) i gwarantującym wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami opisanymi w SIWZ. (..)

Dla Część 2:
a) *nośnika z solarką i pługiem Wykonawcy w ilości 10 szt.*
b) *nośnika Wykonawcy z pługiem Wykonawcy w ilości 5 szt.*
c) *ładowarki z obsługą wytwórni solanki w ilości 2 szt.*

Uwaga! Jeżeli Wykonawca składa ofertę na więcej niż jedną część, musi wykazać sprzęt dla każdej części osobno, tj. nie dopuszcza się wykazania tej samej jednostki sprzętowej w więcej niż jednej części zamówienia.

Termin składania ofert wyznaczono na dzień 11 września 2017 r.

W dniu 26 września 2017 r. Zamawiający skierował do Konsorcjum wezwanie w trybie art. 90 ust. 1a oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Konsorcjum w wymaganym terminie złożyło wyjaśnienia wraz z załącznikami, zastrzegając wszystko (w tym uzasadnienie utajnienia) jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 16 października 2017 r. Zamawiający skierował do Konsorcjum wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do przedłożenia wymaganych dokumentów. Konsorcjum w wyznaczonym terminie przedstawiło Zamawiającemu żądane dokumenty.

Zamawiający pismem z dnia 3 listopada 2017 r. wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących podstawy dysponowania jednostkami oraz okresu na jaki umowy zostały zawarte. W odpowiedzi pismem z dnia 8 listopada 2017 r. Konsorcjum oświadczyło, iż spełnia ww. warunek, gdyż dysponowanie winno być rozumiane jako realna możliwość skorzystania z rzeczy, wskazując że *wszystkie umowy, będące podstawą dysponowania sprzętem wchodzą w życie w momencie podpisania przez Wykonawcę umowy z Zamawiającym, objętej niniejszym postępowaniem i mają obowiązywać przez cały okres realizacji zamówienia*

W dniu 15 listopada 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum.

Odwołujący złożył wniosek o udostępnienie dokumentów stanowiących korespondencję po otwarciu ofert dotyczących części 2 zamówienia. W odpowiedzi Odwołujący otrzymał korespondencję, a także informację, że *wyjaśnienia konsorcjum dot. rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie podlegają odtajnieniu.*

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Potwierdził się zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, w znaczeniu również innych dokumentów składających się na specyfikację istotnych warunków zamówienia określających sposób realizacji zamówienia (zwłaszcza mających wpływ na jego wycenę), jak projekt umowy. Ustawa Pzp nie definiuje rażąco niskiej ceny, niemniej punktem odniesienia winien być przedmiot zamówienia. Zatem należy przyjąć, że rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Nie wystarczy więc, aby cena zasadniczo odbiegała od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Istotne, aby była to cena taka, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby nieopłacalne. Musi to być cena rażąco niska w stosunku do konkretnego przedmiotu zamówienia, uwzględniającego specyfikę rynku, w tym przypadku specyfikę świadczenia zimowego utrzymania dróg.

Ponadto badanie ofert pod kątem rażąco niskiej ceny należy odnieść również do cen jednostkowych, czy istotnych pojedynczych elementów kształtujących cenę oferty. Zatem o rażąco niskiej cenie można również mówić, gdy rażąco niskie okażą się jedynie pewne ceny jednostkowe, czy pewne ceny za poszczególne pojedyncze prace, niezależnie czy przekładają się na rażąco niską cenę w odniesieniu do całego zamówienia. Istotne, aby badanie cen jednostkowych, dotyczyło wartości, które stanowią samodzielną podstawę

rozliczania wynagrodzenia za wykonanie poszczególnych elementów, składających się na zamówienie.

W okolicznościach niniejszej sprawy Izba ustaliła, że przedstawione przez Przystępującego wyjaśnienia nie potwierdzają, że cena oferty została skalkulowana prawidłowo. Nie są one spójne i przekonujące, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.
Co więcej, wyjaśnienia te wskazują, że kwota stała za prace nośnika z pługiem została dodana do ryczałtu miesięcznego dla innej pozycji jako płatnej przez Zamawiającego niezależnie od warunków pogodowych. W żadnym miejscu Przystępujący nie udowodnił, że zaproponowana cena 500 zł nie jest rażąco niska, co więcej sam potwierdził, że nie pokrywa nawet kosztów amortyzacji sprzętu, a sposób jego wyceny na tak niskim poziomie ma na celu obejście postanowień przyszłej umowy. Izba doszła do przekonania, że taki sposób wyceny nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego.

Zgodnie z pkt 15 SIWZ cenę oferty należało wyliczyć w oparciu o Formularz cenowy, dalej: „Formularz", wraz z tabelą wartości elementów scalonych. Wykonawca zobowiązany był określić wartości netto dla wszystkich wymienionych pozycji, a obliczając cenę oferty musiał uwzględnić wszystkie pozycje opisane w Formularzu. Cena musiała uwzględniać wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia. Ponadto, zgodnie z §4 wzoru umowy podstawą do rozliczenia wykonanej usługi miały być ceny jednostkowe zawarte m.in. w przedłożonych do oferty kosztorysach ofertowych. Przyjęto, że wykonawca powinien uwzględnić w cenach jednostkowych wszystkie koszty wynikające z wymagań umowy, a niezbędne do realizacji przedmiotu umowy, w tym ryzyko wykonawcy z tytułu oszacowana wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy.

Oznacza to, że Zamawiający oczekiwał określenia ekwiwalentu za świadczenie,

za pewnego rodzaju usługi, które mogą stanowić odrębny przedmiot zamówienia. Natomiast sam Przystępujący przyznał, że w istocie nie dokonał pełnej wyceny tego świadczenia, wskazując jednocześnie, że dodał cenę do innej pozycji Formularza. Próżno szukać takiego postanowienia SIWZ, które umożliwiałoby przeniesienie wyceny z jednej pozycji do drugiej Formularza. Niezależnie od tego, powyższe nie mieściłoby się w granicach prawa. Oceniając zaś wyjaśnienia Przystępującego należy wskazać, że potwierdziły one, że zaoferowana cena nie ma charakteru realistycznego.

Wymaga podkreślenia, że nawet przy cenie ryczałtowej przedmiot zamówienia winien zostać prawidłowo wyceniony, w sposób ściśle określony przez Zamawiającego, a zgoda na to, aby niektórzy wykonawcy nie stosowali się do ogólnych założeń SIWZ jest niezgodna z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Tym samym wykonawcy, którzy przerzuciliby koszty jednej pozycji do drugiej w Formularzu, byliby w lepszej sytuacji, gdyż, jak przyznał sam Przystępujący, pewną część kosztów należałoby uwzględnić w pozycji, która nie jest obarczona ryzykiem zmniejszenia wpływów wykonawcy.

Z uwagi na powyższe Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego. Tym samym potwierdził się także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem zastosowana inżynieria cenowa nie znajduje żadnego uzasadnienia w treści SIWZ, a ponadto prowadzi do zaburzenia uczciwej konkurencji i nierównego traktowania wykonawców, faworyzując sposób kalkulacji ceny Konsorcjum. Zatem Zamawiający w sposób nieuzasadniony dokonał oceny wyjaśnień Przystępującego faworyzując tego wykonawcę, co potwierdza naruszenie przez niego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnośnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na to, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w zakresie opisanym w odwołaniu – Izba uznała, że jest on bezzasadny.

Wyjaśnienia ceny oferty, złożone przez Przystępującego, które nie powinny zostać uwzględnione przez Zamawiającego, nie oznaczają jeszcze same przez się, że wykonawca ten utrudniał innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, w tym przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia, właśnie w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał okoliczności, które przesądzałyby o popełnieniu przez Przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa powyżej.

Ponadto, czyn ten musi być popełniony świadomie i z winy umyślnej. Odwołujący stawiając ten zarzut powinien był więc udowodnić, że czyn został dokonany celowo i z zamiarem wyeliminowania innych przedsiębiorców z rynku. Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał okoliczności, potwierdzających podniesiony zarzut co do tego, że złożenie oferty przez Przystępującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, a tym samym w ocenie Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

W ocenie Izby brak było podstaw do zastrzeżenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, szczegółowej kalkulacji, załączników do niej, a także samego uzasadnienia zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu zastrzeżenia tajności wyjaśnień Przystępujący ograniczył się w zasadzie do przywołania przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 znk oraz orzecznictwa sądów okręgowych, a także do wskazania ogólnych twierdzeń dotyczących zasadności uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Takie

ogólnikowe stwierdzenia to zbyt mało, aby chociaż uprawdopodobnić uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Nie uzasadniono również na czym polega wartość gospodarcza informacji zawartych w szczegółowej kalkulacji i kolejnych załącznikach, czy to w odniesieniu do informacji o kosztach, czy też możliwym do osiągnięcia zysku. Przystępujący nie wykazał istnienia ustawowych przesłanek wyłączenia jawności. Jedynie w stosunku do kilku dokumentów można mówić o zasadności ich utajnienia, jak chociażby faktur VAT podwykonawców zawierających ceny za poszczególne usługi (załącznik nr 11 do wyjaśnień), czy też zarządzenia w sprawie ochrony bezpieczeństwa informacji stanowiących tajemnicę

przedsiębiorstwa w spółce Grawil Sp. z o.o (załącznik nr 2 do wyjaśnień). Natomiast na pewno takiego przymiotu nie mają informacje z postępowań publicznych organizowanych przez inne podmioty, wykaz wyciągów z ofert z postępowań prowadzonych w trybie ustawy Pzp czy korespondencja z zamawiającym publicznym.

Ogólne deklaracje, że wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorcy są niewystarczające, aby uznać zastrzeżenie za skuteczne w świetle art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. To na wykonawcy żądającym wyłączenia jawności poszczególnych informacji ciąży obowiązek wykazania istnienia wszystkich przesłanek uzasadniających takie wyłączenie. W niniejszej sprawie Przystępujący tych przesłanek nie wykazał.

Niemniej w stanie obecnym sprawy nakazanie przez Izbę odtajnienia i udostępnienia ww. informacji, które nie mają charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa, nie wpłynie na wynik postępowania, zważywszy na konieczność odrzucenia oferty Przystępującego (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp).

W zakresie zaś niewykazania spełnienia warunku udziału w postepowaniu dotyczącego dysponowania określonym sprzętem należy wskazać, co następuje. W ocenie Izby przedłożone na rozprawie umowy dzierżawy sprzętu zostały przez Konsorcjum zawarte wyłącznie w celu wykonywania niniejszego zamówienia i wyłącznie na okres jego realizacji, co jednoznacznie przesądza, iż Konsorcjum stosownie do art. 22a ust. 1 ustawy Pzp polegało na potencjale podmiotu trzeciego. Wskazuje na to jednoznacznie treść przedstawionych umów dzierżawy, z których wynika, że zostały zawarte w związku z przetargiem na część 2 zamówienia oraz na okres od 1.09.2017 r. do 30.04.2021 r. (czyli przewidywany okres realizacji umowy). Ponadto, zgodnie z §3 ww. umów w przypadku nie pozyskania przez dzierżawcę umowy z Zamawiającym lub przedterminowego rozwiązania tejże umowy, umowy dzierżawy zostają rozwiązane ze skutkiem na chwilę rozwiązania umowy pomiędzy Zamawiającym a dzierżawcą, bądź zawarcia umowy między

Zamawiającym a innym wykonawcą w przypadku niekorzystnego dla dzierżawcy rozstrzygnięcia postępowania przetargowego. Jest to więc typowe dysponowanie zasobem innego podmiotu w rozumieniu art. 22a ustawy Pzp.

Należy zauważyć, że Konsorcjum nie było wzywane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów. Gdyby oferta Przystępującego nie podlegała odrzuceniu, Zamawiający byłby zobowiązany wezwać Przystępującego do uzupełnienia wykazu sprzętu zgodnie z deklaracją zawartą w JEDZ w zakresie korzystania jedynie z własnych zasobów poprzez wskazanie własnych jednostek sprzętowych, które mogłyby zostać wykorzystane przy realizacji zamówienia w tej części. Niemniej, skoro oferta Konsorcjum podlega odrzuceniu, wezwanie takie staje się bezprzedmiotowe. Zgodnie bowiem z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, *jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.*

Stan faktyczny sprawy nie potwierdził jednak twierdzenia, aby Odwołujący złożył informacje nieprawdziwe czy wprowadzające Zamawiającego w błąd, bowiem oświadczenia Przystępującego są jasne i pokazują istniejący stan faktyczny (dzierżawę sprzętu). Natomiast wynika z nich, że Przystępujący nieprawidłowo przypisał stan faktyczny do obowiązujących przepisów prawa (jako sprzęt własny).

Irrelewantne dla niniejszego rozstrzygnięcia pozostają rozważania Odwołującego w zakresie wykazania, iż oferowany w części 2. zamówienia sprzęt jest inny od przedstawionego w pozostałych 5 częściach. Pomimo iż Zamawiający nie dopuszczał wykazania tej samej jednostki sprzętowej w więcej niż jednej części zamówienia, nie sprecyzował w jaki sposób będzie ww. wymóg weryfikować. Żadne postanowienie SIWZ nie zawierało obowiązku dokonania stosownej indywidualizacji sprzętu poprzez wskazanie, tak jak życzyłby sobie Odwołujący, numeru rejestracyjnego czy też numeru VIN. Zatem, brak

było podstaw do uznania, że z uwagi na powyższe, oferta Konsorcjum winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Skład orzekający nie dopatrzył się również naruszenia przez Zamawiającego ustawy Pzp mającego się wyrażać zaniechaniem wykluczenia Konsorcjum z postępowania z uwagi

na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej.

Okoliczności sprawy wskazują, że Odwołujący błędnie zakłada, że z załączonego poświadczenia wykonania usługi winna wynikać wartość zimowego utrzymania dróg oraz charakterystyka zrealizowanych prac. Ocena sytuacji podmiotowej wykonawcy, w zakresie zdolności zawodowej, dokonywana jest na podstawie wykazu usług. Załączane do niego referencje winny potwierdzać jednie należyte wykonanie zamówienia, na które wykonawca powołuje się w składanym wykazie. Zatem z treści przedstawionych referencji nie można wyprowadzać wniosku o niespełnianiu warunku udziału w postępowaniu. Nie przemawia również za istnieniem podstaw do wykluczenia Konsorcjum okoliczność, że wykaz wykonywanych usług zawiera jedynie informacje powielone z warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt 7.2.3 SIWZ. Jakkolwiek za nieprawidłową praktykę wykonawców należy uznać kopiowanie do wykazu usług (w kolumnie dotyczącej przedmiotu usługi) tylko i wyłącznie treści warunku udziału w postępowaniu, bez podania szczegółowych konkretnych informacji pozwalających jednoznacznie stwierdzić, czy wskazywana usługa wymogi warunku spełnia, czy też nie. Niemniej nie można stwierdzić, iż Przystępujący powinien z tego powodu zostać wykluczony z postępowania, wykaz ten bowiem również podlegałby ewentualnemu uzupełnieniu.

W zakresie zaniechania wykluczenia Konsorcjum na podstawie przesłanki określonej w art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 1 pkt 15 oraz art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp skład orzekający uznał, że posłużenie się przez Przystępującego zaświadczeniami z ZUS i US oraz innymi oświadczeniami (oświadczeniami o braku wydania prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, braku wydaniu zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne, niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, nieprzynależeniu do tej samej grupy kapitałowej), a także wykazem usług, sprzętu czy też osób, wystawionymi po terminie składania ofert, było wystarczające. Wynika to jednoznacznie z treści art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, który mówi o dokumentach aktualnych na dzień ich złożenia. Jest to słuszne założenie ustawodawcy, gdyż nie wymusza na wykonawcach antydatowania dokumentów. Zgodnie z obecną procedurą Przystępujący wraz z ofertą złożył JEDZ stanowiący wstępne potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia z postępowania, którą to okoliczność następnie potwierdził przedstawiając stosowne dokumenty, w tym m.in. zaświadczenia Zakładu Ubezpieczeń Społecznych i urzędu skarbowego.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że samo niedochowanie terminu, określonego w art. 24 ust. 11 ustawy Pzp, na złożenie oświadczenia o nieprzynależeniu do tej samej

grupy kapitałowej, nie powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania. W przypadku braku złożenia samodzielnie przez wykonawcę ww. oświadczenia zamawiający winien wezwać wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia takiego dokumentu, wyznaczając odpowiedni termin na dokonanie takiej czynności. Dopiero brak uzupełnienia na wezwanie zamawiającego takiego dokumentu winien skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Zgodnie z motywem 85 dyrektywy *klasycznej istotne jest, by decyzje instytucji zamawiających opierały się na aktualnych informacjach, w szczególności jeśli chodzi o podstawy wykluczenia, z uwagi na to, że ważne zmiany mogą zachodzić dość szybko, np. w przypadku trudności finansowych, które sprawiałyby, że dany wykonawca staje się nieodpowiedni, lub, przeciwnie, z racji spłacenia w międzyczasie zaległych zobowiązań z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne.* Koncepcja ta odpowiada również intencjom ustawodawcy krajowego, który w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wskazał, że *Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone*

w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Oświadczenia lub dokumenty aktualne na dzień złożenia to te, które umożliwiają ocenę podmiotu na podstawie możliwie najnowszych informacji. Jeżeli natomiast Odwołujący powziął informacje, iż pomimo przedstawienia ww. oświadczeń i dokumentów, między terminem składania ofert, a datą wydania informacji, Konsorcjum posiadało jakiekolwiek zaległości publicznoprawne, powinien podjąć działania zmierzające do ich udowodnienia, czego nie uczynił.

Izba podzieliła w tym miejscu stanowisko Zamawiającego, iż oświadczenia lub dokumenty aktualne na dzień złożenia to te, które niezależnie od daty wystawienia, nadal odzwierciedlają zgodny z prawdą stan faktyczny. Zatem, zarzut wykluczenia Konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 1 pkt 15 oraz art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

33

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: ……

Członkowie: ……

……..

34