Sygn. akt: KIO 752/15
Sygn. akt: KIO 763/15

WYROK
z dnia 27 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 kwietnia 2015 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 13 kwietnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o. o., Chybo – Tex M. N. ul. Południowa 17/19, 97-300 Piotrków Trybunalski**

B. w dniu 13 kwietnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: KBU Sp. z o. o., LICUAS S. A. Plac na Groblach 21/D, 31-101 Kraków**

w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi ul. Irysowa 2, 91-857 Łódź**

przy udziale:

A. wykonawcy **Usługi Transportowo-Drogowo-Mostowe J. O. ul. M. Wołodyjowskiego 33, 41-403 Chełm** Śląski zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 752/15 i KIO 763/15po stronie zamawiającego

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych sp. z o.o., Chybo-Tex M. N. ul. Południowa 17/19, 97-300 Piotrków Trybunalski** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 763/15 po stronie zamawiającego

orzeka:

---

uwzględnia oba odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym oferty Wykonawcy Konsorcjum: KBU Sp. z o. o., LICUAS S. A., a także Wykluczenie z postępowania Wykonawcy Usługi Transportowo-Drogowo-Mostowe J. O.

2. kosztami postępowania obciąża **Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi ul. Irysowa 2, 91-857 Łódź** i:

A. 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o. o., Chybo – Tex M. N. ul. Południowa 17/19, 97-300 Piotrków Trybunalski**
i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: KBU Sp. z o. o., LICUAS S. A. Plac na Groblach 21/D, 31-101 Kraków**
tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi ul. Irysowa 2, 91-857 Łódź** kwotę **37 200 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy), w tym:

A. kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o. o., Chybo – Tex M. N. ul. Południowa 17/19, 97-300 Piotrków Trybunalski,** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

B. kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset) na rzecz

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: KBU Sp. z o. o., LICUAS S. A. Plac na Groblach 21/D, 31-101 Kraków** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

2

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Łodzi.**

Przewodniczący: ……

3

UZASADNIENIE

Zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „Całoroczne, kompleksowe utrzymanie autostrady A2 na odcinku od węzła Łódź Północ (z węzłem) - granica województw łódzkiego/mazowieckiego od km 362+700 do km 411+466, wraz ze wszystkimi jej elementami, w okresie 72 miesięcy od daty podpisania Umowy", nr 4/12/2014, znak sprawy: 2014/S 249-442290. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 grudnia 2014 r. pod numerem 2014/S 249- 442290.

Sygn. akt KIO 752/15

Odwołujący – Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim oraz Chybo-Tex M. N. (dalej łącznie: „Odwołujący") wnieśli odwołanie od czynności Zamawiającego: wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Usługi Transportowo- Drogowo-Mostowe J. O., zaniechania wykluczenia wykonawcy Usługi Transportowo-Drogowo- Mostowe J. O. względnie zaniechanie wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia oferty, zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 26 ust. 2a w zw. z art. 4 4 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Usługi Transportowo-Drogowo-Mostowe J. O. mimo tego, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do potencjału technicznego względnie zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wskazanego wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2a w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Usługi Transportowo-Drogowo-Mostowe J. O. mimo tego, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do sytuacji ekonomicznej i finansowej względnie zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wskazanego wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie wykonawcy Usługi Transportowo-Drogowo-Mostowe J. O. względnie wezwanie tego wykonawcy do uzupełnienia stosownych

4

---

dokumentów, dokonanie ponownego badania, oceny oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.
W treści SIWZ Zamawiający wymagał m. in. aby Wykonawcy wykazali, że dysponują potencjałem technicznym, w tym pługami odśnieżnymi lemieszowymi wyposażonymi w układ hydrauliczny umożliwiający ustawienie pługa na prawo lub lewo pod różnym kątem

nachylenia o długości lemiesza min. 4,5 m. oraz solarkami o pojemności min. 6 m3 na nośnikach dostosowanych do montażu pługów i wyposażone w kompatybilny system GPS (wraz z nośnikami).
Wykonawca Usługi Transportowo-Drogowo-Mostowe J. O. (UTDM) złożył w wraz z ofertą formularz 3.4 „Potencjał techniczny", w którym wskazał m.in.: Solarki o pojemności min. 6m 3 na nośnikach dostosowanych do montażu pługów i wyposażone w kompatybilny system GPS (wraz z nośnikami) - 10 szt. - Własność UTDM (7 szt. Własność UTDM, 3 szt. - kontrakt Aebi Schmidt Polska sp. z o.o., Pługi odśnieżne lemieszowe wyposażone w układ hydrauliczny umożliwiający ustawienia pługa na prawo lub lewo pod różnym kątem nachylenia o długości lemiesza min. 4,5m - 8 szt. - Własność UDTM (8 szt. Kontrakt Aebi Schmidt Polska sp. z o.o.).
Wykonawca UTDM wraz z ofertą złożył także kontrakt nr ASP/15/0201-JL z dn. 16.01.2015r. zawarty pomiędzy nim, a Aebi Schmidt Polska sp. z o.o., którego przedmiotem jest dostawa 8 szt. pługów autostradowych oraz 3 szt. posypywarki Stratos. Zgodnie z punktem 2 kontraktu termin odbioru przedmiotu umowy przewidziano do dnia 15.09.2015r.

Zamawiający wezwał wykonawcę Usługi Transportowo-Drogowo-Mostowe J. O. do złożenia wyjaśnień. W punkcie 3 tego pisma zamawiający poprosił wykonawcę o wyjaśnienie kwestii zależności istniejących pomiędzy UTDM, a firmą Aebi Schmidt Polska sp. z o.o. Wykonawca UTDM złożył bowiem zgodnie z treścią zamieszczoną na stronie internetowej Aebi Schmidt Polska:
„Aebi Schmidt Polska Sp. z o. o. wchodzi w skład grupy Aebi Schmidt Holding i jest czołowym dostawcą urządzeń do zimowego i letniego utrzymania dróg i lotnisk. Ponadto jest jedynym w Polsce producentem urządzeń do utrzymania autostrad. W swojej ofercie posiada także urządzenia do naprawy nawierzchni oraz sprzęt rolniczy. Spółka zajmuje się również wykonywaniem zabudów komunalnych samochodów ciężarowych różnych marek. Ponadto posiada autoryzację w zakresie sprzedaży i serwisu pojazdów Mercedes Unimog."
W odpowiedzi Odwołujący wskazał, że solarki w ilości sztuk 7 stanowią własność Wykonawcy. Nadto wyjaśnił, że dysponuje jako właściciel 3 sztukami nośników do solarek (posypywarek). Posypywarki (bez nośników) w ilości sztuk 3 zostaną nabyte przez Wykonawcę na mocy umowy sprzedaży od spółki Aebi Schmidt Polska sp. z o.o.
Wykonawca wyjaśnił także, że „Kontrakt nr ASP/15/0201-JL" jest umową sprzedaży w

rozumieniu art. 535 i nast. Kodeksu cywilnego w związku z czym własność rzeczy wskazanych w tej umowie (8 pługów i 3 posypywarki) zostanie przeniesiona na UTDM i z tą chwilą rzeczy te nie będą już zasobem spółki Aebi Schmidt Polska sp. z o.o., lecz będą zasobem własnym UTDM. Rzeczy te Wykonawca przy wykonywaniu zamówienia będzie wykorzystywał jako ich właściciel. Wykonawca wskazał także, że spółka Aebi Schmidt Polska nie będzie brała udziału przy wykonaniu zamówienia.
Następnie wykonawca UTDM wyjaśnił Zamawiającemu, iż w zakresie solarek wykazywanych w poz. 2 formularza 3.4 „Potencjał techniczny" dysponuje obecnie 10 szt. Nośników oraz 7 szt. Solarek (posypywarek), a 3 szt. Posypywarek bez nośników zostaną nabyte od firmy Aebi Schmidt Polska sp. z o.o.

Odwołujący wskazał, że zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wprost wyrażoną w art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, jest wykazanie przez wykonawców spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie później niż na dzień składania ofert. Oznacza to, iż na dzień upływu terminu składania ofert każdy z wykonawców musi wykazać, że dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym wymaganym przez Zamawiającego. Od tej podstawowej zasady ustawodawca przewidział jeden wyjątek ustanowiony w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, z którego wynika, że w przypadku gdy wykonawca polega na zasobach podmiotów trzecich, ma udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował stosownymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia. Zatem jedynie w przypadku, gdy wykonawca korzysta z potencjału podmiotu trzeciego, możliwe jest wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu poprzez udowodnienie, że danym zasobem wykonawca będzie dysponował w przyszłości (nie będzie to jednak zasób wykonawcy). W pozostałych przypadkach każdy z wykonawców musi wykazać, że odpowiednimi zasobami dysponuje już w chwili złożenia oferty.
Odwołujący wskazał, że wykonawca UTDM w przedmiotowym postępowaniu na chwilę

złożenia oferty nie dysponował wskazanym w formularzu 3.4 potencjałem technicznym tj. 3 szt. solarek (posypywarek) oraz 8 szt. pługów odśnieżnych. Wynika to wprost z treści formularza, kontraktu z Aebi Schmidt Polska sp. z o.o. złożonego wraz z ofertą oraz z wyjaśnień przytoczonych powyżej złożonych przez tego wykonawcę. Wykonawca UTDM nie wywiązał się zatem z podstawowego wymogu ustawy wykazania dysponowania potencjałem technicznym na dzień upływu terminu składania ofert. Z drugiej strony wykonawca ten nie korzysta również z dobrodziejstwa płynącego z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i nie polega na zasobach podmiotu trzeciego, z którego korzystał będzie w trakcie realizacji zamówienia. W konsekwencji Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu dopuścił formułę spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie przewidzianą przez ustawę, a mianowicie wykazanie, że dany wykonawca w przyszłości tj. na etapie realizacji zamówienia będzie właścicielem

określonego zasobu. Wykonawca UTDM sam oświadczył wyraźnie, że spółka Aebi Schmidt w żaden sposób nie będzie brała udziału w realizacji zamówienia, a kontrakt łączący go z tą spółką ma charakter umowy sprzedaży, na mocy której własność wskazanych urządzeń dopiero przejdzie na wykonawcę UTDM. Poleganie na zasobach podmiotu trzeciego realizowane jest natomiast w ten sposób, że wykonawca na etapie wykonywania umowy „pożycza" dany zasób od podmiotu trzeciego, natomiast na etapie składania ofert ma jedynie udowodnić zamawiającemu, iż w trakcie wykonywania umowy dany zasób, należący do podmiotu trzeciego, będzie w jego dyspozycji.
Odwołujący podniósł dodatkowo, iż na etapie oceny ofert, w oparciu o dostępny mu materiał Zamawiający nie miał nawet wiedzy, czy potencjał techniczny wskazywany w formularzu jako przedmiot dostawy od spółki Aebi Schmidt w ogóle na tę chwilę istnieje, ani czy znajduje się w dyspozycji spółki Aebi Schmidt Skoro spółka ta jest producentem tych urządzeń, to jest wielce prawdopodobne, że będą one dopiero wyprodukowane.
Z uwagi na powyższe, w ocenie Odwołującego wykonawca UTDM ze względu na brak wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu powinien zostać z postępowania wykluczony. Odwołujący z ostrożności podniósł również względnie zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy poprzez brak wezwania wykonawcy UTDM do uzupełnienia dokumentów, lecz w ocenie Odwołującego przepis ten nie może znaleźć zastosowania. Wynika to przede wszystkim z tego, że z dokumentów złożonych w toku postępowania, w tym z wyjaśnień wykonawcy UTDM wynika niezbicie, że na dzień upływu terminu składania ofert wykonawca ten nie dysponował wskazanym sprzętem. Uzupełnienie wykazu poprzez wskazanie, że wykonawca posiada jednak odpowiedni potencjał techniczny stanowiłoby zatem zaprzeczenie wcześniejszych twierdzeń i nie zasługiwałoby na uwzględnienie. Z drugiej strony zajęcie obecnie przez wykonawcę UTDM stanowiska, zgodnie z którym będzie on jednak korzystał z potencjału Aebi Schmidt Polska lub jakiegokolwiek innego podmiotu stanowiłoby zmianę deklarowanego wcześniej sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu niedopuszczalną z punktu widzenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Każda taka zmiana wprowadzona byłaby dopiero na etapie bieżącym, co wynika wprost z wyjaśnień złożonych przez wykonawcę UTDM w toku postępowania. Skoro wykonawca ten nie posiadał odpowiedniego sprzętu, a z drugiej strony oświadczył, iż nie będzie korzystał z zasobów podmiotu trzeciego tzn., że każde bieżące oświadczenie stojące w sprzeczności z wcześniejszymi deklaracjami będzie skonstruowane dopiero na chwilę obecną.
Jak podkreślił Odwołujący, uzupełnianie dokumentów nie może być wykorzystywane do budowania sobie przewagi w przetargu poprzez manipulowanie dokumentami po upływie terminu składania ofert. Profesjonalizm wykonawcy ma objawiać się w tym, aby złożyć poprawnie wniosek i ofertę, i ten sposób pokazać zamawiającemu jak zamierza spełnić poszczególne warunki, a przez taką postawę zamanifestować, iż gwarantuje należyte

wykonanie zamówienia. Skoro profesjonalny wykonawca przygotowuje obarczony wadami, lecz klarowny w swej treści wniosek lub ofertę, to po upływie terminu na ich złożenie nie może być faworyzowany poprzez dopuszczenie konfigurowania na nowo swojej oferty.

Zamawiający w zakresie warunku odnoszącego się do sytuacji ekonomicznej i finansowej w pkt 7 ppkt 4 SIWZ wymagał, by wykonawcy wykazali posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 2.000.000 zł.

W odpowiedzi na to wymaganie wykonawca UTDM złożył opinię bankową z dnia 19.01.2015r. z której wynika, że:
„W opinii Banku PEKAO S.A. Oddział w Mysłowicach, ul. Mikołowska 6. Firma może starać się o kredyt w kwocie 3.000.000,00 PLN (słownie: trzy miliony złotych 00/100). Bank przed udzieleniem kredytu dokona oceny konkretnego przedsięwzięcia finansowanego kredytem, aktualnej i perspektywicznej kondycji ekonomiczno-finansowej Firmy oraz zaproponowanego zabezpieczenia."
W ocenie Odwołującego taka treść opinii bankowej nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Przede wszystkim treść tej opinii nie potwierdza wprost, że wykonawca UTDM posiada zdolność kredytową do wysokości podanej kwoty. Pojęcie zdolności kredytowej nie jest niewiążącym sformułowaniem języka potocznego, lecz legalną definicją ustanowioną w art. 70 ust. 1 Prawa bankowego, zgodnie z którym: „Bank uzależnia przyznanie kredytu od zdolności kredytowej kredytobiorcy. Przez zdolność kredytową rozumie się zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w terminach określonych w umowie. Kredytobiorca jest obowiązany przedłożyć na żądanie banku dokumenty i informacje niezbędne do dokonania oceny tej zdolności."
Odwołujący zwrócił uwagę na art. 70 ust. 2, stosownie do którego: osobie fizycznej, prawnej lub jednostce organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, o ile posiada zdolność prawną, które nie mają zdolności kredytowej, bank może udzielić kredytu pod warunkiem: 1) ustanowienia szczególnego sposobu zabezpieczenia spłaty kredytu; 2) przedstawienia niezależnie od zabezpieczenia spłaty kredytu programu naprawy gospodarki podmiotu, którego realizacja zapewni - według oceny banku - uzyskanie zdolności kredytowej w określonym czasie."
Odwołujący argumentował, że: „Zarówno ustawa Pzp (Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dn. 19.02.2013r. w sprawie rodzaju dokumentów-"), jak i specyfikacja istotnych warunków zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, posługują się pojęciem „zdolność kredytowa", które ma swoje źródło w ustawie Prawo bankowe. W ocenie Odwołującego tego pojęcia o charakterze legalnym nie można zastępować jakimkolwiek innym pojęciem z uwagi na ryzyko Zamawiającego w wyborze podmiotu, który nie daje należytej rękojmi wykonania zamówienia. Należy podkreślić, że potencjalnie możliwe jest uzyskanie kredytu bez

posiadania zdolności kredytowej, lecz stoi to w sprzeczności z ustawą Pzp, ta bowiem wymaga posiadania zdolności kredytowej, a także wiąże się z dużym ryzykiem braku realności posiadania zasobu, bowiem uzyskanie takiego kredytu jest wysoce niepewne i obwarowane dodatkowymi warunkami. Niezbędne jest zatem wykazanie przez wykonawców stosownie do przepisów ustawy posiadania odpowiednich środków finansowych lub zdolności kredytowej. Należy zaznaczyć, iż sformułowanie „Firma może starać się o kredyt w wysokości" jest obarczone znaczącym stopniem niepewności co do rzeczywistego dostępu do tego zasobu. Potencjalnie każdy podmiot może starać się o dowolną kwotę kredytu, co w żaden sposób nie jest powiązane i nie odnosi się do posiadania przez ten podmiot jakiejkolwiek zdolności kredytowej. Stwierdzenie, że dany podmiot posiada zdolność kredytową wiąże się jednak z dokonaniem w pewnym zakresie oceny przez bank sytuacji ekonomicznej tego podmiotu, nawet jeśli ma ona charakter mniej formalny niż przy udzielaniu kredytu. Natomiast stwierdzenia, że dany podmiot może starać się o kredyt w danej wysokości można użyć bez żadnej weryfikacji w stosunku do kogokolwiek."

Sygn. akt KIO 763/15

Odwołujący wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: KBU Sp. z o. o., LICUAS S.A. (dalej Odwołujący) zarzucili Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów art. 89 ust. 2 pkt 4 pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo, iż - w jego ocenie - nie zawiera rażąco niskiej ceny do przedmiotu zamówienia; art. 7 ust. 1 pzp poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego, dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący, na żądanie Zamawiającego, złożył wyjaśnienia wraz z załączeniem dowodów w

postaci kosztorysu i ofert na ich poparcie. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na okoliczność, że zawiera rażąco niską cenę do przedmiotu zamówienia. Odwołujący uznał, że argumentacja Zamawiającego, uzasadniająca odrzucenie jego oferty jest niesłuszna.
Zamawiający w pierwszej kolejności wskazał, iż ceny pozostałych złożonych w postępowaniu ofert w sposób wyraźny odbiegały od ceny zaoferowanej przez Odwołującego. Zamawiający w treści uzasadnienia wskazał jednocześnie, że ceny 4 pozostałych ofert w przedziale: 39 440 537,84 - 39 999 451,51 zł pozwalają wskazać rynkową wycenę przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Odwołującego oznacza to, że sam Zamawiający przyznał, że ustalona przez niego wartość szacunkowa zamówienia (45 416 064,24 zł netto) jest zawyżona w stosunku do realiów rynkowych, a także - że ceny ofert kształtujące się powyżej 40 000 000 zł są cenami zawyżonymi, w tym co najmniej 3 wykonawców w sposób bardzo znaczący przeszacowało ceny ofertowe.
Tym samym porównanie ceny oferty Odwołującego z wadliwie i nierynkowo ustaloną wartością zamówienia nie może decydować o uznaniu tej oferty za zawierającą rażąco niską cenę. Odwołujący argumentował, że przyjmując, że ceny w przedziale 39 440 537,84 - 39 999 451,51 zł pozwalają wskazać rynkową wycenę przedmiotowego zamówienia, to wartością zamówienia będzie średnia arytmetyczna cen ofert uznawanych przez Zamawiającego za tynkowe, tj. kwota 39 834 753,18 zł. Cena zaoferowana przez Odwołującego jest o niecałe 15 % niższa od średniej arytmetycznej tych ofert, a zatem niższa o niecałe 15 % od wartości zamówienia. Taka różnica w stosunku do wartości zamówienia jest dopuszczalna i stanowi klasyczny przejaw konkurencji cenowej pomiędzy wykonawcami, związanej z normalną grą rynkową. Z całą pewnością nie świadczy o zaoferowaniu ceny rażąco niskiej.
Odwołujący wskazał także, że szacunkowa wartość zamówienia została przez Zamawiającego określona na podstawie cen zawartych w umowach w 2012 r. W związku z czym jego zdaniem nie oddaje realiów rynku i cen usług objętych przedmiotem zamówienia stosowanych na rynku aktualnie.
Wykonawca poinformował, że w ramach zaoferowanej ceny, że nie przewiduje poniesienia żadnych strat finansowych przy wykonywaniu zamówienia, wręcz został zaplanowany zysk, a zamówienie nie będzie finansowane z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne.
Odwołujący dodatkowo wskazał na okoliczność, że partnerem konsorcjum jest spółka, która jest spółką córką m.in. hiszpańskiej spółki Licuas sa. Jako założyciel i współwłaściciel spółki córki, wyposażyła ją w odpowiedni potencjał, w tym przekazała odpowiedni know-how.
W ocenie Odwołującego niezrozumiały jest argument, że cena zaoferowana przez Odwołującego nie gwarantuje zabezpieczenia interesu podwykonawców. Odwołujący wyjaśnił, że oferta Odwołującego została skalkulowana o ceny zaoferowane Odwołującemu przez podwykonawców, a zatem ceny, które podwykonawcy ci zaoferowali w ramach swojej prowadzonej działalności gospodarczej. Podwykonawcy swobodnie ukształtowali ceny, a zatem należy przyjąć, iż uczynili to z uwzględnieniem zabezpieczenia swoich interesów oraz zysku. Do cen uzyskanych od podwykonawców Odwołujący dodał odpowiedniej wysokości zysk, a także inne koszty omówione w złożonych wyjaśnieniach.
Odwołujący wskazał także, że Odwołujący nie jest zobowiązany aby udowodnić, że każdy podmiot biorący udział w łańcuchu produkcyjnym, którego ostatecznym rezultatem jest wykonanie usługi dla Zamawiającego, zaoferował ceny z uwzględnieniem zysku. Wskazał,

---

że byłoby to niemożliwe do wykonania, przede wszystkim z uwagi na złożoność i wielowątkowość tego procesu produkcyjnego, a przede wszystkim na tajemnice przedsiębiorstw poszczególnych podwykonawców (i dalszych podwykonawców, pod dostawców i wszelkich innych podmiotów trzecich biorących udział w łańcuchu produkcyjnym). Twierdzenie Zamawiającego, iż ceny zaoferowane przez podwykonawców nie zabezpieczają ich interesów jest całkowicie bezzasadne.
Do wyjaśnień Odwołujący dołączył opinię biegłego której celem było uzasadnienie, że zaoferowana przez niego cena została skalkulowana *„kompletnie, rzetelnie i gwarantująco wykonanie usługi za cenę wynikającą z kosztorysu".* Dodatkowo załączono dokument pn.

„Kosztorys -- całoroczne, kompleksowe utrzymanie autostrady A2" z dnia 24.02.2015 r.
Ponadto Odwołujący wskazał, że z uwagi na fakt, że w różnych okresach rozliczeniowych wykonywane będą różne czynności, co jednak nie ma - w jego ocenie - wpływu na wysokość miesięcznego wynagrodzenia wykonawcy, które ma charakter ryczałtowy, przedłożony kosztorys zawiera łączną wycenę usługi utrzymania za cały okres rozliczeniowy.
Odwołujący oświadczył, że przy dokonaniu wyceny założył, że uzyska 10% zysk.
Wskazane zostało, że na koszty bezpośrednie wykonania usługi składają się: koszty materiałów - skalkulowane w oparciu o oferty cenowe uzyskane od kontrahentów (dołączono dokumenty mające poświadczyć tę okoliczność); koszty sprzętu - na podstawie ofert podmiotów zewnętrznych na udostępnienie i wynajem sprzętów (dołączono dokumenty mające poświadczyć tę okoliczność), koszty robocizny - w kwocie 7.003.109,82.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości, obciążenie kosztami postępowania odwoławczego wykonawcę wnoszącego odwołanie.
Zakwestionował dwa elementy cenotwórcze, które w ocenie Zamawiającego wskazują na to, iż cena zaoferowana przez Odwołującego jest nierealna i nie gwarantuje wykonania zamówienia w sposób określony w SIWZ.
Zamawiający wskazał, że badając oferty pod kątem ceny wziął pod uwagę kryterium arytmetyczne - gdzie punktem odniesienia była ustalona przez Zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia bez zamówień uzupełniających, powiększona o podatek od towarów i usług (tj. 55.861.759,02 zł brutto). Cena zaoferowana przez Odwołującego wynosiła 33.888.570,63 zł brutto i była od niej niższa o 39,33%. Pozostałe oferty złożone w Postępowaniu nie odbiegały od ww. wartości więcej niż 30%.
Nadto Zamawiający wziął pod uwagę kryterium średniej wszystkich złożonych ofert - w którym punktem odniesienia była średnia arytmetyczna z cen wszystkich złożonych w odniesieniu do ceny danej oferty. Średnia ta wynosiła 50.370.054,77 zł. Oferta Odwołującego była od niej niższa o 32,72%. Zamawiający zwrócił się o „podanie szczegółów dotyczących składowych mających wpływ na wysokość skalkulowanej ceny utrzymania odcinka

autostrady w jednym okresie rozliczeniowym. Zamawiający podkreślił, że wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i powinny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, a także winny być poparte stosownymi dowodami, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowości wyliczenia ceny. W szczególności Odwołujący był zobowiązany wskazać elementy kalkulacji odnoszące się do kosztów miesięcznego utrzymania odcinka autostrady wraz ze wszystkimi elementami, kosztów utrzymania dróg o funkcji innej niż krajowa, kosztów utrzymania zaplecza technicznego, zysku Odwołującego. Zamawiający podkreślił, że oczekuje w szczególności wskazania argumentów potwierdzających realność, opłacalność i rynkowość dokonanej wyceny. Odwołujący był również zobowiązany jednoznacznie wyjaśnić różnicę, ponad 30%, pomiędzy ceną ofertową a wartością zamówienia oraz średnią wyliczoną z cen złożonych ofert, wraz ze wskazaniem czy przewiduje wykonanie zamówienia bez poniesienia strat finansowych i bez konieczności finansowania zamówienia z innych źródeł wynagrodzenia niż wynagrodzenie umowne.

Z Analizy wyjaśnień, jakiej dokonał Zamawiający wynika, że wpływ na wysokość danej pozycji kosztorysowej ma przyjęta przez Odwołującego krotność wykonywania usługi koszenia. Odwołujący przewidział w ofercie 12-krotne koszenie w okresie trwania kontraktu, czyli 2 razy do roku przez okres 72 miesięcy. W ocenie Zamawiającego podana przez niego wartość jest niewystarczająca by utrzymać standard na całym odcinku autostrady. Z doświadczenia posiadanego przez Zamawiającego (jako urzędu centralnego do zarządzania drogami krajowymi i realizacji budżetu państwa w tym zakresie) minimalna ilość koszenia trawy w ciągu roku powinna wynosić 3 razy. Tylko taka liczba koszeń jest w stanie wywiązać się z umowy i utrzymać standard (tj. dotrzymać standardu wysokości trawy na poziomie maksymalnie 20 cm wysokości w pasie rozdziału, skarpach, rowach i miejscach obsługi podróżnych). Zgodnie z treścią Analizy nawet założenie 3-krotnego koszenia nie daje pełnej gwarancji dotrzymania standardu, ponieważ okres wegetacji roślinności może się wydłużyć ze względu na panujące warunki pogodowe. W Analizie wykazano, że cena jednostkowa jaką założył Odwołujący za 1 m² koszenia w wysokości 0,06 zł jest rażąco niską ceną, która nie gwarantuje rzetelnego wykonania usługi. Wskazano bowiem, że średnia cena koszenia 1 m² wraz z wywozem pokosu wynosi 0,14 zł/m².

Zamawiający w Analizie wskazał również, że jego wątpliwości budzi wysokość kosztów zatrudnienia personelu. Zwrócił uwagę na to, że wykonawca przewidział 2 osoby na stanowisku pracy: ochrona. Wynagrodzenia, które założył na jedno stanowisko pracy na rok kalendarzowy wynosi 6.607,00 zł brutto. W skali całego kontraktu wynagrodzenie miało się kształtować na poziomie 79.281.00 zł brutto.
W związku z powyższym Zamawiający zauważył, że miesięczna wartość wynagrodzenia jest mniejsza od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na postawie ustawy o

minimalnym wynagrodzeniu za pracę, bowiem w przeliczeniu wynosi 550,58 zł brutto.
Zamawiający wskazał, że dwie osoby ze względu na konieczność pracy zmianowej wynikającej z norm czasu pracy nie mogą zapewnić ochrony nawet jednego z obiektów, w których ochronę wykonawca ma obowiązek zapewnić.
Zamawiający w Zawiadomieniu zwrócił uwagę na okoliczność, że Odwołujący jest zobowiązany również zabezpieczyć zysk podwykonawców. Podwykonawcy będą wykonywać określone usługi na rzecz wykonawcy za określonym wynagrodzeniem w celu osiągnięcia konkretnego zysku. W ocenie Zamawiającego przy zaoferowaniu realizacji zamówienia za cenę 33 888 570,63 zł nie jest możliwym zagwarantowanie ich interesu.
Na Odwołującym ciążył obowiązek wyjaśnienia oraz udowodnienia, że podczas kalkulacji ceny uwzględnił wszystkie okoliczności mogących mieć wpływ na jej wysokość. Same oświadczenia podwykonawców nie stanowią dowodów w rozumieniu ustawy pzp.
Wobec powyższego Zamawiający uznał, że Odwołujący nierzetelnie oszacował koszty pasa autostrady A2, przyjmując w swoim kosztorysie zbyt niską cenę jednostkową przedmiotowej usługi oraz niewystarczającą ilość (krotność) jej świadczenia tym bardziej że, z wyjaśnień Odwołującego wynikało, że przewiduje on 10% zysku.

Odwołujący wskazał, że średni koszt koszenia trawy został przez Zamawiającego określony za pomocą danych z ofert składanych w postępowaniach, ale w których przedmiotem zamówienia było koszenie trawy w systemie *„wywołania".* W niniejszej spawie mamy do czynienia z utrzymaniem drogi w formule *„utrzymaj standard".* Odwołujący wskazał, że w tym systemie nie ma narzuconej krotności koszeń, a jedynym obowiązkiem wykonawcy jest utrzymanie określonego standardu. Zdaniem Odwołującego normą ww. formule jest wykonanie dwóch koszeń w ciągu roku (zauważył, że okres od października do kwietnia/maja jest okresem zimowym, w którym nie wykonuje się koszeń, a zatem te dwa koszenia wykonywane są okresie letnim trwającym około 6 miesięcy).
Odwołujący podniósł również, że Zamawiający w żadnym miejscu w SIWZ nie określił ilości czy częstotliwości poszczególnych prac, w tym krotności korzenia. W jego ocenie *„aktualnie* standardy nakazują stosowanie w ramach inwestycji drogowych mieszanek specjalnych gatunków traw niskich o znacznie wolniejszym tempie wzrostu" oraz, że *„w* SIWZ również w jego ocenie nie wskazano na specyficzny gatunek trawy wymagającej większej niż standardowa ilość koszeń."
Zamawiający nie zgodził się z powyższą argumentacją Odwołującego. Zastosowana do obsiewu mieszanka traw została określona w Projekcie architektoniczno – budowlanym przedstawionym wykonawcom do wglądu w Rejonie w Łowiczu.
W ocenie Zamawiającego niezbędna minimalna ilość koszeń w ciągu roku wynosi 3 jedno koszenie wiosenne, jedno letnie oraz jedno jesienne. Zamawiający wskazał także, że

oczekuje gotowości od wykonawcy do co najmniej 4 - krotnego koszenia w jednym sezonie: 2 w okresie wiosennym (maj i czerwiec ewentualnie lipiec) jedno letnie (lipiec/sierpień) oraz co najmniej jedno jesienne (październik).
Zamawiający w celu potwierdzenia podnoszonego przez siebie stanowiska zwrócił się do osób prowadzących tożsame postępowania w innych Oddziałach Zamawiającego z pytaniem jaka była częstotliwość koszeń traw w ostatnich latach. Z informacji uzyskanych od Oddziału Poznańskiego wynika, że minimalna ilość koszeń w latach 2008-2012 wynosiła 4 razy. Natomiast w latach 2012-2016 przewiduje się, że minimalna częstotliwość będzie wynosiła 6 razy w ciągu roku. Z kolei od Oddziału Zamawiającego z Warszawie, Rejon w Płońsku otrzymano protokoły odbioru robót - koszenie pasa drogowego. Wynika z nich, że w 2012 r. było dokonywane 3 koszenia. Rejon w Radomiu również przesłał kopie kart zleceń (w tym

przypadku koszenie odbywało się w trybie *„wywołania"),* z których wynika, że Zamawiający zlecał koszenie trawy przy drodze krajowej nr S-7 Białobrzegi - Kępiny trzykrotnie. Zamawiający wskazał, że zaoferowana przez odwołującego cena jest ponad dwukrotnie niższa niż ceny zaoferowane przez wykonawców w ramach innych postępowań (w ramach podobnych zamówień) - średnia ta wynosiła 0,14 zł (netto). W związku z powyższym Zamawiający uznał, że zaoferowana przez niego cena nosi znamiona rażąco niskiej.

Zdaniem Odwołującego koszenie w niniejszym postępowaniu ma „marginalne" znaczenie, w związku z czym zaoferowanie koszenia 1m² trawy na poziomie 0,06 zł nie może stanowić podstawy do przyjęcia, że cena jest rażąco niska. Zaoferowana przez niego cena jest ceną rynkową, realistyczną i w żaden sposób nie została zaniżona.
Jako dowód Odwołujący załączył ofertę od firmy Enigma Group Sp. z o. o., z której wynika, że firma ta zaoferowała koszenie trawy za cenę jednostkową 0,05 zł netto za 1m² koszenia. Odwołujący na potwierdzenie powyższego wskazał, że oferta uznana za najkorzystniejszą zawiera jeszcze niższą cenę niż zaoferowana przez niego. W jego ocenie okoliczność, że Zamawiający nie zakwestionował ceny tego wykonawcy stanowić może naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Zdaniem Zamawiającego, niedopuszczalnym jest przyjęcie, iż koszenie trawy ma marginalne znaczenie w niniejszym zamówieniu. Koszenie - 12 razy w okresie 6 lat stanowi 10,37% wartości oferty.
Odnosząc się do przedstawionego dowodu, tj. ofert firmy ENIGMA na wartość koszenia 0,05 zł, Zamawiający podkreślił, że oferta została skierowana do Odwołującego po terminie składania ofert, który upłynął w dniu 9.02.2015 r. natomiast dokument datowany jest na 17.02.2015 r. W związku z czym w momencie składanie oferty w postępowaniu Odwołujący nie miał pewności czy i za ile firma ENIGMA będzie świadczyć wobec niego usługi koszenia

trawy. W ocenie Zamawiającego przedłożony wraz z odwołaniem dokument nie stanowi dowodu, który potwierdzałby zasadność twierdzeń podnoszonych przez Odwołującego. Z oferty nie wynika, że Odwołujący przyjął warunki cenowe firmy ENIGMA i że to ta firma jako podwykonawca będzie świadczyć usługi koszenia trawy. Z dokumentu nie wynika, że firma ENIGMA oprócz koszenia miałaby wykonywać usługi wywożenia pokosu.

Zamawiający podkreślił, że nie było rozbieżności w wyjaśnieniach Odwołującego, które wymagałyby doprecyzowania, a nadto, miał obowiązku ponownego wzywania Odwołującego do składania wyjaśnień.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego dotyczącej kosztów ochrony, Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający wymagał zapewnienia stałej ochrony obiektów i terenu OUA, a także zapewnienia łączności pracowników ochrony z dyżurnym OU w związku z czym zdecydował się na zapewnienie tej ochrony za pomocą podmiotu specjalizującego się w ochronie obiektów, tj. agencji ochrony. Wskazał, że w koszty ceny została wkalkulowana usługa ochrony technicznej, która miałaby polegać na bieżącym monitorowaniu obiektów, a w przypadku wystąpienia sytuacji awaryjnych lub włączenia się alarmu, na interwencji dwuosobowego patrolu firmy ochroniarskiej. Cena miesięcznego abonamentu za ochronę jednego obiektu wynosi 550 zł, a zatem koszt abonamentu będzie wynosił 1.100 zł miesięcznie. Odwołujący miałby korzystać z dwóch stanowisk stałego monitoringu udostępnionych w ramach stałego miesięcznego abonamentu przez agencję ochrony (jako podwykonawcy). Stanowska te miałyby być obsadzane przez pracowników agencji przez 24 h/dobę. Dlatego w wyjaśnieniach ujęto dwa stanowiska pracowników ochrony, przy czym koszt jednego stanowiska to koszt abonamentu za jeden obiekt. Jako dowód dołączono do odwołania ofertę firmy ochroniarskiej Juwentus.
Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie zauważył, że z przedłożonego dokumentu (oferty firmy ochroniarskiej Juwentus) wynika, że stanowi on ,,wstępną ofertę na usługę ochrony nad obiektem i terenem OUA (...) z zastosowaniem monitoringu wizyjnego i interwencji patroli w tych obiektach z zapewnieniem łączności z dyżurnymi OU".
Zamawiający wskazał, że nie ma podstaw aby przyjąć, że Odwołujący nawiązał jakiekolwiek stosunki biznesowe z firmą Juwentus. Przedłożony dokument stanowi ogólne, pierwsze zaproszenie do rozpoczęcia negocjacji i nie stanowi żadnej gwarancji, że firma ta będzie

faktycznie świadczyła na jego rzecz jakiekolwiek usługi.
Zamawiający wskazał, że co prawda w OPZ nie było wymagań co do liczebności personelu pilnującego, to jednak wątpliwość budzi sprzeczność pomiędzy Wyjaśnieniami wykonawcy na wezwanie o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny, w którym wskazał wynagrodzenie dla 2 osób, a treścią odwołania gdzie wskazuje, że będzie realizował ten zakres przy pomocy

monitoringu, patrolu i łączności w ramach abonamentu. Prowadzi to do konstatacji w jaki sposób Odwołujący planuje zrealizować tę część zamówienia.

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, że cena ofertowa Odwołującego nosi znamiona rażąco niskiej i w związku z czym zasadnie została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołań.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Obydwa odwołania zasługują na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymują się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawo zamówień publicznych. Są wykonawcami, którzy złożyli ofertę w niniejszym postępowaniu, w przypadku potwierdzenia stawianych w odwołaniu zarzutów, każdy z nich miałby szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Sygn. akt KIO 752/15

Izba ustaliła, że Zamawiający w zakresie warunku odnoszącego się do sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców, w pkt 7 ppkt 4 SIWZ wymagał, by wykonawcy wykazali posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 2.000.000 zł. W treści swojej oferty wykonawca UTDM złożył opinię bankową z dnia 19.01.2015r. w której wskazano, że: „W opinii Banku PEKAO S.A. Oddział w Mysłowicach, ul. Mikołowska 6. Firma może starać się o kredyt w kwocie 3.000.000, 00 PLN (słownie: trzy miliony złotych 00/100). Bank przed udzieleniem kredytu dokona oceny konkretnego przedsięwzięcia finansowanego kredytem, aktualnej i perspektywicznej kondycji ekonomiczno-finansowej Firmy oraz zaproponowanego zabezpieczenia."
Izba w całości podziela stanowisko Odwołującego, że treść opinii nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Przede wszystkim treść tej opinii nie potwierdza wprost, że wykonawca UTDM posiada zdolność kredytową do wysokości podanej kwoty. Każdy podmiot może starać się o dowolną kwotę kredytu, co w żaden sposób nie jest powiązane i nie odnosi się do posiadania przez ten podmiot jakiejkolwiek zdolności kredytowej. Słusznie

zauważył Odwołujący, że stwierdzenie, że dany podmiot posiada zdolność kredytową wiąże się z dokonaniem przez bank w pewnym zakresie oceny sytuacji ekonomicznej tego podmiotu, weryfikacji, złożenia dokumentacji, nawet jeśli ma ona charakter mniej formalny niż przy udzielaniu kredytu. Natomiast stwierdzenie, że dany podmiot może starać się o kredyt w danej wysokości, można użyć bez żadnej weryfikacji w stosunku do kogokolwiek. Izba nie nakazywała Zamawiającemu dokonania ponownej czynności badania i oceny oferty Wykonawcy UTDM, z uwagi na okoliczność, że oferta tego Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie innej okoliczności.

Stosownie do art. 26 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych, Wykonawca na żądanie Zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać nie później niż na dzień składania ofert spełnianie warunków udziału w postępowaniu.
Zamawiający wymagał wykazania, że Wykonawcy wykazali, że dysponują potencjałem technicznym, w tym pługami odśnieżnymi lemieszowymi wyposażonymi w układ hydrauliczny umożliwiający ustawienie pługa na prawo lub lewo pod różnym kątem nachylenia o długości

lemiesza min. 4,5 m. oraz solarkami o pojemności min. 6 m3 na nośnikach dostosowanych do montażu pługów i wyposażone w kompatybilny system GPS (wraz z nośnikami).
Stosownie so brzmienia cytowanego powyżej artykułu, Wykonawca ma obowiązek wykazania na dzień składania ofert spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby, Wykonawca UTDM temu obowiązkowi nie podołał.
Bez wątpienia Wykonawca UTDM nie posiadał w dniu składania ofert wymaganego przez Zamawiającego sprzętu. Wykonawca ten nie załączył także do oferty oświadczenia podmiotu trzeciego o udostępnieniu zasobów. Oświadczył wprost, że samodzielnie będzie dysponował potencjałem wymaganym przez Zamawiającego. Wykonawca UTDM przedstawił jedynie umowę, z której wynika, że potencjałem będzie dysponował dopiero we wrześniu 2015 roku. Na dzień składania ofert wymaganym potencjałem nie dysponował.
Stosownie do art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Wprowadzona tym przepisem instytucja stanowi wyjątek, zgodnie z którym wykonawca może nie posiadać samodzielnie potencjału w dniu składania ofert, jednak wówczas powinien wykazać, że wraz z innym podmiotem spełnia wymagania zamawiającego, w tym celu przedstawiając pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do

udostępnienia zasobów. Oświadczenie podmiotu trzeciego jednocześnie stanowi potwierdzenie, że wykonawca wraz z podmiotem trzecim na dzień składania ofert posiada wymagany potencjał, a nadto podmiot trzeci zobowiązuje się do jego udostępnienia w czasie realizacji zamówienia. Ponieważ Wykonawca UTDM nie przedstawił takiego zobowiązania, oznacza to, że podmiot trzeci nie może być brany pod uwagę w niniejszym postępowaniu, jest podmiotem niezależnym, a skoro tak, jego potencjał nie sumuje się z potencjałem Wykonawcy UTDM.
Stosownie do art. 26 ust. 2e ustawy Prawo zamówień publicznych podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów zgodnie z ust. 2b, odpowiada solidarnie z wykonawcą za szkodę zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy. Wprowadzona nowelizacją regulacja art. 26 ust. 2e ustawy Prawo zamówień publicznych jest właśnie próbą zapobiegania sytuacjom oceny wyłącznie papierowych deklaracji i zobowiązań przy jednoczesnym wprowadzeniu odpowiedzialności podmiotu trzeciego względem Zamawiającego za rzeczywiste zrealizowanie zamówienia przy udziale potencjału podmiotu trzeciego.
Wobec faktu, że Wykonawca UTDM nie przedstawił zobowiązania podmiotu trzeciego, brak jest jakiejkolwiek pewności, że również w czasie realizacji zamówienia faktycznie będzie dysponował potencjałem technicznym wymaganym przez Zamawiającego. Co więcej, podmiot sprzedający nie jest zobowiązany wobec Zamawiającego w niniejszym postępowaniu oraz nie jest w żaden sposób odpowiedzialny wobec Zamawiającego za to, że Wykonawca UTDM będzie dysponował potencjałem w chwili realizacji zamówienia. Przedstawiona umowa stanowi co najwyżej zobowiązanie na przyszłość pomiędzy stronami umowy. Nie stanowi potwierdzenia, że na dzień składania ofert Wykonawca UTDM dysponował wymaganym przez Zamawiającego potencjałem technicznym.

Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, że Wykonawca UTDM nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, odnoszącego się do potencjału technicznego, a tym samym zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 26 ust. 2a w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Usługi Transportowo-Drogowo-Mostowe J. O. należało uznać za uzasadniony.

Izba podziela także stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w niniejszym postępowaniu nie może znaleźć zastosowania.
Z dokumentów złożonych w toku postępowania, w tym z wyjaśnień wykonawcy UTDM wynika niezbicie, że na dzień upływu terminu składania ofert wykonawca ten nie dysponował

wymaganym sprzętem. Uzupełnienie wykazu poprzez wskazanie, że wykonawca posiada

18

---

jednak odpowiedni potencjał techniczny, stanowiłoby zaprzeczenie wcześniejszych twierdzeń i nie zasługiwałoby na uwzględnienie. Zajęcie przez wykonawcę UTDM stanowiska, zgodnie z którym będzie on jednak korzystał z potencjału Aebi Schmidt Polska lub jakiegokolwiek innego podmiotu, stanowiłoby zmianę deklarowanego wcześniej sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, niedopuszczalną z punktu widzenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Każda taka zmiana wprowadzona byłaby dopiero na bieżącym etapie postępowania, co wynika wprost z wyjaśnień złożonych przez wykonawcę UTDM w toku postępowania. Skoro wykonawca ten nie posiadał odpowiedniego sprzętu i oświadczył, iż nie będzie korzystał z zasobów podmiotu trzeciego, to każde bieżące oświadczenie stojące w sprzeczności z wcześniejszymi deklaracjami będzie skonstruowane dopiero na chwilę obecną.

Sygn. akt KIO 763/15

W ocenie Izby nie można uznać, aby Odwołujący Konsorcjum: KBU Sp. z o. o., LICUAS S. A. nie posiadał interesu we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wbrew twierdzeniu Zamawiającego, Odwołujący zaskarżył w odwołaniu i odniósł się do czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty z postępowania z uwagi na niezgodność jego oferty z treścią SIWZ. Odwołujący na stronie 8 i 9 odwołania odniósł się czynności odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 punkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Argumentacja podniesiona w odwołaniu dotyczy czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty z postepowania oraz dotyczy krotności koszenia trawy w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Na stronie 8 odwołania Odwołujący wprost (pogrubionym drukiem) wskazuje, że Zamawiający w SIWZ w żaden sposób nie określił ilości, czy częstotliwości poszczególnych prac, w tym krotności koszenia. Dalej Odwołujący wskazał, że: „zamawiający podkreślił również wyraźnie, iż nie określa jak często mają być wykonywane poszczególne prace (np. koszenie)". Dalej Odwołujący napisał, że: „(…) brak jest podstaw do uznania, że Odwołujący błędnie przyjął ilość koszeń." Co więcej, Odwołujący wprost stwierdził (strona 8 odwołania), że nie można zgodzić się z Zamawiającym, iż założenie przez Odwołującego 12 krotności koszeń nosi znamiona wyczerpujące przesłankę z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zatem w treści odwołania został podniesiony zarówno zarzut jak i argumentacja dotycząca spornej kwestii krotności koszenia trawy pod kątem spełnienia wymagań SIWZ, a co za tym idzie argumentacja co do braku niezgodności treści oferty Odwołującego z SIWZ. Tym samym nie sposób uznać, aby Odwołujący, który w treści odwołania odniósł się do wszystkich przesłanek odrzucenia jego oferty (w tym także do przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych), nie posiadał interesu we wniesieniu odwołania.

19

Izba za uzasadniony uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego.
Zamawiający oszacował wartość zamówienia na podstawie cen zawartych w umowach w 2012 r. Należy uznać zatem, że nie można mieć pewności, czy szacunek ten jest przystający do cen usług objętych przedmiotem zamówienia stosowanych na rynku aktualnie. Tym bardziej, że Zamawiający dokonał na podstawie ofert złożonych w niniejszym postępowaniu obliczenia średniej ceny za przedmiot zamówienia. Oferta Odwołującego odbiega od średniej ceny rynkowej o 15 %, co nie przesądza, że cena tej oferty jest rażąco niska, a jedynie stanowi wynik zwykłej konkurencji wykonawców składających oferty w postępowaniu. Odwołujący przedstawił jako dowód zestawienie cen za utrzymanie 1 km autostrady. Z zestawienia tego wynika, że oferta Odwołującego jest niższa jedynie o około 7-8% od średniej ceny rynkowej, co potwierdza okoliczność, że nie można uznać, aby cena zaoferowana przez odwołującego znacząco obiegała od cen zaoferowanych przez innych wykonawców.
Izba ustaliła, że Odwołujący złożył na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia co do zaoferowanej ceny. W treści wyjaśnień, zgodnie z wezwaniem, powołał okoliczności szczególne dla tego wykonawcy, uzasadniające niższą cenę, (strona 7 wyjaśnień, informacje

w zakresie sprzętu i paliwa), jak również przedstawił szczegółowe wyliczenie kosztowe (kosztorys) wraz z dodatkową opinią potwierdzającą, że koszty zostały wyliczone w sposób nie odbiegający od cen rynkowych. Co więcej, Odwołujący przedstawił oferty handlowe niektórych produktów czy usług. Zamawiający nie przedstawił uwag w zakresie całości wyliczenia zawartego w wyjaśnieniach Odwołującego. Wprawdzie wskazał, że przedstawienie kosztorysu nie jest żadnym argumentem ani okolicznością, która miałaby potwierdzać brak rażąco niskiej ceny w ofercie Wykonawcy, jednakże należy zauważyć, że kosztorys ten wraz z poszczególnymi ofertami pozwala ocenić, czy poszczególne ceny nie odbiegają od cen rynkowych. Nadto załączone oferty miały potwierdzać realność zaoferowanych cen jednostkowych. Ponadto, to właśnie kosztorys szczegółowy jest odpowiedzią Wykonawcy na żądanie Zamawiającego, aby Odwołujący podał szczegóły dotyczące składowych mających wpływ na wysokość ceny.

Zamawiający, oceniając cenę oferty Odwołującego, skupił się na trzech składnikach tej ceny. Jednym z nich jest cena za koszenie trawy.
W pierwszej kolejności należy zauważyć, że nie została ustalona przez Zamawiającego ilość koszenia trawy w ciągu roku lub w ciągu realizacji całego przedmiotu zamówienia. Nie wynika ona z treści SIWZ. Gdyby wynikała, Zamawiający wskazałby odpowiednie postanowienie w treści SIWZ. Tymczasem Zamawiający w SIWZ wskazał jedynie, jaki ma być standard koszenia. Tym samym to po stronie Wykonawcy leży zapewnienie

---

odpowiedniej liczby koszenia trawy, której na dzień dzisiejszy nie sposób ustalić. Co więcej, również Zamawiający w zakresie ilości koszenia trawy prezentuje różne stanowiska (chociażby w treści odpowiedzi na odwołanie), raz jest to trzykrotne koszenie, raz czterokrotne, innym razem z wyjaśnień Zamawiającego wynika, że jest to jeszcze większa krotność. Zamawiający nie ustalił tej okoliczności z całą pewnością. Oparł się jedynie na wybranych oświadczeniach innych zamawiających. Taką samą moc dowodową w tym zakresie mają oświadczenia innych wykonawców dokonujących koszenia trawy u innych zamawiających (np. firmy Enigma, z pisemnego oświadczenia której wynika, że wystarczy dwukrotne koszenie trawy). Nie można zatem w ocenie Izby uznać, aby nie było możliwe zrealizowanie usługi (zapewnienie standardu) przy dwukrotnym lub trzykrotnym koszeniu trawy. Nie można także mówić o niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ. Tym bardziej, że od początku celem Zamawiającego zawartym w treści SIWZ było, aby Wykonawca zobowiązał się do utrzymania standardu, stosownie do panujących warunków, nie zaś ustalenie i „przywiązanie się" do określonej, z góry ustalonej liczby koszenia trawy. Składając ofertę, Wykonawca zobowiązał się utrzymać standard, nie zobowiązywał się do konkretnej, z góry ustalonej ilości koszenia trawy. Każdy z Wykonawców składających ofertę musiał liczyć się z tym, że zaistnieje sytuacja, w której liczba koszenia ulegnie zwiększeniu (a czasem zmniejszeniu). Przyjęcie przez Wykonawców kilkugroszowych kosztów za koszenie 1 m² trawy dotyczy wielu ofert w postępowaniu, także oferty Wykonawcy wybranego. Należy dodatkowo podnieść, że przy tak skonstruowanej treści SIWZ, Zamawiający nie ma możliwości porównania cen ofert Wykonawców. SIWZ nie zawiera bowiem żadnych informacji o wymaganej przez Zamawiającego minimalnej ilości koszenia, a brak jest również informacji, jaką ilość koszenia przyjęli inni wykonawcy w swoich ofertach. Tym samym nie ma także możliwości stwierdzenia przy braku jednoczesnego wyraźnego określenia krotności koszenia w SIWZ i przy braku takiej informacji w ofertach pozostałych wykonawców, aby oferta Odwołującego była niezgodna z przedmiotem zamówienia albo że jej przedmiot odbiegał od tego, co zaoferowali w swoich ofertach inni wykonawcy.

Odwołujący przedstawił jako dowód – zestawienie cen za czynność koszenia trawy przewidziane przez innych wykonawców w tym samym postępowaniu. Z zestawienia tego wynika, że ceny koszenia trawy są zupełnie rozbieżne. Wykonawcy za czynność koszenia trawy/1 m² (przy przyjęciu dwukrotnego koszenia trawy) przewidują cenę 4 grosze (oferta nr 12), 5 groszy (oferta nr 8), 6 groszy (oferta Odwołującego, oferta Wykonawcy wybranego). Szczególnego podkreślenia wymaga, że kwota za realizację usługi koszenia trawy w ofercie Wykonawcy wybranego jest nawet niższa od ceny w ofercie Wykonawcy Odwołującego. Zaledwie w czterech na 13 ofert cena koszenia (przy przyjęciu dwukrotności koszenia w ciągu roku) przekracza 10 groszy za 1 m². Co więcej, przy przyjęciu większej krotności

koszenia, wartość ta zostanie zmniejszona odpowiednio w każdej z tych ofert. W przypadku oferty Wykonawcy wybranego wartość jednokrotnego koszenia wyniesie 4 grosze za 1 m² (przy założeniu 3-krotnego koszenia). Z powyższego wynika, że realizacja usługi koszenia przy przyjęciu kosztów kilku groszy za 1 m² nie jest ceną nadzwyczajną, nierealną, tylko przyjmowaną także przez wykonawców w niniejszym postępowaniu. Nadto Odwołujący przedstawił także jako dowód informację o wyborze oferty najkorzystniejszej Wykonawcy Kompleksowe Utrzymanie Dróg Transport Drogowy M. B. w postępowaniu na utrzymanie dróg wojewódzkich na terenie województwa małopolskiego w latach 2014-2018, który usługę koszenia trawy/1 m² wycenił na 7 groszy. Wykonawca ten został wybrany w postępowaniu i realizuje usługę. Zatem także w innych postępowaniach cena na poziomie kilku groszy za 1 m² koszenia trawy jest oferowana i nie jest uznawana za cenę nierealną. Tym samym nie można uznać, aby cena jednorazowego koszenia 1m² trawy wynosząca 6 groszy stanowiła cenę rażąco niską, nierynkową. Powyższe potwierdza załączona do odwołania oferta firmy Enigma Group sp. z o.o., która zaoferowała usługę koszenia trawy o wartości 5 groszy/1m². Wprawdzie rację ma Zamawiający, twierdząc, że dowód ten nie został przedstawiony Zamawiającemu wraz z wyjaśnieniami dotyczącymi ceny rażąco niskiej w ofercie Odwołującego, a dopiero na etapie postępowania odwoławczego, jednakże należy zauważyć, że powyższy dowód stanowi potwierdzenie dotychczasowej argumentacji Odwołującego.

W ocenie Izby okoliczność, że Odwołujący przedstawił wstępną ofertę od firmy Juwentus nie oznacza, że cena zawarta w jego ofercie jest rażąco niska. Nie sam fakt wstępnej, czy końcowej oferty powinien podlegać badaniu (tym bardziej, że realizacja zamówienia jeszcze się nie rozpoczęła), ale realność zaoferowanej ceny na usługę ochrony nad obiektem i terenem OUA (...) z zastosowaniem monitoringu wizyjnego i interwencji patroli w tych obiektach z zapewnieniem łączności z dyżurnymi OU.
Odwołujący wyjaśnił, że brak jest rozbieżności pomiędzy wyjaśnieniami Odwołującego na wezwanie o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny, w którym wskazał wynagrodzenie dla 2 osób, a treścią odwołania, gdzie wskazuje, że będzie realizował ten zakres przy pomocy monitoringu, patrolu i łączności w ramach abonamentu. Zamawiający stwierdził, że prowadzi to do konstatacji w jaki sposób Odwołujący planuje zrealizować tę część zamówienia. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że niezrozumiałe jest powyższe stwierdzenie Zamawiającego. Po drugie, jeśli stwierdzenie Zamawiającego oznacza, że w tym zakresie istniały wątpliwości, Zamawiający miał możliwość wyjaśnić tę okoliczność. Podkreślenia wymaga fakt, że nie należy mylić nieudowodnienia przez wykonawcę (w ramach ciężaru dowodu) braku rażąco niskiej ceny w ofercie, a ewentualnym niezrozumieniem, czy

wątpliwościami Zamawiającego w zakresie pewnych elementów czy wyjaśnień, które mogą być dodatkowo wyjaśnione.
Co więcej, Odwołujący w treści odwołania wskazał (brak było konkretnego zapytania w tym zakresie ze strony Zamawiającego na etapie wyjaśnienia treści oferty i zawartej w niej ceny), że zdecydował się na zapewnienie ochrony za pomocą podmiotu specjalizującego się w ochronie obiektów, tj. agencji ochrony. W koszty ceny została wkalkulowana usługa ochrony technicznej, która będzie polegała na bieżącym monitorowaniu obiektów, a w przypadku wystąpienia sytuacji awaryjnych lub włączenia się alarmu, na interwencji dwuosobowego patrolu firmy ochroniarskiej. Odwołujący wyjaśnił także, że z uwagi na fakt, że usługa, której cena oparta jest w głównej mierze na kosztach osobowych, została wykazana w treści kosztorysu w grupie kosztów osobowych. Wyjaśnił także, że będzie korzystał z dwóch stanowisk stałego monitoringu udostępnionych w ramach stałego miesięcznego abonamentu przez agencję ochrony. Zamawiający przyznał, że w OPZ nie przewidywał określonego sposobu realizacji zamówienia w zakresie ochrony oraz że nie było wymagań co do liczebności personelu pilnującego. W trakcie rozprawy również nie pojawiło się żadne stwierdzenie co do wymaganej liczby personelu ochrony. Tym bardziej, w ocenie Izby, nie można stwierdzić, aby zapewnienie stałego monitoringu w kwocie wskazanej przez Odwołującego stanowiło niedozwolony lub zaniżony, nierealny koszt świadczenia usługi.

Odnosząc się do argumentacji w zakresie przewidywanego zysku, Izba podziela stanowisko

Odwołującego, że brak jest konieczności przedstawiania przez Wykonawcę Zamawiającemu wszystkich ofert podwykonawców oraz wyjaśniania okoliczności i sposobu kalkulacji zysku w ich ofertach. Stronami umowy podwykonawczej są wykonawca i podwykonawca. Ustawa prawo zamówień publicznych nie określa warunków, na jakich taka umowa powinna zostać zawarta. To strony tej umowy ustalają, czy i na jakich warunkach zawrą umowę, a w szczególności określają, jaka ma być wysokość należnego podwykonawcy wynagrodzenia. Zamawiającemu przysługuje oczywiście prawo do weryfikacji ceny za realizację zamówienia i jej składników. W sytuacji, gdy nie odbiega ona od standardowych cen rynkowych, nie ma podstawy dodatkowego weryfikowania kosztów pracy podwykonawców. Jeśli w zakresie poszczególnych elementów istniały wątpliwości, należało je wyjaśnić.
Wobec powyższego, Izba uznała zarzuty w zakresie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 za uzasadnione.

Odwołujący utajnił część odwołania (strony 7-13). W trakcie posiedzenia przed Krajową Izbą Odwoławczą nie przedstawił żadnych dowodów na zasadność dokonanej czynności utajnienia dokumentów. W treści odwołania powołał się na wyjaśnienia z dnia 3 marca 2015 r., (dotyczące rażąco niskiej ceny). Wskazał, że sposób wyceny i szacowanie tego rodzaju usług jest wartością i doświadczeniem Odwołującego, stanowiącym o jego pozycji na rynku i

nie może być ujawniane osobom trzecim. Tym samym, wiedza składająca się na zastosowany sposób wyceny stanowi dla Odwołującego informację o charakterze organizacyjnym, posiadającą dla niego znaczną wartość gospodarczą. Wskazał, że podjęto również wszelkie niezbędne działania zmierzające do zachowania poufności wiedzy w tym zakresie, stosując m.in. rygorystyczną politykę bezpieczeństwa informacji poprzez np. zawieranie odpowiednich postanowień w regulaminie pracy, umowach o pracę czy umowach o zakazie konkurencji. Powyższe, zdaniem Odwołującego, stanowi o wypełnieniu przesłanek definiujących tajemnicę przedsiębiorstwa w art 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i potwierdza zasadność dokonanego przez Wykonawcę zastrzeżenia.

Należy zauważyć, że zasadą postępowania, wyrażoną w art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W sytuacjach zupełnie wyjątkowych istnieje możliwość wyłączenia jawności postępowania i to tylko i wyłącznie w uzasadnionych przypadkach, przewidzianych w ustawie. Możliwość wyłączenia jawności postępowania nie może być nadużywana lub traktowana rozszerzająco. Zasada jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem zasadą nadrzędną i wyjątki od niej, zarówno w kontekście faktów, jak i prawa, nie mogą być interpretowane tak, aby prowadziło to do jej ograniczenia. Zasada jawności odnosi się także do postępowania odwoławczego.

Ciężar udowodnienia zaistnienia absolutnie wyjątkowych okoliczności, uzasadniających utajnienie jawności postępowania i znajdujących oparcie w przepisach ustawy, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonał oraz na Zamawiającym, gdy nie zdecydował się na odtajnienie dokumentów.
Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta została w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), zgodnie z którą przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Wszystkie te przesłanki muszą być spełnione łącznie.
Izba ustaliła, że Odwołujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje znajdujące się na stronach od 7 do 13 odwołania. Ta część odwołania zawiera argumentację odnoszącą się do złożonych w postępowaniu wyjaśnień oraz decyzji Zamawiającego związanej z odrzuceniem oferty Odwołującego, odwołanie do treści SIWZ, cytowane wyroki KIO. Zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa zostały także załączniki w postaci wykazu (w jęz. hiszpańskim) prac zrealizowanych przez Alvac na rzecz samorządów, a więc na rzecz

podmiotów publicznych, wraz z tłumaczeniem, oferty Enigma Group sp. z o.o. złożonej

Odwołującemu za usługę koszenia 1m² trawy, ogólne informacje katalogowe dotyczące firmy Juwentus wraz z ofertą złożoną Odwołującemu za monitoring wizyjny i systemu alarmowego.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Odwołujący nie przedstawił żadnych (poza ogólnymi sloganami) wyjaśnień ani jakichkolwiek dowodów, które uzasadniałyby, że informacje zawarte w treści odwołania stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Już sam ten fakt powoduje, że Odwołujący nawet nie sprecyzował powodów utajnienia, ani nie określił charakteru informacji utajnianych.
Odwołujący nie przedstawił przed Izbą dowodów na skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie złożonych wyjaśnień. Na marginesie zatem Izba wskazuje, że wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedmiotowych dokumentów są ogólnikowe, ale co najważniejsze, nie mogą być brane pod uwagę w postępowaniu odwoławczym, bo nie dotyczą treści samego odwołania. Informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią bardzo istotną kwestię dla każdego przedsiębiorcy, tym samym podejmuje on szereg czynności i szereg zabezpieczeń, celem ochrony poufności takich informacji. Podjęcia takich działań Odwołujący nie wykazał. Nie przedstawiono żadnych dodatkowych dokumentów, w tym także jakichkolwiek umów o konieczności zastrzeżenia tajemnicy i nieujawnianiu określonych informacji. Nie przedstawiono żadnych dowodów, które mogłyby uzasadniać zastrzeżenie treści odwołania jako tajemnicy przedsiębiorstwa.
Ogólne stwierdzenie, że „podjęto również wszelkie niezbędne działania zmierzające do zachowania poufności wiedzy w tym zakresie, stosując m.in. rygorystyczną politykę bezpieczeństwa informacji poprzez np. zawieranie odpowiednich postanowień w regulaminie pracy, umowach o pracę czy umowach o zakazie konkurencji" nie jest żadnym wykazaniem spełnienia przesłanek zawartych w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Należy ponownie podkreślić, że wykonawca, który by rzeczywiście podjął działania polegające np. na zawieraniu odpowiednich postanowień w regulaminie pracy, umowach o pracę czy umowach o zakazie konkurencji, nie miałby żadnych kłopotów z wykazaniem tych działań. Brak udowodnienia przed Izbą podjęcia jakichkolwiek działań mających na celu zachowanie tajemnicy przedsiębiorstwa prowadzi do wniosku, że wykonawca takich działań nie podjął, a tym samym nie wypełnił jednej z obligatoryjnych przesłanek zawartych w ustawowej tajemnicy przedsiębiorstwa (która brzmi: podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności). Tym samym nie było uzasadnione utajnienie dokumentów w zakresie odwołania.
Wykonawca uzasadnił ogólnie zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa twierdząc, że: ujawnienie tych informacji osobom trzecim mogłoby spowodować osłabienie

jego pozycji na rynku. Ponownie należy zauważyć, że tego rodzaju sformułowanie, wskazujące na jedynie potencjalnie negatywny skutek dla wykonawcy, może zawrzeć każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu przetargowym. W przypadku tajemnicy przedsiębiorstwa każdy przedsiębiorca doskonale wie, jaką wartość ma określona informacja i jakie mogą być konsekwencje jej ujawnienia, jakiego rodzaju i gdzie poniesie straty wskutek jej ujawnienia, jaką konkretnie może ponieść stratę i jaka będzie jej wysokość. Stwierdzenie ogólnikowe, bez żadnych dowodów oznacza jedynie, że Wykonawca wcale nie zastrzegł informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Tym samym należy stwierdzić, że Odwołujący nie podjął żadnych (nie tylko niezbędnych) działań co do zachowania poufności informacji, które twierdził, że podlegają utajnieniu jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zatem z całą pewnością nie wykazał spełnienia ustawowych przesłanek.
Na uwagę zasługuje także okoliczność, że z treści ofert przedstawionych jako załączniki do odwołania (na koszenie trawy firmy Enigma sp. z o.o. oraz na usługę ochrony firmy Juwentus) w żaden sposób nie wynika, aby informacje te zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Ani treść, ani forma tych dokumentów nie wskazuje na chociażby chęć którejkolwiek ze stron zastrzeżenia informacji w nich zawartych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Gdyby oferent był zainteresowany nieujawnieniem informacji zawartych w treści oferty, wówczas nie wystawiałby dokumentu określonej treści lub też w treści oferty zastrzegłby, że nie mogą być one nikomu udostępnione. Co więcej, także informacje dotyczące biura ochrony dostępne są powszechnie, także w internecie, zatem zupełnie nieuzasadnione było zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji reklamowych firmy Juwentus. Także informacja o tym, jakie prace zrealizował podmiot na rzecz sektora

publicznego, są powszechnie dostępne na stronach internetowych i nie podlegają utajnieniu jako tajemnica przedsiębiorstwa.
Podstawa zatem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie została w powyższym zakresie wykazana.
Stosownie do § 23 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, skład orzekający w toku rozprawy podejmuje decyzję w sprawie dopuszczalności udostępnienia stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego treści dokumentacji postępowania odwoławczego, która może zawierać tajemnicę ustawowo chronioną. W ocenie Izby zarówno treść odwołania, jak i odnosząca się do niej odpowiedź na odwołanie Zamawiającego oraz treść uzasadnienia informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, nie zawierają żadnych informacji ustawowo chronionych. Powyższe dokumenty zawierają jedynie argumentację, odnoszą się do sposobu realizacji usługi, koszenia trawy, ochrony, które to usługi wynikają z treści SIWZ. Wykonywanie tych usług nie stanowi żadnego know how, a jedynie przewidziane w treści SIWZ czynności w ramach przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie przedstawił żadnego nadzwyczajnego sposobu realizacji zamówienia, który

---

mógłby uzasadniać zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Przedstawiane przez Odwołującego ceny stanowią poszczególne elementy cząstkowe ceny globalnej, zaś ta nie podlega utajnieniu z mocy ustawy. Odwołujący nie podjął nawet próby wyjaśnienia, co takiego szczególnego znalazło się w jego ofercie, co stanowiłoby (i dlaczego miałoby stanowić) jego know how. Co więcej, Odwołujący winien wykazać co do każdej z informacji, że jest ona zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie ogólnie całości odwołania wraz z ogólnym, sloganowym wyjaśnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa pozostaje bezskuteczne i wobec niewykazania spełnienia przesłanek ustawowych, które zapewniają możliwość zastrzeżenia jako tajemnica informacji przedsiębiorstwa odwołanie wraz z załącznikami podlegało ujawnieniu. W ocenie Izby Odwołujący nie wskazał absolutnie żadnej informacji, która mogłaby podlegać zastrzeżeniu w ramach tajemnicy przedsiębiorstwa, nie uzasadnił, nie wykazał i nie udowodnił nawet w najmniejszym stopniu istnienia takiej tajemnicy, tym samym Izba zadecydowała o odtajnieniu ww. dokumentów stosownie do możliwości przewidzianej w § 23 przywołanego rozporządzenia. Izba w konsekwencji odtajnienia odwołania, zadecydowała o ujawnieniu treści odpowiedzi na odwołanie i informacji zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego. Dokumenty te nie zawierają żadnych nowych informacji, a ich skuteczne, odpowiadające przesłankom ustawowym zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa również nie zostało w żaden sposób wykazane.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

……