

Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16

WYROK

z dnia 18 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**
Sylwester Kuchnio
Izabela Kuciak

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 lipca 2016 r.** w Warszawie odwołań wniesionych 1 lipca 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawców:

A. AVR sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 1170/16)

B. „GNOM” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, „N.R” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (sygn. akt KIO 1172/16)

C. „GNOM” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, „N.R” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (sygn. akt KIO 1173/16)

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Całoroczne, kompleksowe utrzymanie autostrady A1 i A2 z podziałem na dwa zadania: Zadanie nr 1: „Całoroczne, kompleksowe utrzymanie autostrady A1 na odcinku od km 295+850 do km 335+937,65 wraz ze wszystkimi jej elementami, w okresie 72 miesięcy od daty podpisania umowy”. Zadanie nr 2: „Całoroczne, kompleksowe utrzymanie autostrady A2 na odcinku od granicy województwa wielkopolskiego/łódzkiego do węzła Łódź Północ (bez węzła), od km 303+145 do km 362+700 wraz ze wszystkimi jej elementami, w okresie 72 miesięcy od daty podpisania umowy”.* (nr postępowania O/Ł.D3.2413.1.2016.vk)

prowadzonym przez zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

A. „MARKBUD” sp. z o.o. z siedzibą w Poddębicach, B.J. „SERVIAM” z Poddębic wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – w sprawach o sygn. akt: KIO 1170/16, KIO 1172/16 i KIO 1173/16

B. Przedsiębiorstwo Budowlane S.S. z Poddębic, KMP sp. z o.o. z siedzibą w Głogowie wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – w sprawach o sygn. akt: KIO 1170/16, KIO 1172/16 i KIO 1173/16

1

Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16

C. „GNOM” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, „N.R” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – w sprawie o sygn. akt KIO 1170/16

orzeka:

1. Uwzględnić odwołania w sprawach o sygn. akt: KIO 1170/16, KIO 1173/16 i nakazuje zamawiającemu w zadaniu nr 2 – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem zwrócenia się do „MARKBUD” sp. z o.o. z siedzibą w Poddębicach, B.J. „SERVIAM” z Poddębic wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz Przedsiębiorstwa Budowlanego S.S. z Poddębic, KMP sp. z o.o. z siedzibą w Głogowie wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołania wniesione w sprawach o sygn. akt: KIO 1170/16 i KIO 1173/16.
3. Oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1172/16.

4. Kosztami postępowania obciąża: **w sprawach o sygn. akt KIO 1170/16 i KIO 1173/16 – zamawiającego – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, a w sprawie o sygn. akt KIO 1172/16 – odwołującego – „GNOM” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, „N.R” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i:**
- 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **45000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną łącznie przez **odwołujących – AVR sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (w sprawie o sygn. akt KIO 1170/16), „GNOM” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, „N.R” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (w sprawach o sygn. akt KIO 1172/16 i KIO 1173/16) – tytułem wpisów od odwołań,**
- 4.2. zasądza w sprawie o sygn. akt KIO 1170/16 od **zamawiającego – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddziału w Łodzi** na rzecz **odwołującego – AVR sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** kwotę **18567 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) –

2

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika,

- 4.3. zasądza w sprawie o sygn. akt KIO 1173/16 od **zamawiającego – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddziału w Łodzi** na rzecz **odwołującego – „GNOM” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, „N.R” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika,
- 4.4. zasądza w sprawie o sygn. akt KIO 1172/16 od **odwołującego – „GNOM” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, „N.R” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia** na rzecz **zamawiającego – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddziału w Łodzi** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

Uzasadnienie

{KIO 1170/16, KIO 1172/16, KIO 1173/16}

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi

{dalej również: „GDDKiA”) – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Całoroczne, kompleksowe utrzymanie autostrady A1 i A2 z podziałem na dwa zadania: Zadanie nr 1: „Całoroczne, kompleksowe utrzymanie autostrady A1 na odcinku od km 295+850 do km 335+937,65 wraz ze wszystkimi jej elementami, w okresie 72 miesięcy od daty podpisania umowy”. Zadanie nr 2: „Całoroczne, kompleksowe utrzymanie autostrady A2 na odcinku od granicy województw wielkopolskiego/łódzkiego do węzła Łódź Północ (bez węzła), od km 303+145 do km 362+700 wraz ze wszystkimi jej elementami, w okresie 72 miesięcy od daty podpisania umowy”* (nr postępowania O/Ł.D3.2413.1.2016.vk).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 15 stycznia 2016 r. pod nr 2016/S_010-013553, z tym że 12 stycznia 2016 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.gddkia.gov.pl), na której od 15 stycznia 2016 r. udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

16 czerwca 2016 r. Zamawiający przesłał wykonawcom listem poleconym zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania w obu zadaniach – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „MARKBUD” sp. z o.o. z siedzibą w Poddębicach {dalej również: „Markbud”} i B.J. „SERVIAM” z Poddębic {dalej łącznie również: „Konsorcjum Markbud”}, a także o sklasyfikowaniu na kolejnych trzech miejscach ofert: na drugim – Przedsiębiorstwa Budowlanego S.S. z Poddębic {dalej również: „Sil”} i KMP sp. z o.o. z siedzibą w Głogowie wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia {dalej łącznie również: „Konsorcjum Sil”}, na trzecim – „GNOM” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi {dalej również: „Gnom”} i „N.R” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia {dalej łącznie również: „Konsorcjum Gnom”}, na czwartym – AVR sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie {dalej również:

4

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

„AVR”}.

{KIO 1170/16}

1 lipca 2016 r. Odwołujący – AVR sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie wniósł pismem z 30 czerwca 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego, a także od szeregu innych czynności i zaniechań objętych zarzutami odwołania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 7 ust 1 i 3 – przez wybór jako najkorzystniejszej w obu zadaniach oferty Konsorcjum Markbud w sytuacji, gdy oferta podlegała odrzuceniu jako zawierająca cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia (zadanie I) lub jest on co najmniej przedwczesny z uwagi na wystąpienie podejrzenia zaoferowania rażąco niskiej ceny (zadanie II).
2. Art. 8 ust 1-3 – przez niezasadne ograniczenie jawności postępowania wynikające z niezbadania prawidłowości zastrzeżenia przez Konsorcjum Markbud i Konsorcjum Sil całości wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa (zadanie I).
3. Art. 90 ust. 1 – przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Gnom do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny jego oferty w zadaniu I.
4. Art. 90 ust. 1 – przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Markbud i Konsorcjum Sil do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny ich ofert w zadaniu II.

5. Art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 4 – przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Markbud, pomimo przedłożenia przez nie tytułem zabezpieczenia wadium nieprawidłowej gwarancji bankowej (dokument gwarancji bankowej wskazuje jak zleciennodawcę wyłącznie Markbud sp. z o.o., nie zaś wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia), a w konsekwencji zaniechania uznania jego oferty za odrzuconą (zadanie I i II).
6. Art. 89 ust. 1 pkt 5 – przez zaniechanie odrzucenia w zadaniu I ofert Konsorcjum Markbud i Konsorcjum Sil jako zawierających rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
7. Art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 90 ust 3 – przez zaniechanie odrzucenia w zadaniu I oferty Konsorcjum Sil jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku

5

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

do przedmiotu zamówienia, pomimo że złożone przez nie wyjaśnienia dotyczące elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny są niewystarczające do przyjęcia, że zaoferowana cena nie ma charakteru rażąco niskiej.

8. Art. 22 ust. 1 pkt 2 – przez uznanie, że Konsorcjum Markbud, Konsorcjum Sil i Konsorcjum Gnom wykazały spełnianie warunków udziału dotyczących wiedzy i doświadczenia, pomimo że z załączonych przez nich do oferty dokumentów nie wynika należyte wykonanie wskazanych usług ani realne i jednoznaczne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udzielenia doświadczenia (zadanie I i II).
9. Art. 26 ust. 3 – przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Markbud, Konsorcjum Sil i Konsorcjum Gnom do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału dotyczących wiedzy i doświadczenia (zadanie I i II).
10. Art. 7 ust 1 i 3 – przez wybór w zadaniu I i II oferty Konsorcjum Markbud, pomimo że nie wykazało ono spełniania warunków udziału w postępowaniu tj. dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, który zmierza do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy pzp.
11. Art. 22 ust 1 pkt 3 – przez uznanie, że Konsorcjum Markbud i Konsorcjum Sil wykazały spełnianie warunków udziału dotyczących dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, pomimo nieudowodnienia przez nie, że dysponują odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania (zadanie I i II).
12. Art. 26 ust 3 pzp – przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Markbud, Konsorcjum Sil i do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału dotyczących potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia (zadanie I i II).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Unieważnienia w zadaniach I i II wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Markbud.
2. Powtórzenia badania i oceny ofert w zadaniach I i II.
3. Odtajnienia wyjaśnień Konsorcjum Markbud i Konsorcjum Sil dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w zakresie, w jakim nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa (zadanie I).
4. Odrzucenia w zadaniu I ofert Konsorcjum Markbud i Konsorcjum Sil jako zawierających rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (zadanie I).

6

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

5. Wykluczenia Konsorcjum Markbud za nieprawidłowe wadium i uznania jego oferty za odrzuconą (zadanie I i II).

6. Wezwania Konsorcjum Gnom do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny w zadaniu I.
7. Wezwania Konsorcjum Markbud i Konsorcjum Sil do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny w zadaniu II.
8. Wezwania Konsorcjum Markbud, Konsorcjum Sil i Konsorcjum Gnom do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału dotyczących wiedzy i doświadczenia.
9. Wezwania Konsorcjum Markbud i Konsorcjum Sil do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie udziału w postępowaniu dotyczących warunków dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów w szczególności podnosząc następujące okoliczności faktyczne i prawne jako uzasadniające wniesienie odwołania.

{ad pkt 1, 3 i 4 listy zarzutów – pkt I uzasadnienia}

Odwołujący podał, że:

- w zadaniu I cena oferty Konsorcjum Gnom wynosi 21.288.198,04 zł, ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia (powiększona o należny podatek od towarów i usług) wyniosła 33.170.236,56 zł, różnica pomiędzy tymi wartościami wynosi 35%;
- w zadaniu II cena oferty Konsorcjum Markbud wynosi 31.967.740,54 zł, cena oferty Konsorcjum Sil wynosi 34.281.034,01, ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia (powiększona o należny podatek od towarów i usług) wyniosła 49.277.925,22 zł, różnica pomiędzy nimi wynosi odpowiednio 35% i 30%.

Odwołujący zarzucił, że powyższe różnice obligowały Zamawiającego do zastosowania w odniesieniu do tych ofert procedury z art. 90 ust. 1 pzp, czego zaniechał.

{ad pkt 5 listy zarzutów – pkt II uzasadnienia}

Odwołujący podniósł, że z dokumentów wystawionych przez Bank Spółdzielczy w Poddębicach o nr 4/16/000/G oraz 4/16/000/G wynika, że jedynym zleceniodawcą jest Markbud sp. z o.o. Natomiast brak w treści tych gwarancji jakiegokolwiek odniesienia do

7

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

faktu, że Markbud nie składa oferty w postępowaniu samodzielnie, a wspólnie z Serviam B.J. z Poddębic.

Odwołujący zarzucił, że jest to niedopuszczalna forma zabezpieczenia z następujących powodów:

- z uwagi na abstrakcyjny charakter gwarancji i jego oderwanie od stosunku podstawowego, jakim jest wniosek zleceniodawcy gwarancji, jak również na fakt, że wykonawcy ubiegający się wspólnie o realizację zamówienia nie tworzą odrębnego bytu prawnego, jak również nie gromadzą wspólnego mienia rodzącego odpowiedzialność solidarną, w przypadku wystawienia gwarancji bankowej tylko na jednego z nich nie sposób rozciągnąć skutków prawnych działania takiej gwarancji na kolejnego uczestnika konsorcjum;
- art. 23 ust. 3 ustawy pzp reguluje stosunki pomiędzy zamawiającym a wykonawcami i nie ma skutku dla banku jako wystawcy gwarancji.

{ad pkt 8 listy zarzutów – pkt III uzasadnienia}

Odwołujący w ramach rozważań ogólnych wywiódł w szczególności, co następuje:

Zasada jawności z art. 8 ust. 1 pzp ma fundamentalny charakter wśród zasad systemu zamówień publicznych, gdyż stanowi gwarancję przejrzystości postępowań o udzielenie zamówień publicznych oraz pozwala na urzeczywistnienie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

Wyjątkiem od zasady jawności jest objęcie przez wykonawcę tajemnicą przedsiębiorstwa pewnych elementów oferty i dokumentów składanych w postępowaniu przetargowym. Definicję tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera art. 11 ust. 4 ustawy z 16

kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) {dalej również: „uznk”} z którego to przepisu wynika, że aby dana informacja stanowiła tajemnicę przedsiębiorstwa łącznie muszą być spełnione trzy przesłanki: po pierwsze – charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny dla przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, po drugie – nieujawnienie do wiadomości publicznej, po trzecie – podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności.

Zamawiający nie ujawnia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wyłącznie wtedy, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, wniosków lub innych dokumentów (w tym wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp), skutecznie zastrzegł, że nie mogą one być udostępnione, oraz wykazał (uzasadnił), że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

8

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

Odwołujący podał, że w piśmie z 7 maja 2016 r. Konsorcjum Markbud wskazało, że całość złożonych przez nich wyjaśnień stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie czynności zmierzających do ustalenia, czy całość wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Markbud w trybie art. 90 ust. 1 pzp można zaliczyć do kategorii prawnie chronionej tajemnicy przedsiębiorstwa, a w konsekwencji zaniechanie odtajnienia tej części wyjaśnień, która do tej kategorii zaliczona zostać nie może.

Według Odwołującego uzasadnienie podane przez Konsorcjum Markbud ogranicza się do próby przekonania Zamawiającego, że dosłownie wszystkie zawarte w niej informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak wskazuje dotychczasowa praktyka, tego typu zastrzeżenie jest zazwyczaj zbyt daleko idące, służą jedynie próbie zablokowania dostępu innych wykonawców do złożonych wyjaśnień i uniknięcia ich oceny ze strony konkurentów.

{ad pkt 1,6 i 7 listy zarzutów – pkt IV uzasadnienia}

Odwołujący stoi na stanowisku, że ceny ofert Konsorcjum Markbud i Konsorcjum Sil za realizację przedmiotu zamówienia zadania I są nierealne i nie pozwalają na jego należyte wykonanie. O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne.

Odwołujący zwrócił uwagę, że z uwagi na utajnienie wyjaśnień przez Konsorcjum Markbud prowadzenie dowodu, czy we właściwy sposób wykazało ono realność ceny złożonej oferty jest istotnie utrudnione, gdyż nie ma wiedzy na temat okoliczności wskazanych jako uzasadniające obniżenie ceny w stosunku do ustalonej przez Zamawiającego wartości zamówienia.

Odwołujący wskazał, że jego stanowisko oparte jest w szczególności o analizę dokumentów dotyczących ustalenia wartości zamówienia przez Zamawiającego i relacji ustalonych tam wartości do cen zaoferowanych w tym postępowaniu przez Konsorcjum Markbud i Konsorcjum Sil:

- Zamawiający oparł się o dane pozyskane z innych postępowań dotyczących tożsamego lub bardzo zbliżonego przedmiotu zamówienia (gdzie specyfikacja techniczna jest ustalonym wzorem obowiązującym we wszystkich oddziałach GDDKiA) – analizie cen w trzech kontraktach i dwudziestu dziewięciu złożonych w nich ofertach, a więc w oparciu o stawki rynkowe, zweryfikowane w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego;
- różnica pomiędzy kwotą, jaka Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie

9

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

zamówienia a ceną oferty Konsorcjum Markbud wynosi 14.180.659,40 zł, który to poziom oszczędności przy należytych utrzymaniu dróg w systemie „utrzymaj standard” nie jest

możliwy do racjonalnego wykazania;

– ustalona przez Zamawiającego wartość realizacji usługi na jednym kilometrze w okresie jednego miesiąca wynosi 9.343,21 zł netto, tymczasem taka stawka w ofercie Konsorcjum Markbud wynosi 5.348,89 zł netto.

Odwolujący zestawiał również tę ostatnią wielkość ze stawkami oferowanymi uprzednio przez Markbud za utrzymania 1 km drogi przez 1 miesiąc w poprzednich postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego:

– 9.241,62 zł netto – na przełomie 2014 i 2015 r. w postępowaniu dotyczącym autostrady A2 na odcinku od km 362+700 do km 411+466 (na okres 72 miesięcy);

– 11.574,25 zł netto – w konsorcjum z Gnom w poprzednim postępowaniu dotyczącym odcinka autostrady A2 objętej w tym postępowaniu zadaniem II, zakończonym podpisaniem umowy nr 5/06/U2012 z 26 czerwca 2012 r., z której należytym wykonaniem konsorcjum miało problemy, gdyż nakładano na nie kary umowne.

Według Odwołującego taki poziom obniżenia ceny za realizację tożsamego przedmiotu zamówienia przez konsorcjum, którego liderem jest Markbud, w stosunku do innych postępowań, w których (w różnych konfiguracjach) podmiot ten uczestniczył, nie wydaje się możliwy do racjonalnego uzasadnienia.

Odwolujący wskazał, że zgodnie z art. 90 ust. 2 pzp ciężar udowodnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy do którego skierowano wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 pzp.

Ponadto Odwołujący obszernie zacytował lub zrelacjonował tezy generalne wypowiedzi doktryny i orzecznictwa dotyczące tego, jak powinny wyglądać wyjaśnienia wykazujące, że cena nie jest rażąco niska.

Według Odwołującego potwierdzeniem rażącego poziomu cen z oferty Konsorcjum Markbud są odtajnione i udostępnione przez Zamawiającego wyjaśnienia Konsorcjum Sil, z których wynika niezbieżnie, że cena jego oferty, choć wyższa, jest niewiarygodna, nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac. Zawarte w nich kalkulacje cenowe wielokrotnie ograniczają się do stwierdzenia „przyjęto kwotę”, co świadczy o braku rzetelnej analizy kosztów realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący dodał, że do wyjaśnień Konsorcjum Sil załączyło zaledwie trzy oferty dotyczące tylko niektórych czynności realizowanych w ramach kontraktu, co nie jest wystarczającą liczbą dowodów.

10

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

{ad pkt 8,9 i 10 listy zarzutów – pkt V uzasadnienia}

Odwolujący zrelacjonował, że:

– Zamawiający w rozdziale 7 SIWZ w pkt 7.2 rozdziału 7 SIWZ wskazał sposób oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu polegający na posiadaniu określonej wiedzy i doświadczenia.

– do oferty Konsorcjum Markbud dołączony wykaz wykonywanych i wykonanych usług, w którym dla każdego z zadań wskazane są dwie te same usługi, w tym realizowana na rzecz Zamawiającego w okresie 1 lipca 2012 r. do 31 marca 2016 r. usługa w systemie „utrzymaj standard” dla odcinka autostrady A2 objętego w tym postępowaniu zadaniem II;

– tożsama usługa została także ujęta w wykazach dołączonych do ofert Konsorcjum Gnom i Konsorcjum Sil, w tym ostatnim przypadku, Gnom jako wykonawca w dołączonym zobowiązaniu na podstawie art. 26 ust 2b ustawy pzp udostępnił swoją wiedzę i doświadczenie;

– do wszystkich powyższych wykazów dołączone zostało poświadczenie wystawione 6 marca 2016 r. przez Zamawiającego, z którego wynika, że w związku z realizacją wspólnie przez Markbud i Gnom kontraktu na powyższą usługę zostały naliczone kary umowne w łącznej wysokości 759.000,00 zł.

Odwolujący zarzucił, że dokument ten nie potwierdza należytego wykonania usługi, a nienależyte wykonywanie kontraktu przez Gnom oraz Markbud ma charakter obiektywny i dotyczy istotnych części przedmiotu zamówienia.

Odwolujący stwierdził, że praktyka realizacji tego typu umów, których przedmiotem są usługi kompleksowe, będące w rzeczywistości konglomeratem kilkunastu różnego rodzaju

czynności (usług składowych), wskazuje, że ich wykonanie w sposób idealny jest niemożliwe z uwagi na ich złożoność i często nieprzewidywalność okoliczności towarzyszących ich realizacji (np. wpływu warunków atmosferycznych). Niemniej jednak, przy dzisiejszym stanie wiedzy i możliwościach technicznych większość takich zdarzeń może zostać przewidziana i przedsięwzięte mogą zostać odpowiednie środki do zapewnienia należytego wykonania usługi kompleksowej. W przypadku kontraktów „utrzymaj standard”, poza nielicznymi wyjątkami dotyczącymi w szczególności takich czynności, jak usuwanie skutków zdarzeń drogowych lub kradzieży elementów infrastruktury, zdecydowana większość czynności jest odpowiednio sparametryzowana, a ich realizacja może zostać w sposób dokładny i jednoznaczny zaplanowana. Od profesjonalnych podmiotów można zatem oczekiwać należytej staranności w realizacji co najmniej tych elementów, które można w sposób łatwy zaplanować i wykonać. W przypadku tego rodzaju zamówień i przy ocenie staranności w ich

11

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

realizacji trzeba także wziąć pod uwagę, że należyte wykonywanie przedmiotu zamówienia powinno być także oceniane przez pryzmat bezpieczeństwa w ruchu drogowym, którego zapewnienie jest przecież jednym z podstawowych celów zlecenia kompleksowego utrzymywania dróg szybkiego ruchu.

Odwołujący podniósł, że z protokołów odbioru robót wykonanych w ramach realizacji wspomnianego kontraktu wynika, że począwszy od 2013 r. jakość świadczonych przez Wykonawców usług spada, a Zamawiający regularnie nakłada na nich kary umowne za nienależytą realizację zawartego kontraktu. W zdecydowanej większości przypadków karani są za brak terminowej realizacji tak newralgicznych z punktu widzenia prawidłowości realizacji kontraktu „utrzymaj standard” czynności, jak: koszenie pasa drogowego czy uzupełnienie włazów studzienek i kratek ściekowych. I tak za brak koszenia pasa drogowego byli karani kolejno w sierpniu, wrześniu, październiku oraz listopadzie 2015 r. Oznacza to, że w czasie największego przyrostu traw i innej roślinności Wykonawcy ci nie realizowali dużej części zawartego kontraktu, pomimo że taką okoliczność łatwo jest przewidzieć, zaplanowanie zakresu prac również nie nastręcza większych trudności, a ewentualne uchybienia w terminach realizacji koszenia łatwo jest usunąć poprzez zwiększenie tempa prac i użycie większego potencjału technicznego i ludzkiego. Kary umowne były nakładane również z innych powodów. Fakt, że w kolejnych czterech miesiącach Wykonawcy ci nie usunęli skutków nienależytego wykonywania umowy świadczy o tym, że albo z pełną świadomością godzili się na obciążenie ich karą umowną, kalkulując to jako bardziej opłacalne z ekonomicznego punktu widzenia niż angażowanie dodatkowych środków w należytą realizację umowy, albo nie byli w stanie podołać zakresowi zleconych spraw. Obydwie te okoliczności świadczą o nienależytym wykonywaniu kontraktu „utrzymaj standard”.

Odwołujący podsumował, że ponieważ każde z wymienionych na wstępie konsorcjów wskazało przedmiotową usługę jako jedną z dwóch usług polegających na całorocznym (zimowym i letnim) utrzymaniu dróg klasy GP, żadne nie wykazało spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

{ad pkt 11 i 12 listy zarzutów – pkt VI uzasadnienia}

Odwołujący zrelacjonował, że do oferty Konsorcjum Sil dołączone zostały dwa zobowiązania podmiotu trzeciego – Zakładu Transportu i Budowy Dróg M.B. z Jarosławia – do oddania zasobów:
– dokument ze str. 60 oferty, w którym wskazano, że zamierza się udostępnić „potencjał

12

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

kadrowy, wiedzę i doświadczenie”, a z treści dokumentu wynika, że faktycznym przedmiotem udostępnienia jest sprzęt w postaci nośników uniwersalnych, solarek, pługów i ładowarki,

przy czym dla pojazdu Mercedes Benz Unimog nie ma adnotacji, że jest wyposażony w system GPS;

– dokument ze str. 62, w którym wśród udostępnionych zasobów wymieniony został m.in. potencjał kadrowy, a formą jego udostępnienia oddelegowanie pracownika, J.P. do wykonywania funkcji kierownika utrzymania, w celu umożliwienia korzystania z wiedzy i doświadczenia podmiotu udostępniającego.

Odwołujący postawił w związku z pierwszym z ww. dokumentów dwa zarzuty:

– wobec braku adnotacji o wyposażeniu wspomnianego powyżej pojazdu w system GPS nie wykazano spełnienia warunku udziału, co wymaga wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 pzp;

– z uwagi na to, że M.B. jest przedsiębiorcą trudniącym się świadczeniem usług tożsamych z przedmiotem zamówienia i realizuje podobne kontrakty na terenie województwa podkarpackiego, nie wydaje się możliwe, aby mógł on jednocześnie użyć sprzęt w takiej ilości Konsorcjum Sil, co przekreśla realność jego zobowiązania.

Odwołujący postawił w związku z drugim z ww. dokumentów dwa zarzuty:

– ponieważ z art. 42 ust. 4 Kodeksu pracy wynika, że pracodawca może powierzyć pracownikowi inną pracę niż określona w umowie o pracę na okres nieprzekraczający 3 miesięcy w roku kalendarzowym, dłuższe powierzenie innego rodzaju pracy wymaga zgody pracownika, a z dokumentu nie wynika, w którym z tych trybów nastąpi oddelegowanie, zobowiązanie nie jest jednoznaczne, precyzyjne, szczegółowe i nie gwarantuje faktycznego udostępnienia;

– celem udostępnienia powinno być zapewnienie osób zdolnych do wykonania zamówienia, a nie umożliwienie korzystania z wiedzy i doświadczenia udostępniającego, co oznacza brak precyzji i jednoznaczności.

{ad pkt 8,9 i 10 listy zarzutów – pkt VII uzasadnienia}

Odwołujący zrelacjonował, że do ofert poszczególnych konsorcjów załączono następujące zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów, a z pełnomocnictw wynikają następujące daty zawięzania konsorcjów wynikający oraz pełnomocnictwa:

– Konsorcjum Gnom – zobowiązanie Saferoad Grawil sp. z o.o. z 1 marca 2016 r. do udostępnienia wiedzy i doświadczenia „Gnom” sp. z o.o., a 18 kwietnia 2016 r. zawięzano

13

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

konsorcjum;

– Konsorcjum Markbud – wszystkie zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia wiedzy i doświadczenia są z 3 marca 2016 r. na rzecz Markbud sp. z o.o., a 4 marca 2016 r. zawięzano konsorcjum;

– Konsorcjum Sil – wszystkie zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia wiedzy i doświadczenia oraz potencjału technicznego są na rzecz Przedsiębiorstwa Budowlanego S.S..

Odwołujący zarzucił, że ponieważ udostępnienie potencjału nastąpiło w innych okolicznościach niż złożenie oferty i dotyczyło tylko jednego wykonawcy, a nie całego konsorcjum, co stawia to pod znakiem zapytania realność zobowiązania podmiotu trzeciego, który np. z uwagi na relacje gospodarcze nie chciałby dzielić się swoim potencjałem również z innym podmiotem. Według Odwołującego okoliczność ta nie została przez Zamawiającego zbadana, a wątpliwość usunięta przez wezwanie do uzupełnienia stosownych dokumentów w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu.

{KIO 1172/16}

1 lipca 2016 r. Odwołujący – „GNOM” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, „N.R” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia {„Konsorcjum Gnom”} wniósł w formie pisemnej (pismem z 29 czerwca 2016 r.) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od rozstrzygnięcia postępowania w zadaniu nr 1 w zakresie objętym zarzutami odwołania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 23 ust. 1 oraz art. 46 ust 4a i 5 – przez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu Konsorcjum Markbud, które nie wniosło w wymaganym terminie wadium zabezpieczającego złożonej przez nie oferty.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 – przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum Markbud oraz Konsorcjum SIL, podczas gdy prawidłowa ocena tych ofert potwierdza, że zawierają one rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
3. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1, 2 i 3 – przez zaniechanie odtajnienia i ujawnienia wszystkim wykonawcom zastrzeżonych przez Konsorcjum Markbud jako niejawne wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, pomimo że informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach nie zostały dostatecznie uzasadnione z punktu widzenia

14

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

ustawowo wymaganych przesłanek, a tym samym nie mogły zostać skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum Markbud.
2. Powtórzenia badania i oceny ofert, w tym wykluczenia z postępowania Konsorcjum Markbud oraz odrzucenia jego oferty, a także odrzucenia oferty Konsorcjum Sil.
3. Odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Markbud w zakresie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów w szczególności podnosząc następujące okoliczności prawne i faktyczne jako uzasadniające wniesienie odwołania.

{ad pkt 1listy zarzutów lit. A uzasadnienia}

Odwołujący zrelacjonował, że Konsorcjum Markbud złożyło jako wadium wystawioną 19 kwietnia 2016 r. przez Bank Spółdzielczy w Poddębicach gwarancję bankową opatrzoną następującym zastrzeżeniem: *Gwarancja jest ważna tylko w stosunku do oferty Zleceniodawcy wskazanej w gwarancji. Jednocześnie jako ów zleceniodawca została wskazana wyłącznie Markbud sp. z o.o. z siedzibą w Poddębicach.*

Odwołujący podał również, że pełnomocnictwo szczególne udzielone Markbud jako liderowi konsorcjum jest z 4 marca 2016 r.

Odwołujący w ramach rozważań generalnych podniósł, co następuje:

Instytucja wadium w rozumieniu nadanym w art 70 4 § 1 Kodeksu cywilnego służyć ma zabezpieczeniu interesów organizatora przetargu i w takim znaczeniu transponowana jest do art. 45 i 46 ustawy pzp. Za prawidłowe zabezpieczenie pożądanym w świetle przepisów ustawy pzp zachowań składającego ofertę uznawane jest wniesienie wadium nie tylko w sposób wymagany przepisami ustawy (art. 45 pzp), ale również w sposób w pełni umożliwiający zamawiającemu jego realizację (zatrzymanie bądź uzyskanie sumy wadialnej) w przypadku zaistnienia przesłanek jego przepadku określonych w art. 46 ust. 4a i 5 pzp.

Ponieważ gwarancja wadialna nie podlega uzupełnieniu ani wyjaśnieniu, treść gwarancji wadialnej musi mieć charakter jasny, czytelny i niebudzący wątpliwości, zarówno w zakresie przedmiotowym, jak i podmiotowym, a nieustalenie któregoś z tych zakresów powoduje nadwyżę pewności nieuchronności realizacji zabezpieczenia przez zamawiającego.

15

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

Przepisy Prawa zamówień publicznych nie definiują samej gwarancji bankowej, stąd

bezpośrednie zastosowanie znajdują przepisy ustawy z 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (t.j. Dz.U. z 2015 poz. 128) {dalej również: „Prawo bankowe”}. Zgodnie z art. 81 ust. 1 Prawa bankowego gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji – bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku.

Co oczywiste dla Odwołującego gwarant uprawniony jest przy tym do wyłączenia lub ograniczenia swojej odpowiedzialności w drodze złożenia oświadczenia woli, w tym ograniczenia odpowiedzialności wyłącznie do określonego podmiotu.

Ze względu na charakter prawny gwarancji bankowej sposób ukształtowania odpowiedzialności wykonawców wobec zamawiającego nie może przesądzić o skuteczności dochodzenia ewentualnych roszczeń z tytułu gwarancji. Zobowiązanie z gwarancji bankowej, które zostaje przez strony określone jako nieodwołalne i bezwarunkowe, ma charakter abstrakcyjny, tj. niezależny od istnienia i ważności zobowiązania podstawowego leżącego u podstaw zaciągnięcia zobowiązania z tytułu gwarancji, oraz samodzielny (nieakcesoryjny), gdyż jego istnienie i zakres nie zależy od istnienia i zakresu innego zobowiązania, a określa je sama umowa gwarancji bankowej.

Bezwarunkowość nie oznacza przy tym, że gwarant ponosi odpowiedzialność za zdarzenia, których nie objął ochroną, w tym za działania lub zaniechania podmiotu niewskazanego w treści gwarancji.

Nawet gdyby członkowie konsorcjum byli zobowiązani solidarnie wobec zamawiającego, byłaby to cecha stosunku podstawowego (zamawiający-wykonawcy), niewpływająca na treść stosunku gwarancji.

Wystawienie gwarancji wadialnej poprzedzone jest badaniem zarówno ryzyka związanego z realizacją przedmiotem zamówienia, czasami nawet Beneficjenta, ale przecie wszystkim wiarygodności, kondycji ekonomicznej wykonawcy-zlecniodawcy (zobowiązanego) w celu oszacowania ryzyka z tym związanego. Gwarant może więc odmówić objęcia swoją odpowiedzialnością dowolne okoliczności w tym w szczególności dotyczące wykonawcy, o którym nie miał wiedzy zawierając umowę. Ponadto wynik tego badania przesądza o akceptacji gwarancji, a także o wysokości wynagrodzenia, jakie z tego tytułu pobierze gwarant. Stąd gwarant w treści listu gwarancyjnego precyzyjnie określa za jakie działania lub zaniechania i jakiego podmiotu odpowiada. W ten sposób w treści

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

gwarancji znajduje odzwierciedlenie zarówno podmiotowy, jak i przedmiotowy zakres odpowiedzialności gwaranta. Zakresu tego wobec wyraźnie sformułowanego zastrzeżenia nie można domniemać, a już na pewno nie wbrew literalnej treści samej gwarancji.

Odwołujący zarzucił, że oferta złożona przez Konsorcjum Markbud nie została zabezpieczona wadium w sposób zgodny z ustawą pzp, gdyż powyższa klauzula jednoznacznie ujawnia wolę gwaranta ograniczenia odpowiedzialności wyłącznie do skutków oferty złożonej przez Markbud, a nie przez konsorcjum, w którego skład wchodzi Markbud. Odwołujący zwrócił uwagę, że biorąc pod uwagę powyżej wskazane daty nie istniała żadna przeszkoda, aby ujawnić gwarantowi, że oferta będzie składana przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia. Odwołujący wysnuł przypuszczenie, że brak takiego ujawnienia był świadomym działaniem wynikającym z oceny, że w takim przypadku gwarancja mogłaby nie zostać udzielona.

Jeżeli nawet przyjąć pogląd odmienny od powyżej prezentowanego i uznać, że wskazany w treści gwarancji podmiot, którego działań lub zaniechań dotyczy odpowiedzialność gwaranta, jest w ramach stosunku podstawowego współdłużnikiem solidarnym, co z kolei stanowi podstawę rozszerzenia odpowiedzialności gwaranta na działania i zaniechania obu tych podmiotów, nie ma to uzasadnienia w stanie faktycznym będącym przedmiotem rozstrzygnięcia, tj. w przypadku wyraźnego ograniczenia ważności gwarancji wyłącznie do oferty złożonej przez precyzyjnie wskazanego w jej treści zlecniodawcę.

Odwołujący wskazał, że:

- za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu z cenami rynkowymi podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia;
- badanie ceny ofertowej z uwagi na podejrzenie rażąco niskiej ceny powinno się zasadniczo odnosić do całej ceny ofertowej, tj. ceny za wykonanie całego przedmiotu zamówienia.

Odwołujący przytoczył postanowienia zawarte w § 5 ust. 10 wzoru umowy oraz w pkt 10.3 SIWZ, a także powołał się na odpowiedzi Zamawiającego, wywodząc z nich, że niemożliwe i bezcelowe jest odnoszenie się do cen jednostkowych formularza cenowego, gdyż jedynym wymiernym możliwym do porównania elementem oferty jest jednomiesięczne cykliczne wynagrodzenie ryczałtowe, czyli suma wszystkich cen jednostkowych formularza cenowego.

17

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

Odwołujący w pierwszej kolejności podniósł, że Konsorcjum SIL w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 pzp nie sprostало ciężarowi wykazania, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż:

- w wyjaśnieniach przedstawiło jedynie ogólne wyliczenia kosztów, bez wskazania rzeczywistych, realnych rynkowych kosztów wykonania przedmiotu zamówienia;
- przykładem nierealności wskazanych czynników cenotwórczych jest określone wynagrodzenie koordynatora na poziomie 3000,00 zł (brutto pracodawcy,) kosztu zakupu i ilości soli niezbędnej do zimowego utrzymania drogi;
- nie poparło swoich wyliczeń żadnymi dowodami potwierdzającymi prawidłowość przedstawionej kalkulacji np. ofertami na dostawę topników (sól drogowa) czy wynajem sprzętu do zimowego utrzymania dróg;
- brak wyliczeń potwierdzających, że zaoferowane przez podwykonawców ceny uwzględniają wymóg określony w pkt 10.3 SIWZ;
- nie wskazano takich niezbędnych kosztów jak: pozimowe zamykanie, kosztów przeglądów, napraw interwencyjnych.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający wobec tego nie powinien uznać tych wyjaśnień za przekonujące, gdyż są lakoniczne, niewystarczające, niepoparte żadnymi dowodami. W konsekwencji oferta Konsorcjum SIL powinna podlegać odrzuceniu tylko na podstawie domniemania rażąco niskiej ceny wynikającego z samego faktu złożenia niedostatecznych wyjaśnień.

Odwołujący podniósł, że ze względu na objęcie przez Konsorcjum Markbud tajemnicą przedsiębiorstwa swoich wyjaśnień, nie może bezpośrednio odnieść się do zawartej tam treści. Niezależnie od tego przedstawi wyliczenia obiektywnych kosztów niezbędnych do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, które w jego ocenie uzasadniają przekonanie, że oferty złożone przez Konsorcjum Markbud oraz Konsorcjum Sil zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Według Odwołującego na cenę oferty w zakresie utrzymania standardu autostrady A1 decydujący wpływ mają następujące czynniki cenotwórcze:

- A. koncepcja wykonania usługi (stanowiąca pozacenowe kryterium oceny ofert)
- B. koszty bezpośrednie (koszty robocizny, materiału podstawowego oraz sprzętu)

Ad A.

18

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią SIWZ koncepcja wykonania usługi stanowi

istotny element oferty i będzie stanowił integralną część zawartej umowy.

Odwołujący zrehabilitował, że Konsorcjum Markbud w ofercie złożyło koncepcję zawierającą m.in. następujące zobowiązania:

- Program działań nr 1 „Objazdy Drogi” – dokonywanie objazdów drogi przez 24h/dobę z częstotliwością co 2 godziny w ciągu dnia (od godz. 6:00 rano do godz. 22:00) i co 4 godz. w ciągu nocy (od godz. 22:00 do godz. 6:00 rano);
- Program działań nr 2.1 „Zimowe utrzymanie Drogi” – likwidacja skutków wskazanych w koncepcji w czasie o 1 godzinę krótszym niż wymagany obligatoryjnie;
- Program działań nr 2.2 „Utrzymanie zieleni” – skrócenie czasu na doprowadzenie do standardu roślinności niskiej (trawy) o 1 jeden dzień w stosunku do wymaganego obligatoryjnie;
- Program działań nr 2.3 „Utrzymanie czystości na Drodze” – skrócenie o 1 godzinę czasu doprowadzenia do standardu utrzymania porządku i czystości w koronie drogi, na drodze o innej funkcji niż krajowa oraz na MOP w stosunku do wymaganego obligatoryjnie;
- Program działań nr 2.4 „Utrzymanie urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego” – doprowadzenia do standardu urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego w czasie o 1 dzień krótszym niż wymagany obligatoryjnie;
- Program działań nr 3 – „Działania w zakresie zagrożenia” – do zabezpieczenia zdarzenia w sytuacjach wymagających doraźnej interwencji służb utrzymaniowych, tj. w przypadku: kolizji, wypadku, utraty przepustowości (zator) drogi wskutek opadów śniegu, martwego, rannego lub przebywającego na drodze zwierzęcia w czasie 30 minut od wystąpienia sytuacji stwarzającej zagrożenie bezpieczeństwa ruchu drogowego.

Odnosnie zobowiązań podjętych w ramach programów działań nr 1 i 3 rozpatrywanych łącznie Odwołujący podniósł, że biorąc pod uwagę, że łączna długość odcinka drogi A1 będącej przedmiotem zamówienia wraz z dojazdem z OUA Sosnowiec przekracza długość 44 kilometrów, zabezpieczenie zdarzenia w ciągu 30 min. wymaga posiadania (24 godziny na dobę) przynajmniej jednej dodatkowej – w porównania z innymi wykonawcami, którzy zadeklarowali 90 min. czas reakcji. Tym samym Wykonawca w celu jest zmuszony do ponoszenia większych kosztów związanych z dodatkowym sprzętem, kosztami jego eksploatacji i zatrudnieniem dodatkowych pracowników.

Ad B.

B1 koszty robocizny

Odwołujący przytoczył postanowienia specyfikacji:

19

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

- pkt 10.3 SIWZ, nakazujący w cenie oferty uwzględnić koszty pracy, których wartość nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego według obowiązujących przepisów, niezależnie od tego, czy osoby skierowane do wykonania zamówienia zatrudniane są na podstawie umowy o pracę czy umów cywilnoprawnych;
- pkt 3 OPZ, nakazujący wykonawcy zapewnić niezbędną liczbę pracowników, w tym kierownika utrzymania (koordynatora kontraktu), dyżurnych (dyżur 24h/dobę), brygady dostosowane do wykonywanych zadań oraz zgodnie z obowiązującymi przepisami BHP w rozróżnieniu na patrolowe oraz interwencyjne lub robocze, w składzie dostosowanym do zakresu wykonywanych prac;
- dotyczące wymagań odnośnie pracowników w zakresie: przeszkolenia BHP, orzeczenia lekarskiego dopuszczającego do wykonywanej pracy, stosownych uprawnień do kierowania ruchem, przeszkolenia ze znajomości zagadnień z zakresu oznakowania miejsc niebezpiecznych, wyposażenia w odzież roboczą i urządzenia zapewniające komunikację z dyżurnym.

Według Odwołującego z pkt 3 OPZ wynika, że w składzie zespołu osobowego niezbędnego do należytego wykonania umowy musi znaleźć się minimum 10 osób z uprawnieniami do kierowania ruchem oraz kierownik utrzymania.

Zdaniem Odwołującego każdy wykonawca będzie musiał ponieść miesięcznie koszty pracownicze w łącznej wysokości 70.868,38 zł {podsumowanie wyliczenia z 3. tabeli}, w tym:

- zatrudnienia zespołu pracowników na 30 etatów (w tym 23 pracowników brygad

patrolowych i interwencyjnych, 4 dyżurnych, 1 kierownika, 1 zastępcę kierownika, 1/3 ochrona informacji niejawnych, 1/3 sprzątaczką OUA, 1/3 osoba adm.-techn.) {obliczenie minimalnej liczby etatów zawiera załącznik nr A1 do odwołania} – łącznie 70.677,58 zł {podsumowanie wyliczenia z 1. tabeli};

- badań lekarskich, szkoleń BHP i pierwszej pomocy medycznej oraz szkoleń w zakresie kierowania ruchem drogowym dwukrotnie dla 29 osób {wg odwołania koszt szkoleń ustalony na podstawie danych WORD w Łodzi – załącznik A3 do odwołania} – łącznie 281,94 zł {podsumowanie wyliczenia z 2. tabeli};
- wyposażenia pracowników brygad patrolowych i interwencyjnych na sezon letni i zimowy w 23 komplety (kurtek i spodni zimowych, spodni i bluz na lato oraz butów) {wg odwołania koszt ustalony na podstawie najtańszych ogólnodostępnych ofert – załącznik A3 do odwołania} – 418,79 zł {podsumowanie wyliczenia z 3. tabeli};

B2 koszty OUA i MOP

Odwołujący przytoczył postanowienia zawarte w pkt 5 OPZ oraz odpowiedź

20

Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16 KIO 1173/16

Zamawiającego na powiązane z tym pytanie nr 172, według których wykonawca:

- ponieść wszystkie koszty związane z utrzymaniem OUA, przy czym roczne koszty energii elektrycznej na terenie OUA Stryków w 2015 r. wynosiły około 50 tys. zł;
- zapewnić całodobową ochronę fizyczną nad obiektami oraz terenem OU, a także zapewnić łączność pracowników ochrony z dyżurnym OU;
- zapewnić utrzymanie bieżącej czystości w obiektach i na terenie OU oraz MOP-ów;
- zapewnić zawarcie umowy z dostawcą oleju grzewczego, przy przewidywanym rocznym zużyciu oleju opałowego ok. 40 tys. litrów, przy czym rozliczenie kosztów ogrzewania będzie dokonywane na podstawie podliczników, a w razie ich braku koszty będą rozdzielane po 50% pomiędzy wykonawcę i GDDKiA

Według Odwołującego każdy wykonawca będzie musiał ponieść miesięcznie koszty utrzymania OUA i MOP-ów w łącznej wysokości 15.305,44 zł {podsumowanie wyliczenia z 5. tabeli, założenia do tych wyliczeń przedstawiono w załączniku A5 do odwołania}, w tym:

- ochrony fizycznej, oleju opałowego, energii elektrycznej, wody i gospodarowania ściekami, wywozu śmieci i nieczystości, podatku od nieruchomości i przeglądów serwisowych dla OUA;
- monitoringu, wywozu śmieci i przeglądów serwisowych dla MOP;
- środków czystości i utrzymania łącza Internet.

B3 koszty paliwa i opłaty drogowe (z wyłączeniem sprzętu do zimowego utrzymania)

Odwołujący podniósł, że:

- ponieważ każdy z wykonawców musi zapewnić z należytą częstotliwością objazdy autostrady przez grupy patrolowe, transport grup interwencyjnych i roboczych oraz dostarczyć niezbędne elementy wyposażenia drogi w celu dokonania koniecznych napraw, ponieść koszty związane z zakupem paliw, eksploatacją samochodów oraz opłatami drogowymi;
- z uwagi na koncepcję wykonania usługi, w tym zobowiązania wynikające z programu 1 i 3, Konsorcjum Markbud w ciągu doby będzie musiało co najmniej dwukrotnie przemierzyć ciąg główny brygadami interwencyjnymi oraz przynajmniej raz uwzględnić przejazdy tzw. mobilnego dyżurnego (zwłaszcza w sezonie zimowym) oraz przejazdy kierownika utrzymania (jego zastępcy) w celu wykonywania uprawnień nadzorczych i kontrolnych.

Według Odwołującego globalne minimalne koszty paliwa, utrzymania i opłat drogowych dla pojazdów niezbędnych do realizacji kontraktu wyniosą łącznie miesięcznie 11.590,59 zł {podsumowanie wyliczenia z 7. tabeli}, w tym:

- koszty paliwa – 10.668,71 zł, przy założonej cenie 3,40 zł za litr ON {oraz krotności objazdów i ich długości dla rodzajów patroli, brygady interwencyjnej, kierownika, jego zastępcy lub dyżurnego rodzajami pojazdów wskazanymi w 6. tabeli};

21

KIO 1173/16

– opłaty za użytkowanie dróg, zużycie i wymiana opon, koszt wymiany oleju, ubezpieczenia OC pojazdów, system GPS i okresowe przeglądy techniczne – łącznie 921,88 zł
{zsumowanie kwot podanych w 7. tabeli, które wyliczono wg założeń przedstawionych w załączniku A6 do odwołania}.

B4 koszty zimowego utrzymania dróg {dalej również: „ZUD”}

Odwołujący wskazał, że na podstawowe, obiektywne koszty ZUD składają się co najmniej 3 kategorie kosztów: 1) pracy sprzętu – paliwo i viatoll, 2) soli drogowej i 3) zatrudnienia pracowników.

Następnie zaprezentował następujące koszty realizacji ZUD w jednym sezonie zimowym, który obejmuje okres od 1 listopada do 31 marca, czyli 5 miesięcy {szczegółowe założenia będące podstawą wyliczeń zaprezentowano w załączniku A7 do odwołania}:

– koszt pracy sprzętu dla utrzymania ciągu głównego, węzłów wraz z łącznicami, obiektów inżynierskich i dróg serwisowych – łącznie 65.752,02 zł {poszczególne kwoty składowe na str. 17 odwołania};

– koszt soli drogowej na potrzeby ciągu głównego przy cenie 170 zł za tonę z dowozem do OUA Sosnowiec – 257.605,49 zł {wg sposobu wyliczenia i założeń na str. 17 odwołania};

– koszt zatrudnienia pracowników (16 kierowców nośników i 2 operatorów ładowarki dla wymaganej liczby nośników z założeniem dwuzmianowej pracy oraz samochodów awaryjnych) – łącznie 199.367,10 zł {posumowanie wyliczenia z 8. tabeli}

Odwołujący podsumował, że w przeliczeniu na miesięczny ryczałt koszt ZUD wynosi 43.560,39 zł, w tym: paliwo i viatoll – 5.479,34 zł, pracownicy – 16.613,93 zł oraz sól – 21.467,12 zł {wartości wskazane w 9. tabeli}

B5 pozostałe niezbędne koszty bezpośrednie

Według Odwołującego pozostałe niezbędne koszty bezpośrednie wyniosą łącznie 31.765,56 zł {podsumowanie z 10. tabeli poszczególnych kosztów}, przy czym wzięto tu pod uwagę następujące pozycje:

- siatka, płotki dla herpetofauny (założono uszkodzenia 50 m na miesiąc),
- słupki prowadzące (założono uszkodzenia 10 sztuk na miesiąc),
- 72 (24+29+19) osadniki do separatorów ,
- czyszczenie nawierzchni po ZUD 1 raz w roku (200 zł za 1 km),
- odbiór padłych zwierząt,
- zbieranie odpadów – zakup sorbentu i utylizacja,
- sprzęt specjalistyczny, wyposażenie samochodów (zakup zagęszczarki, piły, dmuchawy,

22

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

myjki, agregatu),

- wymiana oznakowania pionowego w wyniku wypadków, aktów wandalizmu,
- punktowe elementy odblaskowe U1c (na barierze ochronnej), wymiana na nowe przy uszkodzeniach barier,
- bariery ochronne, barieroporęcze (założono zniszczenie 800 m/rok, koszt 100 zł za m);
- ogrodzenia (w tym bramy 172 szt. i furtki 33 szt. oraz elementy systemu zamykania) – akty wandalizmu, kradzieży, uszkodzenia w wyniku wypadku;
- studzienki rewizyjne i wpusty – akty wandalizmu, kradzieży, uszkodzenia w wyniku wypadku (założono wymianę 1 studzienki na miesiąc);
- OUA np. koszty utrzymania zieleni, koszty odmalowania;
- MOP – koszty napraw, kradzieży i aktów wandalizmu, większe koszty śmieci ;
- przegląd roczny agregatu prądotwórczego;
- komplet znaków do czasowej organizacji ruchu, oznakowanie busów;
- strzały świetlne na samochód;
- naprawy samochodów (6 aut);
- przygotowanie sprzętu do zimowego utrzymania dróg, wymiana gum w pługach, przeglądy solarek, naprawa;
- pracy ładowarki przy ZUD;

- zakup sprzętu GPS i wideo dla ZUD;
- U 21b pacholki;
- wynajmu sprzętu do ZUD pługi, solarki, nośniki (12 zestawów – 5 mies. po 1500,00 zł szt /mies.);
- innego sprzętu niezbędnego do realizacji akcji zima, np. równiarek, sprzętów do odśnieżania MOP-ów, miotły, grabie, łopaty, rękawice;
- obsługi administracyjnej kontraktu, w tym księgowe, kadrowe, koszty zarządu, koszty ubezpieczenia, o którym mowa w pyt. 73;
- samochodów awaryjnych dla patroli i grup interwencyjnych;
- usuwania wypadków np. masy na zimno do zabezpieczenia, naprawy nawierzchni w przypadku, gdy nie obejmuje ich gwarancja ;
- nośnika uniwersalnego z osprzętem określonym w warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymogów sprzętowych (2 szt.);
- wyposażenia pracowników w 3 komputery, telefony komórkowe, wyposażenie biurowe OUA, 3 aparaty, urządzenie wielofunkcyjne z kolorową drukarką;
- kartridże do drukowania.

23

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

W podsumowaniu minimalnych obiektywnych kosztów miesięcznych podano, że 70.868,38 zł (miesięczne koszty pracownicze) + 15.305,44 zł (koszty utrzymania OUA i MOP-ów) + 11.590,59 zł (koszty związane z utrzymaniem pojazdów pracujących przy realizacji kontraktu) + 43.560,39 zł (koszty ZUD) = 189.172,63 zł {ręcznie dopisano „netto”} jako minimalny koszt miesięczny, co po dodaniu 31.765,56 zł {ręcznie dopisano „netto”} pozostałych niezbędnych kosztów bezpośrednich w sumie = 220.938,18 zł {ręcznie dopisano „netto”}. Odwołujący zastrzegł, że powyższe nie zawiera zysku, kosztów ogólnych przedsiębiorstwa ora ryzyk, jakie powinien skalkulować (założyć) wykonawca.

{ad pkt 3 listy zarzutów lit. C uzasadnienia}

Odwołujący w ramach rozważań ogólnych wywiódł w szczególności, co następuje:

Zasada jawności z art. 8 ust. 1 pzp jest podstawową zasadą prawa zamówień publicznych wywodzącą się z zasady przejrzystości określonej w dyrektywie 2014/24/UE, a przejawem tej ostatniej jest udostępnianie wykonawcom w jak największym stopniu informacji o toczącym się postępowaniu na każdym jego etapie.

Przy aktualnym brzmieniu art. 8 ust. 3 pzp warunkiem skutecznego objęcia przez wykonawcę klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w ofertach lub w składanych w toku postępowania jest ich zastrzeżenie z jednoczesnym wykazaniem zasadności takiego zastrzeżenia.

Odwołujący zarzucił, że:

- zastrzeżenie wyjaśnień dotyczących ceny oferty jest bezpodstawne, gdyż przepisy ustawy pzp zabraniają wykonawcom utajnienia elementów cenotwórczych pozwalających sklasyfikować wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- choć ukształtowanie ceny końcowej ma swoje źródła w aspektach właściwych danemu wykonawcy (np. dostawcy materiałów, zniżki, kredyty kupieckie, podwykonawcy, know-how etc.), nie oznacza to jednak, że mają one wartość gospodarczą uzasadniającą ich utajnienie;
- uzasadnienie utajnienia jest ogólnikowe i nie wykazuje spełniania przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym nie zostało poparte dowodami zawarte tam stwierdzenie, że *Ostateczna kalkulacja i wszystkie elementy kalkulacji znane są jedynie członkom zarządu Markbud i konsorcjantowi*;
- badanie spełnienia przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający powinien odnieść nie do wyjaśnień jako całości (jak to uczynił), ale do poszczególnych informacji, np. poszczególnych kalkulacji, a odtajnieniu podlega przedstawienie założeń wskazanych przez ustawodawcę lub wynikających z s.i.w.z. (jak to ma miejsce w tym postępowaniu);

24

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

– wyłącznym powodem poczynionego zastrzeżenia jest wyłącznie zamiar uniemożliwienia innym wykonawcom skonfrontowania informacji zawartych w wyjaśnieniach z wymaganiami zawartymi w s.i.w.z.

{KIO 1173/16}

1 lipca 2016 r. Odwołujący – „GNOM” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, „N.R” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia {„Konsorcjum Gnom”} wniósł w formie pisemnej {pismem z 29 czerwca 2016 r.) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od rozstrzygnięcia postępowania w zadaniu nr 2 w zakresie objętym zarzutami odwołania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 23 ust. 1 oraz art. 46 ust 4a i 5 – przez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu Konsorcjum Markbud, które nie wniosło w wymaganym terminie wadium zabezpieczającego złożonej przez nie oferty.
2. Art. 90 ust. 1 – przez zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, czy oferty złożone przez Konsorcjum Markbud oraz Konsorcjum Sil nie zawierają ceny, która nosi znamiona rażąco niskiej ceny, pomimo że zaszyły ku temu obligatoryjne przesłanki określone w tym przepisie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum Markbud.
2. Powtórzenia badania i oceny ofert, w tym wykluczenia z postępowania Konsorcjum Markbud oraz odrzucenia jego oferty, a także przeprowadzenia wyjaśniającej, czy oferty złożone przez Konsorcjum Markbud oraz Konsorcjum Sil nie zawierają ceny, która nosi znamiona rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów w szczególności podnosząc następujące okoliczności prawne i faktyczne jako uzasadniające wniesienie odwołania.

{ad pkt 1 listy zarzutów lit. A uzasadnienia}

Odwołujący podniósł dokładnie te same okoliczności, co przy analogicznym zarzucie w sprawie o sygn. akt KIO 1172/16.

25

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

{ad pkt 2 listy zarzutów lit. B uzasadnienia}

Odwołujący podał, że:

- cena oferty Konsorcjum Markbud wynosi 31.967.740,54 zł, cena oferty Konsorcjum Sil wynosi 34.281.034,01 zł;
- Zamawiający oszacował wartość zamówienia na 40.063.353,84 zł, a bezpośrednio przed otwarciem ofert poinformował, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 49.277.925,22 zł, czyli wartość zamówienia powiększoną o kwotę obowiązującego w dniu składania ofert dla przedmiotu zamówienia podatku VAT wg stawki 23%, co oznacza, że 70% tej ostatniej kwoty wynosi 34.494.548,00 zł;
- ceny ofert Konsorcjum Markbud i Konsorcjum Sil są niższe od wartości szacunkowej powiększonej o podatek VAT o odpowiednio 35,13% i 30,43%.

Odwołujący wskazał, że według art. 90 ust. 1 pzp zamawiający ma obowiązek przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego w przypadku, gdy cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Odwołujący przywołał orzecznictwo Izby, w którym użyte w art. 90 ust. 1 pzp określenie „wartość zamówienia” jest interpretowane jako wartość szacunkową udzielanego zamówienia (a więc po odliczeniu wartości zamówień uzupełniających), do której jednakże, w celu zapewnienia jej porównywalności z wartością ofert złożonych w postępowaniu, należy doliczyć kwotę podatku VAT właściwą dla danego przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucił, że w tych okolicznościach Zamawiający na ruszył art. 90 ust. 1 pzp, gdyż miał obowiązek wszcząć procedurę wyjaśniającą, czy powyższe oferty nie zawierają ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia.

{KIO 1170/16, KIO 1172/16, KIO 1173/16}

Zamawiający 1 lipca 2016 r. wysłał pocztą kurierską kopie odwołań, a wykonawcy otrzymali je 4 lipca 2016 r.

6 lipca 2016 r. do Prezesa Izby wpłynęły w formie pisemnej zgłoszenia przystąpień do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego {wszystkie pisma datowane na 5 lipca 2016 r.}:

26

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

- Konsorcjum Markbud do wszystkich spraw;
- Konsorcjum Sil do wszystkich spraw;
- Konsorcjum Gnom do sprawy z odwołania AVR.

Powyższe przystąpienia zostały zgłoszone w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu (od przekazania kopii odwołania przez Zamawiającego) i wymogu przekazania jego kopii stronom danego postępowania, a co do przystąpienia Konsorcjum Markbud we wszystkich sprawach oraz przystąpień Konsorcjum Sil w sprawach z odwołań Konsorcjum Gnom nie zgłoszono także opozycji.

Izba oddaliła opozycje przeciwko przystąpieniom Konsorcjum Gnom i Konsorcjum Sil zgłoszone przez Odwołującego AVR, gdyż nie uprawdopodobnił on, że konsorcja te nie mają interesu w oddaleniu jego odwołania.

Zamawiający nie uznał zarzutów żadnego z odwołań, a na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępujących złożył odpowiedzi na odwołania {datowane na 12 lipca 2016 r.}, wnosząc o oddalenie w całości każdego z odwołań oraz podając uzasadnienie stanowiska w odniesieniu do poszczególnych zarzutów odwołań.

Ponieważ żadne z odwołań nie zawierało braków formalnych, a wpisy od nich zostały uiszczone – podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby którekolwiek z odwołań podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępujących nie zostały również złożone w tym zakresie odmienne wnioski.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego obie sprawy zostały skierowane do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający podtrzymali dotychczasowe stanowiska {z tym że Odwołujący wycofał jeden ze szczegółowych zarzutów, co poniżej odnotowano}.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Odwołujących, Zamawiającego i Przystępujących) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniach, piśmie Odwołującego AVR z 12 lipca 2016 r., odpowiedziach na odwołania, zgłoszeniach przystąpień, piśmie Przystępującego Konsorcjum Markbud z 12 lipca 2016 r., a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

27

KIO 1173/16

Odwołania w sprawach o sygn. akt KIO 1170/16 i KIO 1173/16 zasługują na uwzględnienie z uwagi na potwierdzenie się jednego z zarzutów. Odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1172/16 podlega oddaleniu w całości.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożyli oferty. Jednocześnie objęte zarzutami odwołania naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp dotyczą wyżej sklasyfikowanych ofert, co naraża Odwołujących na szkodę, gdyż w przeciwnym razie mogliby liczyć na uzyskanie odpłatnego zamówienia publicznego.

Izba zaznacza, że wszystkie sprawy zostały rozpoznane w granicach podniesionych w poszczególnych odwołaniach zarzutów. Z art. 192 ust. 7 pzp wynika bowiem, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiadała się w tym przedmiocie. W szczególności w wyroku z 1 grudnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1633/09) Izba wskazała: *Zarzut protestu lub odwołania stanowi zatem wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego (arg. z art. 180 ust. 1 Pzp) oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie protestu*. Z kolei w wyroku z 25 lipca 2013 r. (sygn. akt KIO 1653/13) Izba stwierdziła: *O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna, szczególnie, że ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu żądania odwołania*. Przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie {zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja

28

Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16 KIO 1173/16

2012 r. (sygn. akt XII Ga 92/12)). Tym bardziej nie stanowi sprecyzowania zarzutu przywołanie i cytowanie wypowiedzi doktryny i orzecznictwa, jeżeli nie wiadomo, jaki miałyby to mieć związek ze sprawą, z uwagi na brak podania okoliczności dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia, którego dotyczy odwołanie.

Z uwagi na art. 192 ust. 7 pzp podjęte przez Odwołującego AVR próby rozszerzenia zakresu sporu w stosunku do zarzutów zawartych w odwołaniu nie miała wpływu na zakres kognicji Izby w tej sprawie, gdyż wszystkie zarzuty zostały rozpoznane w takim zakresie, w jakim zostały podniesione, czyli biorąc pod uwagę opisane w odwołaniu okoliczności faktyczne dotyczące skarżonych czynności lub zaniechań Zamawiającego.

{KIO 1170/16, KIO 1173/16}

I. zarzuty dot. niewezwania do wyjaśnień ceny oferty
{pkt 1, 3, 4 listy zarzutów oraz pkt I uzasadnienia odwołania AVR
pkt 2 listy zarzutów oraz lit. B uzasadnienia odwołania Konsorcjum GNOM}

Zarzuty okazały się zasadne.

Niesporne było, że ceny ofert Konsorcjum Markbud i Konsorcjum Sil w zadaniu nr 2 oraz cena oferty Konsorcjum Gnom w zadaniu nr 1 były niższe o co najmniej 30%

(w stosunku do ustalonej przez Zamawiającego dla danego zadania wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług (w obydwu odwołaniach wskazano adekwatnie te wielkości), a jednocześnie, że ceny tych ofert są niższe mniej niż 30% od średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w danej części zamówienia.

Zdaniem Zamawiającego istotne znaczenie ma jednak fakt, że ceny tych ofert nie są niższe o 30% od wartości zamówienia, która stanowi punkt odniesienia według obowiązującego brzmienia art. 90 ust. 1 pzp. Zamawiający powołał się również na uzyskane stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych (w piśmie z 22 kwietnia 2015 r.), że w przepisie tym chodzi o wartość kwotową odzwierciedlającą cenę oferty (kwotę brutto) oraz wartość kwotową odzwierciedlającą wartość zamówienia (kwotę netto), co pozwala obliczyć różnicę procentową właściwą dla różnicy pomiędzy tymi wartościami. Ponadto Zamawiający zwrócił uwagę, że dopiero po wejściu w życie nowelizacji ustawy pzp z 22 czerwca 2016 r. zaistnieje obowiązek wezwania do wyjaśnień jeżeli cena oferty będzie niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

29

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

Brzmienie art. 90 ust. 1 pzp obowiązujące dla tego postępowania jest następujące:
Jeżeli cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich /złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie {okoliczności wymienionych następnie w pkt 1 i 2}.

Od wejścia w życie przepisu w powyższym brzmieniu w doktrynie i orzecznictwie jednolicie wskazywano, że przy interpretacji kryterium ceny oferty niższej o 30% od „wartości zamówienia” nie można ograniczać się do wykładni językowej, gdyż prowadzi ona do nieracjonalnych rezultatów – nakazuje porównywanie wartości nieporównywalnych. Skoro według ustawy pzp cena to kwota obejmująca podatek od towarów i usług (zgodnie z definicją z ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług, do której odesłano w art. 2 pkt 1 pzp), a wartość zamówienia według art. 32 ust. 1 pzp takiego podatku nie zawiera, przed ich porównaniem należy wpierw wartość zamówienia powiększyć o podatek od towarów i usług w odpowiedniej wysokości. Celem regulacji było bowiem określenie jednolitych, uniwersalnych i jednoznacznych dla wszystkich postępowań kryteriów, których zaistnienie obliguje zamawiającego do wszczęcia postępowania wyjaśniającego odnośnie ceny oferty. Natomiast porównywanie wartości brutto (ceny oferty) z wartością netto (wartość zamówienia) oznaczałoby, że zakres akceptowalnego obniżenia ceny w stosunku do założonych kosztów realizacji zamówienia faktycznie znacząco by się zwiększył. Dla większości postępowań uwzględnienie w cenie oferty wartości VAT wg stawki podstawowej 23% nie powodowałoby konieczności jej weryfikacji, nawet w sytuacji istnienia znacznie większej niż 30% różnicy pomiędzy założonym przez zamawiającego kosztem realizacji zamówienia a ceną oferty. Przy literalnej wykładni wprowadzone kryterium nie byłoby jednolite dla wszystkich postępowań, gdyż faktycznie jego spełnienie zależałoby od tego, jaka stawka VAT jest właściwa dla przedmiotu zamówienia. Im niższa stawka podatku VAT właściwa dla przedmiotu zamówienia, tym porównywanie ceny oferty z wartością zamówienia dawałoby bardziej wymierne rezultaty, jednak w pełni adekwatne byłoby wyjątkowo, w sytuacji zwolnienia przedmiotu zamówienia z podatku VAT. Ponieważ literalne brzmienie art. 90 ust. 1 pzp nie uwzględnia również sytuacji, gdy zamówienie objęte zamówieniem stanowi część zamówienia, w niektórych postępowaniach zachodziłaby konieczność wszczynania postępowania wyjaśniającego nawet wtedy, gdy cena ofertowa byłaby wygórowana i nie budziłaby najmniejszych wątpliwości, gdyż zestawiana byłaby z wartością

30

zamówienia, przy której ustaleniu przepisy pzp nakazują uwzględnić wszystkie części zamówienia. Jak wynika z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp, celem postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 90 pzp, jest ustalenie, czy cena oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Badany jest zatem stosunek ceny ofertowej do wartości danej dostawy, usługi czy robót budowlanych opisanych w s.i.w.z. Skoro zgodnie z obowiązującymi przepisami podatkowymi dana dostawa, usługa czy roboty budowlane obłożone są podatkiem VAT, punktem odniesienia dla rozpoczęcia badania ceny ofertowej uwzględniającej ten podatek musi być szacowane wynagrodzenie wykonawcy również obejmujące ten podatek.

Stanowisko, że wskazaną w art. 90 ust. 1 pzp jako punkt odniesienia do porównania z ceną oferty „wartość zamówienia” należy interpretować jako wartość szacunkową udzielanego zamówienia (z odliczeniem wartości przewidywanych zamówień uzupełniających), do której należy doliczyć kwotę podatku VAT właściwą dla danego przedmiotu zamówienia, wyrażono między w wyrokach Izby wydanych: 6 lutego 2015 r. (sygn. akt KIO 148/15), 9 lutego 2015 r. (sygn. akt KIO 165/15), 27 marca 2015 r. (sygn. akt KIO 500/15), 4 maja 2015 r. (sygn. akt KIO 818/15). Jest ono również podzielane w doktrynie {zob. J.E. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. II LEX 2015, teza 2 komentarza do art. 90; W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. VI LEX 2014, teza 3 komentarza do art. 90}.

Warto także zauważyć, że w zamieszczonej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych opinii pt. *Rażąco niska cena w świetle obowiązujących od dnia 19 października 2014 r. przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych* nawiązano do wyroku Izby z 23 września 2014 r. (sygn. akt KIO 1883/14), jako pierwszego odnoszącego się do nowego wówczas brzmienia art. 90 ust. 1 pzp, w szczególności zaznaczając, że Izba orzekła w nim, że zamawiający nie był zobowiązany do wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, gdyż oferta tego wykonawcy nie była niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen ofert ani nie była niższa o 30% względem kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na wykonanie zamówienia.

Zdaniem Izby nowelizacja brzmienia art. 90 ustawą z 22 czerwca 2016 r. stanowi wyłącznie przejaw skorygowania niefortunnego dotychczasowego brzmienia przepisu w sposób odpowiadający powyższej interpretacji wypracowanej w doktrynie i praktyce orzecznictwa.

Ponieważ naruszenie art. 90 ust. 1 pzp miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia w zadaniu nr 2, zasadność powyższego zarzutu przesądza

31

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

o uwzględnieniu obydwu odwołań i konieczności nakazania przeprowadzenia procedury przewidzianej w tym przepisie w stosunku do Konsorcjum Markbud i Konsorcjum Sil.

Odmienne sytuacja przedstawia się w zadaniu nr 1, gdzie zaniechanie wezwania Konsorcjum Gnom nie miało wpływu na wynik postępowania, stąd analogiczny zarzut odwołania AVR, choć zasadny, w tym przypadku nie mógł spowodować uwzględnienia odwołania.

{KIO 1170/16, KIO 1172/16, KIO 1173/16}

II. zarzuty odwołań dot. wadium

{pkt 5 listy zarzutów oraz pkt II uzasadnienia odwołania AVR
pkt 1 listy zarzutów oraz lit. B uzasadnienia odwołań Konsorcjum GNOM}

Zarzuty okazały się niezasadne.

Niesporne było, że Bank Spółdzielczy w Poddębicach z siedzibą w Poddębicach jako Gwarant w wystawionych 19 kwietnia 2016 r. w Poddębicach Gwarancji bankowej wadialnej nr 5/16/000/G oraz Gwarancji bankowej wadialnej nr 4/16/000/G 02GG35/022/15/0024 (złożonych przez Konsorcjum Markbud Zamawiającemu tytułem zabezpieczenia zapłaty wadium odpowiednio w zadaniach nr 1 i 2):

– jako Zleceniodawcę określił Markbud sp. z o.o. z siedzibą w Poddębicach, a jako Beneficjenta Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad reprezentowanego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi;

– w odpowiedzi na ogłoszony przez Beneficjenta przetarg (którego nazwę oraz nazwę zadania, którego dana gwarancja dotyczy dokładnie podano) oraz w związku ze złożeniem przez Zleceniodawcę oferty w powyższym postępowaniu, działając na zlecenie nieodwołalnie i na rzecz Zleceniodawcy, zagwarantował bezwarunkowo dokonać Beneficjenta płatności z tytułu wadium do kwoty (właściwej dla danego zadania) na pierwsze pisemne żądanie zapłaty zawierające oświadczenie, że zaistniał co najmniej jeden z przypadków określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, tj. (po czym podano treść przesłanek z art. 46 ust. 4a i ust. 5 pkt 1-3 pzp z użyciem zamiast określenia „wykonawca” zdefiniowanego na wstępie określenia „Zleceniodawca”);

Ponadto Izba stwierdziła, że podnoszone w odwołaniach Konsorcjum Gnom zdanie (Gwarancja *jest ważna tylko w stosunku do oferty Zleceniodawcy wskazanej w gwarancji.*) oznacza, że gwarancja może być złożona tytułem wadium wyłącznie dla oferty składanej

32

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

w postępowaniu, o którym mowa wcześniej w treści gwarancji, a nie, że jest ważna wyłącznie w stosunku do zleceniodawcy wskazanego w jej treści.

Zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Ponadto zamawiający zgodnie z art. 46 ust. 5 pzp zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana: 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie; 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy; 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Podstawa wykluczenia wykonawcy opisana w powyższym przepisie odnosi się również do przypadku, gdy wniesione wadium jest nieprawidłowe i z tego względu uznawane jest za niewniesione w rozumieniu przepisów ustawy.

Definiując przypadki nieprawidłowości wadium, *a contrario* wskazać można, że prawidłowe wadium należy uznać takie, które zostało wniesione zgodnie z przepisami ustawy i które *de facto* i *de iure* zabezpiecza opisane w ustawie interesy zamawiającego. Każde wniesienie wadium do zamawiającego w stosownym terminie, w wymaganej wysokości i na odpowiedni okres, w formach w ustawie określonych, pokrywające i zabezpieczające interesy zamawiającego w postaci możliwości uzyskania lub zatrzymania kwoty wadialnej w pełnym zakresie opisanym ustawą (art. 46 ust. 4a i 5 pzp), a także zgodne z odrębnymi przepisami regulującymi np. wystawianie gwarancji bankowych, ubezpieczeniowych czy innych form wadialnych, winno być zakwalifikowane jako niedające podstaw do zastosowania przesłanki wykluczenia wykonawcy wskazanej w art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp.

Według art. 23 ust. 1 ustawy pzp wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie

33

zamówienia (jako tzw. konsorcjum). Zgodnie z ust. 2 tego przepisu w takim przypadku wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Natomiast ust. 3 stanowi, iż przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust. 1.

Powyższa regulacja oznacza, iż wszystkie działania, zaniechania czy cechy jednego wykonawcy wywierają skutki prawne względem wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wspólnie i względem ich wspólnej oferty oraz jej zabezpieczeń. Dotyczy to np. instytucji: zakazu składania więcej niż jednej oferty w postępowaniu (w jakiegokolwiek konfiguracji konsorcjalnej, przez wszystkich wykonawców razem i każdego z osobna); wykluczenia wszystkich wykonawców z postępowania, nawet jeżeli przesłanki wykluczenia opisane w art. 24 ust. 1 ustawy pzp dotyczą tylko jednego z nich, a pozostali spełniają wszystkie warunki udziału w postępowaniu; a także samego wzywania i składania wszelkich wyjaśnień i uzupełnień przez wszystkich wykonawców wspólnie, nawet jeżeli uzupełnienia te i wyjaśnienia dotyczą tylko jednego z nich i ten tylko faktycznie je składa. Innymi słowy, w przypadku ubiegania się o zamówienie przez konsorcjum, czynności w postępowaniu wykonawcy wykonują i mogą wykonywać tylko i wyłącznie wspólnie. (oczywiście chodzi tu o czynności konwencjonalne wywołujące skutki prawne – dla wszystkich wykonawców razem i każdego z osobna, a nie czynności faktyczne czy techniczne). Tak więc to wszyscy wykonawcy składają ofertę, podpisują umowę lub odmawiają jej podpisania, uzupełniają dokumenty lub zaniechują ich uzupełnienia (nawet jeżeli dokumenty uzupełniane dotyczą tylko jednego z nich i faktycznie lub technicznie dokumenty tylko ten wykonawca przesyła). Każda czynność lub zaniechanie wykonawcy składającego ofertę wspólną jest czynnością wszystkich wykonawców ubiegających się razem o zamówienie – i na odwrót.

Przy tego typu ustawowej konstrukcji wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia odpowiedzialność konsorcjantów rzeczywiście nabiera cech solidarności przypominającej instytucję solidarności dłużników zastaną na gruncie prawa cywilnego. Fakt wspólnego złożenia oferty w postępowaniu, zobowiązujący do zaciągnięcia zobowiązania ostatecznego umowy i wykonywania w postępowaniu wszelkich czynności przewidywanych przez ustawę, które zawarcie umowy warunkują, w zestawieniu z powoływanymi przepisami, skutkuje solidarną odpowiedzialnością wykonawców za ich działania lub zaniechania np. takie jak niezawarcie umowy czy nieuzupełnienie dokumentów. *Lex non distinguit*, który z wykonawców faktycznie za taki skutek odpowiada. Pozostali wykonawcy mogą się również uchylić od skutków działań czy zaniechań konsorcjanta, wykonując żądane przez

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

zamawiającego czynności zamiast niego (o ile są w stanie to uczynić), w innym wypadku popadną w zwiłkę, a następnie – kontynuując analogię do solidarności dłużników – wszyscy razem i każdy z osobna pozostaną w stanie niewykonania swoich zobowiązań wynikających ze złożenia oferty w przetargu publicznym.

Nie należy również deprecjonować stanowiska wyrażonego w wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z 12 maja 2006 r. (sygn. akt II CA 489/06) i wyroku Izby z dnia 5 marca 2015 r. (sygn. akt KIO 336/15), według którego źródłem solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów po złożeniu wspólnej oferty jest art. 370 kc w zw. z art. 366 kc.

W uzasadnieniu ww. wyroku sąd wskazał, iż: *Złożenie gwarancji zapłaty wadium przez konsorcjum i to nawet gwarancji wystawionej na rzecz jednego z członka konsorcjum jest wystarczającym zabezpieczeniem oferty konsorcjum (...). Stosownie jednak do przepisu art. 14 p.z.p. do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Wobec tego uregulowania nie ma przeszkód, aby przyjąć, że członkowie konsorcjum ubiegający się o zamówienie wspólnie odpowiadają solidarnie także za zobowiązanie zawarcia umowy w przypadku wyboru ich oferty, a zatem*

solidarnie ponoszą konsekwencje powstania sytuacji, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek z członków konsorcjum, w tym lidera konsorcjum. Złożenie oferty i ubieganie się o zamówienie publiczne wspólnie przez konsorcjum wykonawców jest bowiem równoznaczne z ich mienia zaciągnięciem zobowiązania dotyczącego wspólnego w rozumieniu art. 370 k.c., powstanie solidarnej powodującej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania zawarcia umowy o zamówienie publiczne. W sytuacji kiedy do zawarcia umowy nie doszłoby z przyczyn leżących po stronie lidera konsorcjum, zamawiający może skutecznie domagać się realizacji gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium od gwaranta z tytułu tej gwarancji wystawionej dla solidarnie zobowiązanego do zawarcia umowy członka konsorcjum ubiegającego się o zamówienie.

W świetle przepisów art. 23 ustawy gwarancje wadium opisane w treści odwołań i złożone w takich okolicznościach faktycznych, jak tam podawane, dotyczą wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub wyrażając się ściślej: obejmuje i zabezpiecza wszystkie przypadki przypadku wadium opisane w art. 46 ust. 4a i 5 pzp, niezależnie od tego, czy wykonawca składał następnie ofertę samodzielnie czy wspólnie z innymi podmiotami.

Iżba jeszcze raz podkreśla, że w przypadku uchylenia się od ustawowych

35

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

obowiązków przez jednego konsorcjanta, uchylić się od tych obowiązków również pozostali. Dla przypomnienia, zgodnie z art. 23 ust. 3 pzp przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Skoro więc obowiązki wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 pzp dotyczą wykonawcy, odpowiednio dotyczą również wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia traktowanych w określonych sytuacjach jak jeden wykonawca. Tranzytywność obowiązków ustawowych i odpowiedzialność za ich niedopełnienie jest w tym przypadku następująca: umowę w sprawie zamówienia można zawrzeć jedynie z wykonawcą (wykonawcami) wybranym w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 10 ust. 1 pzp); tym samym w przypadku, gdy np. jeden z konsorcjantów uchyli się od jej zawarcia na warunkach określonych w ofercie (art. 46 ust. 5 pkt 1 pzp), nie można zawrzeć umowy ze wszystkimi wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, do czego się zobowiązywali, składając wspólnie ofertę; a więc od zawarcia zgodnej z przepisami ustawy umowy uchyłają się wszyscy wykonawcy (każdy wykonawca) składający ofertę.

Można dodać, iż zamawiający wzywa do podpisania umowy wszystkich wykonawców łącznie i poza jego zainteresowaniem pozostaje, z przyczyny którego z nich zawarcie umowy nie może nastąpić. Skutek jest w tym przypadku zawsze ten sam – wykonawcy (w tym i wykonawca wskazany w gwarancji) ważnej umowy w sprawie zamówienia nie zawierają, i nieważne jest, z jakich przyczyn uchyłają się od jej podpisania.

Niezwykle istotna jest w tym przypadku prawidłowa interpretacja przesłanek zatrzymania wadium opisanych w art. 46 ustawy pzp. Okoliczności tam wskazanych nie należy wyklądać dosłownie. I tak termin „podpisanie” użyty w ww. przepisie nie należy rozumieć jako czynności technicznej złożenia podpisu pod dokumentem umowy, ale jako zaciągnięcie zobowiązania umownego, a takowe mogą wykonawcy zaciągnąć w tym przypadku tylko wspólnie. Również „odmówienie” nie musi polegać wcale na dosłownym oświadczeniu wykonawcy odzwierciedlającym jego woluntarystyczną decyzję, że zobowiązania umownego nie zaciągnie (nie podpisze). Za odmowę zawarcia umowy należy również uznać brak zaciągnięcia zobowiązania umownego pomimo wezwań zamawiającego (np. z powodu niemożliwości jego zaciągnięcia spowodowanego działaniami partnera biznesowego, z którym to zobowiązanie można zaciągnąć tylko wspólnie – bez znaczenia w tym przypadku pozostaje, czy odmowa taka przybierze postać: odmówienia przez brak odpowiedzi na wezwanie, odmówienia bez podania powodów czy też odmówienia zaciągnięcia zobowiązania umownego ze wskazaniem, że wykonawca umowę chciałby zawrzeć, ale nie może tego uczynić z powodu niesolidności jego konsorcjantów).

Tym samym, jak już wskazano, w przypadku wezwania przez zamawiającego

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

do zaciągnięcia zobowiązania umownego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego i „odmowy” jednego z nich, „odmówią” również wszyscy pozostali. W konsekwencji jak najbardziej aktualizuje się tu przesłanka wypłaty sumy gwarantowanej opisana w gwarancji. Zamawiający może więc złożyć wystawcy gwarancji rzetelne oświadczenie o uchyleniu się przez zlecającego gwarancję od zawarcia umowy czy nieuzupełnieniu dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 3 pzp – będzie to oświadczenie prawdziwe w stosunku do każdego wykonawcy składającego wspólnie ofertę, a więc także w stosunku do wykonawcy wymienionego w treści gwarancji.

Podobnie, na zasadzie obciążenia wszystkich wykonawców wspólnie składających ofertę skutkami zaniechań jednego wykonawcy, rozpatrywać należy pozostałe przesłanki zatrzymania wadium wskazane w art. 46 ust. 4a i 5 pzp.

Odnosząc powyższe do konstrukcji kwestionowanych gwarancji wadialnych, czy nawet dominującego kształtu gwarancji występujących w obrocie, wskazać można, że gwarant nie będzie miał żadnych podstaw do odmówienia płatności z tytułu gwarancji, gdy zamawiający złoży mu oświadczenie, o którym mowa w gwarancji. W ocenie Izby gwarant nie powinien podważać stanowiska i oświadczenia beneficjenta gwarancji (zamawiającego), że wykonawca w jej treści wskazany odmówił zawarcia umowy, na przykład ze względu na fakt, iż inaczej interpretuje okoliczności i postać ww. odmowy. Analogicznie gwarant nie ma żadnych podstaw do badania zaistnienia rozbudowanych przesłanek zatrzymania wadium opisanych w art. 46 ust. 4a pzp. Mimo że przecież zawsze mógłby stwierdzić nawet w przypadku jednoosobowego ubiegania się o udzielenie zamówienia przez jego klienta – iż uznaje, że przyczyny nieuzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 3 pzp nie leżały po stronie wykonawcy lub nie zaszła tu przesłanka doprowadzenia do niemożliwości zawarcia umowy... etc.

Odnosząc interpretacji samego dokumentu gwarancyjnego, Izba przyznaje, że powinien być sformułowany jasno i nie budzić wątpliwości interpretacyjnych. Nie oznacza to jednak, że w ogóle nie jest czy nie może być interpretowany. Wręcz przeciwnie: każde odczytanie jakiegokolwiek tekstu i jego określone zrozumienie, oznacza jego interpretację niezbędną dla przypisania mu jakiegoś znaczenia (mniej lub bardziej uświadomioną). W świetle powyższego stanowiska, że *omnia sunt interpretanda, paremia clara non sunt interpretanda* oznacza li tylko dorozumiany prymat wykładni literalnej i brak potrzeby dokonywania na tekście normatywnym żadnych dodatkowych zabiegów interpretacyjnych. Również sformułowania gwarancji wadialnej w postaci gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej (szczególnie w zakresie opisu przesłanek zatrzymania wadium) mogą jak najbardziej podlegać interpretacji wykonywanej w procesie przypisywania im określonego

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

znaczenia – i jakkolwiek w tym przypadku nie jest to wykładnia literalna i intuicyjna (bo zakłada konieczność ich odniesienia do instytucji ustawowych), nie oznacza to jednak, że budzą jakieś wątpliwości i problemy interpretacyjne.

I tak gwarancja bankowa wystawiona na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, powielająca sformułowania ustawowe i odwołująca się do przepisów ustawy pzp w opisie przesłanek zatrzymania wadium (tak jak gwarancje rozpatrywane w przedmiotowym postępowaniu) winny być interpretowane z uwzględnieniem powyższego, tzn. przesłankom zatrzymania wadium opisanym w gwarancji należy nadawać takie samo znaczenie jak takim samym przesłankom ustawowym (interpretację przepisów art. 46 ust. 4a i 5 ustawy przedstawiono powyżej).

Interpretacja przedmiotowej gwarancji dokonywane przez Odwoływających mogłyby więc być zasadne tylko w wypadku, gdyby był to dokument wystawiany nie dla celów przetargu publicznego i zabezpieczenia przesłanek zatrzymania wadium opisanych w pzp, ale dla jakiś innych procedur nienormowanych przez jej przepisy. W takim wypadku, bez

uwzględniania ustawowej instytucji wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, rzeczywiście możliwe byłoby uznanie, że istnieje jakieś rozdzielne „odmówienie podpisania” umowy lub „nieuzupełnienie dokumentów” przez wykonawcę opisanego w treści gwarancji oraz przez jego niewymienionych w treści gwarancji konsorcjantów.

W konsekwencji należy uznać, że wystawiając gwarancje wadialne na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, znające przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych banki lub towarzystwa ubezpieczeniowe, które nie chcą zabezpieczać działań lub zaniechań wykonawcy zlecniodawcy gwarancji, spowodowanych zaniechaniami jego ewentualnych konsorcjantów, powinny wyraźnie wykluczyć powyższe w ich treści.

Ponadto należy podkreślić, że sądy okręgowe i Krajowa Izba Odwoławcza, a wcześniej jeszcze orzecznictwo arbitrażowe, od samego początku obowiązywania instytucji tego typu, dosyć konsekwentnie stały na stanowisku, że generalnie prawidłowo wniesione jest wadium w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, w której treści wskazano tylko jednego wykonawcę, który następnie złożył ofertę wspólnie z innymi wykonawcami. Można w tym zakresie wskazać na powoływane już wyżej wyroki: Sądu Okręgowego w Poznaniu z 12 maja 2006 r. (sygn. akt II CA 489/06) i Izby z 5 marca 2015 r. (sygn. akt KIO 336/15); a także wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 1 października 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 408/07); wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 20 maja 2008 r. (sygn. akt V Ca 903/08); wyrok Izby z 4 listopada 2014 r. (sygn. akt KIO 2182/14); wyrok Izby z 6 sierpnia 2014 r. (sygn. akt: KIO 1501/14, KIO 1518/14, KIO 1531/14; wyrok Izby z 11 lipca 2013 r. (sygn. akt KIO 1546/13); wyrok Izby z 12 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1289/13); wyrok

38

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

Izby z 6 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO: 1232/13, 1233/13); wyrok Izby z 5 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 99/09); wyrok Izby z 4 maja 2011 r. (sygn. akt KIO 810/11); i wiele innych.

Krajowa Izba Odwoławcza nie dostrzega powodów do odejścia od powyższej zastanej i ugruntowanej linii orzeczniczej, tym bardziej, że wskazywana przez Odwołującego argumentacja i obawy o brak możliwości zaspokojenia się przez zamawiających „z takiej gwarancji” mają charakter czysto hipotetyczny. Opierają się na analizie i uzasadnianiu powodów dla których gwarant może odmówić wypłaty kwoty gwarantowanej, gdy istnieją dostateczne powody i podstawy prawne (wskazane powyżej), w świetle których gwarant nie może tego uczynić i powinien jak najbardziej kwotę gwarantowaną wypłacić. W postępowaniu nie przedłożono żadnych dowodów z praktyki ubezpieczeniowej, w której takie sytuacje miałyby miejsce. Natomiast bank – wystawca gwarancji dokonał wykładni autentycznej swojego dokumentu w sposób jednoznaczny, zarówno co do znaczenia klauzuli podnoszonej w odwołaniach Konsorcjum, jak i w ogóle skuteczności gwarancji w przypadku złożenia przez oferty przez Markbud wspólnie z innym wykonawcą.

{KIO 1170/16, KIO 1172/16}

III. zarzuty odwołań dot. utajnienia wyjaśnień dotyczących ceny
{pkt 8 listy zarzutów oraz pkt III uzasadnienia odwołania AVR
pkt 3 listy zarzutów oraz lit. C uzasadnienia odwołań Konsorcjum GNOM}

Zarzuty okazały się niezasadne.

W piśmie z 7 maja 2016 r. Konsorcjum Markbud w szczególności podało w szczególności następujące uzasadnienie dla zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących ceny: W pierwszej kolejności wskazano, że podstawą faktyczną utajnienia dokumentów są informacje dotyczące m.in.: sposób kalkulacji ceny, przyjęta liczba pracowników niezbędnych do realizacji umowy, wysokości wynagrodzeń tych pracowników, kosztów nabycia i użytkowania infrastruktury technicznej, przyjętych rozwiązań technicznych, kosztów prac podwykonawców, danych identyfikujących podwykonawców oraz wysokości marży. Następnie opisano, na czym polega wartość gospodarcza tych informacji, w tym że sposób kalkulacji opiera się na know-how zdobytego dzięki wieloletniemu i w warunkach polskich dość unikalnemu doświadczeniu w utrzymaniu autostrady. W ostatniej części

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

stanowić istotną część wartości zamówień, o które się ubiega, a taka wysokość szkody w postaci utraty dochodów miałyby być skutkiem zapoznania się konkurencyjnych podmiotów z utajnionymi informacjami. Podkreślono, że zastrzeżone informacje nie zostały nigdy podane do publicznej wiadomości, nie są publicznie dostępne, a podmioty trzecie nie mogą legalnie wejść w ich posiadanie. Opisano również szereg działań, które poczyniono w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji, w tym sposób ograniczenia kręgu osób mających do nich dostęp i stosowane procedury bezpieczeństwa składające się na organizacyjne i techniczne środki ochrony tych informacji przed ujawnieniem.

Jawność postępowania o udzielenie zamówienia, która jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, wyrażona została w art. 8 ust. 1 pzp. Stąd ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 pzp. Podstawowym wyjątkiem jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa na podstawie art. 8 ust. 3 pzp. Zgodnie z tym przepisem nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Art. 8 ust. 3 pzp odsyła *de facto* do art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, z którego wyprowadza się następujące przesłanki, które muszą wystąpić łącznie: po pierwsze informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, po drugie informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej, po trzecie podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

W poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, nr druku 1653) wskazano, m.in.: *Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem*

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.

Stąd w znowelizowanym art. 8 ust. 3 pzp na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolę zamawiającego w toku badania ofert lub wniosków jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał. Przy czym użyte przez

ustawodawcę sformułowanie, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania”, oznacza coś więcej aniżeli samo wyjaśnienie powodów objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa, najlepiej jeżeli zostanie to udowodnione, a co najmniej musi być przekonująco uprawdopodobnione. Za takie wykazanie nie może być uznawane podanie ogólnikowego uzasadnienia, sprowadzającego się *de facto* do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Konieczne jest przekonujące, skonkretyzowane wyjaśnienie, które wykaże spełnienie przez zastrzeżone informacje przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do wykonawcy, który się na nią powołuje. Ponadto według znowelizowanego przepisu wykonawcy mają obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków. W odniesieniu do informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, a zawartych w dokumentach składanych zamawiającemu w toku postępowania, należy stosować *per analogiam* omówione powyżej reguły postępowania wyrażone w art. 8 ust. 3 pzp, czyli wraz z ich złożeniem należy dokonać zarówno stosowanego zastrzeżenia, jak i wykazać jego zasadność. W konsekwencji zamawiający winien ustalić, czy wykazanie nastąpiło w momencie składania zastrzeganej informacji.

W pierwszej kolejności Izba zauważa, że wbrew temu, co podkreślono w odwołaniu Konsorcjum Gnom, ustawa pzp nie zawiera przepisów odnoszących się do wyjaśnień dotyczących ceny oferty, które *zabraniają wykonawcom utajnienia elementów cenotwórczych, pozwalających sklasyfikować wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego*. Pomińnię powyżej przedostatnie zdanie art. 8 ust. 3 pzp wskazuje jedynie, że nie można zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust 4 pzp, czyli m.in.

41

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

ceny oferty podawanej podczas otwarcia ofert. Wyłącznie cenę oferty oraz inne elementy jej treści, które podlegają ocenie według przyjętych w postępowaniu kryteriów, są podstawą ustalania rankingu ofert od najkorzystniejszej do najmniej korzystnej.

Szczególnie w odwołaniu AVR wiele miejsca poświęcono przywoływaniu czy wręcz cytowaniu wielu orzeczeń, co prawda odnoszących się do problematyki tajemnicy przedsiębiorstwa, z czego jednak niewiele wynika, gdyż nie wiadomo, co konkretnie miałyby wynikać z ukształtowanej w orzecznictwie i szeroko akceptowanej wykładni przepisów (w tym poprzednio obowiązującego brzmienia art. 8 ust. 3 pzp) w okolicznościach tej sprawy, które zostały zdawkowo zaprezentowane.

Abstrahując od powyższych kwestii również pozostałe okoliczności zawarte w obydwu odwołaniach świadczą o tym, że podniesione zarzuty mają niezdecydowany charakter. Odwołujący *de facto* nie kwestionują bowiem możliwości utajnienia wyjaśnień dotyczących ceny, a jedynie domagają się ujawnienia ich w takiej części, w jakiej nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednakże żadne z odwołań nie zawiera okoliczności podważających skuteczność wykazania przez Konsorcjum Markbud, że zawarte w wyjaśnieniach informacje stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa. W szczególności nie jest wystarczająca argumentacja wskazująca na częste nadużywanie przez wykonawców możliwości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w celu utrudnienia weryfikacji ze strony innych wykonawców.

W okolicznościach sprawy zupełnie nieadekwatne jest twierdzenie, że w tym postępowaniu w takim stopniu zostały należało oprzeć się na założeniach podanych w specyfikacji, że nie pozostawiało to miejsca na indywidualną kalkulację, która mogłaby być przedmiotem tajemnicy przedsiębiorstwa danego wykonawcy. Przebieg postępowania odwoławczego, w tym odmienne wyliczenia prezentowane przez poszczególnych uczestników sporu, świadczy o tym, że specyfikacja nie narzucała sposobu kalkulacji miesięcznego ryczałtu za wykonywanie usługi utrzymania wymaganego standardu drogi, pozostawiając wykonawcom pole do popisu.

IV. zarzuty rażąco niskiej ceny

{pkt 8 listy zarzutów oraz pkt IV uzasadnienia odwołania AVR
pkt 2 oraz lit. B uzasadnienia odwołania Konsorcjum Gnom}

Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał, że na sfinansowanie zamówienia w części nr I zamierza przeznaczyć kwotę w wysokości 33.170.236,56 zł.
Na część I zamówienia wpłynęło 17 ofert, średnia arytmetyczna cen wszystkich ofert

42

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

wynosi 28.330.015, 48 zł, a ceny 5 najtańszych ofert wynoszą: 1) 18.989.577,19 zł (Konsorcjum Markbud), 19.523.965,05 zł (Konsorcjum Sil), 21.288.198,04 zł (Konsorcjum Gnom), 23.222.580,86 zł (oferta odrzucona) i 24.081.427,38 zł (AVR).

Zamawiający pismami z 26 kwietnia 2016 r. wezwał w trybie art. 90 ust. 1 pzp Konsorcjum Markbud i Konsorcjum Sil do złożenia wyjaśnień, wskazując, że jego wątpliwości budzi niska kwota przewidziana na miesięczne utrzymanie 1 km autostrady, gdyż średnia ze wszystkich złożonych ofert wynosi 9.815,22 zł, a w przypadku wzywanych Wykonawców wynosi odpowiednio 6.579,14 zł (Konsorcjum Markbud) i 6.764,27 zł (Konsorcjum Sil). W związku z tym Zamawiający zwrócił się o podanie szczegółów dotyczących składowych mających wpływ na wysokość skalkulowanej ceny wraz z przedstawieniem dowodów, że podane ceny są realne i wiarygodne, jak również wskazania i opisu obiektywnych czynników mających wpływ na wysokość zaoferowanych cen, a w szczególności takich jak {podano je jak w pkt 1 i 2 ust. 1 art. 90 pzp}. Zamawiający określił, że w szczególności należy wskazać elementy kalkulacji ceny odnoszące się do: kosztów miesięcznego utrzymania odcinka autostrady wraz ze wszystkimi elementami, kosztów utrzymania dróg o funkcji innej niż krajowa, kosztów utrzymania zaplecza technicznego i zysku wykonawcy.

Konsorcjum SIL w piśmie z 9 maja 2016 r. wskazało, że na koszt miesięcznego utrzymania odcinka autostrady wraz ze wszystkimi elementami składają się:

- 1) koszty robocizny, w szczególności podano liczbę całorocznych pracowników i założenia, na których ją oparto oraz miesięczny koszt wynagrodzeń tych osób, liczbę pracowników dla zimowego utrzymania i koszt ich zatrudnienia, a także koszty koszenia i pielęgnacji zieleni przez podwykonawcę (którego ofertę załączono) przy zaprezentowanych założeniach;
- 2) koszty materiałów (w tym paliwa), w szczególności podano założenia, na których oparto podane koszty paliwa, odrębnie dla całorocznych usług i zimowego utrzymania, a dla tych ostatnich również koszt soli i chlorku wapnia przy założonym ich zużyciu;
- 3) koszt utrzymania zaplecza technicznego, w tym koszty OUA Stryków, MOP-ów (w tym zakresie opierając się na załączonej ofercie podwykonawcy) i sprzętu, w szczególności podano jakie elementy składowe zostały wzięte pod uwagę;
- 4) koszty elementów drogi, które uległy zniszczeniu w wyniku zdarzeń losowych niezależnych od wykonawcy robót drogowych, w tym koszt utrzymania dróg o funkcji innej niż krajowa dla wyszczególnionych elementów (ustalony w oparciu o załączoną ofertę podwykonawcy) oraz odrębnie dla innych elementów.

W wyjaśnieniach podano również wskaźnik procentowy i kwotę zakładanego miesięcznego zysku (6.613,81 zł).

Nie naruszając tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum Markbud można wskazać,

43

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

że w obszernych wyjaśnieniach w pierwszej kolejności opisało, co uznaje za oszczędne metody wykonania zamówienia, dostępne mu wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, koszty pracy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

W drugiej części wyjaśnień Konsorcjum Markbud wyszczególniło w 22 pozycjach najistotniejsze składowe wyliczenia miesięcznego kosztu ryczałtu, które obejmują koszty: energii elektrycznej, wody, oleju opałowego, niezbędnych przeglądów na OUA Stryków, wynagrodzeń pracowników całorocznych, przeglądu klimatyzacji, przeglądu kotłowni, instalacji i utrzymania monitoringu na MOP-ach, podatku od nieruchomości, niezbędnych do zimowego utrzymania pracowników, sprzętu, paliwa, soli i chlorku sodu, usuwania odpadów,

koszenia trawy i pielęgnacji zieleni, pozyskania pojazdów niezbędnych do realizacji zadań patrolowo-interwencyjnych, paliwa dla tych pojazdów, sprzętania oraz ochrony na terenie OUA Stryków, napraw barier, usuwania skutków kolizji drogowych, wymianę elementów akustycznych, usuwania graffiti, wymiany i mycia znaków drogowych itp. Przy czym dla większości z tych pozycji podano sposób ich wyliczenia, w tym przyjęte założenia co do sposobu wykonywania usługi w odniesieniu do danego aspektu, oraz załączono oferty podwykonawców lub faktury potwierdzające podane koszty (łącznie 11).

Zgodnie z art. 90 ust. 1 pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U, Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Według normy zawartej w art. 90 ust. 2 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Art. 90 ust. 3 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył

44

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto na mocy art. 190 ust. 1a pkt 1 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W pierwszej kolejności należy rozważyć co oznacza „rażąco niska cena”. Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 128/08) przepisy ustawy pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny” orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne częściowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 592/13) zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku z 4 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1562/11) wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży

i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07) o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego

45

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 88/09) wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, m.in., że ustawa pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze – nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność”, „niewiarygodność”, „nieadekwatność”, „znaczące odbieganie” etc.), po drugie – terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność”, „koszt wytworzenia”, „rentowność na zadaniu”), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzyganiu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Nie ma normatywnych podstaw do traktowania przepisów ustawy pzp związanych z badaniem ceny oferty jako instrumentu służącego z jednej strony kompleksowej weryfikacji kondycji ekonomicznej wykonawcy, a z drugiej zabezpieczeniu

46

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

zamawiającego przed niewykonaniem zamówienia z powodu jego nieopłacalności dla wykonawcy. Powyższe instytucja rażąco niskiej ceny zabezpiecz jedynie pośrednio oraz tylko na poziomie kosztów wykonawcy związanych bezpośrednio z wykonaniem danego zamówienia, a na dodatek górną granicę możliwości ich badania ogranicza rynkowa wartość przedmiotu zamówienia. Zawsze konieczne jest bowiem, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej – jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP – jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość

rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

Podstawą i powodem wszczęcia procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ust. 1 pzp, jest uznanie przez zamawiającego, że dana cena ofertowa jest znacznie niższa niż wartość przedmiotu zamówienia. Wystąpienie określonych faktów, czy powzięcie informacji wskazujących na możliwość ziszczenia się przesłanki odrzucenia oferty opisanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp, prowadzi po stronie zamawiającego do obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. W konsekwencji po stronie wykonawcy powstaje obowiązek przedstawienia wyjaśnień, sankcjonowany w art. 90 ust. 3 pzp, ustanawiającym samodzielną przesłankę odrzucenia oferty. Zaznaczyć przy tym należy, że zastosowanie tej przesłanki ogranicza się do sytuacji braku udzielenia jakiegokolwiek odpowiedzi na wezwanie, względnie polegającej wyłącznie na kwestionowaniu wezwania. Natomiast złożenie wyjaśnień lakonicznych, niewystarczających merytorycznie czy z innych powodów niesatysfakcjonujących zamawiającego stanowi zakres zastosowania przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp, jeżeli rzeczywiście zaniżenie ceny ofertowej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia zaistniało.

Skoro według z art. 180 ust. 1 pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od czynności lub zaniechań zamawiającego, dokonując oceny czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy, który udzielił wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę, Izba zobligowana jest do zbadania, czy wyjaśnienia takie pozwalają na akceptację ceny oferty, zgodnie z kryteriami przykładowo wskazanymi w art. 90 ust. 1 pzp. W ramach postępowania odwoławczego oceniana jest bowiem prawidłowość czynności zamawiającego, podjęta w oparciu o informacje, które zgodnie z przepisami ustawy pzp mógł i powinien uzyskać. Instytucja wyjaśnień, o której mowa w art. 90 pzp, została przewidziana właśnie po to, aby wykonawca podał zamawiającemu stosowne informacje na temat własnych kalkulacji, cech i uwarunkowań etc., dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej w stosunku do

47

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

wartości zamówienia, a zamawiający mógł te informacje ocenić i na ich podstawie podjąć decyzję co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Zamawiający zazwyczaj nie ma innej możliwości uzyskania informacji na temat kalkulacji cenowej wykonawcy oraz indywidualnie dostępnych mu okoliczności, które ją umożliwiły.

Należy podkreślić, że nawet przed obarczeniem wykonawcy wezwanego w trybie art. 90 ust. 1 pzp obowiązkiem uregulowanym aktualnie wprost w art. 90 ust. 2 pzp, wskazywano w orzecznictwie, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny {por. uzasadnienia wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie wydane: 5 stycznia 2007 r. (sygn. akt V Ca 2214/06), 13 lutego 2014 r. (sygn. akt V Ca 3765/13), który dotyczył wyroku Izby z 22 października 2013 r. (sygn. akt KIO 2354/13), oraz 17 lutego 2014 r. (sygn. akt V Ca 3547/13), który dotyczył wyroku Izby z 7 października 2013 r. (sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13)}. Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 8 czerwca 2006 r. (sygn. akt V Ca 459/06) wskazał ponadto, że postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jeśli lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości, co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty. W aktualnym stanie prawnym w art. 90 ust. 2 pzp wprost wskazano, że na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska.

Reasumując, zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp jako przesłanki odrzucenia oferty uwarunkowane jest oceną całokształtu okoliczności sprawy związanych zarówno z ustaleniem wartości samego zamówienia, jak też wiarygodnością i rzeczowością wyjaśnień wykonawcy w przedmiocie jego indywidualnych możliwości i okoliczności zaoferowania ceny obniżonej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia.

W drugiej kolejności Izba uznała za celowe rozważenie ciężaru dowodu w przypadku

zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny w kontekście granic kognicji Izby, a więc relacji przepisów art. 190 ust. 1 i 1a oraz art. 192 ust. 7 pzp.

Według art. 190 ust. 1 pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, przy czym dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Jednakże zgodnie z art. 190 ust. 1a pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (pkt 1), a jeżeli nie jest – na zamawiającym (pkt 2). Zdaniem składu orzekającego Izby powyższa regulacja

48

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

wprowadzająca szczególnie rozkładu ciężaru dowodu w toku postępowania odwoławczego w odniesieniu do rażąco niskiej ceny oferty, musi być odczytywana w powiązaniu z poprzedzającym art. 190 ust. 1 pzp, a także z uwzględnieniem normy art. 192 ust. 7 pzp, o której była mowa powyżej.

W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 190 ust. 1 pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 192 ust. 7 pzp. Należy zatem rozgraniczyć okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. Wprowadzony w art. 190 ust. 1a pzp szczególnie rozkład ciężaru dowodu w odniesieniu do rażąco niskiej ceny oferty nie zmienia reguły, że w pierw muszą zaistnieć w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne. Stąd odwołanie, które inicjuje takie postępowanie odwoławcze, musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 ustawy pzp. Przy czym nie może się to sprowadzać do samego twierdzenia, że cena oferty jest rażąco niska, czy też twierdzenia, że ocena wyjaśnień powinna prowadzić do takiej oceny, gdyż należy skonkretyzować okoliczności faktyczne, które w danej sprawie pozwalają na wyprowadzenie takiego wniosku.

Niewątpliwie podnoszenie takich okoliczności jest istotnie utrudnione w odniesieniu do wyjaśnień, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Z jednej strony nie można obarczać skarżącego obowiązkiem konkretyzacji zastrzeżeń w stosunku do utajnionych wyjaśnień, których treść nie jest mu znana. Z drugiej strony zarzut nieprawidłowej oceny przez zamawiającego wyjaśnień nie może sprowadzać się do ogólnikowych twierdzeń, że nie mogły one być wystarczające dla uzasadnienia ceny wskazanej w ofercie. Odwołujący, jeżeli chce mieć szansę na uwzględnienie odwołania, powinien sprecyzować, jakimi konkretnie wadami mogą być obarczone wyjaśnienia, w taki sposób, aby można było zweryfikować, czy takie fakty zaistniały, czy też nie, a nie tylko odsyłać do brzmienia i wykładni przepisów ustawy pzp dotyczących problematyki rażąco niskiej ceny. Przede wszystkim dla wykonawcy składającego ofertę w tym samym postępowaniu, który sam musiał skalkulować jej cenę, nie powinno nastroczać trudności zidentyfikowanie potencjalnych obszarów, gdzie kalkulacja konkurenta może być nierealistyczna i niewiarygodna, a dowody na jej poparcie niewystarczające.

Izba zważyła, że Gnom pokusił się wyłącznie Odwołujący Konsorcjum o sprecyzowanie zarzutu polegające na zaprezentowaniu adekwatnej jego zdaniem kalkulacji minimalnych kosztów wykonania zamówienia, opartej o zaprezentowane założenia,

49

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

wraz z załączeniem dowodów. Natomiast Odwołujący AVR dopiero na rozprawie złożył pismo pn. „Analiza dot. wysokości ceny oferty złożonej przez...” {Konsorcjum Markbud i Konsorcjum Sil}, w przeważającej mierze stanowiące niedopuszczalne rozszerzenie zarzutu zawartego w odwołaniu, który nie odnosi się do wyliczenia minimalnych bezpośrednich

kosztów wykonania zamówienia. Z uwagi na przywołaną powyżej normę art. 192 ust. 7 pzp w ten sposób alternatywnie w stosunku do odwołania sprecyzowany na rozprawie zarzut nie był przedmiotem rozpoznania przez Izbę.

Zarzut odwołania AVR w stosunku do ceny oferty Konsorcjum Markbud sprowadza się do porównywania miesięcznego kosztu utrzymania 1 km autostrady w tej ofercie w stosunku do oszacowanego przez Zamawiającego przy wszczęciu postępowania, względnie oferowanej przez Markbud uprzednio w innych podobnych postępowaniach, co byłoby argumentacją mającą istotne znaczenie, gdyby sprawa dotyczyła zaniechania wezwania do wyjaśnień dotyczących ceny, a nie w sytuacji, gdy zostały one już złożone i chce się je skutecznie zakwestionować. Nie jest również wiarygodne zarzucanie, że nie może być wyjaśniona różnica ceny oferty Konsorcjum Markbud w stosunku do kwoty przewidzianej przez Zamawiającego, skoro Odwołujący abstrahuje od faktu, że cena jego oferty jest niższa o 9 mln zł od tej ostatniej, a od kwestionowanej ceny jest wyższa o 5 mln zł. Niczego nie wniosło do sprawy złożenie na rozprawie zestawienia postępowań prowadzonych przez GDDKiA w latach 2014-2016 czy dokumentu dotyczącego ustalenia wartości zamówienia przez Zamawiającego.

Nie można również zaakceptować stanowiska Odwołującego AVR, jakoby negatywnie ocenione wyjaśnienia jednego wykonawcy miałyby automatycznie przesądzać o rażąco niskiej cenie oferty innego wykonawcy. Ponadto w ocenie Izby podniesione w odwołaniu AVR okoliczności nie podważają prawidłowości uznania przez Zamawiającego, że również wyjaśnienia Konsorcjum Sil, choć mniej szczegółowe niż te złożone przez Konsorcjum Markbud, w wystarczającym stopniu wykazują, że cena oferty nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołania Konsorcjum Gnom nie zasługiwało na uwzględnienie, gdyż zaprezentowana w odwołaniu szczegółowa analiza kosztów minimalnych wykonywania usługi *de facto* wykazuje, że ceny ofert Konsorcjum Markbud i Konsorcjum Sil zawiązka pokrywają te koszty. Jak adekwatnie zauważył Przystępujący Konsorcjum Markbud, rezultatem zsumowania wszystkich pozycji wyodrębnionych w poszczególnych tabelach jest kwota 173.090,36 zł miesięcznych kosztów świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia (a nie, jak błędnie podano w odwołaniu, 220.938,18 zł). Oznacza to, że wszelkie szczegółowe wyliczenia, jak to określono w odwołaniu, obiektywnych kosztów niezbędnych

50

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, wbrew intencji Odwołującego nie uzasadniają jego przekonania, że ceny ofert Konsorcjum Markbud (214.426,12 zł netto miesięcznie) i Konsorcjum Sil (220.460,31 zł netto miesięcznie) są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż wykazują że tak nie jest. Ponieważ załączone do odwołania lub zgłoszone na rozprawie (sporządzone przez Odwołującego w oparciu o dane z dzienników dyżurów dla usługi realizowanej przez Gnom wspólnie z Markbud zestawienia liczby pojazdów biorących udział w akcji ZUD w danym dniu dla sezonów 2012/2013, 2014/2015 i 2015/2016 oraz informacja o awariach i kolizjach na autostradzie w styczniu i lipcu 2015 r., a także pojedyncza oferta dotycząca kosztu wynajmu samochodu ciężarowego tzw. nośnika i ładowniki) dowody dotyczą kosztów objętych tymi wyliczeniami, niczego na korzyść Odwołującego nie udowadniają. W rezultacie Odwołującemu udało się co najwyżej wykazać, że w cenie swojej oferty (240.381,64 zł netto miesięcznie) skalkulował zysk na znaczenie wyższym poziomie lub ma wysokie koszty ogólne przedsiębiorstwa lub wkalkulował w cenę bliżej niesprecyzowane ryzyka, których wystąpienia się obawia. Skoro Odwołujący nie uznał za celowe lub nie był w stanie określić wysokości innych niż wyliczone szczegółowo w odwołaniu koszty, samo powołanie się na ich występowanie niczego nie wnosi do sprawy.

W ocenie Izby z uwagi na powyższy zasadniczy błąd w argumentacji nie ma potrzeby odnoszenia się do polemiki, jaka wywiązała się na rozprawie pomiędzy Odwołującym Konsorcjum Gnom a Przystępującym Konsorcjum Markbud odnośnie adekwatności poszczególnych szczegółowych założeń przyjętych w kalkulacji zaprezentowanej w odwołaniu. Zauważyć jednak należy, że nie stanowi wykazania wymaganej przez Zamawiającego w tym postępowaniu liczby osób wchodzących w skład patrolu lub brygady

interwencyjnej odwołanie się do ogłoszenia dotyczącego innego postępowania. Podobnie nie stanowi wykazania koniecznego zużycia paliwa odwołanie się do treści uzasadnienia decyzji Zamawiającego podjętej przez niego w innym postępowaniu.

Izba zważyła, że żadnych z zakwestionowanych wyjaśnień nie można uznać za lakoniczne, nieprzekonujące i niepoparte załączonymi dowodami. Przede wszystkim ponieważ wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Markbud, którego oferta została wybrana, są szczegółowe, kompletne i poparte załączonymi dowodami, w sposób wystarczający wykazują, że wskazana w ofercie cena pozwala na pokrycie kosztów wykonania przedmiotu zamówienia i osiągnięcie zysku przy realizacji zamówienia.

{KIO 1170/16}

51

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

V. zarzut niewykazania spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia
{pkt 8,9 i 10 listy zarzutów oraz pkt V uzasadnienia odwołania AVR}

Zarzut okazał się niezasadny.

Niesporne były następujące okoliczności:

Konsorcjum Markbud, Konsorcjum Sil i Konsorcjum Gnom dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia określonego w pkt 7.2 s.i.w.z., jak to określono w odwołaniu, *polegającego na posiadaniu określonej wiedzy i doświadczenia*, w obu zadaniach wskazali zamówienie wspólnie realizowane przez Markbud i Gnom {dalej również: „Konsorcjum MG”} w okresie od 1 lipca 2012 r. do 30 czerwca 2016 r. dotyczące całorocznego utrzymania autostrady A2 na odcinku, który w aktualnie prowadzonym postępowaniu objęty jest zadaniem nr 2.

Dla potwierdzenia należytego wykonywania powyższego zamówienia do wykazów załączono poświadczenie wystawione 6 marca 2016 r. przez GDDKiA Oddział w Łodzi (czyli Zamawiającego), w którego treści wskazano m.in., że wartość wynagrodzenia od początku kontraktu wynosiła 28.461.990,73 zł, a w trakcie trwania kontraktu z tytułu nienależnego utrzymania standardu zostały naliczone kary umowne w zakresie zarówno zimowego, jak i letniego utrzymania dróg (koszenie pasa drogowego, naprawa odwodnienia, utrzymanie czystości na obiektach inżynierskich, utrzymanie czystości w budynkach MOP, sprzątanie pasa drogowego, utrzymanie oznakowania pionowego), których łączna wartość wyniosła łącznie 759 tys. zł (z czego w zakresie zimowego utrzymania na kwotę 274 tys. zł), w podsumowaniu stwierdzając, że: *Prace generalnie wykonywane są terminowo, zgodnie z warunkami określonymi w umowie wymaganiami Szczegółowych Specyfikacji Technicznych, co pozwala stwierdzić, że firma pomimo nałożonych kar, w ogólnej ocenie, do dnia dzisiejszego prawidłowo wywiązuje się z przyjętych zobowiązań*. Nazwa i treść dokumentu potwierdzają, że stanowi on potwierdzenie, że na chwilę jego wystawienia Zamawiający potwierdza należyte wykonywanie zamówienia.

Naliczone kary umowne były na bieżąco potrącane z wynagrodzenia i nie stanowią przedmiotu sporu pomiędzy stronami powyższej umowy. Wykonawca zamówienia za każdym razem, kiedy została naliczona kara umowna, doprowadzał dany element drogi do standardu zgodnego z umową, jeszcze w tym samym lub w następnym okresie rozliczeniowym.

Ponieważ fakt naliczenia i łączna wysokość kar umownych nie był sporny, a ponadto wynikał już z przywołanego powyżej dokumentu poświadczenia, Izba uznała, że niczego nie wnoszą do sprawy załączone do pisma z 12 lipca 2016 r. protokoły kontroli jakości (nr: 1 i 3

52

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

z 2013 r., 7-10 z 2015 r. i 1 z 2016 r.), a także złożone na rozprawie noty księgowe (nr: 40, 75, 84 i 179 z 2013 r., 66 i 142 z 2014 r., 367, 833, 858, 1034, 108 i 1198 z 2015 r., 70 i 108 z 2016 r.). Dodatkowo część z tych dowodów podlegała pominięciu z uwagi na zakres zarzutu

sprecyzowanego w odwołaniu.

W ocenie Izby zarzut odwołania – sprowadzający się *de facto* do twierdzenia, jakoby sam fakt naliczenia kar umownych na powyżej wskazaną łączną kwotę, w tym przez kolejne 4 miesiące 2015 r. za brak koszenia pasa drogowego, wykluczał możliwość poświadczenia należytego wykonywania usługi utrzymania drogi – należy uznać za bezzasadny.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do argumentacji przedstawionej przez Odwołującego w piśmie z 12 lipca 2016 r., stwierdzić należy, że nic konkretnego dla rozstrzyganej sprawy nie wniosło odwołanie się do generalnych wypowiedzi doktryny i orzecznictwa prawa cywilnego co do rozumienia nienależytego wykonania zobowiązania, w szczególności, że jego przejawem jest każde, nawet najmniejsze uchybienie zobowiązaniu przez dłużnika, bez względu na to, na czym polegało. Wywody te są zbędne, skoro z istoty swej kara umowna stanowi dodatkowe zastrzeżenie umowne, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (art. 483 § 1 kc). W ten sposób Odwołujący przechodzi do porządku dziennego nad faktem, że przez zapłatę na bieżąco kar następowało naprawienie ewentualnej szkody, której wystąpienia ani wysokości nie trzeba było udowadniać. Jednocześnie Odwołujący abstrahuje od tego, że każdorazowa zapłata kary umownej nie zwalniała z doprowadzenia danego elementu drogi do umówionego standardu, zgodnie z regułą, że dłużnik nie może bez zgody wierzyciela zwolnić się z zobowiązania przez zapłatę kary umownej (art. 483 § 2 kc), a uchybienia faktycznie były przez Konsorcjum MG usuwane na bieżąco.

Odwołujący sam przyznał w odwołaniu, że tego typu kompleksowych usług, z uwagi na ich złożoność i nieprzewidywalność okoliczności towarzyszących ich realizacji (np. warunków atmosferycznych), w praktyce nie da się wykonać idealnie. W powiązaniu z pozostałymi sprecyzowanymi w odwołaniu okolicznościami oznacza to co najmniej, że nie uczynił przedmiotem zarzutu uchybień w zimowym utrzymaniu {zmianę stanowiska w piśmie z 12 lipca 2016 r. Izba uznała z niedopuszczalne rozszerzenie zarzutu po upływie terminu na wniesienie odwołania}. Jednocześnie umknęło uwadze Odwołującego, że po odliczeniu naliczonych z tego tytułu kar umownych, wartość kar umownych dotyczących czynności letniego utrzymania wynosiła łącznie 485 tys. zł.

Nieprzekonujące jest prezentowanie uchybień w koszeniu pasa drogowego jako

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

kluczowych dla oceny wykonywania całości usług składających się na utrzymanie umówionego standardu. Podnoszone w tym kontekście twierdzenie, jakoby w centralnej Polsce od sierpnia do listopada przypadał okres największego przyrostu traw i innej roślinności, nie jest wiarygodne. Odwołujący nie wykazał, że ferowane przez niego oceny co do kluczowego charakteru danych czynności lub poważnego charakteru stwierdzonych uchybień w ramach całej umowy znajdują oparcie jej treści. W szczególności ze wskazanych przez Odwołującego dopiero w piśmie z 12 lipca 2016 r. postanowień tej umowy wynika jedynie, że wykonywanie w odpowiedni sposób wszystkich czynności objętych przedmiotem zamówienia składa się na dotrzymanie umówionego standardu utrzymania dróg, a na wypadek nieterminowego wykonywania czynności przewidziano kary umowne. Odwołujący, nie mogąc się zdecydować, czy występowanie kar przez 4 miesiące z rzędu z tytułu nienależytego koszenia pasa drogowego jest przejawem nieudolności czy zimnej kalkulacji wykonawcy zamówienia, w rezultacie nie udowodnił żadnej z tych ewentualności. Odwołujący nie był przy tym zainteresowany odniesieniem się do uzyskanych przez siebie od Zamawiającego w piśmie z 12 lipca 2016 r. wyjaśnień, że za każdym razem kiedy została nałożona kara za nieutrzymanie drogi w wymaganym standardzie, wykonawca ponosił jej koszty przez potrącenie z należności głównej, a także doprowadzał dany element drogi do standardu zgodnego z umową, jeszcze w tym samym lub w następnym okresie rozliczeniowym.

Co istotne, Odwołujący unikał odniesienia wysokości poszczególnych kar do wartości prac w skali miesiąca, w którym naliczono kary, a przede wszystkim porównania podnoszonej łącznej wartości naliczonych kar umownych do wartości wykonanych prac

w ciągu blisko 4 lat realizacji kontraktu objętego dokumentem poświadczenia. Tymczasem suma naliczonych kar stanowi 2,66% (1,7% w przypadku kar dotyczących czynności letniego utrzymania, o których *de facto* mowa w odwołaniu) łącznej wartości prac wykonanych w okresie, którego dotyczy wystawione poświadczenie (w stosunku do wartości całego kontraktu wynoszącej 38.833.678,60 zł wskaźnik ten byłby jeszcze niższy).

Izba zważyła, że nie jest to skala, która wyklucza potwierdzenie generalnie należytego wykonywania umowy obejmującej zobowiązanie do kompleksowego utrzymania drogi w określonym standardzie. Zauważyć należy, że na gruncie uchylonego już art. 24 ust. 1 pkt 1 pzp z wykluczeniu z postępowania podlegali wykonawcy, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, lub zostali zobowiązani do zapłaty kary umownej, jeżeli szkoda ta lub obowiązek zapłaty kary umownej wynosiły nie mniej niż 5% wartości realizowanego zamówienia. Taka przesłanka wykluczenia została usunięta między innymi z powodu jej automatyzmu. Nie ma również powodu, aby fakt naliczenia kar

54

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

umownych automatycznie miał przesądzać o niemożności uznania zamówienia za należyście wykonywane.

Naliczanie kar przy realizacji tego typu zamówień, będących swoistą nowością na rynku, przy skomplikowanym przedmiocie zamówienia i wymaganiu przyjęcia przez wykonawcę odpowiedzialności za permanentne utrzymanie standardu, bez szczegółowego rozpoznania okoliczności nie może automatycznie przesądzać o nienależytym wykonywaniu. W orzecznictwie Izby wskazuje się, że należy to oceniać indywidualnie w każdej sprawie. W szczególności w uzasadnieniu wyroku z 26 stycznia 2015 r. (sygn. akt KIO 35/15) Izba wskazała, co następuje: *Dla oceny istotności tego zdarzenia Izba wzięła także pod uwagę wartość naliczonej kary umownej w odniesieniu do wartości całej wykonanej usługi podanej w wykazie usług BUD- LAS jak i do kwot wynikających w protokołach odbioru wystawionych przez zamawiającego. W ocenie Izby zatem za wiarygodne należy uznać wyjaśnienie zamawiającego, że fakt naliczenia kary mieścił się w pojęciu nieistotnych zastrzeżeń do sposobu wykonania usługi, nie skutkującym wystawieniem- negatywnych poświadczeń. Z kolei w uzasadnieniu wyroku z 19 maja 2011 r. (sygn. akt KIO 976/11) Izba stwierdziła: Niemniej jednak powołanym postanowieniem umowy kara umowna została zastrzeżona wyłącznie w sytuacji naruszenia przez wykonawcę poszczególnych obowiązków umownych, a nie nienależytego wykonania umowy jako całości. (...) Gdyby bowiem Zamawiający nieterminowe wykonanie niektórych prac (niektórych obowiązków wynikających z zawartych umów) utożsamiał z nienależytym wykonaniem całej umowy nie wystawiał by referencji o takiej właśnie treści, potwierdzającej ich należyte i terminowe wykonanie.*

Odwołujący, twierdząc, że naliczenie kar umownych za pewne czynności wyklucza możliwość uznania umowy na kompleksowe utrzymanie standardu drogi za wykonywaną należyście, nie jest wiarygodny również z uwagi na własną sytuację. Na potrzeby wykazania warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia sam przedstawił poświadczenia, w których wskazano, że przy wykonywaniu od 10 października 2012 r. umowy dotyczącej utrzymania odcinka autostrady A1 w zarządzie GDDKiA Oddział Katowice został obciążony karami umownymi, w szczególności za nieprawidłową wysokość traw, nieprawidłowe utrzymanie rowów odwadniających, ubytki w wygradzeniu herpetologicznym, brak krat ściekowych w pasie autostrady, opóźnienia w wymianie uszkodzonych barier po wypadkach samochodowych i uzupełnianiu krat stalowych włazowych na obiekcie czy odstępstwa od zimowego utrzymania autostrady Tym niemniej w podsumowaniu zamawiający uznał, że poza tymi nieprawidłowościami nie wnosi zastrzeżeń i usługa jest realizowana należyście. (poświadczenie z 7 kwietnia 2016 r.). Natomiast w poświadczeniach dotyczących wykonywania dwóch innych kontraktów dotyczących utrzymania dwóch odcinków autostrady

55

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

A4 w zarządzie GDDKiA Oddział Rzeszów (od 18 kwietnia 2013 r. i od 9 marca 2015 r.) w podsumowaniu stwierdzono, że przy ich realizacji nie popełniono poważnego wykroczenia zawodowego, rozumianego zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości UE z 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11, jako zachowania wykonawcy wskazującego na zamiar uchybienia lub stosunkowo poważnego niedbalstwa z jego strony (poświadczenia z 11 i 16 lutego 2016 r.).

VI. zarzuty niewykazania spełniania warunku dotyczącego potencjału osobowego
{pkt 11 i 10 listy zarzutów oraz pkt VI uzasadnienia odwołania AVR}

Zarzuty dotyczące niewykazania przez Konsorcjum Sil warunków udziału dotyczących posiadania potencjału technicznego.

Na rozprawie Odwołujący, po uzyskaniu wiedzy, że kwestionowany przez niego dokument był przedmiotem uzupełnienia, wycofał zarzut dotyczący niewykazania, że udostępniony Mercedes Benz Unimog wyposażony jest w GPS.

Zarzut, że Zakład Transportu i Budowy Dróg M.B. nie będzie w stanie udostępnić Konsorcjum Sil sprzętu, gdyż sam będzie go potrzebował przy realizowanych przez siebie umowach, jest bezzasadny, gdyż do zamknięcia rozprawy pozostał jedynie niesprecyzowanym, a tym bardziej nieudowodnionym, przypuszczeniem Odwołującego,

Zarzuty dotyczące niewykazania przez Konsorcjum Sil warunku udziału dotyczącego potencjału osobowego.

Oba zarzuty zawarte w odwołaniu na tle dokumentu zobowiązania na str. 62-63 Izba uznała za niezasadne.

Izba nie podziela stanowiska, że dla skuteczności udostępnienia J.P. konieczne było sprecyzowanie, czy oddelegowanie tej osoby przez podmiot udostępniający nastąpi wskutek jednostronnej decyzji zgody pracodawcy, czy też będzie wynikiem zgody pracownika. Wystarczające jest, że Zakład Transportu i Budowy Dróg M.B. zobowiązał się, że oddeleguje swojego stałego pracownika zatrudnionego na umowie o pracę do realizacji przedmiotu zamówienia, czyli do pełnienia funkcji kierownika utrzymania.

Izba uznała także za oczywiście bezzasadny zarzut jakoby udostępnieniu tej osoby do pełnienia powyższej funkcji stało na przeszkodzie wskazanie w tym samym dokumencie na udostępnienie wiedzy i doświadczenia zdobytego podczas realizacji kontraktu „Kompleksowe utrzymanie drogi krajowej nr 4 Jędrzychowice - Korczowa na odcinku Łańcut - Korczowa od km 614-637 do km 687+469 o długości 72,832 km”, które ma nastąpić m.in.

56

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

dzięki oddelegowaniu tej osoby, która przy jego realizacji pełniła w latach 2011-2015 funkcję kierownika letnich i zimowych robót utrzymaniowych. Podwójna natura zobowiązania w żaden sposób nie czyni nieprecyzyjnym udostępnienie osoby, które służy również udostępnieniu wiedzy i doświadczenia.

Z uwagi na art. 192 ust. 7 pzp nie podlegały rozpoznaniu podniesione dopiero w piśmie z 12 lipca 2016 r. nowe zarzuty związane z osobą J.P. tj., po pierwsze – zarzut, że Zakład Transportu i Budowy Dróg M.B. nie będzie w stanie lub nie będzie chciał udostępnić tej osoby, gdyż sam ją zgłasza do realizacji innych zamówień, o których udzielenie się ubiega, po drugie – zarzut braku posiadania przez tę osobę wymaganego doświadczenia wskazanego w wykazie.

VII. pozostałe zarzuty dotyczące niewykazania spełniania warunków
{pkt 8,9 i 10 listy zarzutów oraz pkt VII uzasadnienia odwołania AVR}

Zarzuty dotyczące niewykazania przez Konsorcjum Markbud, Konsorcjum Sil i Konsorcjum Gnom warunków udziału w postępowaniu z uwagi na fakt, że zasoby zostały udostępnione jednemu z wykonawców wchodzących w ich skład, a nie całemu konsorcjum.

Zarzuty te są oczywiście niezasadne. Wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia zasadza się na sumowaniu potencjałów którym dysponują poszczególni członkowie, zarówno własnych, jak i udostępnionych zasobów.

{KIO 1170/16, KIO 1172/16, KIO 1173/16}

Mając powyższe na uwadze, rozpatrując sprawy w granicach zarzutów zawartych w odwołaniach i działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy pzp Izba:

- uwzględniła odwołania w sprawach o sygn. akt KIO 1170/16 i KIO 1173/16, gdyż Zamawiający naruszył art. 90 ust. 1 pzp, co miało wpływ na wynik postępowania w części drugiej zamówienia, orzekając, jak w pkt 1 sentencji;
- w pozostałym zakresie oddaliła odwołania w sprawach o sygn. akt KIO 1170/16 i KIO 1173/16, orzekając, jak w pkt 2 sentencji;
- oddaliła odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1172/16, orzekając, jak w pkt 3 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp, zaliczając w pierwszej kolejności do tych kosztów uiszczone przez Odwołujących wpisy – zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu

57

**Sygn. akt: KIO 1170/16 KIO 1172/16
KIO 1173/16**

od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). W sprawach o sygn. akt KIO 1170/16 i KIO 1172/16 kosztami postępowania odwoławczego obciążono Zamawiającego, od którego – zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia – zasądzono na rzecz Odwołujących poniesione przez nich koszty z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie przedłożonych do zamknięcia rozprawy rachunków. Natomiast kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1172/16 obciążono Odwołującego Konsorcjum Gnom, od którego – zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia – zasądzono na rzecz Zamawiającego, który złożył w tym zakresie odpowiedni rachunek do zamknięcia rozprawy, jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:

.....

.....

58