

WYROK
z dnia 26 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Jolanta Markowska
Lubomira Matczuk - Mazuś

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lutego 2013 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 8 lutego 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Budimex S.A. w Warszawie, Strabag spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie, MOTA-ENGIL Central Europe S.A. w Krakowie (spr. o sygn. KIO 297/13),
- B. w dniu 8 lutego 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Strabag spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie, Budimex S.A. w Warszawie, MOTA-ENGIL Central Europe S.A. w Krakowie (spr. o sygn. KIO 300/13)

w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego czynności wykonuje Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie SALINI Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, IMPREGILO S.p.A. w Mediolanie oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. w Kobyłarni, przystępującego do obu postępowań odwoławczych po stronie Zamawiającego

1

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Budimex S.A. w Warszawie, Strabag spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie, MOTA-ENGIL Central Europe S.A. w Krakowie (spr. o sygn. KIO 297/13) w postępowaniu o zamówienie publiczne pod nazwą „Kontynuacja budowy autostrady A-I Toruń - Stryków. Odcinek III: węzeł Brzezie (z węzłem) - węzeł „Kowal” (bez węzła) km 186+348 - 215+850” a także na „Kontynuację budowy autostrady A-I Toruń - Stryków. Odcinek I Czerniewice - Odolion od km 151+900 do km 163+300, Odcinek II Odolion — Brzezie od km 163 +300 do km 186+366” i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym udostępnienie informacji zawartych w wyjaśnieniach z 21 stycznia 2013 r., które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
2. uwzględnia odwołanie złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Strabag spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie, Budimex S.A. w Warszawie, MOTA-ENGIL Central Europe S.A. w Krakowie (spr. o sygn. KIO 300/13) w postępowaniu o zamówienie publiczne pod nazwą „Kontynuacja budowy autostrady A-I Toruń - Stryków. Odcinek I Czerniewice - Odolion od km 151+900 do km 163+300, Odcinek II Odolion — Brzezie od km 163 +300 do km 186+366” i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie ponownego badania i oceny ofert, udostępnienie informacji zawartych w wyjaśnieniach z 21 stycznia 2013 r., które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego czynności wykonuje Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy i:

2

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdziestu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Budimex S.A. w Warszawie, Strabag spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie, MOTA-ENGIL Central Europe S.A. w Krakowie tytułem wpisów od odwołań, w tym po 20 000 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) w każdym z postępowań odwoławczych;

3.2. zasądza od Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego czynności wykonuje Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy, kwotę 43 600 zł 00 gr (słownie: czterdziestu trzech tysięcy sześciuset złotych, zero groszy), w tym:

3.2.1. na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Budimex S.A. w Warszawie, Strabag spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie, MOTA-ENGIL Central Europe S.A. w Krakowie (spr. o sygn. KIO 297/13) kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwudziestu trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) stanowiącą koszt postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 297/13, poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

3.2.2. na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Strabag spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie, Budimex S.A. w Warszawie, MOTA-ENGIL Central Europe S.A. w Krakowie (spr. o sygn. KIO 300/13) kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszt postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 300/13, poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

3

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Warszawie.

Skład orzekający:

4

**Sygn. akt: KIO 297/13
KIO 300/13**

Uzasadnienie

I. Zamawiający prowadzi dwa postępowania o udzielenie zamówień publicznych w trybie przetargu nieograniczonego na „Kontynuację budowy autostrady A-I Toruń - Stryków. Odcinek III: węzeł Brzeziny (z węzłem) - węzeł „Kowal” (bez węzła) km 186+348 - 215+850” a także na „Kontynuację budowy autostrady A-I Toruń - Stryków. Odcinek I Czerniewice - Odolion od km 151+900 do km 163+300, Odcinek II Odolion — Brzeziny od km 163+300 do km 186+366”, z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ogłoszenia o zamówieniach zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej

w dniu 3 października 2012 r. pod nr 2012/S 190-312170 oraz 2012/S 190-312171.

W postępowaniu, którego przedmiotem jest „Kontynuacja budowy autostrady A-I Toruń - Stryków. Odcinek III: węzeł Brzezie (z węzłem) - węzeł „Kowal” (bez węzła) km 186+348 - 215+850” złożone z pozostały dwie oferty:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: SALINI Polska sp. z o.o., IMPREGILO S.p.A. oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A.

– z ceną 608 774 944,29 zł,

- Budimex S.A., w Warszawie, Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie, MOTA-ENGIL Central Europe S.A. w Krakowie – z ceną 643 471 443,08 zł

Natomiast w postępowaniu, którego przedmiotem jest „Kontynuacja budowy autostrady A-I Toruń - Stryków. Odcinek I Czerniewice - Odolion od km 151+900 do km 163+300, Odcinek II Odolion — Brzezie od km 163 +300 do km 186+366” złożone z pozostały dwie oferty:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: SALINI Polska sp. z o.o., IMPREGILO S.p.A. oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. –

z ceną 450 237 451,71 zł,

- Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie, Budimex S.A., w Warszawie, MOTA-ENGIL Central Europe S.A. w Krakowie – z ceną 500 226 482,00 zł.

Zamawiający w dniu 30 stycznia 2013 r. dokonał wyboru w obu zamówieniach, jako najkorzystniejszych, ofert złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się

5

o zamówienie SALINI Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, IMPREGILO S.p.A. w Mediolanie oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A.

II. Wobec wyboru najkorzystniejszej oferty złożone zostały odwołania przez:

1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego:

Budimex S.A., w Warszawie, Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie, MOTA-ENGIL Central Europe S.A. w Krakowie w postępowaniu, którego przedmiotem jest „Kontynuacja budowy autostrady A-I Toruń - Stryków. Odcinek III: węzeł Brzezie (z węzłem) - węzeł „Kowal” (bez węzła) km 186+348 - 215+850” (post. o sygn. akt KIO 297/13), oraz

2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego:

Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie, Budimex S.A., w Warszawie, MOTA-ENGIL Central Europe S.A. w Krakowie w postępowaniu, którego przedmiotem jest „Kontynuacja budowy autostrady A-I Toruń - Stryków. Odcinek I Czerniewice - Odolion od km 151+900 do km 163+300, Odcinek II Odolion — Brzezie od km 163 +300 do km 186+366”.

III. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Budimex S.A., w Warszawie, Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie, MOTA-ENGIL Central Europe S.A. w Krakowie w postępowaniu, którego przedmiotem jest „Kontynuacja budowy autostrady A-I Toruń - Stryków. Odcinek III: węzeł Brzezie (z węzłem) - węzeł „Kowal” (bez węzła) km 186+348 - 215+850” (post. o sygn. akt KIO 297/13) zarzucili naruszenia:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust. 2b w zw. z art. 7 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: SALINI Polska sp. z o.o., IMPREGILO S.p.A. oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. w Kobyłarni z postępowania, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do wiedzy i doświadczenia, zdolności finansowej, zdolności technicznej oraz dysponowania osobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, przez to, że nie udowodnił Zamawiającemu, iż będzie w sposób realny dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia udostępnionymi mu przez podmiot trzeci oraz własnymi, w szczególności w związku z ubieganiem się w oparciu o te same zasoby o inne zamówienie realizowane równolegle;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: SALINI Polska sp. z o.o., IMPREGILO S.p.A. oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. w Kobyłarni

6

z postępowania, pomimo iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje odnoszące się do „sprawności działania” i wydajności wytwórni mieszanek mineralno - asfaltowych należącej do partnera konsorcjum - spółki Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. w Kobylarni;

- 3) art. 8 ust. 3 ustawy i w zw. art. 7 ustawy, poprzez zaniechanie dokonania oceny skuteczności zastrzeżenia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: SALINI Polska sp. z o.o. w Warszawie, IMPREGILO S.p.A. w Mediolanie oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. w Kobylarni jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień z dnia 21 stycznia 2013r. i utajnienie tego dokumentu w całości,
- 4) art. 7 ustawy, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców na skutek wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwolujący wnieśli o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: SALINI Polska sp. z o.o., IMPREGILO S.p.A. oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. jako oferty najkorzystniejszej, oraz
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w jej wyniku wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: SALINI Polska sp. z o.o., IMPREGILO S.p.A. oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. i wybór, jako najkorzystniejszej, oferty Odwołującego, względnie
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym dokonanie czynności oceny skuteczności zastrzeżenia części oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: SALINI Polska sp. z o.o., IMPREGILO S.p.A. oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. (wyjaśnień z dnia 21 stycznia 2013r.) jako tajemnicy przedsiębiorstwa i odtajnienia tych informacji, które nie mają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa .

IV. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Budimex S.A., w Warszawie, Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie, MOTA-ENGIL Central Europe S.A w Krakowie w postępowaniu, którego przedmiotem jest „Kontynuacja budowy autostrady A-I

Toruń - Stryków. Odcinek III: węzeł Brzeziny (z węzłem) - węzeł „Kowal” (bez węzła) km 186+348 - 215+850” (post. o sygn. akt KIO 297/13) zarzucili naruszenia:

- 1) art. 26 ust. 2b ustawy, art. 7 i w konsekwencji art. 22 ust. i art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, który nie wykazał, że w rzeczywistości będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem, osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia oraz potencjałem technicznym podmiotów trzecich, na których zobowiązania powołał się wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a tym samym wybrany Wykonawca nie wykazał spełnienia tych warunków i podlegał wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu z postępowania;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy oraz art. 24 ust. 4 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wybranego Wykonawcy, pomimo że złożył on nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania i w konsekwencji zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy;
- 3) art. 8 ust. 3 oraz art. 7 ustawy, poprzez nieuprawnione uznanie przez Zamawiającego, że całość wyjaśnień złożonych przez wybranego Wykonawcę w piśmie z dnia 21 stycznia 2013r. stanowi jego tajemnicę przedsiębiorstwa, chociaż nie istniały ku temu podstawy.

Odwolujący wnieśli o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum w składzie: Salini Polska sp. z o.o. w Warszawie, Impregilo S.p.A. w Mediolanie i Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Kobylarnia S.A. w Kobylarni;

- 2) powtórzenie czynności badania i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu Wykonawców;
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu Wykonawców, w tym nakazanie odtajnienia informacji wybranego Wykonawcy, które nie stanowią jego tajemnicy przedsiębiorstwa;

V. W uzasadnieniu odpowiednich odwołań obaj Odwołujący podali analogiczną argumentację mającą uzasadniać podniesione zarzuty:

- Zamawiający prowadzi równolegle dwa postępowania o udzielenie zamówień publicznych dotyczące kontynuacji budowy autostrady A-1. Wybrani Wykonawcy w każdym z tych postępowań, wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu powołał się na identyczny potencjał co do osób na stanowiska Dyrektora Kontraktu oraz Kierownika budowy; wiedzy i doświadczenia; potencjału technicznego;

8

- wybrani Wykonawcy nie wykazali zatem w każdym z tych postępowań, że rzeczywiście będą dysponować niezbędnym potencjałem technicznym, personelem oraz wiedzą i doświadczeniem podczas realizacji przedmiotowego zadania;

- te same osoby zostały wskazane do pełnienia funkcji odpowiednio dyrektora Kontraktu oraz Kierownika Budowy w obu postępowaniach;

- Podobnie w zakresie wykazania spełnienia warunku posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia. Zgodnie pkt 7.2.2 SIWZ warunkiem udziału w niniejszym postępowaniu odnoszącym się do wiedzy i doświadczenia było wykonanie (zakończenie) w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej: „2 zadań polegających na przebudowie lub budowie drogi klasy A lub S lub GP, każde o długości min. 15 km i wartości nie mniejszej niż 100.000.000 zł brutto”. Na potwierdzenie spełnienia tak opisanego warunku udziału w postępowaniu, wybrany Wykonawca przedstawił dwa zadania: odbudowa/przebudowa drogi Baku - Shamakhi oraz przebudowa drogi Astana - Pietropawłowsk przez Kokczetaw, przedstawiając wymagane oświadczenia podmiotów trzecich w myśl art. 26 ust. 2b Ustawy PZP, odpowiednio przez Todini S.p.A. Costruzioni Generali oraz Todini Central Asia, Pr. Siariarka. Identyczne dokumenty i oświadczenia zostały przedłożone przez wybranego Wykonawcę w każdym z postępowań;

- W obu postępowaniach o zamówienie publiczne, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do dysponowania środkami pieniężnymi (zdolnością kredytową) niezbędnymi do realizacji przedmiotu zamówienia wybrane Konsorcjum wykazało się potencjałem członka konsorcjum - spółki Impregilo S.p.A. Zdolność kredytową członka Konsorcjum potwierdził ten sam Bank. W ocenie Odwołującego, trudno przyjąć, że rzeczywiście wybrany Wykonawca posiada wymaganą zdolność kredytową dla każdego z prowadzonych postępowań;

- Biorąc pod uwagę fakt, że obydwa zamówienia będą realizowane w tym samym czasie, udostępnienie wiedzy i doświadczenia oraz potencjału technicznego i osób na kierownicze stanowiska jest iluzoryczne. Nie sposób przyjąć, że te same osoby w tym samym czasie mogą równocześnie pełnić swoje funkcje na dwóch tak dużych zadaniach. Podobnie w kwestii wykorzystywania sprzętu oraz posłużenia się zdolnością kredytową. Wybrany Wykonawca był zobowiązany wykazać, że będzie mógł w sposób rzeczywisty skorzystać z wiedzy i doświadczenia, kadry oraz finansów, koniecznych do wykonania zadania, czego nie uczynił.

- Stosownie do treści art. 26 ust. 2b ustawy, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić

9

zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Powyższy przepis jest wynikiem implementacji do prawa krajowego art. 47 ust. 2 i 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE, zatem uwzględniając potrzebę pro wspólnotowej

interpretacji przepisów krajowych wdrażających prawo obowiązujące we wszystkich państwach Unii Europejskich należy mieć na uwadze orzecznictwo i wykładnię tych przepisów dokonywaną przez ETS (obecnie TSUE). W orzeczeniu C-176/98 *Holst Italia* Trybunał wskazał, że zamawiający ma obowiązek zweryfikowania czy wykonawca jest odpowiedni, czy spełnia określone kryteria. Weryfikacja ta ma na celu umożliwienie zamawiającemu upewnienia się, że zwycięski oferent będzie naprawdę mógł wykorzystać wszelkie wskazane przez niego zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia. Tak więc, jeśli celem wykazania swej sytuacji finansowej, ekonomicznej i technicznej po to by zostać dopuszczonym do przetargu spółka wskazuje zasoby podmiotów lub przedsiębiorstw z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio powiązana, niezależnie od prawnego charakteru takich powiązań, spółka musi wykazać, że faktycznie może korzystać z zasobów tych podmiotów lub przedsiębiorstw, które nie należą do niej samej a są niezbędne do wykonania zamówienia;

- W wyroku z dnia 18 listopada 2004 r. (C-126/03) Trybunał ustalił, iż w celu dopuszczenia usługodawcy do uczestnictwa w procedurze zaproszenia do składania ofert to na usługodawcy zamierzającym powołać się na zdolność techniczną instytucji lub przedsiębiorstw, z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio związany, ciąży obowiązek wykazania, że może on rzeczywiście tych instytucji lub dysponować środkami przedsiębiorstw, które jednak nie stanowią jego własności, a które są niezbędne do wykonania zamówienia: „Takie odwołanie się do zewnętrznych środków podlega jednak pewnym warunkom. Zgodnie z treścią art. 23 dyrektywy 92/50, podmiot zamawiający ma obowiązek zweryfikowania czy usługodawca jest odpowiedni, w oparciu o określone kryteria. Weryfikacja ta ma w szczególności na celu umożliwienie podmiotowi zamawiającemu upewnienia się, że zwycięski oferent będzie naprawdę mógł wykorzystywać wszelkie wskazane przez niego zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia.” „Przepisy dyrektywy 92/50 dopuszczają wykazanie przez usługodawcę, że spełnia on ekonomiczne, finansowe i techniczne kryteria udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne na usługi poprzez oparcie się na sytuacji innych podmiotów, niezależnie od prawnego charakteru powiązań z tymi podmiotami, pod warunkiem że może wykazać, iż ma faktycznie do swej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia.” (orzeczenie Trybunału z dnia 2 grudnia 1999 roku w sprawie C-176/98 *Holst Italia SpA* przeciwko *Comune di Cagliari*) - źródło Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 11/2011.

- Wybrany Wykonawca nie wykazał, że w sposób rzeczywisty dysponuje środkami do realizacji zamówienia, potencjałem kadrowym oraz sprzętem koniecznym do wykonania przedmiotowego zadania równoległe z innym zadaniem;

- Zgodnie z postanowieniami rozdziału I pkt 7.2.3. pkt a) SIWZ, Zamawiający wymagał, aby wykonawcy biorący udział w postępowaniu wykazali, że dysponują potencjałem technicznym, obejmującym między innymi dwie: „wytwórnie mieszanek mineralno - asfaltowych o wyd. min. 200 t/godz”. Wybrani Wykonawcy na potwierdzenie spełnienia tego warunku przedstawili w wykazie „Potencjał techniczny”, że dysponują otaczarką TELTOMAT wydajność 220 t/h oraz otaczarką TELTOMAT o wydajności 200 t/h - stanowiącymi własność partnera Konsorcjum, spółki Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Kobylamia S.A. Złożone przez wybranego Wykonawcę oświadczenia co do wydajności wytwórni TELTOMAT jako 200 t/h nie odpowiadają rzeczywistości. Na rynku nie są dostępne otaczarki TELTOMAT o wydajności 200 t/h i także sam wybrany Wykonawca na swojej stronie internetowej wskazuje, że nie dysponuje tego typu otaczarką, a otaczarkami o wydajności odpowiednio 220 t/h i 160 t/h. Otaczarka TELTOMAT 160, które Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Kobylamia S.A. zamontowała w miejscowości Bogusławice wyposażona jest, jak wynika z jej dokumentacji, w suszarkę - palnik dwupaliwowy o mocy 20 MW, maksymalna wydajność 160 t/h kruszywa o wilgotności 3% podgrzanego do 160 °C. Rodzaj palnika w tej wytwórni wynikający z parametrów technicznych, nie pozwala - wbrew odmiennym twierdzeniom - osiągnąć przez wytwórnię wydajności większej niż 175 t/h. Nawet wydajność podawana przez producenta urządzenia jako średnia - 160 t/h - jest trudna do osiągnięcia, bowiem wydajność ta osiągnąć jest przy temp. otoczenia około 20 °C oraz niskiej wilgotności kruszywa - ok.3%. Normalna modernizacja otaczarki, bez zmiany rodzaju zastosowanego palnika i dopasowania pozostałych elementów urządzenia, nie może doprowadzić do osiągnięcia rzeczywistej wydajności urządzenia na poziomie 200 t/h. Wybrany Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że faktycznie dysponuje sprzętem, który będzie wykorzystywał przy realizacji

zamówienia, oraz czy spełnia on warunki postawione przez Zamawiającego. W niniejszym postępowaniu, w ocenie Odwołującego, wybrany Wykonawca podał dane nie odpowiadające stanowi faktycznemu, co oznacza że Wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania, a jego oferta odrzuceniu. Informacje wybranego Wykonawcy służą potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, stąd złożenie nieprawdziwych informacji w tym przedmiocie miało istotny wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W przypadku uznania, że oświadczenia złożone przez wybranego Wykonawcę są nieprawdziwe, nie będzie on miał możliwości uzupełnienia swojej oferty o nowe oświadczenie odnoszące się do spełnienia tego warunku w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, bowiem nie jest możliwe zastąpienie nieprawdziwych informacji - nowymi, już prawdziwymi informacjami.

11

- Wybrany Wykonawca udzielając odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień, złożył wniosek o utajnienie złożonych wyjaśnień w całości, a Zamawiający przychylił się do złożonego wniosku. Zastrzeżenie tajemnicy co do wszystkich udzielonych wyjaśnień zostało w sposób nieuprawniony przyjęte przez Zamawiającego z naruszeniem art. 8 ust. 3 ustawy. Zgodnie z powołanym przepisem - nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli wykonawca nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł że nie mogą one być udostępniane. Odwołujący wskazuje, że wybrany Wykonawca nie wskazał, jakie okoliczności uzasadniają zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie weryfikacji i oceny, czy dane zawarte w wyjaśnieniach rzeczywiście stanowią tajemnicę Wykonawcy. Wybrany Wykonawca miał udzielić odpowiedzi między innymi na pytania:

- 1) czy Wykonawca posiada wszelkie niezbędne pozwolenia na produkcję mas bitumicznych?
- 2) czy ocena Oferty uwzględnia jakąkolwiek pomoc publiczną udzielaną Wykonawcy? Jeżeli tak to jaką i w jakiej wysokości?
- 3) czy Wykonawca zawarł wstępne umowy zobowiązaniowe na podwykonawstwo, dla robót które zamierza prowadzić?
- 4) czy Wykonawca posiada podpisane ramowe, przedwstępne umowy na dostawę materiałów pozwalające na sukcesywne dostarczanie materiałów od momentu przejęcia Placu Budowy,
- 5) czy Wykonawca zawarł zobowiązania wstępne z właścicielami potrzebnego sprzętu na jego udostępnienie?
- 6) jaka część personelu jest stałym personelem Wykonawcy?
- 7) jakie roboty Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, z podziałem na asortymenty?

Zastrzeżenie tajemnicy co do wszystkich udzielonych wyjaśnień przez wybranego Wykonawcę było nieuprawnione, a Zamawiający nie dokonał faktycznej oceny, czy złożone wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Obowiązkiem Zamawiającego było zweryfikowanie, która część złożonych wyjaśnień faktycznie powinna zostać objęta tajemnicą.

VI. Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniach; złożył w dniu 17 lutego 2013 r. odpowiedzi na odwołania, wnosząc o ich oddalenie.

Odwołania wymienionych wykonawców zostały połączone do łącznego rozpatrzenia. Do obu postępowań odwoławczych przystąpienia złożyli wykonawcy wspólnie

12

ubiegający się o zamówienie SALINI Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, IMPREGILO S.p.A. w Mediolanie oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. - po stronie Zamawiającego, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I. PRZESŁANKI DO ODRZUCENIA ODWOŁAŃ

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem

któregokolwiek z odwołań, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Ustalono, że w obu postępowaniach wykonawcy, których odwołania podlegają rozpatrzeniu, posiadają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W razie potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniach odpowiednich Odwołujących, każdy z nich będzie miał szanse na uzyskanie zamówień w odpowiednich postępowaniach.

III. ZAKRES ROZSTRZYGNIĘCIA W ZAKRESIE PODNIESIONYCH ZARZUTÓW

1. Każde z odwołań podlegało rozstrzygnięciu w zakresie, jaki wynikał z podniesionych zarzutów. W ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zgodnie bowiem z brzmieniem art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy (analogicznie stanowi § 4 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań*), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Powyższe oznacza, że odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. Jak

13

wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, *„O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”*. Treść argumentacji przedstawianej w odwołaniach wskazuje, że Odwołujący zakwestionowali między innymi spełnienie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie SALINI Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, IMPREGILO S.p.A. w Mediolanie oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. w Kobyłarni warunków udziału w postępowaniu, w związku z wykazywaniem tych samych zasobów w każdym z dwóch postępowań o zamówienia publiczne.

2. Rozstrzygnięciu i uwzględnieniu podlegały oba odwołania, pomimo, że z uwagi na charakter potwierdzonych zarzutów, to jest uznanie za niespełnione warunków udziału w postępowaniu wobec przedstawienia przez wybranego wykonawcę tych samych zasobów w każdym z postępowań o zamówienie, w istocie jedynie w jednym postępowaniu wykonawca warunku nie spełnia. Nie sposób jednak – wobec braku oświadczenia wykonawcy, co do którego postępowania dedykuje wykazywane zasoby oraz wobec niemożności zastąpienia w tym oświadczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie SALINI Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, IMPREGILO S.p.A. w Mediolanie oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. uznać, w którym postępowaniu wykonawcy spełnili warunki. Innymi słowy, na obecnym etapie, wobec braku takiego oświadczenia, ocena o spełnieniu warunków udziału w obu postępowaniach musiała zostać uznana za przedwczesną, uzależnioną od oświadczenia wybranego wykonawcy co do tego, w odniesieniu do którego z zamówień dedykuje zadeklarowane zasoby.

3. Do rozstrzygnięcia znajdują zastosowanie przepisy ustawy w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia każdego z postępowań, to jest bez uwzględnienia zmian wprowadzonych nowelizacjami ustawy z dnia 13 lipca 2012 r. o zmianie ustawy o działach administracji rządowej oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 951), która weszła w życie 1 stycznia

2013 r. oraz zmian wprowadzonych ustawą z 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (DZ.U. poz. 1271), która weszła w życie 20 lutego 2013 r.

14

IV. W ZAKRESIE POSTAWIONYCH W ODWOŁANIACH ZARZUTÓW UWZGLĘDNIONO OKOLICZNOŚCI:

[1] Nie znalazły potwierdzenia zarzuty wskazujące na niewykazanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie SALINI Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, IMPREGILO S.p.A w Mediolanie oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. w Kobylni spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim sprzętem, to jest dwoma wytwórniami mieszanek mineralno - asfaltowych o wydajności co najmniej 200 ton na godzinę (art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy):

W każdym z dwóch postępowań o zamówienia, Zamawiający postawił analogiczny warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem technicznym – zgodnie z postanowieniami rozdz. I pkt 7.2.3) SIWZ - IDW opracowanych dla każdego z postępowań, wykonawcy biorący udział w niniejszym postępowaniu mieli wykazać, iż dysponują między innymi następującymi „sprawnymi jednostkami sprzętu”: wytwórnia mieszanek mineralno - asfaltowych o wydajności min. 200 t/godz.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o każde z zamówień, SALINI Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, IMPREGILO S.p.A. w Mediolanie oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. w obu postępowaniach na potwierdzenie spełnienia tego warunku złożyli wykazy „Potencjał techniczny” zawierające oświadczenie, że dysponują otaczarką TELTOMAT wydajność 220 t/h oraz otaczarką TELTOMAT wydajność 200 t/h, stanowiącymi własność członka konsorcjum - Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. w Kobylni.

Dokonując oceny złożonych w powyższym zakresie dokumentów, w kontekście postawionych zarzutów, podkreślenia wymaga, że wykazanie spełnienia warunku udziału w każdym z postępowań odbywało się na podstawie oświadczenia własnego wykonawców, wyrażonego w wykazie „Potencjał techniczny”. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie SALINI Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, IMPREGILO S.p.A. w Mediolanie oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. wskazali dwie wytwórnie mieszanek mineralno - asfaltowych, w tym sporna jest jedna z nich: położona w Bogusławicach wytwórnia TELTOMAT, co do której podano wydajność na poziomie 200 ton na godzinę.

Odwolujący upatruje niespełnienia warunku udziału w postępowaniu a zarazem złożenia nieprawdziwych informacji, między innymi w zawartości informacyjnej stron internetowych Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów „KOBYLARNIA” SA, gdzie podawane są posiadane przez ten podmiot wytwórnie mieszanek mineralno – bitumicznych, wśród których widnieje

15

wytwórnia TELTOMAT w Bogusławicach, ze wskazaniem wydajności 160 ton/h (vide: wydruk ze strony <http://www.kobylarnia.pl/oferta.html>, złożony na rozprawie przez Odwołującego w spr. KIO 297/13). Dostrzeżenia jednak wymaga, że informacje pochodzące ze stron internetowych mają ograniczony walor informacyjny; nie mogą być uznane za miarodajne, w pełni wiarygodne źródło informacji, choćby ze względu na to, że stanowią ogólną ofertę handlową czy też uniwersalną informację podawaną na pewnym poziomie ogólności, nie muszą oddawać pełnego i dokładnego stanu faktycznego ani prezentować informacji aktualnych. W szczególności, zawartość stron internetowych nie może zostać uznana za wystarczającą dla obalenia oświadczeń składanych na podstawie przepisów ustawy i z uwzględnieniem konsekwencji z niej wynikających, jakimi są oświadczenia zawarte w ofercie składanej w postępowaniu o zamówienie publiczne.

Przystępujący wyjaśniał natomiast, że wytwórnia mieszanek mineralno - asfaltowych położona w Bogusławicach, o dotychczasowej wydajności 160 ton/h, została poddana w maju – czerwcu 2012 r. modernizacji, w wyniku której uzyskano podwyższenie wydajności do 200 ton/h. Na powyższą okoliczność złożył pismo podmiotu wykonującego modernizację, firmy Konvit spółki z o.o. spółki komandytowej w Koninie z dnia 28 maja 2012 r., w którym opisano

zakres modernizacji oraz który opatrzone kartą pomiarów kontrolnych z 13 czerwca 2012 r. Wynika z nich fakt dokonania prac o charakterze modernizacyjnym, obejmujących bęben suszarki; korektę ustawień palnika po modernizacji suszarki – ustawienie palnika; wymianę całkowitą sit na sortowniku; wymianę częściową kubelków transportowych oraz zwiększenie ilości kubelków na elewatorze; optymalizację cyklu produkcyjnego, instalację update oprogramowania w obrębie centralnego systemu sterowania GP; oraz wymianę filtrów w urządzeniach odpylających. Karta pomiarów kontrolnych po modernizacji wskazuje na zmianę oprogramowania oraz modernizację elementów urządzenia, w wyniku czego uzyskano wydajność średnią 179,4 ton/h, oraz maksymalną 201,4 ton/h, w warunkach: temp. 18°C, średniej wilgotności kruszywa 2,9 %, dla betonu asfaltowego na warstwę wiążącą o uziarnieniu 0,16mm oraz podbudowę 0,22 mm. Przystępujący złożył dodatkowo pismo Günter Papenburg AG, BT TELTOMAT Asphaltmischanlagen z 19 lutego 2013 r., wskazujące wydajność po zmodernizowaniu mieszalni 200 ton/h, w którym potwierdzono również modernizację elementów: zwiększenie mocy palników poprzez podniesienie wskaźnika ich sprawności; zwiększenie wydajności przenośnika kubelkowego gorącej masy poprzez optymalizację kubelków; zmianę wydajności mieszalników do 2.500 kg (moc mieszalni 2,5 t/h x 80 szarż/h = 200 t/h). Fakt przeprowadzenia modernizacji potwierdza wreszcie *opinia o wytwórni TELTOMAT 160 (po modernizacji)* z dnia 19 lutego 2013 r., wystawiona przez Instytut Badawczy Dróg i Mostów, gdzie podano, że „na podstawie analizowanych Waszych dokumentów z dn. 11.02.2013 r. oraz dokonanych oględzin

wytwórni, dotyczących modernizacji wytwórni mas bitumicznych typu Teltomat 160 w Bogusławicach, uznaje się, że po modernizacji zwiększenie wydajności nominalnej tej wytwórni z dotychczasowej 160 t/h do 200 t/h osiągnięto przez podwyższenie masy zarobu w mieszalniku z 2,0 t do 2,5 t oraz skrócenie cyklu mieszania z 45 s do 40 s. Uzyskanie wydajności wytwórni 200 t/h jest osiągalne przy niskiej wilgotności mieszanki, a także sprzyjających warunkach atmosferycznych podczas procesu produkcji”. Odwołujący nie obalili, że tak udokumentowany fakt modernizacji nie miał w rzeczywistości miejsca. Nie stanowi wystarczającego argumentu, przekonującego o niedokonaniu modernizacji, w wyniku której uzyskano wydajność wytwórni mas w Bogusławicach na poziomie 200 ton/h, korespondencja prowadzona z Wójtem Gminy Kowal, dotycząca wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach w związku z ewentualną modernizacją wytwórni. Z faktu, że Wójt Gminy Kowal wyraził opinię, że w razie ewentualnego przeprowadzenia prac modernizacyjnych, których rezultatem jest zwiększenie wydajności wytwórni konieczne jest uzyskanie nowej decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych, nie wynika jeszcze, że prace nie zostały przeprowadzone. W szczególności, odpowiedź Wójta Gminy Kowal na bliżej nieokreślone pytanie nie mówi o zakresie prac, ich charakterze, ale generalnie o pewnych, niesprecyzowanych pracach polegających na *zwiększeniu parametrów inwestycji poprzez zwiększenie wydajności tymczasowej Wytwórni Mas Bitumicznych z 160 Mg/h do 220 Mg/h*. Nie przekonuje również o nieprzeprowadzeniu spornej modernizacji wytwórni mieszanek mineralno - asfaltowych w Bogusławicach złożona przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Budimex S.A. w Warszawie, Strabag spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie, MOTA-ENGIL Central Europe S.A. w Krakowie (spr. o sygn. akt KIO 279/13) dokumentacja fotograficzna, prezentująca dwie wytwórnie: sporną w Bogusławicach oraz posiadaną przez Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. wytwórnię TELTOMAT 220 w Kobyłarni. Porównanie fotografii nie pozwala na stwierdzenie, że w jednej dokonano lub nie prac określonych modernizacyjnych, w tym choćby przybliżone stwierdzenie ich zakresu, a tym bardziej jakiegokolwiek wnioskowanie o wydajności którejkolwiek z tych wytwórni. Trudno zatem przyznać tej dokumentacji jakiegokolwiek inny, aniżeli bardzo pogładowy walor, pozostający jednak bez większego znaczenia dla wywiedzenia wniosków w zakresie spornym w sprawie i istotnym dla rozstrzygnięcia stawianych zarzutów. Podobnie, irrelewanтными dla rozstrzygnięcia kwestii spornych, jawiących się na gruncie rozpoznawanej sprawy pozostają dalsze, złożone przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Budimex S.A. w Warszawie, Strabag spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie, MOTA-ENGIL Central Europe S.A. w Krakowie (spr. o sygn. akt KIO 279/13) zbiory fotografii, w tym ten prezentujący, zgodnie z oświadczeniem

Odwołującego wytwórnię w Bogusławicach. Na podstawie tych fotografii nie sposób w sposób poważny wnioskować o wykonaniu lub nie modernizacji, jej ewentualnym zakresie, w tym osiągnięciu takiej lub innej wydajności. Zdjęcia prezentują w znaczącej mierze zewnętrzną część wytwórni nie dając podstawy do wnioskowania w przedmiocie modernizacji, zaś wybrane elementy części wewnętrznych wytwórni nie pozwalają wnioskować o niewykonaniu modernizacji, której skutkiem jest uzyskanie zwiększonej do 200 ton/h wydajności. Nie jest wystarczającą dla takiego wniosku fotografia tabliczki znamionowej, gdzie podano moc palnika. Okoliczność dokonania modernizacji, w tym zwiększenie mocy palnika nie musi zostać odzwierciedlona w treści tabliczki znamionowej. Wskazane fotografie nie stanowią przy tym wystarczającej podstawy do wnioskowania wbrew treści dokumentów (pismo podmiotu Konvit spółki z o.o. w spółki komandytowej w Koninie z dnia 28 maja 2012 r., pismo Günter Papenburg AG, BT TELTOMAT Asphaltmischanlagen z 19 lutego 2013 r., opinia o wytwórni TELTOMAT 160 (po modernizacji) z dnia 19 lutego 2013 r. wystawiona przez Instytut Badawczy Dróg i Mostów), podobnie jak złożony przez Odwołującego w sprawie KIO 279/13 wydruk z korespondencji mailowej z byłym pracownikiem Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A., w której podano, że *w roku 2012 nie miała miejsce żadna modernizacja wspomnianej wytwórni mas bitumicznych w wyniku której wytwórnia mogłaby osiągnąć wydajność 200 Mg/h*. Także złożona przez Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Budimex S.A. w Warszawie, Strabag spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie, MOTA-ENGIL Central Europe S.A. w Krakowie (spr. o sygn. akt KIO 279/13) kopia katalogu firmy TELTOMAT prezentującego różne wytwórnie mas bitumicznych a także istotne dla uzyskania wyższej wydajności wskazywane przez Odwołującego elementy (wieża mieszająca, palnik), nie przeczą możliwości przeprowadzenia prac modernizacyjnych w wytwórni w Bogusławicach. Z opisu złożonych przez Przystępującego dokumentów wskazujących na zakres prac wykonanych w ramach modernizacji nie wynika, by prace przeprowadzono w innych elementach – także tam mówi się przecież o pracach w bębnie suszarki, w obrębie palnika, czy elewatora. Także, wbrew argumentacji prezentowanej przez Odwołujących na rozprawie w zakresie złożonych przez Przystępującego pism, nie sposób uznać, by były one sprzeczne czy wzajemnie niespójne. Celem tych pism nie jest dokładny opis wykonanej modernizacji, ale udokumentowanie jej faktu oraz uzyskanej wydajności. Nie muszą one zatem w sposób dosłowny powielać użytej nomenklatury i jednolicie powtarzać opisu tego samego zakresu czynności. Nie ma wątpliwości, że wszystkie one dotyczą tej samej modernizacji, w sposób jednoznaczny pozwalają umiejscowić ją w czasie (maj – czerwiec 2012 r.) oraz opisują jej zakres. Odwołujący przy tym nie podważali autentyczności tych dokumentów.

Analiza powyższych dokumentów prowadzi do uznania, że Odwołujący nie wykazali, wbrew płynącemu z treści art. 6 kc ciężarowi dowodu, podnoszonych tez, w tym, że w wytwórni mas bitumicznych w Bogusławicach nie miała miejsce modernizacja w połowie 2012 r., której następstwem jest uzyskanie wydajności na poziomie 200 t/h. Składane dokumenty, stanowiące oświadczenia Wójta Gminy Kowal, byłego pracownika Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. czy dokumentacja fotograficzna nie potwierdzają, że modernizacji nie dokonano. Także treść złożonego katalogu wytwórni TELTOMAT nie prowadzi do konstatacji, że w tej konkretnej wytwórni mas bitumicznych w Bogusławicach nie przeprowadzono prac, których rezultatem jest uzyskanie zwiększonej wydajności 200 ton/h. Oddalono wniosek Odwołujących o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność, czy wskazana przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: SALINI Polska sp. z o.o., IMPREGILO S.p.A. oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. w ich ofercie wytwórnia mieszanek mineralno - asfaltowych ma wymaganą wydajność, z uwagi na to, że ustalenie stanu faktycznego w spornym zakresie nie wymaga wiadomości specjalnych. Odwołujący, stawiając tezę, że nie jest możliwe uzyskanie w wyniku modernizacji zwiększonej wydajności, powyższego nawet nie uprawdopodobnili. Fakt przeprowadzenia modernizacji wynika przy tym z dokumentów złożonych przez Przystępującego, których autentyczności Odwołujący nie kwestionowali. Powyższe okoliczności przekonują, że Odwołujący w powyższym zakresie nie

zakwestionowali w odniesieniu do wytwórni mas bitumicznych w Bogusławicach w sposób skuteczny dowodu na okoliczność posiadania odpowiedniego sprzętu, jakim są wymagane w każdym z postępowań oświadczenia zawarte w wykazie sprzętu co do posiadania dwóch wytwórni o wydajności co najmniej 200 t/h.

[2] Nie znalazły również potwierdzenia zarzuty wskazujące na złożenie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie SALINI Polska spółka

Z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, IMPREGILO S.p.A w Mediolanie oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A w Kobylarni nieprawdziwych informacji (zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych):

Na wstępie podkreślenia wymaga, że stwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć postać uzyskania pewności, że informacje nie odzwierciedlają rzeczywistości. Nie jest wystarczającym zasianiem niepewności, czy wywołanie wątpliwości, że być może informacje są nieścisłe, czy nie w pełni oddają rzeczywistość – przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy wymaga uzyskania pewności, że wykonawca podał nieprawdziwe informacje. To szczególna przesłanka, wymagająca każdorazowo jednoznacznego przesądzenia nieprawdziwości zawartych w ofercie wykonawcy twierdzeń

19

o istniejącej rzeczywistości, która nie może być traktowana subiektywnie lub w oparciu o jednostronnie przedstawiony stan faktyczny. Ustalenie nieprawdziwości informacji musi mieć zatem charakter definitywnego i kategorycznego, nie pozostawiającego żadnych wątpliwości stwierdzenia.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W analizowanych postępowaniach, Odwołujący upatrują nieprawdziwych informacji w podaniu informacji dotyczących „sprawności działania” i wydajności wytwórni mieszanek mineralno - asfaltowych należącej do partnera konsorcjum - spółki Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. (odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Budimex S.A. w Warszawie, Strabag spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie, MOTA-ENGIL Central Europe S.A. w Krakowie – spr. o sygn. akt KIO 297/13). Zdaniem Odwołujących, informacje dotyczące wydajności wytwórni TELTOMAT 200 t/h w Bogusławicach nie odpowiadają rzeczywistości; rodzaj palnika w tej wytwórni wynikający z parametrów technicznych, nie pozwala osiągnąć przez wytwórnię wydajności większej niż 175 t/h; normalna modernizacja otaczarki, bez zmiany rodzaju zastosowanego palnika i dopasowania pozostałych elementów urządzenia, nie może doprowadzić do osiągnięcia rzeczywistej wydajności urządzenia na poziomie 200 t/h. Odwołujący jednak, z opisanych wyżej względów, uzasadniających oddalenie zarzutu dotyczącego niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do wytwórni mas bitumicznych w Bogusławicach, nie wykazali także stawianych tez, co czyni podniesiony zarzut niepotwierdzonym.

[3] Nie znalazły potwierdzenia zarzuty wskazujące na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie SALINI Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, IMPREGILO S.p.A w Mediolanie oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A w Warszawie wymaganą wiedzą i doświadczeniem (art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy):

Zamawiający, w każdym z postępowań postawił analogiczny warunek w zakresie dysponowania wiedzą i doświadczeniem, wymagając by wykonawcy ubiegający się o zamówienie wykazali się wykonaniem (zakończeniem) w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej: „2 zadań polegających na przebudowie lub budowie drogi klasy A lub S lub GP, każde o długości min. 15 km i wartości nie mniejszej niż 100.000.000 zł brutto”.

20

Na potwierdzenie spełnienia tak opisanego warunku udziału w każdym z postępowań, wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie SALINI Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, IMPREGILO S.p.A. w Mediolanie oraz Przedsiębiorstwo

Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. przedstawili dwa zadania: odbudowa/przebudowa drogi Baku - Shamakhi oraz przebudowa drogi Astana - Pietropawłowsk przez Kokczetaw, składając, w myśl art. 26 ust. 2b ustawy, oświadczenia podmiotów trzecich o udostępnieniu zasobów odpowiednio przez Todini S.p.A. Construzioni Generali oraz Todini Central Asia, Pr. Siariarka.

Biorąc pod uwagę stan faktyczny sprawy, nie sposób podzielić zarzutu stawianego w powyższym zakresie przez Odwołujących. Zarzut ten sprowadza się bowiem do tezy, że niemożliwe jest udostępnienie zasobu, jakim jest wiedza i doświadczenie na użytek każdego z dwóch postępowań, w których wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie SALINI Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, IMPREGILO S.p.A. w Mediolanie oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. złożyli swoje oferty. Podkreślenia jednak wymaga, że wiedza i doświadczenie jest takim zasobem, który co do zasady nie jest ograniczony i wyczerpywalny, tak jak może to mieć miejsce do zasobów ludzkich czy dóbr naturalnych. To ogół umiejętności organizacyjnych, zarządczych, uzyskanych w wyniku wcześniejszych realizacji doświadczeń, właściwych podmiotowi (wykonawcy), których wykorzystanie jest możliwe w wielu przedsięwzięciach jednocześnie. W zakresie „wiedzy i doświadczenia” w rozumieniu przepisów prawa zamówień publicznych mieszczą się wykonane w przeszłości przez wykonawcę (względnie podmiot trzeci) przedsięwzięcia określone rezultatem: wykonane roboty budowlane, usługi lub dostawy. W takie pojęcie wiedzy i doświadczenia wpisany jest zatem całokształt procesu prowadzącego do tego rezultatu, obejmujący zaangażowanie odpowiednich pracowników, sprzęt, organizację i metodologię zarządzania przedsięwzięciem, co łącznie prowadzi do osiągnięcia skutku w postaci wykonania roboty budowlanej, usługi czy dostawy. Każdorazowo w postawionym warunku wiedzy i doświadczenia mieszczą się takie przedsięwzięcia, które nie opisują jednostkowych czynności wykonywanych przez jedną czy nawet kilka osób, ale zadania, które agregują w swym zakresie zastosowanie różnych zasobów (środków produkcji) niezbędnych do osiągnięcia rezultatu w postaci wykonania odpowiedniego zadania. Już z tego powodu trzeba traktować wiedzę i doświadczenie jako kategorię, co do zasady, bezpośrednio związaną z przedsiębiorstwem (wykonawcą). Zatem samo posłużenie się zasobem podmiotu trzeciego w postaci wiedzy i doświadczenia na użytek więcej niż jednego postępowania nie może być uznane za niewłaściwe czy skutkujące niemożliwością skorzystania w więcej niż jednym postępowaniu z tego zasobu. Nie stoi temu bowiem na przeszkodzie fakt, że w ramach każdego z zamówień prace na każdym odcinku

będą wykonywane w zasadzie jednocześnie – przecież tak jak dany wykonawca (wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie) mogą jednocześnie wykonywać każde z tych zamówień, tak samo podmiot udostępniający wiedzy i doświadczenia może w tym samym czasie na obu odcinkach budowy realizować czynności związane z udostępnioną wiedzą i doświadczeniem, jako deklarowany w złożonym zobowiązaniu do udostępnienia zasobu podwykonawca.

Odwołujący przy tym nie kwestionują skuteczności tego udostępnienia, nie stawiają zarzutów wobec treści złożonych zobowiązań, które byłyby nakierowane na wykazanie, że w istocie nie nastąpiło skuteczne przekazanie wiedzy i doświadczenia. Złożone zaś przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie SALINI Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, IMPREGILO S.p.A. w Mediolanie oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. wraz z ofertami w każdym z postępowań zobowiązania podmiotów trzecich wyrażają udział tych podmiotów w realizacji zamówień w charakterze podwykonawców; potwierdza to także treść wyjaśnień z dnia 21 stycznia 2013 r.; przekonują wreszcie o tym złożone na rozprawie oświadczenia podmiotów udostępniających zasoby.

Powyższe determinowało wniosek, że Odwołujący nie wykazali zarzutu stawianego w powyższym zakresie.

[4] Nie znalazły także potwierdzenia zarzuty wskazujące na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie SALINI Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, IMPREGILO S.p.A. w Mediolanie oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. w Kobylarni wymaganą zdolnością finansową (art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy):

Odwołujący powyższy zarzut osadzili w wymaganiu stawianym w każdym z postępowań o zamówienie publiczne, którego treścią było wykazanie się posiadaniem środków lub zdolności kredytowej w wysokości: w postępowaniu na „Kontynuację budowy autostrady A-1 Toruń - Stryków. Odcinek III: węzeł Brzezie (z węzłem) - węzeł „Kowal” (bez węzła) km 186+348 - 215+850” – 157 mln zł, zaś w postępowaniu na „Kontynuację budowy autostrady A-I Toruń - Stryków. Odcinek I Czerniewice - Odolion od km 151+900 do km 163+300, Odcinek II Odolion — Brzezie od km 163 +300 do km 186+366” – 154 mln zł. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie SALINI Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, IMPREGILO S.p.A. w Mediolanie oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A., dla wykazania wspomnianego warunku posłużyli się zasobem należącym do członka konsorcjum - spółki IMPREGILO S.p.A. Wykonawcy

załączyli do złożonych ofert dwa zaświadczenia z tego samego banku, datowane na 29 października 2012 r., w których potwierdzono zdolność kredytową odpowiednio do właściwych postępowań: na kwotę powyżej 154 mln zł, drugi raz na kwotę powyżej 157 mln zł.

Nie podzielono powyższego zarzutu, biorąc pod uwagę okoliczność, że Zamawiający w związku ze stawianym w każdym z postępowań warunkiem w zakresie zdolności finansowej nie wprowadził do treści dokumentacji postępowania (specyfikacji istotnych warunków zamówienia, warunków kontraktu) postanowień jednoznacznie pozwalających uchwycić znaczenie tego warunku na gruncie każdego z postępowań; czy wymagana zdolność kredytowa lub stan środków pieniężnych ma charakter niejako gwarancyjny, czy też i na ile stanowi wymóg związany z zachowaniem bieżącej płynności finansowej, pozwalającej na sprawne prowadzenie procesu budowlanego i finansowanie związanych z tym wydatków. Stawiany warunek w zakresie zdolności finansowej, jakkolwiek nie może abstrahować od stopnia rzeczywistego wykorzystania w danej sytuacji tego zasobu (przykładowo skonsumowania części przyznanego kredytu, na co wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 23 listopada 2012r., w sprawie o sygn. akt 2480/12), nie dotyczy jednak jedynie danego zadania (zamówienia) ale wiąże się z sytuacją wykonawcy jako całości, musi zatem uwzględniać jego szersze aniżeli dane zamówienie spektrum działalności, w tym to że dane środki czy zdolność kredytowa wyrażają ogólną kondycję finansową podmiotu, z uwzględnieniem innych realizowanych przedsięwzięć. Oznacza to tyle, że nie jest właściwe proste sumowanie kwot wyrażonych w wymaganiach stawianych w tym zakresie w każdym z postępowań.

Odwołujący, nie wykazali, by na gruncie każdego z postępowań ów warunek musiał być odnoszony z osobna do każdego z nich, poprzestając na ogólnej konstatacji, iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie SALINI Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, IMPREGILO S.p.A. w Mediolanie oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. posłużyli się zaświadczeniami z tego samego banku, każdym z tej samej daty, w których raz potwierdzono zdolność kredytową na kwotę powyżej 155 mln zł, drugi raz na kwotę powyżej 157 mln zł.

Powyższe decydowało o nieuwzględnieniu stawianego zarzutu.

[5] Potwierdziły się natomiast zarzuty wskazujące na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie SALINI Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, IMPREGILO S.p.A. w Mediolanie oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. w Kobyłarni osobami zdolnymi wykonać zamówienie (art. 24 ust. 2 pkt 4,

art. 7 ustawy):

Zamawiający postawił w każdym z postępowań analogiczny warunek w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia:

„Wykonawca musi wykazać osoby, które będą uczestniczyły w wykonaniu zamówienia, legitymujące się doświadczeniem odpowiednim do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Wykonawca na każdą funkcję wymienioną poniżej, wskaże osoby, które spełniają następujące wymagania:

- osoba proponowana do pełnienia funkcji Dyrektora Kontraktu - Przedstawiciela Wykonawcy

(1 osoba): minimum 12 miesięcy doświadczenia na stanowisku Dyrektora Kontraktu - Przedstawiciela Wykonawcy przy realizacji jednego zadania obejmującego budowę lub przebudowę dróg klasy A lub S lub GP o wartości robót co najmniej 350 mln zł (brutto) albo dwóch zadań obejmujących budowę lub przebudowę dróg klasy A lub S lub GP o łącznej wartości robót co najmniej 350 mln zł (brutto),

- osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownika Budowy (1 osoba): minimum 12 miesięcy doświadczenia na stanowisku Kierownika budowy lub Kierownika Robót Drogowych na odcinku o długości min. 5 km przy realizacji 1 zadania obejmującego budowę lub przebudowę dróg klasy A lub S lub GP o wartości robót co najmniej 100 mln zł (brutto)" .

Przystępujący w obu postępowaniach wskazał na stanowisko Dyrektora Kontraktu - Przedstawiciela Wykonawcy - osobę udostępnioną przez firmę Todini S.p.A. Construzioni Generali, a na stanowisko Kierownika Budowy - osobę udostępnioną przez firmę MIRBUD S.A.

Odwolujący kwestionują realność wykazania w ten sposób zasobów w postaci osób zdolnych do realizacji zamówienia, w związku z faktem wykazania tych samych osób w każdym z postępowań. Odwołujący wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Budimex S.A. w Warszawie, Strabag spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie, MOTA-ENGIL Central Europe S.A. w Krakowie (spr. o sygn. KIO 297/13) podnieśli dodatkowo, iż w zakresie udostępnienia osoby na stanowisko Kierownika Budowy, podmiot udostępniający - firma MIRBUD S.A. będzie podwykonawcą w zakresie robót drogowych.

Na wstępie, wobec argumentacji wyrażonej w odwołaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Budimex S.A. w Warszawie, Strabag spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie, MOTA-ENGIL Central Europe S.A. w Krakowie (spr. o sygn. KIO 297/13), dostrzeżenia wymaga, że bez znaczenia dla skuteczności, czy realności udostępnienia osoby, jest okoliczność, czy podmiot

24

udostępniający będzie czy też nie podwykonawcą a także zakres ewentualnego podwykonawstwa. Przedmiotem udostępnienia jest bowiem osoba, której zadaniem będzie osobiste wykonywanie określonych czynności, nie zaś uczestnictwo w ramach działania podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia w określonym zakresie w charakterze podwykonawcy.

Odwolujący zasadnie postawili zarzut wskazujący na niespełnienie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie SALINI Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, IMPREGILO S.p.A. w Mediolanie oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. warunku udziału w postępowaniu, w związku z posłużeniem się tym samym zasobem (tymi samymi osobami) w dwóch postępowaniach. Za powyższą oceną przemawiały następujące okoliczności:

1. Ustawa a także rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. NR 226, poz. 1817) traktują warunki udziału w postępowaniu, jako mające służyć realizacji zamówienia: przepis art. 22 ust. 4 ustawy wyraża wymaganie, by opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu był związany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny. Wspomniane rozporządzenie mówi natomiast o wykazywaniu spełnienia warunku w zakresie dysponowania osobami za pomocą instrumentu, jakim jest wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia – zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 6 powołanego rozporządzenia, w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, których opis sposobu dokonywania oceny spełnienia został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający może żądać wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (...), wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Konsekwentnie, przepis art. 26 ust. 2 b ustawy, wskazuje na realność udostępnianych przez podmioty trzecie zasobów: Wykonawca może polegać na

wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.” Wprowadzenie przepisu art. 26 ust. 2 b ustawy było

25

konsekwencją transpozycji do prawa krajowego postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134/114 z 30.04.2004 r., ze zm.) oraz art. 54 ust. 5 i 6 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 134/1 z 30.04.2004 r., ze zm.). Zgodnie z regulacją zawartą w dyrektywie klasycznej, wykonawca może w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Warunkiem powyższego jest wykazanie przez takiego wykonawcę zamawiającemu, że będzie on dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, np. przedstawiając w tym celu zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów. Natomiast na gruncie art. 54 ust. 5 dyrektywy sektorowej wykonawca może, w uzasadnionych przypadkach zdać się na możliwości innych podmiotów, niezależnie od rodzaju powiązań prawnych pomiędzy nim a tymi podmiotami. W takim przypadku wykonawca musi wykazać zamawiającemu, że będzie miał dostęp do tych zasobów przez cały okres ważności systemu kwalifikowania, przedstawiając na przykład odpowiednie zobowiązanie tych podmiotów. Na temat stosowania wymienionych przepisów Dyrektyw (dyrektyw je poprzedzających) wypowiadał się Europejski Trybunał Sprawiedliwości: w orzeczeniu z dnia 14 kwietnia 1994 roku w spr. C-176/98 (dostępne na stronie: <http://www.uzp.gov.pl>), Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że: „(...) przepisy dyrektywy 92/50 dopuszczają wykazanie przez usługodawcę, że spełnia on ekonomiczne, finansowe i techniczne kryteria udziału w postępowaniu o zamówienia publiczne na usługi poprzez oparcie się na sytuacji innych podmiotów, niezależnie od prawnego charakteru powiązań z tymi podmiotami, pod warunkiem że może wykazać, iż ma faktycznie do swej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia. Ocena, czy taki wymagany dowód został przeprowadzony należy do sądu krajowego.”. Natomiast w orzeczeniu z dnia 18 listopada 2004 r. w spr. C-126/03 (dostępne na stronie: <http://www.uzp.gov.pl>), Europejski Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że „(...) prawdą jest, iż w celu dopuszczenia usługodawcy do uczestnictwa w procedurze zaproszenia do składania ofert to na usługodawcy zamierzającym powołać się na zdolność techniczną instytucji lub przedsiębiorstw, z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio związany, ciąży obowiązek wykazania, że może on rzeczywiście dysponować środkami tych instytucji lub przedsiębiorstw, które jednak nie stanowią jego własności, a które są niezbędne do wykonania zamówienia.” W orzeczeniu z dnia 2 grudnia 1999 r. w spr. C-176/98 Holst Italia (orzeczenie dostępne na stronie www.uzp.gov.pl), Europejski Trybunał Sprawiedliwości

26

wskazał natomiast: „Tak więc, jeśli celem wykazania swej sytuacji finansowej, ekonomicznej i technicznej po to by zostać dopuszczonym do przetargu spółka wskazuje zasoby podmiotów lub przedsiębiorstw z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio powiązana, niezależnie od prawnego charakteru takich powiązań, spółka musi wykazać, że faktycznie może korzystać z zasobów tych podmiotów lub przedsiębiorstw, które nie należą do niej samej a są niezbędne do wykonania zamówienia.” W orzeczeniu z dnia 18 listopada 2004 r. w spr. C-126/03 (orzeczenie dostępne na stronie www.uzp.gov.pl), ETS uznał: „w celu dopuszczenia usługodawcy do uczestnictwa w procedurze zaproszenia do składania ofert to na usługodawcy zamierzającym powołać się na zdolność techniczną instytucji lub przedsiębiorstw, z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio związany, ciąży obowiązek wykazania, że może on rzeczywiście dysponować środkami tych instytucji lub

przedsiębiorstw, które jednak nie stanowią jego własności, a które są niezbędne do wykonania zamówienia.” Wymowa tych orzeczeń jest jednoznaczna: posłużenie się zdolnościami innych podmiotów jest dopuszczalne, pod warunkiem jednak że ma ono charakter realnego – że udostępnione zasoby pozostają w dyspozycji wykonawcy w celu realizacji zamówienia.

Konieczność realnego dysponowania w danym postępowaniu zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, wyrażonymi w treści warunków udziału opracowanych na użytek konkretnego postępowania dotyczy nie tylko tych zasobów, które udostępnione zostały przez podmioty trzecie, ale także tych, które są w dyspozycji wykonawcy. Warunki udziału w postępowaniu są stawiane przez zamawiającego i wykazywane przez wykonawcę nie w celu dopełnienia sfery formalnej, bez związku z danym postępowaniem, ale w celu zapewnienia, że wykonawca posiada pewne niezbędne, reprezentatywne dla wykonania zamówienia walory, które uprawdopodobniają poprawną i niezakłóconą realizację zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu, w świetle brzmienia przywołanych przepisów nie stanowią jedynie ogólnej, niezwiązanej z danym zamówieniem charakterystyki wykonawcy, jego opisu, ale mają służyć do wykonania zamówienia, są związane ze sferą jego realizacji.

Ocena tej realności musi być dokonywana indywidualnie w każdym postępowaniu, z uwzględnieniem konkretnych okoliczności, takich jak potrzeba i częstotliwość zaangażowania danego zasobu wynikająca z charakteru zadania (przykładowo, inny będzie zakres i potrzeba angażowania archeologa w robotach budowlanych, specjalisty ds. rozliczeń, inna zaś kierownika budowy, czy odpowiedniej ilości operatorów maszyn); sposobu jego prowadzenia (na co wpływa przykładowo czas realizacji zamówienia, rozłożenie poszczególnych prac w czasie), a także charakteru samego zasobu. O ile – jak wskazano wyżej – taki zasób jak wiedza i doświadczenie z jego natury może być szeroko, w zasadzie

bez ograniczeń wykorzystywany przez jego dysponenta, tak inne wartości, jak zasoby ludzkie czy sprzęt mają ograniczoną wydolność biologiczną czy przepisami prawa pracy (człowiek) lub prawami fizyki (urządzenia i maszyny) możliwość wykorzystania.

Takie rozumienie wyznacza zarówno sens i cel warunków udziału w postępowaniu jako mających służyć do realizacji zamówienia jak i wynikające z przepisów wymaganie, by były to osoby „które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia”, wobec których rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów pozwala wymagać informacji na temat kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności. Możliwość wymagania wskazania przez wykonawcę zakresu wykonywanych przez podane osoby czynności wyraźnie nawiązuje do tego, że wykazywanie konkretnych osób w *Wykazie osób* ma służyć realizacji przez nie wymaganych czynności a nie tylko formalnemu wyczerpaniu stawianych wymagań, bez związku ze sferą realizacji zamówienia.

2. W postępowaniach, których dotyczą rozpatrywane odwołania Zamawiający starannie i jednoznacznie zakomunikował wykonawcom, że wskazywane w wykazie osób osoby mają realizować zamówienie. Zamawiający dodał do subklauzuli 6.8 warunków kontraktu następujące postanowienie: *Wykonawca jest zobowiązany skierować do realizacji zamówienia osoby wskazane w Formularzu „Potencjał kadrowy – osoby zdolne do realizacji zamówienia”, a w przypadku konieczności zastąpienia którejkolwiek ze wskazanych osób, zobowiązany jest do wskazania osoby posiadającej kwalifikacje i doświadczenie nie niższe od określonych w Ogłoszeniu o Zamówieniu.*

W pkt 7.1.2 każdej ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający podkreślił też, że *Zamawiający nie dopuszcza przedstawienia więcej niż jednej osoby do pełnienia więcej niż jednej z funkcji wymienionych powyżej.*

Powyższe, jednoznaczne i w kategoriach sposób ujęte postanowienia wyraźnie nakazują wykonawcy w każdym z postępowań podanie do pełnienia kluczowych ról w projekcie osób, które rzeczywiście będą te czynności wykonywały. Jeśli zatem wykonawca wskazuje osoby, które jednocześnie zostały zaangażowane lub zadeklarowane do wykonywania analogicznych ról w innym zadaniu (tu: innym zamówieniu), i gdy charakter obowiązków tych osób oraz zakres ich zaangażowania do realizacji zamówienia wskazuje, że nie da się ich pogodzić w sposób bezkolizyjny w danym postępowaniu, musi czynić to na własne ryzyko, uwzględniając, że tak „zajęty” już zasób może zostać uznany za niepotwierdzający spełnienia

warunku. Oczywiście, nie sposób odmawiać wykonawcy prawa do uczestnictwa w wielu postępowaniach, nie tylko u jednego zamawiającego, z tym jednak zastrzeżeniem, że wykonawca może i powinien liczyć się z sytuacją, że w takim wypadku zasób ten może

zostać uznany za niezdolny do wykorzystania w sposób zgodny z wymaganiem specyfikacji istotnych warunków zamówienia w danym postępowaniu. Nie sposób też przyjąć, że skoro Zamawiający w ramach warunków stawianych dla każdego z postępowań nie dopuszczał wskazania tych samych osób na dwa stanowiska (dwie funkcje), to jest to dopuszczalne w odniesieniu do wskazania tych samych osób w różnych (tutaj dwóch, równoległe prowadzonych) postępowaniach. Powyższe stanowiłoby obejście tak postawionego wymagania, które nie zasługuje na akceptację.

Na gruncie każdego z postępowań, w odniesieniu do których złożone zostały rozpatrywane odwołania, wymaganie dotyczące osób mających pełnić kluczowe funkcje jak Kierownik Budowy oraz Dyrektor Kontraktu nie odnosi się do epizodycznych funkcji, istotnych, ale takich w których czynności wykonywane są w pewnych odstępach czasu, czy też niewielkim wymiarze czasu. Przeciwnie, to kluczowe role w projekcie, bardzo doniosłe, których czynności należy uznać za zarządczo – operacyjne, wykonywane nieprzerwanie w trakcie realizacji każdego z zamówień i które nie są możliwe do bezkolizyjnego pogodzenia na dwóch zadaniach (zamówieniach), bez uszczerbku dla jakości wykonywanych zadań. Okoliczność, że oba zamówienia dotyczą sąsiadujących odcinków budowy nie oznacza, że obowiązki wskazanych osób mogą być bezrefleksyjnie dublowane i wykonywane jednocześnie w sposób bezkonfliktowy. Dokumentacja opisuje szczegółowo charakter zadań jak i organizację każdego z zamówień. Nie pozostawia wątpliwości, że roboty budowlane na każdym z odcinków będą wymagały znaczącej determinacji i dyscypliny wykonawcy, co oznacza konieczność doskonałej organizacji personelu, w szczególności tego zarządzającego, w tym Kierownika Budowy oraz Dyrektora Kontraktu: w myśl subklauzuli 6.5 Warunków Kontraktu *Godziny pracy*, w trakcie całego okresu przewidzianego do zakończenia przedmiotu Umowy Wykonawca jest zobowiązany do nieprzerwanego prowadzenia Robót co najmniej od godziny 6.00 do godz. 22.00, tj. przez 16 godzin dziennie w systemie dwuzmianowym przez 6 dni w tygodniu (od poniedziałku do soboty włącznie), chyba że warunki atmosferyczne nie pozwalają na wykonywanie pewnego asortymentu Robót. Wydłużenie terminu realizacji każdego z zamówień, nakazane wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej nie zmienia tej sytuacji.

W tym miejscu warto również postawić pytanie, jaki charakter ma oświadczenie wykonawcy wyrażone w treści wykazu osób – czy jest ono jedynie oświadczeniem wiedzy, że wykonawca posiada określone wartości, czy też wyraża się w nim oświadczenie woli, że dedykuje określone osoby do realizacji zamówienia. Uznano, że oświadczenie wykonawcy, stanowi oświadczenie woli – taki charakter nadaje mu treść *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane*, a na gruncie analizowanych postępowań

ewentualne wątpliwości rozwiewa treść subklauzuli 6.8 Warunków Kontraktu, wobec wymagania której ma być komplementarne oświadczenie wykonawcy o przedstawieniu konkretnych osób na kluczowe stanowiska w zadaniu. Oznacza to zatem tyle, że wykonawca takim oświadczeniem jest związany aż do upływu terminu składania ofert. To oświadczenie składane w sposób poważny, ze skutkami o charakterze zobowiązaniowym. Wykonawca, składając takie oświadczenie deklaruje wykonywanie wskazanymi przez siebie osobami zamówienia. Jeśli osoby są zaangażowane w innym zadaniu, z czym jest równoznaczne oświadczenie o zadedykowaniu ich w ofercie do takiego zadania, to ów zasób, w warunkach, gdy zadanie wymaga pełnego zaangażowania osoby, nie może zostać uznany za realnie przeznaczony do realizacji zamówienia, ani za skutecznie i prawidłowo potwierdzający spełnianie stawianego warunku udziału w postępowaniu.

Także argumentacja, zgodnie z którą tego rodzaju działanie jest dopuszczalne, skoro w Warunkach Kontraktu przewidziano możliwość zmiany osób na spornych stanowiskach nie zasługuje na akceptację: postanowienia subklauzuli 6.8 pozwalające na taką zmianę zostały przewidziane w każdym z postępowań jako rozwiązania swego rodzaju awaryjne,

determinowane koniecznością. Wynika z nich, że zmiana w trakcie realizacji przedmiotu umowy którejkolwiek z osób, umocowanych lub uprawnionych do wykonywania projektów, kierowania budową i do kierowania robotami, musi być uzasadniona przez Wykonawcę na piśmie i wymaga pisemnego zaakceptowania przez Inżyniera w porozumieniu z Zamawiającym. Nie sposób zatem pomijać procedury zmiany przewidzianej w takiej sytuacji, wymagającej akceptacji Inżyniera Kontraktu oraz porozumienia z Zamawiającym. Nie zasługuje przy tym na aprobatę podejście, w którym taka potrzeba zmiany osób będzie pierwotna, widoczna już w treści oświadczeń zawartych w ofercie i wynikająca z optymalizacji wykonawcy w zakresie wykazywania warunków udziału w postępowaniu w różnych postępowaniach jednocześnie. Jeśli bowiem wykonawca składa dokument, w którym deklaruje realizację zamówienia określonymi osobami, a zarazem te same osoby dedykuje do innego zadania, o które równolegle się ubiega, to z jednej strony nie zapewnia – przynajmniej w jednym z nich – dysponowania taką osobą, z drugiej zaś godzi się i jest przygotowany od samego początku na zmianę osoby na inną, spełniającą warunek. Co więcej, dopuszczenie do tego rodzaju sytuacji, że wykonawca składając oferty już na wstępie zakłada konieczność zamiany osoby – a z taką sytuacją mamy do czynienia, gdy równocześnie posługuje się tymi samymi osobami, licząc przecież na uzyskanie zamówienia w każdym z postępowań, oznacza wymuszone kształtem oferty przesunięcie w czasie badania spełnienia warunku udziału w postępowaniu na czas już po zawarciu umowy. Tego rodzaju optymalizacja pozbawia z jednej strony innych uczestników postępowania kontroli nad tego rodzaju czynnością, z drugiej zaś ogranicza zamawiającego w rzeczywistej,

30

dokonywanej w postępowaniu zmierzającym do wyłonienia wykonawcy możliwości badania i oceny oferty, zmuszając go do uznania iluzorycznego, niejako fikcyjnego spełnienia warunku na etapie analizy ofert, by po wyborze oferty ustalić osoby, które rzeczywiście będą wykonywać czynności. Jakkolwiek postępowanie o zamówienie publiczne jest postępowaniem formalnym, opartym na pewnej fikcji wynikającej z dokumentów, to nie oznacza to, że zamawiający jest zobligowany przyjąć oświadczenia za potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu, nawet jeśli na podstawie całokształtu okoliczności nie ma wątpliwości, że spełnienie warunku jest iluzoryczne. Takiemu rozumieniu sprzeciwiają się zasady postępowania o zamówienie publiczne, w szczególności wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy.

Stan faktyczny analizowanych dwóch postępowań pozwala zaś na uznanie, że wobec zakresu czynności przewidzianych dla Kierownika Budowy oraz Dyrektora Kontraktu, wskazywanie tych samych osób na powyższe stanowiska w dwóch postępowaniach nie daje możliwości realizacji przez nie obowiązków w sposób prawidłowy i zabezpieczający interes Zamawiającego, do czego przecież służy stawianie warunków udziału w postępowaniu. W tych warunkach należy przyjąć, że konieczność zmiany tych osób w jednym z kontraktów stałaby się koniecznością wynikająca już z samej treści oferty. Takiemu przyjęciu sprzeciwiają się jednak zasady postępowania o zamówienie publiczne, w tym wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy, podstawowa zasada prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odmienne ocena takiej sytuacji musiałaby być bowiem traktowana jako sprzyjająca i premiująca nadużycie prawa, co nie daje się pogodzić ze wspomnianymi zasadami postępowania o zamówienie publiczne.

Powyższe przemawiało za uznaniem zasadności stawianego przez Odwołujących zarzutu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co odnosi się do jednego z tych postępowań. Nie skutkuje to jednak automatycznym wykluczeniem Przystępującego każdego z postępowań. Zamawiający obowiązany jest bowiem uprzednio wyczerpać procedurę wezwania do uzupełnienia dokumentów (art. 26 ust. 3 ustawy) w zakresie jednego z postępowań. Brak oświadczenia dysponenta ofert, do którego z postępowań dedykuje wykazane zasoby skutkuje zaś koniecznością uzyskania w tym przedmiocie definitywnego stanowiska Przystępującego, a następnie wystosowania wezwania w odniesieniu do drugiego z postępowań do uzupełnienia dokumentu na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednimi osobami.

[6] Potwierdziły się zarzuty wskazujące na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie SALINI Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

31

w Warszawie, IMPREGILO S.p.A w Mediolanie oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. w Kobylni odpowiednim potencjałem technicznym, w związku ze wskazaniem tych samych wytwórni mieszanek mineralno - asfaltowych do dwóch postępowań o zamówienia (art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy):

Znalazły także potwierdzenie zarzuty, zgodnie z którymi wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie SALINI Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, IMPREGILO S.p.A. w Mediolanie oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. w Kobylni nie wykazali spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania wymaganym sprzętem, to jest dwoma wytwórniami mieszanek mineralno - asfaltowych. W każdym z dwóch postępowań, wykonawcy ubiegający się o zamówienie mieli wykazać, iż dysponują m. in. następującymi „sprawnymi jednostkami sprzętu”: wytwórnia mieszanek mineralno - asfaltowych o wydajności min. 200 t/godz. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie SALINI Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, IMPREGILO S.p.A. w Mediolanie oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. w Kobylni zawarli w wykazie *Potencjał techniczny* w każdym z postępowań oświadczenia, że dysponują otaczarką TELTOMAT wydajność 220 t/h oraz otaczarką TELTOMAT wydajność 200 t/h, stanowiącymi własność Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu akcentowana przez Zamawiającego na etapie kształtowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia w każdym z postępowań potrzeba rzeczywistego zaangażowania tego sprzętu, co znalazło wyraz w stanowisku prezentowanym w postępowaniach odwoławczych, których przedmiotem było brzmienie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający konsekwentnie prezentował stanowisko, że wymagane w każdym z postępowań dwie wytwórnie mas bitumicznych to niezbędne minimum, pozwalające na wykonanie zadań w każdym zamówieniu, oraz że w praktyce konieczne jest uruchomienie większej ilości tego sprzętu, w tym dodatkowej wytwórni na potrzeby dróg lokalnych. Zamawiający nie postawił wymagania dwóch wytwórni mas bitumicznych w każdym z postępowań, z zastrzeżeniem, że jedna jest rezerwowa, ale wyraźnie w związku z koniecznością uruchomienia ich dla realizacji zadań. Analiza każdego z postępowań, w tym kształt specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podkreślane na etapie jej kształtowania (postępowania odwoławcze w sprawach o sygn. akt KIO 2211/12, KIO 2212/12, KIO 2223/12, KIO 2224/12), relatywnie krótkie terminy na wykonanie każdego z zamówień wskazują, że sporny sprzęt jest wymagany w każdym z postępowań w celu jego realizacji. Nie jest wystarczające wykazanie tego samego sprzętu jedynie formalnie w każdym z postępowań z osobna, jeśli ten sprzęt finalnie ma być wykorzystywany do pracy i efektywnie, w wymaganej w każdym z postępowań ilości zaangażowany do realizacji

każdego z zamówień.

Przytoczenia wymaga stanowisko Zamawiającego prezentowane w odniesieniu do tego wymagania: „Czas na mobilizację Wykonawcy z budową zaplecza, opracowaniem i zatwierdzeniem recept, zatwierdzeniem podwykonawców niezbędnych dla rozpoczęcia robót wynosi 1 miesiąc. Kluczową sprawą dla wykonania całego zakresu robót w okresie 9 miesięcy jest czas potrzebny na wykonanie zakresu robót bitumicznych. Przy założeniu optymalnej wydajności pracy dwóch wytwórni mas bitumicznych oraz uwzględnieniu czasu wykonania inwentaryzacji geodezyjnej i badań to okres 6 miesięcy. Zakładając czas realizacji od 15 kwietnia do 15 października 2013 r., 25 dni roboczych na miesiąc, to przez 6 miesięcy daje nam 150 dni, które pomniejszone o 23 dni (10% opadów deszczu i 5% awarii sprzętu) przyjąć można 127 dni roboczych. Do wytworzenia i wbudowania mieszanki mineralno-asfaltowej różnych grubości od 3 cm do 14 cm jest potrzebne 400 000,00 ton. Dzienna wymagana produkcja powinna wynosić 3150 ton (400 000,00 ton/127 dni=3150 ton). Przy wymaganiach 200 ton/godz. 2-ch wytwórniach mas bitumicznych i pracy ciągłej 10 godz. otrzymujemy wynik 4000 ton/dzień, większy od ilości wymaganej. Wskazane byłoby uruchomienie trzeciej wytwórni mas bitumicznych do obsługi tylko dróg poprzecznych, lokalnych i dojazdowych. W zakresie pozostałych prac wykonawca powinien prowadzić roboty od godziny 6:00 do godz. 22:00 w systemie dwuzmianowym od poniedziałku do soboty (włącznie). Dla każdej wytwórni mas przewidzieć należy jeden zespół do układania

masy. Dodatkowo zaleca się rezerwow, czwarty zespół na wypadek awarii.” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 29 października 2012 r. w sprawach KIO 2211/12, KIO 2212/12, KIO 2223/12, KIO 2224/12, str. 81, w aktach postępowania).

Taki charakter wymagania odpowiedniego sprzętu dla danego postępowania, odnoszący się do sfery realizacji zamówienia, wynika też z treści przepisów - w § 6 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane mówi się o wykazie narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług lub robót budowlanych w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami. Także Zamawiający w każdym z postępowań podkreślił (pkt 7.2.3 każdej ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia), że wykonawca musi mieć do dyspozycji sprawne jednostki wymaganego sprzętu. Posiadanie do dyspozycji to nic innego, jak możliwość korzystania z danego sprzętu w celu realizacji zamówienia. Zakres zadań, sposób ich realizacji, w tym relatywnie krótkie terminy na wykonywanie każdego z zamówień, założona dyscyplina pracy determinowana tymi terminami (wykonywanie robót nieprzerwanie przez 6 dni w tygodniu, w systemie dwuzmianowym od godziny 6.00 do 22.00), nie pozwalają na przyjęcie, że postawione w każdym z postępowań

sporne wymaganie dotyczące dwóch wytwórni mieszanek mineralno - asfaltowych mogło być spełnione łącznie dla każdego z nich. Zamawiający wyraźnie wskazał, że wymagana dla każdej z wytwórni wydajność jest minimalna, zaś prezentowany sposób realizacji zamówienia, wymagany w związku z koniecznością dochowania terminów każdego zamówień nie pozwala przyjąć, by to wymaganie mogło być spełnione w każdym z obu postępowań za pomocą tego samego sprzętu. Jak wskazano wcześniej, żadna z wytwórni mieszanek mineralno – asfaltowych nie jest wymagana jako rezerwowa, zaś lektura akt tego postępowania dostarcza podstaw do formułowania wniosku, że Zamawiający wymaga dla każdego z postępowań tego sprzętu jako niezbędnego minimum, zaś w rzeczywistości potrzeba dostarczenia odpowiedniej ilości komponentu do budowy będzie większa. Także Przystępujący zdaje się prawidłowo odczytywać taką intencję Zamawiającego, w zakresie wymagania z osobna dwóch wytwórni mieszanek mineralno – asfaltowych o wydajności co najmniej 200 Mg/h dla każdego z postępowań, o czym świadczą deklaracje zawarte w odpowiedziach na pytania nr 7 i 8 pisma z dnia 21 stycznia 2013 r. Tym samym nie sposób przyjąć, że w świetle wymagań stawianych w każdym z postępowań, wykonawcy ubiegający się o każde z zamówień mogli wykazywać ten sam sprzęt w celu jedynie formalnego wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, niezależnie od tego, czy rzeczywiście będzie on mógł być jednocześnie wykorzystany w celu wykonywania każdego z zamówień.

Powyższe uzasadnia wniosek, że pozytywna ocena spełnienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie SALINI Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, IMPREGILO S.p.A. w Mediolanie oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. warunku udziału stawianego w każdym z postępowań była przedwczesną. Nie oznacza to jednak, że wykonawcy podlegają w jednym lub obu postępowaniach wykluczeniu: Zamawiający jest obowiązany najpierw wezwać wykonawców do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dla jednego, według wyboru Przystępującego, postępowania.

[7] Uznano za potwierdzone zarzuty stawiane w każdym z odwołań, w zakresie bezpodstawnego uznania całości wyjaśnień złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie SALINI Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, IMPREGILO S.p.A. w Mediolanie oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. w Kobylni w piśmie

z dnia 21 stycznia 2013r. stanowi jego tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 8 ust. 3 ustawy):

Podkreślenia na wstępie wymaga, że zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną

wprost w art. 8 ust. 1 ustawy – *Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne*. Przejawia się ona w szeregu czynności podejmowanych przez zamawiającego i uczestników

postępowania, poczynawszy od publicznego, jawnego ogłoszenia o zamówieniu, przez jawne otwarcie ofert i udostępnienie protokołu, ofert, oświadczeń składanych w toku postępowania aż po jawność umowy w sprawie zamówienia publicznego. Art. 8 ust. 1 ustawy nadał jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rangę zasady o doniosłym znaczeniu. Jak wskazuje się w doktrynie, jawność postępowania o zamówienie publiczne „z jednej strony jest prawem każdego oferenta gwarantującym dostęp do informacji o toczącym się postępowaniu. Z drugiej strony jest nakazem skierowanym do zamawiających, prowadzących postępowanie, aby na każdym jego etapie zagwarantowali oferentom dostęp do informacji na temat zamówienia publicznego”; a także „Realizacja zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ustawowym priorytetem. Orzecznictwo jednoznacznie wskazuje na konieczność wyjątkowego ograniczenia tej zasady ze względu na wszelkiego rodzaju „tajemnice”. Wyłączenie jawności postępowania możliwe jest tylko przy wykazaniu potrzeby ochrony określonych ustawą wartości. Z tego powodu zamawiający jest zobowiązany prowadzić postępowanie wyjaśniające w celu weryfikacji zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, oferenci zaś powinni wykazać, że zastrzegli poufność danych w sposób uprawniony. Zawsze zastrzeżenie ma charakter wyjątkowy wobec jawności postępowania (zob. wyrok KIO UZP z 19 lipca 2010 r., KIO/UZP 1400/10, LexPolonica nr 2369090)” (tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, wyd. 2, LexisNexis Polska, Warszawa 2010, s. 114-115). Wyjątek od zasady jawności postępowania wyraża przepis art. 8 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym *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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy.* Art. 86 ust. 4 ustawy wymienia enumeratywnie elementy, jakie w złożonej ofercie nie mogą zostać zastrzeżone, należą do nich nazwa (firma), adres wykonawcy a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Ustawodawca tym samym, *a contrario* dopuścił możliwość objęcia pozostałych informacji tajemnicą 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. Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. W zakresie informacji, które nie podlegają udostępnieniu ustawa odsyła do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa ujętej

w Ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 roku (Dz. U. z 2003 roku, Nr 153 poz. 1503 ze zm.). Zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się *nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.* Przyjmuje się w oparciu o ugruntowane orzecznictwo (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00), że aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki:

1. informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
2. informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem.

Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazać w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych,

wkraczający w reżim oparty na zasadzie jawności, powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Godna uwagi w tym miejscu jest teza wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001 r. (sygn. akt I CKN 1159/2000), gdzie wskazano, że: „zakresem *tajemnicy przedsiębiorstwa* nie mogą być objęte informacje powszechnie znane lub takie, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć”.

Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00). Powszechnie przyjmuje się - zdaniem Sądu Najwyższego, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej

36

ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) „*nie ujawniona do wiadomości publicznej*” to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się „*tajemnicą przedsiębiorstwa*”, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznana, ale nie będzie tajemnicą.

Wobec powyższego stwierdzić należy, iż przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia działań, które zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zapewnią ochronę informacji przed upowszechnieniem, czy - ściślej mówiąc - ujawnieniem. Wskazuje to na obiektywną ocenę użytego w przepisie 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zwrotu „niezbędność”. Ocena ma być dokonana *ex ante*, a nie *ex post*. Działanie przedsiębiorcy musi doprowadzić do powstania warunków stwarzających duże prawdopodobieństwo, że informacja pozostanie nieujawniona. Tak więc, dopóki sam przedsiębiorca, nie podejmie działań bezpośrednio zmierzających do zachowania danych informacji w poufności, nie można mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Obowiązkiem Zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na obowiązek badania przez Zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, III CZP 74/05 cyt. „w *postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji*”.

Wyrażony przez Sąd Najwyższy pogląd zachowuje, w ocenie Izby, pełną aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawa. Tak więc Zamawiający przede wszystkim powinien dokonać oceny, jaki charakter ma zastrzeżona informacja. Następnie powinien mieć pewność, że informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznane ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca – dysponent informacji wyraża wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnego kręgu odbiorców i jakie

37

niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób, a powyższe mieści się w charakterze obowiązków, a nie uprawnień Zamawiającego. Jeżeli, w ocenie zamawiającego, zastrzeżone przez wykonawcę

informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub mają charakter jawnych, wówczas zobowiązany jest on do ich ujawnienia w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Nie można przyjąć, by ciężar ten spoczywał na wykonawcy, który zarzut nieskutecznego zastrzeżenia podnosi w odwołaniu. Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać, iż podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji.

Przystępujący poprzestał natomiast na ogólnej wzmiance zawartej w piśmie z 21 stycznia 2013 r., zgodnie z którą: „**Oświadczam, iż poniższe wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spółek tworzących konsorcjum w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i zobowiązuję Zamawiającego do zachowania tych informacji w tajemnicy**”.

W ocenie Izby, tak wyartykułowane uzasadnienie utajnienia informacji, a przede wszystkim zawartość informacyjna pisma z dnia 21 stycznia 2013 r. nie są wystarczające dla uznania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy z całą mocą podkreślić, że to jawność postępowania jest zasadą, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie ogólnych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorącym udział w przyszłych postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji składanych w postępowaniu o zamówienie publiczne w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznaliby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i jako takie – byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W konsekwencji ograniczałoby możliwość kontroli działań i zaniechań zamawiającego, w trybie środków ochrony prawnej, skoro wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, wobec

nieuprawnionego zastrzegania informacji w istocie zostaliby pozbawieni możliwości kwestionowania nieznanymi im informacji.

Podkreślenia przy tym wymaga, że ciężar udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na podmiocie, który z tego działania wyciąga korzystne dla siebie skutki prawne - w tym przypadku spoczywa on na Przystępującym. Nie można przyjąć, by to na Odwołującym, który nie ma możliwości zapoznania się z treścią zastrzeżonych przez wykonawców dokumentów, winien przedstawić dowody na bezskuteczność zastrzeżeń ujętych w dokumentach składanych przez innego wykonawcę. Przystępujący nie wykazał natomiast zaistnienia przesłanek dla objęcia wszystkich informacji zawartych w piśmie z 21 stycznia 2013 r. tajemnicą przedsiębiorstwa. Wyniki postępowania przed Izbą oraz akta sprawy nie pozwalają na uznanie, że całość informacji zastrzeżonych przez Przystępującego, stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Analiza pisma z 21 stycznia 2013 r. skłania do konkluzji, iż zasadnicza większość zawartych tam wiadomości, dotyczących organizacji przedsiębiorstwa, nie ma charakteru poufnego. Ogólność danych i uniwersalny charakter informacji wynikających z wyjaśnień oraz sposób ich prezentacji nie wskazują na zawarcie w nich indywidualizującego wykonawcę, charakterystycznego dla niego oraz godnego ochrony know-how. Wśród nich są twierdzenia stanowiące powtórzenie lub potwierdzenie wymagań stawianych w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia; a także podane w sposób niezobowiązujący informacje o planach realizacji zamówień, w tym nawiązanie do przyszłego harmonogramu ich wykonania. Zawierają one w szczególności nieskonkretyzowane co podmiotów, wartości, warunków porozumień deklaracje dotyczące relacji z innymi podmiotami, które zaprezentowane są na tym poziomie ogólności, że nie pozwalają na uznanie ich za informacje posiadające wartość gospodarczą. Waler taki miałyby informacje mające znaczenie z uwagi na mechanizmy konkurencji – tzn. ich uzyskanie przez innych

wykonawców narażałoby interesy Przystępującego na szkodę. Rezultaty postępowania przed Izbą nie prowadzą jednak do takich wniosków. Brak jest zatem podstaw do uznania, że zastrzeżone dane mają wartość gospodarczą na tyle istotną, że zasadne jest wyłączenie ich kontroli przez konkurujących wykonawców. Przystępujący nie wskazał w tej mierze na swoje indywidualne rozwiązania organizacyjne godne ochrony. Znakomitej części tych informacji nie sposób przypisać tego przymiotu z uwagi na ich ogólny charakter, uniwersalność, fakt, że zawierają one twierdzenia z założenia wspólne podmiotom działającym komercyjnie. Część zawartych w tym piśmie informacji odnosi się do elementów tego postępowania, sięgając do obowiązków nałożonych na wykonawców treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wiele z nim ma charakter przykładowego wyliczenia pewnych czynników, które jednak nie są na tyle skonkretyzowanymi, by mogły być kwalifikowane jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jedynie w odpowiedziach na pytania

39

11 oraz 12 wyartykułowane zostały elementy, w których można dopatrywać się pewnych wartości o charakterze organizacyjnym i które mogą stanowić dla ich dysponenta wartość gospodarczą.

Reasumując, jedynie zawarte w pkt 11 i 12 informacje mogą być rozważane w kategorii informacji na tyle konkretnych i mogących mieć wartość gospodarczą, że można im przypisać znaczenie tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu wskazanych wyżej przepisów.

Wobec powyższego, mając na względzie podstawową zasadę jawności postępowania o zamówienie publiczne, nakazano Zamawiającemu odtajnienie zastrzeżonych w piśmie Przystępującego z dnia 21 stycznia 2013 r. informacji, z wyłączeniem tych zawartych w pkt 11 i 12 udzielonych odpowiedzi.

V. ROZSTRZYGNIĘCIE O ŚĄDANIACH OBU ODWOŁAŃ:

Opisane wyżej naruszenia przepisów ustawy mogą mieć wpływ na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy.

Reasumując, wskazane wyżej okoliczności przemawiają za uznaniem, że pozytywna ocena spełnienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie SALINI Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, IMPREGILO S.p.A. w Mediolanie oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. w Kobylarni spełnienia warunków udziału w postępowaniu w każdym z postępowań była przedwczesną. Powyższe decydowało o uwzględnieniu odwołań i nakazaniu dokonania ponownego badania i oceny ofert w każdym z postępowań, w zakresie, jaki wynika z uwzględnienia zarzutów obu odwołań. W ramach ponownego badania i oceny ofert, Zamawiający obowiązany jest uzyskać jednoznaczne stanowisko wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie SALINI Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, IMPREGILO S.p.A. w Mediolanie oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. w Kobylarni, co do którego z dwóch prowadzonych postępowań zadedykowane zostały wskazywane zasoby, oraz wezwanie w drugim z tych postępowań do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia a także w zakresie dysponowania potencjałem technicznym, jakim są dwie wymagane wytwórnie mieszanek mineralno – asfaltowych o wydajności min. 200 t/h.

Nie podzielono żądania wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie SALINI Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, IMPREGILO S.p.A. w Mediolanie oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. w Kobylarni

40

z postępowania: nie potwierdziły się zarzuty wskazujące na złożenie nieprawdziwych informacji, zaś uznanie niespełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wynikającym z uwzględnionych zarzutów nie wywołuje automatycznie takiego skutku. Zamawiający obowiązany jest bowiem najpierw wezwać wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie SALINI Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, IMPREGILO S.p.A. w Mediolanie oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. w Kobylarni do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy. Powołany przepis ma charakter bezwzględnie obowiązujący i nakłada na

Zamawiającego nie prawo, a obowiązek wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów oraz do ich wyjaśnienia. Zamawiający nie może bowiem podjąć decyzji o wykluczeniu wykonawcy nie mając absolutnej pewności co do spełnienia lub niespełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu. Co więcej, zarówno doktryna, jak i orzecznictwo przepis art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych interpretują jednoznacznie: jeżeli z dokumentów załączonych do oferty nie wynika, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, traktuje się te dokumenty i oświadczenia jak dokumenty „zawierające błąd” i mimo, że nie ma wątpliwości co do ich treści, Zamawiający winien zastosować art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych. Złożenie dokumentu, z którego treści wynika niespełnienie warunku udziału w postępowaniu zobowiązuje zamawiającego do wezwania wykonawcy do jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Wskazany przepis dotyczy bowiem nie tylko sytuacji niezłożenia żadnego dokumentu czy złożenia dokumentów zawierających wady formalne, ale każdej sytuacji niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu [tak przykładowo wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1915/09, publ. w „Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecnicze”, zeszyt nr 6, Warszawa, grudzień 2010 r., wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z 20 stycznia 2011 r., sygn. KIO 38/11, z dnia 25 stycznia 2011 r., sygn. 70/2011, wyrok z dnia 28 marca 2011 r. w spr. KIO 595/11]. Analogiczny pogląd, w odniesieniu do treści i warunków samej polisy, wynika także z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2012 r. w spr. KIO 1955/12, KIO 1956/12, KIO 1961/12.

Podzielając zarzut dotyczący bezpodstawnego zastrzeżenia informacji nie noszących znamion tajemnicy przedsiębiorstwa, zawartych w piśmie Przystępującego z dnia 21 stycznia 2013 r. nakazano udostępnienie informacji zawartych w tym piśmie, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dotyczy to odpowiedzi na wszystkie zadane przez Zamawiającego pytania, za wyjątkiem odpowiedzi na pytania osygnowane numerami 11 i 12.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

41

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Skład orzekający

42