

Sygn. akt: KIO 1538/16
Sygn. akt: KIO 1528/16

Wyrok
z dnia 07 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 01 września 2016 roku i 05 września 2016 r. w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 16 września 2016 r. przez wykonawcę **Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław,**

B. w dniu 16 września 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) L. K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo-Handlowo-Produkcyjna L. K., (2) M. B., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Transportu i Budowy Dróg M. B., adres dla pełnomocnika: Zielonka 64, 36-130 Raniżów**

w postępowaniu prowadzonym przez
Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu, ul. Niedziałkowskiego 6, 45-085 Opole

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) L. K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo-Handlowo-Produkcyjna L. K., (2) M. B., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Transportu i Budowy Dróg M. B., adres dla pełnomocnika: Zielonka 64, 36-130 Raniżów** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1528/16 po stronie odwołującego,

B. wykonawcy **MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A., ul. Wadowicka 8W, 30-415 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1528/16 oraz KIO 1538/16 po stronie zamawiającego,

1

C. wykonawcy **Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1538/16 po stronie zamawiającego.

orzeka

1. uwzględnia oba odwołania w zakresie zarzutu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcy **MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A** i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i wezwanie tego wykonawcy w trybie przepisu art. 26 ust.3 Pzp do uzupełnienia dokumentów w zakresie spełnienia tego warunku, oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert.

1.1w pozostałym zakresie zarzuty z obu odwołań oddala

2. kosztami postępowania obciąża **zamawiającego Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu, ul. Niedziałkowskiego 6, 45-085 Opole** i:

3. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez obu odwołujących, tytułem wpisów od odwołań,

3.1. zasądza od zamawiającego na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **(1)L. K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo-Handlowo-Produkcyjna L. K., (2) M. B., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Transportu i Budowy Dróg M. B., adres dla pełnomocnika: Zielonka 64, 36-130 Raniżów Konsorcjum: Polimex Energetyka sp. z**

o.o., Doosan Lentjes GmbH, Al. Jana Pawła II 12, 00 – 124 Warszawa (sygn. akt KIO 1538/16) kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz wykonawcy Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław (sygn. akt KIO 1528/16), kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni

2

od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

Przewodniczący:

3

Sygn. akt KIO 1528/16

Sygn. akt KIO 1538/16

UZASADNIENIE

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu, ul. Niedziałkowskiego 6, 45-085 Opole, dalej zwany „Zamawiającym” prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Całoroczne, kompleksowe utrzymanie autostrady A-4 na odcinku węzeł Brzeg - granica woj. śląskiego, od km 193+965 do km 281+686, wraz ze wszystkimi jej elementami, zwanej dalej „Drogą”, w okresie 36 miesięcy od daty podpisania umowy.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 077-137377.

Zamawiający pismem z dnia 5 sierpnia 2016 roku poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta złożona przez wykonawcę MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A., ul. Wadowicka 8W, 30-415 Kraków.

Od takiej czynności Zamawiającego odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli wykonawcy”:

A. Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław, sygn. KIO 1528/16

B. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) L.ek K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo-Handlowo-Produkcyjna L. K., (2) M. B., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Transportu i Budowy Dróg M. B., adres dla pełnomocnika: Zielonka 64, 36-130 Raniżów, sygn. KIO 1538/16.

Zarządzeniem Prezesa KIO sprawy te zostały skierowane do łącznego rozpoznania.

Sygn. akt KIO 1528/16

Wykonawca Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław, dalej zwany także jako „Odwołujący” lub „Zaberd” we wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych polegających na naruszeniu:

1) art. 7 ust. 1 Pzp tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

2) art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez brak odrzucenia oferty MOTA ENGIL CENTRAL EUROPE S.A., 30-415 Kraków, ul. Wadowicka 8W (dalej „MOTA ENGIL”) w sytuacji gdy, zaoferowana przez niego cena jest niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu do wartości zamówienia oraz z cenami rynkowymi podobnych zamówień.

4

Wykonawca MOTA ENGIL w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego udzielił wyjaśnień, które zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa, jednakże należy stwierdzić, że nie mogły one być wiarygodne i uzasadniać zaproponowanej ceny, która w związku z tym powinna być uznana za rażąco niską, a oferta tego wykonawcy powinna być odrzucona.

3) art 24 ust. 2 pkt 4 i art. 26 ust. 2b Pzp, ze względu na brak potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu; po pierwsze udostępnienie zasobów nie spełnia wymogów Pzp i nie gwarantuje realnego uczestnictwa podmiotu udostępniającego zasoby, a po drugie udostępniona wiedza i doświadczenie nie odpowiadają wymogom stawianym przez Zamawiającego w SIWZ,

4) art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez niewybranie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty na podstawie ustalonych kryteriów oceny ofert pomimo tego, że oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu w postępowaniu, spełnia wszystkie wymogi zawarte w SIWZ oraz jest ofertą najkorzystniejszą w świetle zawartych w niej kryteriów oceny ofert.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu przez Izbę

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) odrzucenia oferty MOTA ENGIL, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę;
- 3) ewentualnie w przypadku nieuznania zasadności odrzucenia oferty MOTA ENGIL - wykluczenie z postępowania Wykonawcy MOTA ENGIL, względnie wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym zobowiązania do udostępnienia zasobów, jeżeli MOTA ENGIL w dalszym ciągu opierać się będzie na zasobach podmiotów trzecich;
- 4) nakazanie rozstrzygnięcia postępowania oraz dokonania wyboru oferty zgodnie z zachowaniem zasad określonych w Pzp, w szczególności uczciwej konkurencji z uwzględnieniem najkorzystniejszej oferty Odwołującego;
- 5) zwrot kosztów postępowania zgodnie z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2014 r. poz. 964) oraz rozporządzeniem 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).

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów i żądań podał, iż w zakresie zarzutu niewykazania spełniania przez wybranego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu stwierdził, że wykonawca MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A., dalej zwany także jako „Przystępujący” lub „Mota” nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż wykazane udostępnienie zasobów nie spełnia wymogów Pzp i nie gwarantuje realnego uczestnictwa podmiotu udostępniającego zasoby, a nadto udostępniona wiedza i doświadczenie nie odpowiadają wymogom stawianym przez Zamawiającego w SIWZ. Na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia

5

Przystępujący do oferty dołączył Formularz 3.2.2., z którego wynika, że usługi odpowiadające wymaganiom Zamawiającego zostały wykonane przez podmiot trzeci, tj. ASCENDI IGI z Portugalii. Z treści zobowiązania podmiotu trzeciego wynika, że podmiot ASCENDI IGI udostępnia do dyspozycji Wykonawcy MOTA zasób wiedzy i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia. Ponadto podmiot w zobowiązaniu oświadczył m.in., iż:

a) sposób wykorzystania zasobów przy wykonywaniu Zamówienia będzie następujący: *udział ASCENDI IGI w realizacji zamówienia w charakterze dostawcy usługi w zakresie wykonania „Całoroczne, kompleksowe utrzymanie autostrady A-4 (...)”*

b) charakter stosunku udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący: *realizacja zadań z zakresu letniego i zimowego utrzymania dróg w charakterze dostawcy usługi”*

c) zakres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący: *udział w wykonywaniu usług utrzymania letniego i zimowego”*.

Dlatego też Odwołujący prezentował stanowisko iż, aby udział podmiotu trzeciego w wykonywaniu zamówienia był rzeczywisty to należy skonstatować, iż powołanie się przez MOTA na doświadczenie podmiotu trzeciego i posiadane przez niego referencje będzie dopuszczalne wyłącznie w sytuacji, gdy ten podmiot trzeci będzie brał udział w wykonaniu zamówieni (np. jako podwykonawca). Oceniając treść powyższego zobowiązania stwierdził, że dołączone do oferty zobowiązanie jest zbyt ogólne, a zatem jest to niewystarczające jako dowód realnego oddania wiedzy i doświadczenia przez podmiot udostępniający swój

potencjał do dyspozycji Wykonawcy. Odnosząc się do treści załączonego do oferty zobowiązania podał iż przedstawione zobowiązanie nie określa sposobu wykorzystania udostępnionych zasobów, gdyż oświadczenie podmiotu udostępniającego zasób sprowadza się do stwierdzenia „*udział ASCENDI IGI realizacji zamówienia w charakterze dostawcy usługi w zakresie wykonania „Całoroczne, kompleksowe utrzymanie autostrady A-4”*”. Oświadczenie to jest ogólnikowe i pozorne, albowiem w żaden sposób nie dowodzi, że Wykonawca faktycznie będzie mógł skorzystać z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego. Brak jest także wskazanego zakresu udziału podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia.

Oświadczenie podmiotu w tym zakresie sprowadza się do stwierdzenia „*udział w wykonaniu usług utrzymania letniego i zimowego*”. Oświadczenie to jest ogólnikowe i pozorne, albowiem w żaden sposób nie dowodzi, że Wykonawca faktycznie będzie mógł skorzystać z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego. Z treści powyższego oświadczenia nie sposób wywieść w jakim zakresie podmiot trzeci będzie realizował zamówienie, w jaki sposób zostanie przekazana wiedza i doświadczenie np. czy będzie to podwykonawstwo, a jeżeli tak to jaki zakres zamówienia będzie realizowany przez podmiot trzeci, jeżeli będą to

6

np. konsultacje to w jakim zakresie będą udzielane. Brak jasności w tej sprawie potwierdzają także wyjaśnienia MOTA przesłane Zamawiającemu w którym stwierdza iż - „*spółka ASCENDI IGI - będzie pełnić nadzór i kontrolować całość realizacji zamówienia oraz wykonywać prace*”.

Zdaniem Odwołującego to całkowicie za mało dla zapewnienia realnego udziału w wykonaniu zamówienia, wobec sytuacji, że MOTA ENGIL nie wykazuje własnego doświadczenia na wymaganym poziomie, a także zważywszy również, że mamy znaczące różnice w klimacie - co powoduje, że doświadczenie nabyte przez udostępniającego zasoby nie stanowi doświadczenia wystarczającego i odpowiadającego SIWZ, bo nie dotyczy porównywalnego, co do zakresu i sposobu wykonywanych usług zamówienia. W tym zakresie dodał iż po dokonaniu analizy warunków klimatycznych dla m. Porto w Portugalii (położone poniżej utrzymanej autostrady przy utrzymaniu której nabyto wykazywane wiedzę i doświadczenie), należy stwierdzić, że opady śniegu w okolicy Bragi i Porto występują bardzo rzadko. Na ogół występują opady deszczu. Firma ASCENDI IGI nie mogła zatem zdobyć stosownej wiedzy i doświadczenia, podobnych do warunków polskich, które mogłaby przekazać MOTA ENGIL.

Zwrócił także uwagę iż wykonawca Mota brał udział w postępowaniu o takim samym przedmiocie zamówienia ogłoszonym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad O/Łódź, który to Zamawiający wykluczył firmę MOTA ENGIL z postępowania z powodu niespełniania warunku udziału w postępowaniu – podkreślając iż wykonawca ten w tamtym postępowaniu również posługiwał się takimi zasobami w zakresie wiedzy i doświadczenia udostępnionymi przez ASCENDI IGI.

W drugim z podniesionych zarzutów Odwołujący zarzucił Zamawiającemu nieodrzućenie oferty Przystępującego Mota z powodu rażąco niskiej ceny złożonej oferty. Podał iż sam Zamawiający miał wątpliwości w tym zakresie gdyż pismem z dnia 23 czerwca 2016 r. Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie zaoferowanej w ofercie ceny przez MOTA ENGIL. Jak wynika z wezwania Zamawiający stwierdził, że jego wątpliwości, wymagające wyjaśnienia budzi zarówno cena oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak i do poszczególnych pozycji formularza cenowego.

Odwołujący zwrócił uwagę na nierealność cen jednostkowych w ofercie MOTA ENGIL pomimo, że Zamawiający nie zakwestionował tych pozycji po złożonym przez tego wykonawcę wyjaśnieniu (zastrzeżonym, jako tajemnica przedsiębiorstwa). W szczególności ma to związek z wyjaśnieniami i odpowiedziami na pytania (nr 28 na str. 9 pisma Zamawiającego z dnia 24 maja 2016 r.) w zakresie konieczności modernizacji- wymiany na nowe tablic zmiennej treści. (dodana do OPZ poz. 108 wraz z modyfikacją SST)

W utrzymywanych elementach z poz. 10 lub 12 (wg Odwołującego powinno to być rozłożone na poz. 10 i 12) należy wymienić na nowe 11 kpl. zespolonych znaków zmiennej

7

treści zgodnie z SST co łącznie daje kwotę tylko w materiale na poziomie ok. 700 tys. zł; wg oferty MOTA ENGIL poz. 10,11,12 w skali kontraktu to ok. 350 tys. zł. Na brak realnej

wyceny i rozeznania w tym względzie przez MOTA ENGIL wskazują np. rzeczywiste koszty realizowanej obecnie przez Odwołującego wymiany takiej tablicy na autostradzie A4. Odwołujący ma też zastrzeżenia, co do kwot na utrzymanie MOP-ów i Obwodów Utrzymania polegające na tym, że nie można przyjąć iż np. utrzymanie MOP-ów oraz Obwodów Utrzymania autostrady to nie tylko czynności związane z ochroną i monitoringiem. Czynności te wynikają z OPZ i SST oraz dokumentacji techniczno-ruchowej urządzeń stanowiących wyposażenie MOP-ów i OUA i zostały tam bardzo szczegółowo opisane i w odniesieniu do zaoferowanych przez MOTA ENGIL cen jednostkowych. Oceniając wartość oferty trudno przyjąć iż wszystkie te czynności zostały przewidziane do wykonania czy to przez MOTA ENGIL czy też Podwykonawcę, na którego Mota się powołuje składając wyjaśnienia z dnia 01.08.2016r

Na ich zakres zwracał też uwagę Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W ocenie Odwołującego przedstawiona przez MOTA ENGIL oferta podwykonawcy (agencji ochrony) zawiera tylko koszty całodobowego dozoru. Nie zawiera natomiast np. dla MOP-ów kosztów utrzymania obiektów i urządzeń we właściwym stanie technicznym wraz z instalacjami wewnętrznymi i zewnętrznymi, serwisu urządzeń, kosztów utrzymania terenów (czystość, koszenie traw, pielęgnacja drzew i krzewów, usuwanie skutków zimowych), kosztów utrzymania czystości w budynkach toalet, zapewnienia materiałów higienicznych itp., kosztów dostaw wody i odbioru ścieków sanitarnych i innych.

Według Odwołującego koszty utrzymania MOP-ów kształtują się miesięcznie na poziomie 13.500,00 zł za jeden MOP, a nie jak przedstawia to MOTA ENGIL 7.053,23 zł

W przypadku OUA oferta nie zawiera np. kosztów utrzymania bieżącej czystości na OUA, kosztów dostaw mediów (prąd, woda, gaz, telefon, internet), kosztów wywozu (odprowadzenia) nieczystości stałych i płynnych, kosztów przeglądów i prowadzenia wszelkiej dokumentacji wymaganej prawem budowlanym związanej z eksploatacją budynków i urządzeń, kosztów napraw i konserwacji, kosztów podatków, pokrywania obowiązków pieniężnych, kosztów Urzędu Dozoru Technicznego itp., kosztów remontu obiektów przed końcem trwania umowy.

Według ZABERD S.A. koszty utrzymania OUA kształtują się na poziomie 37.000,00 zł za jeden OUA, a nie jak przedstawia to MOTA ENGIL 14.481,52.

Dlatego też zdaniem Odwołującego złożone wyjaśnienia powinny stanowić podstawę do odrzucenia przez Zamawiającego oferty MOTA ENGIL - Wykonawcy, jako tego który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

8

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania, uznając podniesione zarzuty za niezasadne. W zakresie zarzutu dotyczącego niespełnienia warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia podał iż określenie ASCENDI IGI jako „dostawca usług „ wskazuje na to, iż podmiot ten będzie realizował zamówienie w charakterze podwykonawcy. Natomiast zakres i przedmiot dostarczanych Przystępującemu usług tj. pełnienie nadzoru i kontroli całości realizacji zamówienia oraz wykonywanie prac związanych z utrzymaniem kanalizacji deszczowej, przepustów, hydrantów, roślinności wysokiej w ocenie Zamawiającego zapewnia realny i to istotny udział w wykonaniu zamówienia. Niczym nie uzasadnione jest również kwestionowanie doświadczenia ASCENDI IGI w utrzymaniu zimowym dróg. To, że opady śniegu w miejscu nabytego doświadczenia występują bardzo rzadko nie czyni zarzut o braku wystarczającego doświadczenia, zasadnym.

Natomiast w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego Zamawiający podał iż zarzut także jest niezasadny. Wskazał, że Zamawiający zwrócił się do wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez każdego z nich oferty z uwagi na to, iż cena każdej z ofert była niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT, o ponad 30 %. Każdy z wykonawców złożył wyjaśnienia. Dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami nie potwierdziły, że oferty zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający został poinformowany także, iż zaoferowane ceny umożliwiające za zaoferowaną kwotę wykonanie przedmiotu zamówienia. Podkreślił iż za wykonanie zamówienia zostało ustalone wynagrodzenie w formie ryczałtowej i w przypadku pominięcia przez Wykonawcę przy wycenie jakiegokolwiek części zamówienia i nie ujęcia jej w

wynagrodzeniu, Wykonawcy nie będzie przysługiwało względem Zamawiającego żadne roszczenia z powyższego tytułu, a w szczególności roszczenie o dodatkowe wynagrodzenie.

Zwrócił uwagę na kwestie iż postępowaniu przed KIO obowiązują ogólne zasady dowodowe w tym art.6 kc, zgodnie, z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu wywodzi skutki prawne. Odwołujący podnosi, iż wybrana cena zawiera rażąco niską cenę, z faktu tego wywodzi skutek prawny w postaci odrzucenia oferty Przystępującego dlatego też to na Odwołującym spoczywa ciężar dowodu. W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie przedstawił żadnego przekonującego dowodu na to, że Przystępujący zaoferował cenę rażąco niską. W istocie Odwołujący poza własnymi twierdzeniami nie oparł się na żadnych dowodach potwierdzających zakładany przez Odwołującego, właściwy wg niego poziom cen. W szczególności brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia kalkulacji kosztów i wyliczenia ceny ofertowej przez Odwołującego jako miernika „wzorca” dla innych cen ofertowych.

9

Przystępujący do postępowania wykonawca Mota-Engil poparł stanowisko prezentowane przez Zamawiającego – strony po której zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie zarzutu niespełniania warunku udziału w postępowaniu podał, że dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, Przystępujący powołał się na doświadczenie zdobyte przez Ascendi IGI - Inovacao e Gestao de Infraestruturas S.A. w realizacji zadania *Całoroczne zimowe i letnie utrzymanie 175 km sieci autostrad w ramach kontraktu: umowa koncesyjna „Concessao Norte” na projekt, budowę, finansowanie, obsługę i utrzymanie dróg w oparciu o system płatnego użytkowania niektórych odcinków autostrady i połączonego z nimi systemu dróg*, oraz na doświadczenie własne Przystępującego nabyte w trakcie realizacji kontraktu *Kompleksowe - całoroczne (zimowe i letnie) - utrzymanie drogi ekspresowej S17 na odcinku Kurów - Lublin - Piaski, zwanej dalej „Drogą” w podziale na 2 części: Część 2 utrzymanie drogi ekspresowej S17 w zakresie zadań nr 4, 5 i 5a budowy drogi ekspresowej S17 Kurów - Lublin - Piaski oraz obwodnicy miasta Piaski*. Wskazał, że nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego iż powołanie się na doświadczenie podmiotu trzeciego i posiadane przez niego referencje jest dopuszczalne tylko w sytuacji gdy ten podmiot trzeci będzie brał udział w wykonaniu zamówienia. Przepisy Pzp nie wykluczają wykorzystania potencjału wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego przez koordynację, konsultacje lub inne formy doradztw w trakcie wykonywania przedmiotu zamówienia. Podał, że zaangażowanie podmiotu trzeciego poprzez bezpośrednie udzielanie wsparcia technicznego, doradztwo oraz konsultacje, udzielenie know-how, udzielanie wsparcia przy rozwiązywaniu problemów zaistniałych w toku realizacji zamówienia, opracowywanie zasad optymalizacji i efektywności prac w ramach realizacji zamówienia są także formą, w jakiej podmiot trzeci może brać udziału w realizacji zamówienia.

Natomiast w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny złożonej przez Przystępującego oferty podał, że Odwołujący konstruując zarzut odwołania ograniczył się jedynie do wskazania pewnych elementów oferty Przystępującego, które w ocenie Odwołującego zostały wycenione nierealnie. Natomiast z przedstawionych argumentów nie wynika jakoby oferta cenowa Przystępującego jako całość miała być złożona z ceną rażąco niską. W dalszej części swojego stanowiska w tym zakresie wskazał wyliczenia kwestionowanych przez Odwołującego pozycji, które jego zdaniem uwiarygodniają zaoferowaną cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Do tego postępowania po stronie Odwołującego przystąpił wykonawca – Odwołujący w sprawie 1538/16 – Konsorcjum L. K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo-Handlowo-Produkcyjna L. K.,
(2) M. B., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Transportu i Budowy Dróg M. B., adres dla pełnomocnika: Zielonka 64, 36-130 Raniżów dalej zwany jako „przesypujące

10

konsorcjum” lub „odwołujące się konsorcjum”. W zakresie tego odwołania Przystępujące konsorcjum poparło stanowisko Odwołującego Zaberda w zakresie niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę Mota i przedstawioną argumentację uznało jako własną, bez potrzeby jej powielania.

Wykonawca L. K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowo-Handlowo-Produkcyjna L. K.,

(2) M. B., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Transportu i Budowy Dróg M. B., adres dla pełnomocnika: Zielonka 64, 36-130 Raniżów, od czynności Zamawiającego wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego dokonanych w ww. postępowaniu,

polegających na:

- wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A., ul. Wadowicka 8W, 30-415 Kraków
- zaniechaniu odrzucenia oferty MOTA, mimo jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz faktu, iż cena tej oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- zaniechaniu odrzucenia oferty Zakładu Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław (dalej: „ZABERD”) i zakwalifikowaniu je na drugiej pozycji tzw. listy rankingowej, mimo jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz faktu, iż cena tej oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- zaniechaniu udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień złożonych przez MOTA i ZABERD w trybie art. 90 ust. 1 Pzp oraz zaniechaniu wezwania ww. wykonawców do uzupełnienia ich ofert w zakresie wskazanym w treści odwołania.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom zarzucił naruszenie;

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MOTA, mimo iż jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie, w jakim wykonawca nie ujął w kolumnie 6 Formularza cenowego kosztów opłat drogowych ponoszonych w związku z wykonaniem, przedmiotu zamówienia w odniesieniu do wszystkich świadczeń objętych kolumną 1, poz 2 - 47 _ formularza, wykonawca nie objął treścią swojej oferty konieczności zapewnienia ochrony fizycznej (dozoru) Miejsc Obsługi Podróżnych przez pracownika ochrony w trybie 24-godzin na dobę, wykonawca nie objął treścią swojej oferty wymiany w

miesiącu co najmniej 272mb barier ochronnych, względnie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez przyjęcie, że MOTA popełniła błąd w obliczeniu ceny ofertowej, nie wypełniając kolumny 6 przy poszczególnych pozycjach Kosztorysu cenowego,

- naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz art. 26 ust. 2b Pzp, art. 22 ust. 5 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania MOTA do uzupełnienia oferty i przyjęcie przez Zamawiającego, że MOTA spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, mimo że MOTA nie udowodniło, że będzie realnie dysponowało wiedzą i doświadczeniem udostępnionym wykonawcy przez inny podmiot,

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ZABERD, mimo iż jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie, w jakim wykonawca nie ujął w kolumnie 6 Formularza cenowego kosztów opłat drogowych ponoszonych w związku z wykonaniem przedmiotu zamówienia przez pojazdy wskazane w SIWZ jako pojazdy wymagane do realizacji zamówienia oraz wykonawca nie objął treścią swojej oferty wymiany w miesiącu co najmniej 272mb barier ochronnych, względnie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp poprzez przyjęcie, że ZABERD popełnił błąd w obliczeniu ceny ofertowej, nie wypełniając kolumny 6 przy poszczególnych pozycjach Kosztorysu cenowego,

- art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZABERD z postępowania mimo złożenia przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wyniki postępowania, a dotyczących należytego wykonania usługi wskazanej w ofercie wykonawcy na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, względnie
- art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania ZABERD do uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usługi wskazanej w ofercie wykonawcy na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia,

- art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia ZABERD od udziału w postępowaniu, mimo iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia

warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do dysponowania samochodami patrolowymi i interwencyjnymi o określonej ładowności, względnie **art. 26 ust. 3 Pzp** poprzez zaniechanie wezwania ZABERD do uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające spełnienia warunku, o którym mowa,

- naruszenie art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej u.z.n.k) oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez błędną ocenę skuteczności zastrzeżenia przez MOTA i ZABERD jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez tych wykonawców w trybie art. 90 ust. 1 Pzp i niezasadne utajnienie tych dokumentów;

12

- naruszenie art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez MOTA i ZABERD w sytuacji, gdy wykonawcy ci złożyli ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia, a tym samym nie wykazali, że ich oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MOTA i ZABERD mimo, iż oferty te zawierają rażąco niską cenę,
- naruszenie art. 7 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która podlega odrzuceniu

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez MOTA,
- przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności odrzucenie ofert MOTA oraz ZABERD,
- ewentualnie, nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności wezwanie ZABERD oraz MOTA do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, udostępnienie Odwołującemu wyjaśnień złożonych przez tych wykonawców w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Na wstępie prezentacji stanu faktycznego podkreślić należy iż Odwołujący uplasował się na trzecim miejscu na liście rankingowej oceny ofert, dlatego też w swoim odwołaniu kwestionuje dwie wyżej ocenione oferty, tj. wykonawcy Mota oraz ZaberD.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów Odwołujący wskazał min.:

- w zakresie zarzutu rozpatrzonego przez Izbę łącznie, a odnoszącego się do nie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia przez wykonawcę Mota podał iż wykonawca ten w załączonym do swojej oferty Formularzu 3.2.2. Wiedza i oświadczenie, przedstawił zadanie realizowane przez podmiot trzeci - ASCENDI IGI - Inovacao e Gestao de Infraestruturas S.A., jednocześnie załączając do oferty zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia wykonawcy swojej wiedzy i doświadczenia.

W zobowiązaniu tym podmiot trzeci wskazał, że sposób wykorzystania jego zasobów przy wykonywaniu zamówienia będzie polegał na udziale w realizacji zamówienia w charakterze dostawy usługi w zakresie wykonania „Całoroczne, kompleksowe utrzymanie autostrady A-4 na odcinku węzeł Brzeg - granica woj. śląskiego”. W pkt 3 zobowiązania wskazano, że podmiot trzeci będzie realizował zadania z zakresu letniego i zimowego utrzymania dróg w charakterze dostawcy usługi. Pismem z dnia 22 lipca 2016r. MOTA, odpowiadając na wezwanie ze strony Zamawiającego, wyjaśniła, że podmiot trzeci (.cyt:) *„(...) będzie pełnić nadzór i kontrolować całość realizacji zamówienia oraz wykonywać prace związane z utrzymywaniem kanalizacji deszczowej, przepustów, hydrantów, roślinności wysokiej.*

13

Podkreślił, że zakres udziału podmiotu trzeciego w realizacji przedmiotu zamówienia, podany przez MOTA w dniu 22 lipca 2016r. jest niewystarczający do tego, by w sposób rzeczywisty przekazać wiedzę i doświadczenie w wykonaniu usługi o wielkości i zakresie wymaganym opisem warunku udziału w postępowaniu.

Ponadto podkreślić należy iż charakteru uczestnictwa w realizacji zamówienia nie podaje sam podmiot udostępniający zasoby ww. swoim zobowiązaniu, lecz czyni to wykonawca w wyjaśnieniu dla Zamawiającego, co należy uznać za niedopuszczalne. Nadto gdyby nawet uznać zobowiązanie się podmiotu trzeciego do pełnienia nadzoru i kontroli nad

wykonywanym zamówieniem, to takie zobowiązanie także jest niewystarczające dla przyjęcia, że doszło do rzeczywistego udostępnienia potencjału. W zobowiązaniu nie wskazano bowiem, na czym w istocie miałyby polegać ów nadzór i kontrola oraz, jaki zakres i częstotliwość miałyby mieć czynności składające się na tak określony udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia.

Poza tym wskazany przez Mota zakres podwykonawstwa podmiotu trzeciego jest niewielki, a co za tym idzie nieadekwatny do tego, by przenieść na wykonawcę usługi gwarancję zapewnienia należytego wykonania usługi opisanej w wykazie. Miesięczna wartość usług, których podmiot trzeci ma być podwykonawcą wynosi - w świetle oferty MOTA - odpowiednio: kanalizacja deszczowa - 2 697,90 zł, przepusty - 339,28 zł, roślinność wysoka - 47,06 zł, hydranty - 52,55 zł, co daje łącznie wartość miesięczną: 136,79 zł, a w skali całego zamówienia: 112.924,44 zł (netto). To stanowi tylko ułamek procenta wartości przedmiotu zamówienia.

W zakresie kolejnego zarzutu odwołania względem wykonawcy Mota Odwołujący zarzucił Zamawiającemu niezasadne nieodrzućenie oferty tego wykonawcy z powodu iż złożona przez tego wykonawcę oferta jest niezgodna z treścią SIWZ. W zakresie tego zarzutu kwestionował brak wliczenia w cenę oferty opłat za przejazd odcinkami objętymi poborem opłat. Podał, że koszty, o których mowa, zgodnie z zapisami Formularza cenowego - załącznika 2.1. do SIWZ- IDW oraz zapisów OPZ (str. 26), wykonawcy mieli wskazać (wyróżnić) w Formularzu cenowym, tj. w kolumnie 6 wykonawcy mieli podać przypisaną do danego elementu rozliczeniowego (każdej z 48 pozycji -kolumna 1) „Opłaty za korzystanie z dróg zgodnie z art. 13 ust 1 pkt 3 ustawy o drogach publicznych z dnia 21 marca 1985 r. zwanej „opłatami elektronicznymi” w ramach wykonywania Usługi przez 1 miesiąc dla poszczególnych elementów.” Natomiast Mota w złożonym przez siebie Formularzu cenowym jedynie w jednej z pozycji Formularza przypisała wartość w kolumnie 6, tj. przy pozycji nr 1 „Odcinek Drogi w rozwinięciu na jezdnię północną i południową obejmujący nawierzchnie wraz z pasem awaryjnym, wyjazdy awaryjne, oznakowanie poziome, pobocza ziemne, wykopy i nasypy” w kolumnie nr 6 wpisała wartość 17,63 zł, co daje łączną kwotę na kontrakt (na 36 miesięcy) 634,68 zł. Równocześnie wykonawca ten w wyjaśnieniach dla

14

Zamawiającego podał iż w związku z trudnościami w przypisaniu określonej kwoty odnoszącej się do opłat za korzystanie z dróg płatnych przez pojazdy o DMC pow. 3,5 tony poza pozycją 1 Kosztorysu ofertowego (...) do poszczególnych pozycji, całość kosztów opłat za korzystanie z dróg publicznych dla pojazdów o DMC przekraczającej 3,5 tony Wykonawca przedstawił w pozycji 48. Jednocześnie przyznał, że jak wynika z wyjaśnień MOTA łączny koszt opłat związanych z przejazdami płatnym odcinkiem autostrady wynosi w przypadku tego wykonawcy 596 846,88 zł i jest to wartość zbliżona do tej ustalonej m. in. przez Odwołującego.

Wobec powyższego podkreślił iż jego zdaniem Oferta MOTA jest więc niezgodna z SIWZ, przy czym niegodność ta ma charakter nieusuwalny.

Ewentualnie taki sposób wypełnienia Formularza przez MOTA winny być kwalifikowany jako błąd w obliczaniu ceny, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, przy czym także taka kwalifikacja działania MOTA skutkuje odrzuceniem oferty wykonawcy.

W podobny sposób odwołujący odniósł się także do ujęcia kosztów dozoru – objęciem ochrona Miejsc Obsługi Podróżnych, wymianie ilości barier ochronnych.

Kolejną grupę zarzutów podniesionych w odwołaniu stanowią zarzuty podniesione wobec wykonawcy Zaberda.

W pierwszym zarzucie z tej grupy jest zarzut dotyczący niezgodności treści oferty tego wykonawcy z treścią postanowień SIWZ. Zdaniem Odwołującego wykonawca Zaberda w sposób nieprawidłowy wyliczył i wykazał w formularzu cenowym koszty związane z opłatami drogowymi. Podobnie jak przy zarzutach dotyczących wykonawcy Mota podał iż obowiązkiem wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu było wskazanie w kolumnie 6 Formularza ofertowego „Opłaty za korzystanie z dróg zgodnie z art. 13 ust 1 pkt 3 ustawy o drogach publicznych z dnia 21 marca 1985 r. zwanej „opłatami elektronicznymi” w ramach wykonywania Usługi przez 1 miesiąc dla poszczególnych elementów.”

ZABERD w części pozycji Formularza ofertowego w kolumnie 6 wpisał wartość 0 zł, wyjaśniając pismem z dnia 02.08.2016r., że dla elementów z poz. 9, 13, 20, 21, 22, 26, 32, 43, 44, 45, 46 oraz 47 opłata, o której mowa nie występuje ze względu na to, że do wykonania prac opisanych w tych pozycjach zaplanowano wykorzystanie pojazdów o DMC

do 3,5 tony. W tym zakresie Odwołujący zwrócił uwagę na fakt iż że w świetle zapisów SIWZ (pkt 7.2.3. SIWZ - IDW) tylko 4 z 30 pojazdów wymienionych jako pojazdy, które wykonawca musi mieć dostępne w celu realizacji zamówienia mogą być pojazdami o dopuszczalnej masie całkowitej poniżej 3,5 tony (pojazdy patrolowe). Pozostałe samochody, są samochodami o dopuszczalnej masie całkowitej powyżej 3,5 tony. Dlatego też nawet gdyby przyjąć, że w kolumnie 6 Formularza cenowego nie był zobowiązany ująć kosztów opłat związanych z wykorzystaniem do realizacji przedmiotu zamówienia pojazdów o DMC poniżej 3,5 tony, to i tak zobowiązany był objąć swoją ofertą konieczność wykonania przedmiotu

15

zamówienia przy użyciu pojazdów wprost wskazanych w SIWZ (pojazdy wymagane na spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a następnie wymagane na etap realizacji zamówienia), których dopuszczalna masa całkowita przekracza 3,5 tony. Przewidzenie do realizacji zamówienia pojazdów o mniejszej ładowności, nie zwalnia bowiem wykonawcy z obowiązku wykonania minimalnego zakresu przedmiotu zamówienia przy użyciu sprzętów wprost wskazanych w SIWZ o większej ładowności. Tak więc kwota opłat została zdaniem Odwołującego wyliczona w sposób niewłaściwy.

Podobnie również odniósł się do ilości ujętych w formularzu cenowym barier ochronnych. Wskazał, że zgodnie z zapisami SIWZ - Załącznik nr 5 do OPZ - wykonawcy winni byli założyć i wycenić w ofercie konieczność wymiany barier ochronnych w ilości 272 mb na miesiąc. Natomiast uwzględniając koszty rynkowe takiej wymiany oraz cenę podaną w poz. 17 Kosztorysu ofertowego, należy przyjąć, że ZABERD w swojej ofercie założył wymianę ok. 30 mb barier/miesiąc. Stwierdził, że Odwołujący, nie może zweryfikować, jaka ilość barier ochronnych została przewidziana przez wykonawcę do wymiany w świetle jego wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, niemniej jeśli jest to ilość mniejsza niż wynikająca z zapisów Załącznika nr 15 do OPZ, oferta ZABERD jest niezgodna z treścią SIWZ.

Druga grupa zarzutów podniesiona wobec wykonawcy ZaberD dotyczy niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz wykazania dysponowania wymaganym sprzętem.

W zakresie spełnienia wymagań posiadania odpowiedniego doświadczenia Odwołujący podniósł iż dla wykazania się spełnienia tego warunku wykonawca ZaberD przedstawił w swojej ofercie zadanie realizowane przez siebie na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie polegające na „Kompleksowym (letnim i zimowym) utrzymaniu dróg krajowych województwa małopolskiego w zakresie części nr 1, obejmującej kompleksowe utrzymanie dróg krajowych Rejonu Tarnów (okres 01.11.2011-31.10.2014r.).” Przedstawił w tym zakresie także poświadczenie należytego ich wykonania, jednakże z złożonego poświadczenia wynika prawidłowość robót wykonanych tylko przez podwykonawców. Z faktu tego wywodzi iż z reguły podwykonawcy nie wykonują całości zamówienia i tym samym brak jest potwierdzenia należytego wykonania robót przez samego wykonawcę.

Podkreślił także iż w treści tego poświadczenia znajduje się także informacja iż „**podczas realizacji Kontraktu Wykonawca uchybił obowiązkom w zakresie terminowego rozliczenia płatności na rzecz podwykonawców świadczących prace objęte zakresem przedmiotowego Zamówienia.** „. Dlatego też, zdaniem Odwołującego powyższe wskazuje na nienależyte wykonywanie przez niego zobowiązań umownych - zobowiązania do terminowego rozliczenia się z podwykonawcami. Taki dokument nie może stanowić poświadczenie

16

należytego wykonania zamówienia wskazanego w ofercie ZABERD. Nadto powyższe może wskazywać na fakt wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do jakości usług wykonanych przez wykonawcę - stanowić nieprawdziwą informację, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Można to wywieść także z stanowiska GDDKiA, który to Zamawiający zdaniem Odwołującego nie bez uzasadnionej przyczyny wyróżnił podwykonawców i tylko względem usług wykonywanych przez nich złożył stosowne oświadczenie potwierdzające jakość wykonanych robót.

Natomiast w zakresie dysponowania odpowiednim sprzętem podał, że ZABERD nie wykazał spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu, przy czym wobec faktu, iż Zamawiający wzywał już wykonawcę do przedstawienia „odpowiedniego” zobowiązania UNI

TRACK Sp. z o.o., trudno przyjąć, by w tym zakresie wykonawca miał jeszcze możliwość uzupełnienia oferty. Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazuje jednak, że nawet jeśli możliwość taka by istniała, Zamawiający nie może wezwania takiego zaniechać, jeśli jednocześnie nie decyduje się na odrzucenie oferty wykonawcy lub unieważnienie postępowania.

Odwołujący w części III odwołania sformułował zarzuty wspólne wobec zarówno wykonawcy Mota i Zaberda.

W pierwszym takim zarzucie Odwołujący zarzuca niezasadne uznanie złożonych przez tych wykonawców wyjaśnień co do zaoferowania w ofertach ceny rażąco niskiej za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Stwierdził iż w zakresie wyjaśnień wykonawcy Mota to Odwołujący na jego wniosek otrzymał tylko wgląd do ostatniej strony wyjaśnień zawierającej ogólne uzasadnienie do zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zaniechanie przez Zamawiającego udostępnienia Odwołującemu całości wyjaśnień złożonych przez MOTA jest niezgodne z obowiązującym prawem, bowiem wykonawca nie wykazał w sposób prawidłowy, że zastrzegane przez niego informacje spełniają wymogi wynikające z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Oceniając skuteczność zastrzeżenia tego wykonawcy udzielonych Zamawiającemu wyjaśnień podał, że MOTA w zasadzie nie wskazała, dlaczego informacje będące przedmiotem zastrzeżenia miałyby mieć walor tajemnicy przedsiębiorstwa - tj., że mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadają wartość gospodarczą;

W zakresie kolejnej przesłanki - podjęcie odpowiednich działań zmierzających do zachowania poufnego charakteru informacji - MOTA poprzestała na kilku ogólnych zapewnieniach, nie przedstawiając jakichkolwiek dowodów, które mogłyby potwierdzać okoliczności podawane przez nią w wyjaśnieniach. Przykładowo: wskazując na fakt przyjęcia

17

przez spółkę instrukcji ochrony informacji, instrukcji tych nie dołączyła do wyjaśnień, by mogły być przedmiotem oceny przez Zamawiającego.

Natomiast w zakresie zastrzeżenia złożonych wyjaśnień przez wykonawcę Zaberda wskazał iż tak jak i przy wyjaśnieniach wykonawcy Mota otrzymał od Zamawiającego wgląd jedynie do jego części, tj. jednej strony wyjaśnień zawierającej ogólne uzasadnienie do zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca ten nie uzasadnił również dlaczego złożone wyjaśnienia winny być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa wskazując tylko na kwestię iż „w jego firmie działa (cyt.:) *„proces ochrony danych i informacji poprzez identyfikację, komunikację, zabezpieczenie, procedury i szkolenia, czego efektem są podjęte i utrzymywane w firmie środki ochrony”*. Po tym podał w kilku punktach, hasłowo, jakie środki są w jego firmie stosowane, wskazując m. in. na wprowadzenie zasady niszczenia zbędnych dokumentów, dopuszczenie do informacji jedynie wąskiego kręgu pracowników, klauzule poufności, indywidualne hasła dostępu do baz danych, oznaczanie dokumentów klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”. Natomiast w żaden sposób nie wskazał dlaczego informacje z tego postępowania będące przedmiotem zastrzeżenia miałyby mieć walor tajemnicy przedsiębiorstwa - tj., że mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadają wartość gospodarczą. Wykonawca przyjął więc, że skoro wyjaśnienia dotyczą jego ceny ofertowej, to muszą być tajemnicą przedsiębiorstwa, gdy tymczasem nie wszystkie informacje przekładane zamawiającym w trybie art. 90 ust. 1 Pzp mogą być i są tajemnicą przedsiębiorstwa.

Reasumując zarzuty wobec stanowiska Zamawiającego w tym zakresie podniósł, że trudno przyjąć, by wyjaśnienia MOTA i ZABERD zawierały w istocie dane, które mogą być przedmiotem tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego, obaj wykonawcy złożyli wyjaśnienia, których poziom ogólności jest tak duży, że trudno mówić o informacjach mających walor tajemnicy przedsiębiorstwa. ZABERD we wspomnianym piśmie wspomina, że zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa, pismo z dnia 04.07.2016r. wraz z załącznikiem nr 1 - kosztorys szczegółowy. Z zastrzeżenia tego nie wynika, by wykonawca przedstawił jakiegokolwiek dokumenty źródłowe - umowy z dostawcami, podwykonawcami, usługodawcami, oferty, faktury, specyfikacje techniczne materiałów itd., które były podstawą przyjętej przez niego wyceny. Poza, jak można zakładać kilkoma ogólnymi informacjami odnoszącymi się do sytuacji rynkowej wykonawcy, oraz rozbiem ceny ofertowej na

mniejsze składowe, Zaberd nie przedstawia żadnych dodatkowych informacji. Trudno więc przyjąć, by wyjaśnienia tego wykonawcy warte byłyby ochrony.

W ostatnim zarzucie odwołania Odwołujący zarzucił nieodrzućenie ofert wykonawców Mota i Zaberd z powodu rażąco niskiej ceny.

W części pierwszej wskazał na nieodrzućenie ofert z tego powodu iż wykonawcy w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w tym zakresie złożyli zbyt ogólne

18

wyjaśnienia, a ponadto nie wykazali w wyjaśnieniach, że kalkulacja ceny była prawidłowa i miała charakter rynkowy. Pomimo iż złożone wyjaśnienia stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa i nie zostały mu ujawnione Odwołujący stwierdził, że cyt. *"Wyjaśnienia złożone przez MOTA i ZABERD są nierzetelne i lakoniczne, w tym - ze względu na poziom ich ogólności - odnoszą się nie tylko do postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, ale i do innych postępowań, wobec czego Zamawiający nie był uprawniony przyjąć na ich podstawie, że zaoferowana przez wykonawcę cena ma charakter rynkowy."*

Jednakże zauważył iż Odwołujący, nie mając wglądu w wyjaśnienia wykonawców, nie może w pełni uzasadnić podniesionego zarzutu, niemniej, opierając się na własnych doświadczeniach, uznaje że taka sytuacja zaistniała.

Kolejna kwestia podniesiona w tym zarzucie jest wskazanie na nieujęcie w formularzu cenowym przez obu wykonawców kosztów niezbędnych do poniesienia przy realizacji tego zamówienia. W tym zakresie wskazał na nieujęcie lub niedoszacowanie kosztów w zakresie opłat za korzystanie z dróg, kosztu wymiany barier ochronnych, kosztu oświetlania, kosztu utrzymania MOP i OUA, a także kosztów utrzymania zieleni niskiej i odmulanie rowów oraz ich czyszczenia.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego. Odnosząc się do zarzutu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w zakresie niewłaściwego wyliczenia kosztu opłat drogowych podał iż sposób w jaki koszty te wyliczyła MOTA-ENGIL w ofercie tj. uwzględnienia opłat za korzystanie z dróg poprzez podanie kosztów dla samochodów o DMC pow. 3,5 t w pierwszej pozycji w kolumnie 6, a kosztów dla samochodów o DMC poniżej 3,5 w cenie jednostkowej poz. 48 formularza cenowego, w żaden sposób nie wpływa na cenę oferty jak i na rozliczenie w trakcie ewentualnej realizacji zamówienia. Wyjaśnienie MOTA-ENGIL, że miał trudności w przypisaniu określonej kwoty odnoszącej się do opłat za korzystanie z dróg do poszczególnych pozycji formularza cenowego było dla Zamawiającego zrozumiałe i wystarczające. Natomiast taki sposób podania kosztów, wbrew twierdzeniu Odwołującego, pozwala na automatyczne pomniejszenie wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmian w ustawie o drogach publicznych w odniesieniu do samochodów o DMC powyżej 3,5 tony. Również wbrew twierdzeniom Odwołującego, wykonawca MOTA-ENGIL w sposób wystarczający wykazał w swoich wyjaśnieniach, że zapewnia w ramach swojej oferty dozór - ochronę fizyczną na MOP-ach. Twierdzenie, że podane przez MOTA koszty utrzymania 4 MOP-ów w łącznej wysokości 28 213,52 zł (7 053,38 zł za 1 MOP) są zaniżone jest całkowicie bezpodstawne w sytuacji gdy sam Odwołujący zaoferował w swojej ofercie koszt utrzymania 4 MOP-ów na poziomie niższym o ponad 30%, tj. kwotę: 19 646,64 zł (4 911,66 zł za 1 MOP). Należy nadmienić, że ze względu na różną politykę realizacji przedmiotu zamówienia oraz ryczałtowy charakter wynagrodzenia wykonawcy koszty, które zwyczajowo wyceniane są w danej pozycji, wykonawcy uwzględniali w innych pozycjach - z

19

czego między innymi skorzystał również Odwołujący wyceniając koszty dozoru na MOP-ach w poz. 48 formularza cenowego.

Również nieuprawnione jest twierdzenie Odwołującego, że wykonawcy, dotyczy to zarówno MOTA-ENGIL jak i ZABERD, winni byli założyć i wycenić w ofercie konieczność wymiany barier ochronnych w ilości 272 mb na miesiąc. Podane w załączniku nr 15 do Opisu przedmiotu zamówienia ilości, zgodnie z komentarzem pod tabelą oraz zapisami w treści SIWZ zostały opracowane na podstawie danych statystycznych z lat ubiegłych i miały wskazać jakie potrzeby (ilości usług) mogą wystąpić w trakcie realizacji zamówienia. Wykonawca swoją cenę mógł oprzeć na własnych przewidywaniach wynikających z własnego doświadczenia i wiedzy oraz założonego ryzyka wystąpienia różnych sytuacji generujących potrzebę realizacji poszczególnych asortymentów usług, natomiast ilości podane przez Zamawiającego mają jedynie charakter pomocniczy.

Stwierdził iż również zarzut dotyczący rzekomego niewykazania przez ZABERD spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia jest również chybiony. Fakt realizowania robót i usług przy pomocy podwykonawców nie ogranicza wykonawcy co do wykazywania tych robót i usług jako swoje doświadczenie. Wykonawca ma prawo uznawać prace wykonywane przez swoich podwykonawców za prace własne skoro są one wykonywane pod jego nadzorem, na jego zlecenie, w jego imieniu i na jego odpowiedzialność. Poza tym wbrew temu co zarzuca Odwołujący wystawione przez GDDKiA referencje potwierdzają należyte wykonanie zamówienia tj. w pełni zgodnego z umową. O nienależytym spełnieniu świadczenia można mówić w aspekcie zachowania terminu, miejsca, sposobu lub jakości świadczenia itp. warunków wynikających z zawartej umowy.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu dotyczącego odmowy udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień złożonych przez MOTA - ENIGL i ZABERD w trybie art.90 ust.1 ustawy Pzp, stwierdził iż zarzut ten nie znajduje uzasadnienia w treści zastrzeżonych dokumentów. Zamawiający uznał, iż informacje zawarte w wyjaśnieniach spełniają ustawowe przesłanki do uznania je za tajemnice przedsiębiorstwa tym samym udostępnienie tych danych mogłoby naruszyć interes tych wykonawców i prowadzić do pozyskiwania przez podmioty trzecie wrażliwych informacji. Informacje takie jak stawki wynagrodzenia, sposób organizacji pracy czy taktyka przyjęta przy realizacji zamówienia stanowią wartość gospodarczą i mogą mieć wpływ na sytuację wykonawcy na rynku. Natomiast udostępnienie danej informacji określonej kręgowi osób nie powoduje utraty przymiotu jej poufności o ile wykonawca kontroluje liczbę i charakter tych osób. Odnosząc się do grupy zarzutów wobec ofert obu Przystępujących wskazał iż Zamawiający zwrócił się do wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie

20

wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez każdego z nich oferty z uwagi na to, iż cena każdej z ofert była niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT, o ponad 30 %. Każdy z wykonawców złożył wyjaśnienia. Dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami nie potwierdziły, że oferty zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zaoferowane ceny uwzględniają wszystkie elementy i wymagania opisane przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej.

Przystępujący ZaberD poparł stanowisko prezentowane przez Zamawiającego i stwierdził, że zarzuty kierowane pod adresem jego oferty przez Odwołujące konsorcjum są niezasadne.

Przystępujący Mota także poparł stanowisko Zamawiającego iż jego oferta wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu była przez Zamawiającego oceniona w sposób prawidłowy, a poniesione zarzuty są niezasadne. Na potwierdzenie braku zasadności zarzutów kierowanych pod adresem jego oferty złożył obszerne pismo procesowe wraz z dowodami, które miało wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a także uzasadniać prawidłowość wyceny poszczególnych pozycji formularza cenowego.

***Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołania na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępujących zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.**

Oba odwołania zostają uwzględnione, chociaż tylko część podniesionych zarzutów jest zasadna

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem obu odwołań wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła nadto, że odwołujący posiadają interes we wniesieniu środków ochrony prawnej, gdyż oferta wykonawcy ZaberD-sygn. KIO 1528/16 została sklasyfikowana na drugim miejscu, a oferta konsorcjum L. K. – KIO 1538-16 została sklasyfikowana na miejscu trzecim. Obaj Odwołujący kwestionują prawidłowość wyboru i oceny ofert ich poprzedzających, co w razie uwzględnienia odwołań zwiększa ich szansę na uzyskanie zamówienia.

Wskazać należy iż na etapie oceny prawidłowości złożonych odwołań, Zamawiający

złożył wniosek o odrzucenie oferty Odwołującego Zaberd z tego powodu, iż wykonawca ten nie dołączył do odwołania załącznika przywołanego w treści Odwołania. Zamawiający wniosł o odrzucenie tego odwołania w trybie przepisu art. 189 ust.2 pkt 7 Pzp, tj, nieprzekazania zamawiającemu kopii odwołania. Odwołujący Zaberd odnosząc się do tego wniosku wniosł

21

o jego nieuwzględnienie i podał, że nie zgadza się z wnioskiem Zamawiającego, gdyż w odwołaniu została zawarte stanowisko Odwołującego w tym zakresie, a załącznik ten miałby potwierdzać tylko stanowisko tam zaprezentowane. Izba przekazała przedmiotowy załącznik Zamawiającemu, który po zapoznaniu się z jego treścią stwierdził iż informacje zawarte w tym załączniku nie zmieniają jego stanowiska co do zarzutu którego dotyczy.

Izba postanowiła nie uwzględnić wniosku o odrzucenie odwołania wykonawcy Zaberd uznając iż nie zostało Izbie wykazane, że jego treść była na tyle merytorycznie istotna dla Zamawiającego, aby zmienić jego stanowisko w zakresie oceny zasadności zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Przechodząc do merytorycznej oceny podniesionych w obu odwołaniach zarzutów Izba wskazuje iż w obu odwołaniach został między innymi podniesiony zarzut nie dokonania wykluczenia wykonawcy Mota z postępowania z powodu niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. W związku z tym iż oba odwołania zostały skierowane do ich łącznego rozpoznania przedmiotowy zarzut oraz część dalszych zarzutów Izba oceni łącznie.

Na wstępie podkreślić wskazać iż Zamawiający w Pkt 7.2.2. SIWZ pt. Wiedza i doświadczenie Zamawiający wskazał:

Wykonawca musi wykazać się doświadczeniem w wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej:

- 1 lub 2 zadań polegających na letnim utrzymaniu dróg klasy min. GP, o wartości łącznej nie mniejszej niż 15 000 000 zł oraz 1 zadanie polegające na zimowym utrzymaniu dróg klasy min. GP o wartości nie mniejszej niż 5 000 000 zł

albo

- 1 zadania polegającego na letnim i zimowym utrzymaniu dróg klasy min. GP, o wartości nie mniejszej niż 20 000 000 zł.

Nadto zdefiniował co należy rozumieć dla potrzeb warunku przez określenie letnie i zimowe utrzymanie dróg:

*Przez **letnie** utrzymanie rozumie się wykonywanie usług utrzymania drogi w zakresie obejmującym co najmniej bieżące utrzymanie nawierzchni, odwodnienia, czystości pasa drogowego oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego.*

*Przez **zimowe** utrzymanie rozumie się wykonywanie usług w zakresie odśnieżania, zapobiegania powstawania śliskości, likwidowanie śliskości na drodze i w pasie drogowym.*

Niespornym w sprawie jest fakt iż wykonawca Mota samodzielnie nie spełniał postawionego w SIWZ warunku udziału i w tym zakresie w oparciu o przepis art. 26 ust.2b

zobowiązanie Pzp opart się na zasobach

podmiotu trzeciego składając wraz z ofertą

podmioty trzeciego tj. ASCENDI IGI Inovacao e Gcstao de Infraestruturas S.A.

22

W związku z wątpliwościami Zamawiającego co do prawidłowości udostępnionych zasobów wynikających z treści zobowiązania, Zamawiający pismem z dnia 20 lipca 2016 roku wystąpił do Przystępującego Mota w trybie art. 26 ust.4 Pzp o złożenie wyjaśnień w tym zakresie. Pismem z dnij 22 lipca 2016 r. Mota, odpowiadając na wezwanie ze strony Zamawiającego, **wyjaśniła**, że podmiot trzeci (.cyt:) „(...) będzie pełnić nadzór i kontrolować całość realizacji zamówienia oraz wykonywać prace związane z utrzymywaniem kanalizacji deszczowej, przepustów, hydrantów, roślinności wysokiej”.

Kolejnym zarzutem w tym zakresie, podnoszonym w szczególności w odwołaniu Zaberd jest wskazywanie na okoliczność, że wykonawca Ascendi IGI udostępniający zasób w zakresie wiedzy i doświadczenia nie mógł zobowiązać się do przekazania wiedzy i doświadczenia w zakresie zimowego utrzymania dróg, bo on sam w trakcie realizacji w ostatnich trzech latach kontraktu wskazanego w zobowiązaniu, takiego doświadczenia nie nabył, gdyż w tym rejonie Portugalii temperatury powietrza – wg załączonego wykazu, nie spadały poniżej zera (a

nawet nie zbliżały się do tego poziomu). Tak więc brak było warunków zimowych o których mowa w podanej przez Zamawiającego definicji zimowego utrzymania dróg. Nadto sama treść zobowiązania jest zbyt ogólnikowa, aby można było uznać iż udostępnienie zasobów będzie realne.

Odnosząc się do powyższych zarzutów z obu odwołań Izba przedmiotowy zarzut uznaje za zasadny. Na wstępie stwierdzić należy iż w sytuacji kiedy wykonawca nie dysponuje zasobami własnymi dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, może w tym zakresie skorzystać z zasobów podmiotu trzeciego. Udostępnienie zasobu spełnia dwie funkcje; daje wykonawcy możliwość prawidłowego wykonania zamówienia w oparciu o udostępniony zasób i po drugie, pozwala na wykazanie spełnienia postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. Co do zasady, zarówno w orzecznictwie jak i doktrynie przyjmuje się, że postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu są wymogami minimalnymi i obniżanie postawionych wymagań na etapie oceny ofert należy uznać za niedopuszczalne i sprzeczne z zasadą wynikającą z art. 7 ust.1 Pzp. Dlatego też ocena spełniania wykazanego warunku udziału poprzez wykonawcę, który sam go nabył w drodze wykonywania zamówienia nie może odbiegać od oceny spełniania takiego warunku przez wykonawcę, który w tym zakresie posiłkuje się zasobem podmiotu trzeciego. Niedopuszczalne jest, aby „surowszej ocenie podlegaliby jedynie ci wykonawcy, którzy samodzielnie spełniają warunki udziału w przetargu, posiadając własną wiedzę i doświadczenie w porównaniu do wykonawców, którzy polegają na zasobach podmiotów trzecich” (teza z uzasadnienia wyroku SO w Warszawie z dnia 9 kwietnia 2014 r., sygn. akt: V CA 3618/13).

Przepis art. 26 ust.2b jest nieodłącznie związany z obowiązkiem wykazania przez wykonawców spełniania warunków udziału w postępowaniu i stanowi niejako rozwinięcie

23

przepisu ogólnego dotyczącego tych warunków zawartych w art. 22 ust. 1 oraz art. 25 ust. 1 i 26 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podkreślenia wymaga także kwestię iż wiedzę można zdobyć z opracowań podręcznikowych, informacji o cudzych doświadczeniach czy szkoleń, natomiast nabycie doświadczenia z samej swojej istoty nie może być uzyskane w oparciu o informacje teoretyczne, lecz doświadczenie praktyczne Tym samym przekazać doświadczenie może tylko podmiot, który takie doświadczenie nabył wykonując wcześniej taką samą robotę, usługę czy dostawę.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba wskazuje, że za uwzględnieniem przedmiotowego zarzutu w obu odwołaniach przemawiały następujące okoliczności:

- że złożonego wraz z oferta zobowiązania podmiotu nie wynika sposób udostępnienia zasobu w zakresie wiedzy i doświadczenia, a także forma uczestnictwa podmiotu udzielającego zasoby w realizacji zamówienia. Samo oświadczeniem iż podmiot udostępniający zasób będzie brał udział w wykonywaniu zamówienia jako usługodawca nie wskazuje na czym ten udział będzie polegał. Z treści przepisu art. 26 ust.2b wynika natomiast, że podmiot udostępniający zasób winien udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego dla realizacji zamówienia i te informacje winny wynikać wprost z treści pisemnego zobowiązania podmiotu udostępniającego zasób. Powyższe zobowiązanie złożone przez Mota Izba ocenia za tak ogólnikowe iż brak jest możliwości wywiedzenia formy i charakteru udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia, a tym samym oceny realności udostępnionych zasobów. Z przedłożonych przez wykonawcę dokumentów - zobowiązania podmiotu trzeciego, musi jednoznacznie wynikać, jakie zasoby i na jakich zasadach będą przez podmiot trzeci udostępnione wykonawcy zamówienia. Nie jest wystarczające złożenie wyłącznie zobowiązania o przekazaniu wiedzy i doświadczenia, jeżeli z tego zobowiązania, ani z innych dokumentów nie wynika wprost zakres i sposób udostępnienia zasobów. Brak wiedzy na ten temat uniemożliwia bowiem zamawiającemu ocenę, czy wykonawca rzeczywiście dysponuje potencjałem w sposób pozwalający mu na spełnienie warunku udziału i należyte wykonanie zamówienia. Aby Zamawiający mógł dokonać oceny, czy zasoby są udostępniane w zakresie „niezbędnym”, tj. w zakresie gwarantującym należyłą realizację zamówienia, podmiot trzeci musi je uprzednio wskazać. Natomiast z określenia charakteru „dostawca usług” zawartym w przedmiotowym zobowiązaniu, żadne powyższy informacje nie wynikają, a mogą być co najwyżej przedmiotem domysłów w tym zakresie.
- kolejnym elementem oceny, wykazania spełnienia tego warunku udziału jest kwestia

niedopuszczalności uzupełnianie treści zobowiązania przez inny podmiot niż wystawca zobowiązania. Dla uznania prawidłowości udostępnienia zasobu uregulowanego w treści art. 26 ust.2 wszystkie elementy wymagające oceny Zamawiającego, aby udowodnić rzeczywiste

24

i realne udostępnienie zasobów, winny wynikać wprost z treści zobowiązania podmiotu trzeciego. Dlatego też wyjaśnienie wykonawcy Mota z dnia 22 lipca 2016 roku zakreślające rzekomy charakter i zakres udziału podmiotu Ascendi w wykonywaniu przedmiotowego zamówienia, należy uznać za prawnie nieskuteczne. Za wyrokiem KIO z 08 lutego 2012 roku sygn. KIO 160/12 oraz 11 sierpnia 2014 sygn. KIO 1557/14 stwierdzić należy, że *nie jest dopuszczalne zastąpienie elementu zobowiązania, określającego wskazanie charakteru udziału podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie w wykonywaniu zamówienia, wyjaśnieniem własnym wykonawcy. Element ten powinien bowiem wynikać wprost z treści samego zobowiązania (bądź innego dokumentu, o którym mowa w art. 26 ust. 2 b ustawy) i nie może być zastąpiony czynnością czy wyjaśnieniem wykonawcy, który z tego zobowiązania korzysta. Takie zobowiązanie może złożyć tylko podmiot udostępniający zasoby, gdyż to jego zobowiązanie wykonawca przedstawia na spełnienie warunków udziału w postępowaniu i to zobowiązanie ocenia zamawiający na spełnienie wymagań a art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. W pkt 2 zobowiązania podmiotu Ascendi IGI jest mowa tylko o formie udziału tego podmiotu w wykonywaniu zamówienia jako „dostawcy usług”. Wykonawca Mota bez wykazania dowodów iż te wyjaśnienia oparte są o dalsze stanowisko Ascendi, wywodzi udział tego podmiotu w realizacji zamówienia w charakterze zarówno podwykonawcy, jak i wykonywaniu czynności kontroli i nadzoru. Izba stwierdza, że wykonawca nie może samodzielnie wywodzić jakichkolwiek treści ponad osnovę dokumentu, ponad treść zobowiązania podmiotu wynikającego wprost z treści zobowiązania o udostępnieniu zasobów. Na marginesie skierowanego wezwania przez Zamawiającego Izba wskazuje, że wezwanie to w ww. zakresie mogło być przekazane przez Mota podmiotowi Ascendi IGI, który mógł doprecyzować przedmiotowe zobowiązanie, z zachowaniem w tym zakresie formy pisemnej.*

Dlatego też dokonując oceny treści zobowiązania wykonawcy Ascendi Izba stwierdza, że z przedłożonych przez wykonawcę dokumentów nie można wywieść wprost, jakie zasoby i na jakich zasadach będą przez podmiot trzeci udostępnione wykonawcy Mota.

- kolejną kwestią mającą istotne znaczenie dla oceny prawidłowości udostępnienia zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia odnoszącą się do zimowego utrzymania dróg, jest wykazanie czy podmiot udostępniający taki zasób, takim potencjałem sam dysponuje. W polskim ustawodawstwie cywilnym obowiązuje, ogólna niepisana zasada, że nikt nie może przenieść na inną osobę więcej praw, aniżeli jemu przysługuje, (*nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet*). Dlatego też, także wiedzę i doświadczenie może przekazać tylko taki podmiot który sam go posiada.

W oparciu o dokumenty złożone przez Odwołującego Zaberd oraz jego stanowisko zaprezentowane na rozprawie z którego wynikało iż *Podmiot udostępniający zasób nie mógł nabyć wiedzy i doświadczenia w zakresie zimowego utrzymania dróg, ponieważ obszar, w*

25

którym to doświadczenie miał nabyć, znajdujący się w okolicach miasta Braga, nie jest obszarem, na którym występują warunki zimowe, w szczególności podobne do warunków panujących w Polsce. Ze złożonego na rozprawie załącznika obrazującego warunki klimatyczne tego obszaru Portugalii można stwierdzić brak występowania tam temperatur poniżej zera, a nawet w okolicy zera, a tym samym należy stwierdzić, że nie panują tam warunki zimowe, w jakich Zamawiający oczekiwał nabycia doświadczenia przez wykonawców, skoro w tamtym regionie Portugalii śnieg praktycznie nie pada. Stanowisko odnośnie panujących tam temperatur i braku opadów śniegu nie zostało skutecznie zakwestionowane przez Zamawiającego i Przystępującego Mota, którzy twierdzili między innymi, iż „w skład zimowego utrzymania wchodzi cały szereg czynności, w szczególność organizacyjnych zarówno co do zgromadzenia sprzętu, ludzi oraz zapasu środków, tym samym nawet gdyby przyjąć, że w Portugalii nie pada śnieg, to jednak udostępniający zasoby wykonawca Ascendi nabył szereg doświadczeń organizacyjnych w zakresie zimowego utrzymania autostrady i tym samym spełnia oczekiwania Zamawiającego co do posiadania doświadczenia w zakresie letniego i zimowego utrzymania dróg”.

Oceniając powyższe Izba stwierdza niedopuszczalność takiego stanowiska Zamawiającego. Zamawiający w SIWZ jednoznacznie wskazał, że „Przez zimowe utrzymanie rozumie się wykonywanie usług w zakresie odśnieżania, zapobiegania powstawania śliskości, likwidowanie śliskości na drodze i w pasie drogowym.” Tak interpretacja SIWZ przez Zamawiającego dopiero na etapie oceny ofert, stanowi odstępstwo od literalnej treści warunku wynikającego z SIWZ. Z treści powyższej definicji należy jednoznacznie wywieść iż oceniane będzie „wykonywanie usługi w zakresie...”, a nie jak to czyni Zamawiający, poddając ocenę jedynie przedmiot umowy, z której Ascendi wywodzi uprawnienie do udostępnienia zasobów.

Tym samym Izba uznaje, że w świetle przedstawionych przez wykonawcę Mota dowodów nie wynika, iż podmiot udostępniający zasób w zakresie wiedzy i doświadczenia, mógł na tym terenie Portugalii, realizując wskazaną umowę, skutecznie nabyć doświadczenie w zakresie zimowego utrzymania dróg o jakim mowa w SIWZ i tym samym będzie mógł rzeczywiście przekazać to doświadczenie wykonawcy w Polsce, dla realizacji przedmiotowego zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uwzględniając podniesiony zarzut miała na względzie fakt, braku wykazania w świetle dotychczas wskazanych dowodów, iż wykonawca Ascendi realizując kontrakt na terenie Portugalii wskazany w zobowiązaniu nabył doświadczenia w zimowym utrzymaniu dróg o jaki chodzi w przedmiotowym postępowaniu. Ponadto z treści zobowiązania nie wynika ani charakter, ani forma udziału podmiotu Ascendi w realizacji zamówienia, a uzupełnienie tej kwestii samodzielnie przez Przystępującego uznała za niedopuszczalne.

26

Kolejnym wspólnie rozpatrzonym dla obu odwołań jest podniesiony zarzut rażąco niskiej ceny zarówno oferty wykonawcy Mota jak i Zaberda. Pomimo różnej argumentacji podniesionej w obu odwołaniach za podstawę wspólnej i łącznej oceny tych zarzutów Izba przyjęła kwestię przyjętego w SIWZ charakteru wynagrodzenia za wykonanie zamówienia i sposobu wyliczenia ceny jaki Zamawiający oczekiwał przy wypełnianiu formularza cenowego. Zgodnie z pkt 10 SIWZ *cena oferty winna być wyliczona w oparciu o formularz cenowy metodą uproszczoną*. Zamawiający w ofercie zawarł formularz cenowy podzielony na 48 opisanych tematycznie pozycji kosztów. W tym zakresie Zamawiający wskazując konkretne postanowienia SIWZ, na rozprawie podał, że *przy ocenie tych zarzutów należy wziąć pod uwagę fakt, cena za wykonanie przedmiotu zamówienia ma charakter ceny ryczałtowej, a więc niezmiennej. Zamawiający w SIWZ nie wymagał, aby cena wykazana w danej pozycji formularza cenowego była traktowana jako cena jednostkowa za wykonanie jednego elementu. Szczegółowy opis, co będzie wchodziło w zakres obowiązków wykonawcy, co będzie musiał wykonawca wykonać wynika z OPZ. Zamawiający wskazał 175 km odcinek autostrady podlegający utrzymaniu i podał jakie urządzenia są tam zlokalizowane i to wykonawca musiał wycenić koszt utrzymania stanu autostrady i obiektów tam zlokalizowanych. Zamawiającemu potrzebny był sporządzony przez wykonawcę formularz cenowy po to, aby mieć wykazaną określoną miesięczną kwotę, którą będzie płacił wykonawcy za utrzymanie przedmiotowego odcinka autostrady. Dlatego też, w tej sytuacji, wskazywanie, iż jeden z wykonawców daną pozycję obejmującą określony przedmiot robót wycenił wyżej lub niżej wcale nie oznacza, iż została ona wyceniona niewłaściwie, bo to wykonawcy przyjmowali różne metody wyceny, a tym samym również sposoby łączenia kosztów w określone pozycje kosztorysowe. Zamawiający jeśli zadawał w tym zakresie pytania to tylko po to, aby upewnić się czy dany koszt wchodził w zakres zamówienia został w formularzu cenowym ujęty.*

Oceniając powyższe Izba stwierdza, że powyższe stanowisko Zamawiającego ma oparcie w treści postanowień SIW, a także nie zostało skutecznie zanegowane przez Odwołujących. Izba stwierdza, że Odwołujący nie wykazali, aby zgodnie z treścią SIWZ wykonawcy mieli obowiązek całość kosztów rodzajowych wymienionych w formularzu cenowym, umieścić w konkretnej pozycji formularza, łącząc cały koszt realizowania danej czynności w jedną cenę jednostkową. Nie wskazano podstawy, aby wykazane w danej pozycji formularza koszty nie mogły zostać rozdzielane i przenoszone zależnie od przyjętego sposobu kalkulowania ceny do innych pozycji kosztorysu. Nadto w szczególności nie zostało udowodnione iż rozbieżności w wycenie danych pozycji kosztorysu powodowały sytuacje, iż miało to wpływ na prawidłową wycenę oferty i powodowało sytuacje, że tak dokonana wycena powodowała iż złożone przez wykonawców Mota i Zaberda oferty zostały złożone z

kosztów rodzajowych można wskazać za Zamawiającym, iż z analizy kosztów utrzymania MOP wynika, że *Odwołujące konsorcjum wyszacowało miesięczny koszt utrzymania jednego MOPu na kwotę 4 911,66 zł, Mota wyceniła ten koszt na 7 053,38 zł, a Zaberd na około 13 000 zł.* W odwołaniu konsorcjum, nawet w tej sytuacji, kiedy to zaoferowany koszt utrzymania MOP jest tak niski, jak wykazano powyżej, to jednak wykonawca ten kwestionuje wycenę dokonaną przez Motę i Zaberd pomimo iż wykazana cena np. w przypadku oferty Zaberd jest prawie trzykrotnie wyższa niż cena Odwołującego się konsorcjum.

Zdaniem Izby możliwość przenoszenia poszczególnych rodzajów kosztów, bądź rozdziału ich na kilka pozycji formularza, ze względu na charakter zamówienia należy uznać za słuszne. Zamówienie dotyczy letniego i zimowego utrzymania odcinka autostrady. Pomimo tego iż Zamawiający w Rozdziale III OPZ wskazał iż za okres zimowy przyjmuje się okres od dnia 1 listopada do 30 marca następnego roku to niewątpliwie jest to tylko pewne założenie, gdyż faktem powszechnie znanym jest kwestia iż niejednokrotnie przed datą 1 listopada i po dacie 30 marca występują sytuacje pogodowe, które niewątpliwie należy zaliczyć do kategorii zimowego utrzymania dróg. Tym samym chociażby z tego powodu sztywny podział kosztów pomiędzy zadania wynikające z letniego i zimowego utrzymania autostrady jest praktycznie niemożliwy. Ponadto z punktu 10.3 IDW wynika możliwość przeliczania kosztów na inne pozycje, gdyż punkt ten dotyczy wyliczenia kosztów jednostkowych oraz kosztów towarzyszących. Zamawiający nigdzie nie zdefiniował, co należy rozumieć pod pojęciem kosztów towarzyszących i tym samym te koszty, które mają odniesienie do kilku pozycji cen jednostkowych, mogły być grupowane i ujęte przez wykonawcę w innej pozycji, np. w poz. 48, która mówi o wszystkich kosztach pozostałych.

Daleko też zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny podniesiony wobec ofert konkurencyjnych w obu odwołaniach nie może zostać uwzględniony, ponieważ w przypadku ceny ryczałtowej za wykonanie zamówienia, wykonawca tylko jest zobowiązany ująć wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, a ustalona kwota wynagrodzenia za wykonanie zamówienia jest niezmienna. Wynika to między innymi z postanowień SIWZ, zgodnie z którymi Zamawiający w pkt 10.3 tom I, rozdział 1 Opis sposobu obliczenia ceny, określił, że : *Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Tomach I-III SIWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których w Formularzu cenowym nie ujęto w odrębnych pozycjach, Wykonawca powinien ująć w cenach jednostkowych pozycji opisanych w Formularzu cenowym oraz w pkt 10.6 iż „Ceny określone przez Wykonawcę w Formularzu cenowym nie będą zmieniane w toku realizacji zamówienia, za wyjątkiem sytuacji określonych we wzorze umowy - Tom II SIWZ.*

Zapisy wzoru umowy przewidują również w § 5 pkt 10-12, iż;

10. Wynagrodzenie, obejmuje wszystkie koszty związane z wykonywaniem Umowy, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu Usługi, o których mowa w OPZ, PDR, oraz PZJ. W szczególności Wykonawca oświadcza, iż zapoznał się z charakterystyką klimatu, jego możliwymi zmianami i wahaniami temperatur, występowaniem opadów w Polsce i takie ryzyko przyjął i również w kalkulował w cenę Oferty.

11. W przypadku pominięcia przez Wykonawcę przy wycenie jakiegokolwiek części zamówienia i jej nie ujęcia w Wynagrodzeniu, Wykonawcy nie przysługują względem Zamawiającego żadne roszczenia z powyższego tytułu, a w szczególności roszczenie o dodatkowe Wynagrodzenie.

12. Wykonawca nie będzie uprawniony do otrzymywania zwrotu kosztów z tytułu ewentualnych wahań kursu walut, wahań na rynkach surowców, zmiany ceny materiałów, robocizny i innych czynników mających wpływ na koszty ponoszone przez Wykonawcę. Za sposób przeprowadzenia kalkulacji wynagrodzenia ryczałtowego odpowiada wyłącznie wykonawca.

Przy cenie ryczałtowej załączone do oferty kosztorysy, czy formularze cenowe mają tylko charakter informacyjny i jeśli nic innego nie wynika z treści SIWZ wykonawcy mogą swobodnie przenosić koszty pomiędzy pozycjami kosztorysu/formularza cenowego. Ponadto,

aby mówić o cenie rażąco niskiej należy brać pod uwagę całkowitą cenę za wykonanie przedmiot zamówienia, a nie cenę za wykonanie danego elementu zamówienia. Za cenę rażąco niską może być uznana całkowita cena ofertowa, nie zaś jej poszczególne składniki. Tymczasem Odwołujący swoje zastrzeżenia oparli jedynie na niektórych pozycjach formularza cenowego nie wykazując, jaki to ma wpływ na cenę całej oferty. Ponadto, aby Zamawiający mógł odrzucić ofertę z powodu rażąco niskiej ceny to musi mieć pewność, że nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia za zaoferowaną cenę, co nie zostało nawet uprawdopodobnione.

W kolejnym zarzucie Odwołujący podniósł zarzut niezgodności treści oferty wykonawcy z treścią SIWZ, ponieważ Przystępujący zarówno Mota jak i Zaberda w sposób niewłaściwy – niezgodny z SIWZ dokonali wyliczeń kosztu opłat za korzystanie z dróg płatnych – autostrady przy realizacji zamówienia. Wykonawcy winni byli w kolumnie 6 formularza cenowego wskazać opłaty za korzystanie z dróg związanych z wykonywaniem przedmiotowego zamówienia. Zdaniem Odwołującego koszty te zostały zarówno nie podane w odpowiedniej kolumnie oraz zostały ustalone na poziomie rażąco niskim, ponieważ Mota w formularzu cenowym wskazała w poz. 1 kwotę opłat w wys. 17,63 zł miesięcznie, co daje koszt w skali realizacji całego kontraktu w wys. 634 zł, natomiast Zaberda w kolumnie nr 6 wskazał ceny w różnych wysokościach, przy czym zsumowanie tych kwot daje koszt za korzystanie z dróg na cały okres kontraktu w wys. 3 000 zł. W trakcie postępowania dowodowego na rozprawie jednoznacznie ustalono, czego nie zanegował skutecznie

29

Odwołujący iż nie są to koszty w wysokości wyżej, lecz koszt przyjęty przez Mota to kwota 709 000 zł, a kwota Odwołującego, który kwestionuje wyceny innych wykonawców wynosi około 559 000 zł.

Z zakresie tych zarzutów podniesionych wobec obu ofert Izba stwierdza, że nie zostało wykazane iż wycena została dokonana nieprawidłowo. W tym zakresie Izba uznaje w pełni za zasadne stanowisko Zamawiającego i przyjmuje go jako własne, bez potrzeby pełnego jego powielania w przedmiotowym uzasadnieniu. Izba akceptuje stanowiska Zamawiającego iż dokonany w obu ofertach sposób skalkulowania tych kosztów jest dopuszczalny i pozwala Zamawiającemu na automatyczne pomniejszenie wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmian w ustawie o drogach publicznych w odniesieniu do samochodów o DMC powyżej 3,5 tony. Zamawiający nie przewiduje pomniejszenia wartości wynagrodzenia w przypadku zmiany opłat w odniesieniu do samochodów o DMC do 3.5 ton, stąd też ujęcie tych kosztów przez Mota w cenie jednostkowej pozycji 48, a nie podanie ich w kol. 6 - nie ma najmniejszego znaczenia. Istotne jest to, jak podał Zamawiający, że wykonawcy ujęli koszty obejmujące przejazdy samochodów o DMC powyżej 3,5 tony i możliwe będzie pomniejszenie w sposób jednoznaczny wynagrodzenia w przypadku wprowadzenia sygnalizowanych zmian w pobieraniu opłat. Biorąc pod uwagę powyższe przedmiotowy zarzut w obu ofertach Izba uznaje za niezasadny.

Kolejnym zarzutem ujętym zarówno w zarzutach dotyczących rażąco niskiej ceny jak i niezgodności oferty z SIWZ jest zarzut nie ujęcia w formularzu cenowym obu ofert, kosztu wymiany co najmniej 272 mb barier ochronnym miesięcznie. Odwołujący na przykładzie tego zarzutu wskazywał iż obaj Przystępujący przy wycenie nie wzięli po uwagę informacji podanych przez Zamawiającego w załączniku nr 15 do SIWZ, gdzie zostały zdaniem Odwołującego podane ilości urządzeń autostrady, który winny być ujęte w pełni w kosztach ofert. Izba w tym zakresie przyjmuje stanowisko Zamawiającego i Odwołującego Zaberda iż dane podane w tym załączniku mają znaczenie informacyjne dla wykonawców i miały im pomóc w kalkulacji ceny ofertowej. Wynika to w szczególności z informacji zawartej pod tabelą tego załącznika, gdzie podano iż *podana szacunkowa ilość robót naprawczych jest elementem pomocniczym do wyceny robót*. Ilości zostały opracowane na podstawie danych statystycznych z lat ubiegłych. Niezasadne jest również zdaniem Izby, wywodzenie przez Odwołujące konsorcjum obowiązku przyjęcia wskazanych tam wielkości do kalkulacji ceny w oparciu o treść OPZ podając np. iż w ust. 3 OPZ Zamawiający stwierdza, że wykonawca będzie otrzymywał wynagrodzenie za utrzymanie określonych standardów tych elementów, które protokolarnie przekazał Zamawiający wykonawcy do utrzymania, z pkt 8 OPZ dotyczącego procedur określenia wartości cyklicznego wynagrodzenia wykonawcy, gdzie wskazuje, iż podstawą do ustalenia wynagrodzenia będzie ilość protokolarnie przekazanych elementów drogi oraz jakość świadczonych przez wykonawcę usług. Podobne

30

sformułowanie również można wg. Odwołującego na str. 27 - wartość cyklicznego wynagrodzenia pkt I, gdzie Zamawiający podaje, że wartość, jaka w każdym cyklu rozliczeniowym może być wypłacona wykonawcy wynika z ilości przekazanych elementów do utrzymania. Z powyższego Odwołujący wywodził także stanowisko iż tak przyjęty sposób wyliczenia ceny wskazuje na to iż cena ta ma charakter ryczałtowo- kosztorysowy, a nie tylko ryczałtowy, gdyż kwota zapłaty wynagrodzenia wykonawcy może być uzależniona od ilości wykonanych robót. Jego zdaniem tylko ustalenie wielkości ceny jednostkowej ma charakter ryczałtowy. Izba w powyższym zakresie podtrzymuje swoje wyżej podane ustalenia co do charakteru ceny za wykonanie zamówienia i stwierdza, że czytając literalnie powyższe postanowienia IDW wywieść należy iż w tych postanowieniach Zamawiający wskazuje na rodzaj prac mających być cyklicznie wykonywanych, natomiast w żaden sposób ta cykliczność nie odnosi się do ilości robót naprawczych wskazanych w zał. nr 15, co wynika wprost z ww. § 5 pkt 11, cyt" 11. *W przypadku pominięcia przez Wykonawcę przy wycenie jakiegokolwiek części zamówienia i jej nie ujęcia w Wynagrodzeniu, Wykonawcy nie przysługują względem Zamawiającego żadne roszczenia z powyższego tytułu, a w szczególności roszczenie o dodatkowe Wynagrodzenie*".

W zakresie zarzutu niewykluczenia wykonawcy Zaberd z postępowania z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz potencjału technicznego, Odwołujący w zakresie pierwszego z zarzutów podnosił iż wykonawca, składając wykaz usług, załączył do nich referencje mające potwierdzać należyte wykonanie tej usługi, przy czym z treści tych referencji wynika, że potwierdzają one należyte wykonanie zamówienia przez podwykonawców, a nie wykonawcę. W tym zakresie Odwołujący w końcowej części rozprawy cofnął przedmiotowy zarzut, a także zarzut z nim związany, dotyczący podania nieprawdziwych informacji w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W drugim zarzucie w tym zakresie Odwołujący kwestionował niewykazanie spełnienia warunków udziału z zakresu potencjału technicznego dotyczącego sprzętu, w szczególności niewykazania dysponowaniem samochodami interwencyjnymi o ładowności od 3,5 do 5 ton. Odwołujący podkreślał, iż na str. 15 wykazu sprzętu –w formularz 3.2.3 w poz. 7 wykonawca Zaberd podał, iż będą to samochody o ładowności od 3,5 do 5 ton, natomiast z udostępnienia podmiotu Iveco Unitrack wynika, że podmiot ten udostępnia wykonawcy samochody interwencyjne o dopuszczalnej masie całkowitej od 3,5 do 5 ton. Wobec tego Odwołujący zarzucił, iż czym innym jest DMC, która jest zawsze wyższa od ładowności pojazdu i tym samym samochody o dopuszczalnej masie całkowitej od 3,5 do 5 ton nie będą miały ładowności nawet 3,5 tony.

Odnosząc się do tej kwestii Izba stwierdza, że Zamawiający dla wykazania spełnienia tego warunku udziału wymagał tylko oświadczenia wykonawcy. Poza sporem jest, iż Zaberd

31

złożył w tym zakresie prawidłowe oświadczenie o dysponowaniu odpowiednimi pojazdami patrolowymi. Problem wynikł z faktu, że Zaberd dołączył do oferty niewymaganą przez SIWZ informację od firmy Unitrack iż ta sprzeda mu tego typu pojazdy. Dołączenie do oferty dokumentu niewymaganego przez Zamawiającego i nie zmieniającego treści oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w zakresie potencjału technicznego w żaden sposób nie może wpływać na ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Gdyby Zamawiający dokonał oceny spełniania tego warunku udziału w inny sposób niż to miało miejsce wobec pozostałych wykonawców to niewątpliwie naruszyłby zasadę z art. 7 ust.1 Pzp.

W kolejnym zarzucie związanym z zarzutami dotyczącymi rażąco niskiej ceny ofert zarówno Zaberd jak i Mota jest zarzut Odwołującego konsorcjum iż wykonawcy ci w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1 Pzp złożyli wyjaśnienia zbyt ogólnikowe i lakoniczne, a tym samym nie wykazali, że ich oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Podkreślenia w tym zakresie wymaga fakt iż zarówno Mota jak i Zaberd przedmiotowe wyjaśnienia objęły tajemnicą przedsiębiorstwa, dlatego też zarzuty i twierdzenia odwołującego konsorcjum są- jak stwierdził na rozprawie pełnomocnik, oparte tylko o założenie iż złożone informacje, chociażby ze względu na objętość nie powinny rozwiązać wątpliwości Zamawiającego w tym zakresie.

Izba dokonała szczegółowej analizy wyjaśnień wykonawcy Zaberd i Mota i stwierdziła, że

brak jest podstaw do przyjęcia stanowiska Odwołującego iż za zaoferowane ceny nie jest możliwe wykonanie przedmiotowego zamówienia. Złożone wyjaśnienia odnoszą się do wszystkich pozycji kosztowych i wskazują na możliwość wykonania przedmiotowego zamówienia. Izba przy ocenie tego zarzutu wzięła także pod uwagę stanowisko Zamawiającego iż powodem wezwania wykonawców w trybie art. 90 ust. 1 było nie podejrzenie, że zaoferowane nie odzwierciedlają realiów rynkowych, tylko wymóg powyższego przepisu iż o złożenie wyjaśnień Zamawiający winien wystąpić zawsze gdy zaoferowane ceny są niższe o więcej niż 30% od wartości zamówienia.

Ostatnim zarzutem z odwołania Konsorcjum jest zarzut dotyczący niezasadnego uznania za tajemnice przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez wykonawców Mota i Zaberda złożonych w trybie art. 90 ust.1 Pzp i niedostępności ich treści Odwołującemu. W tym zakresie wskazać należy iż tajemnica przedsiębiorstwa zdefiniowana została w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 u.z.n.k. *„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”*. Ważne jest by informacje te posiadały wartość gospodarczą i zostały podjęte działania zapewniające

32

poufność, chroniące informację przed dostępem osób trzecich, w tym przede wszystkim konkurentów. Stwierdzić należy, że ocena prawidłowości podjęcia odpowiednich działań przez wykonawcę w tym zakresie, winna odnosić się do konkretnego postępowania, gdyż ocenie Zamawiającego jak i organów rozstrzygających ewentualne spory w tym zakresie podlega kwestia, czy dana informacja w tym postępowaniu, może być objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, a nie tajemnicą w ogóle, co nie wchodzi w zakres zainteresowania Pzp. Izba podkreśla, że dla wykazania zachowania informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w danym postępowaniu nie jest wystarczające wykazanie zobowiązania pracowników w umowach o pracę do poufności danych uzyskanych w trakcie wykonywania swoich obowiązków, powoływanie się na przechowywanie dokumentów w stalowych szafach itp. Stosowanie ochrony informacji dotyczącej zakazu udostępniania informacji w danym postępowaniu staje się skuteczne dla danego podmiotu, gdy zostanie przesądzone przez organy firmy, że informacje które mają znaleźć się w ofercie mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Stwierdzić należy, że każda tajemnica firmy stanowi informację poufną, ale nie każda informacja traktowana przez przedsiębiorcę jako poufna stanowi jego tajemnicę. Aby daną informację zakwalifikować jako tajemnicę firmy, musi ona zawierać treści o szczególnym znaczeniu dla przedsiębiorcy. Podkreślenia wymaga także fakt iż podstawową zasadą prawa zamówień publicznych jest jawność postępowania. Możliwość zastrzegania części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa zarówno przez doktrynę jak i orzecznictwa jest traktowane jako wyjątek od tej zasady. Dlatego też wykonawca składając ofertę w postępowaniu winien brać pod uwagę fakt iż nie każdą informację z jego punktu widzenia istotną dla działalności jego firmy będzie mógł objąć tajemnicą, a po drugie jeśli zdecyduje się na takie rozwiązanie to będzie zobowiązany wykazać Zamawiającemu iż zastrzeżona tajemnicą część oferty stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tajemnica przedsiębiorstwa, jako wyjątek od zasady jawności postępowania, o której mowa w art. 8 ust. 1 Pzp, winna być interpretowana w sposób ścisły, a Zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty. Nowelizacją ustawy Pzp, która weszła w życie 19 października 2014 r. wprowadzono warunek iż, aby było możliwe skorzystanie z utajnienia informacji przedsiębiorstwa w ofercie, niezbędne jest wykazanie Zamawiającemu złożone wraz z tymi zastrzeżonymi informacjami, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa.

Tutaj Zamawiający poniechał dokładnego zbadania tych ww. okoliczności, świadczy o tym chociażby fakt, że wykonawca Mota na rozprawie uznał, że bardzo duża część jego wyjaśnień nie stanowi już tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przechodząc do oceny merytorycznej podniesionego zarzutu dotyczącego niezasadnego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa, Izba na wstępie poddała ocenie podane

33

Zamawiającemu, uzasadnienia powodów uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa złożonych wyjaśnień. Zaznaczyć należy iż przepis art. 8 ust 3 stanowi nie o obowiązku złożenia informacji Zamawiającemu w tym zakresie w ogóle, ale o obowiązku wykazania że zastrzeżone dokumenty zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykazać oznacza coś więcej, aniżeli jedynie wyjaśnić, a więc nie jakiejkolwiek wyjaśnienia poczynione przez wykonawcę stanowią podstawę do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz takie, którymi wykonawca wykazuje wypełnienie przesłanek, które warunkują skuteczność takiego zastrzeżenia (por wyrok z dnia 19 maja 2015r. sygn. akt KIO 932/15)

Z analizy treści tych uzasadnień Izba stwierdza, że wykonawcy nie wykazali Zamawiającemu w sposób wystarczający, potrzeby objęcia tych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa, obaj wykonawcy złożyli wyjaśnienia, których poziom ogólności jest tak duży, że trudno mówić o informacjach mających uzasadnić walor tajemnicy przedsiębiorstwa zastrzeżonych wyjaśnień..

Natomiast w końcowym uzasadnieniu wielokrotnie powtórzono iż zawarte w załącznikach informacje mają charakter techniczny, technologiczny i organizacyjny, a także posiadają wartość gospodarczą. Odnosząc się do tej treści Izba stwierdza iż uszło uwadze Przystępującym Zaberd i Mota, że te okoliczności trzeba nie tylko przywołać ale je wykazać. Wykazanie winno nastąpić poprzez sprecyzowanie i szczegółowe opisanie konkretnych faktów czy okoliczności uzasadniających w tym postępowaniu objęcie wskazanych załączników tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba dokonując oceny podstaw do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa złożonych wyjaśnień, stwierdza iż w tych wyjaśnieniach trudno dostrzec elementy, które wyczerpywały by warunki z art. 11 ust.4 uznk.

Pomimo zasadności podniesionego w tym zakresie zarzutu Izba biorąc pod uwagę fakt iż zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp został podniesiony tylko w kontekście rażąco niskiej ceny to zasadność tego zarzutu nie ma wpływu na wynik postępowania, ponieważ zarzut rażąco niskiej ceny został przez Izbę rozstrzygnięty. Dlatego też Izba nie nakazała Zamawiającemu udostępnienia konsorcjum treści złożonych wyjaśnień.

Ponadto Izba wskazuje iż nakazanie Zamawiającemu ponownego badania i oceny ofert, a nie tylko oferty wykonawcy Mota, dotyczy sytuacji kiedy nastąpiłoby nieskuteczne uzupełnienie oferty Mota w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust.3 Pzp

Zgodnie z przepisem art. 192 ust.2 Pzp Izba może uwzględnić odwołanie tylko wtedy, kiedy stwierdzone naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy, może mieć wpływ na wynik postępowania, co w przedmiotowych odwołaniach miało miejsce.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

34

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

Przewodniczący

35