Sygn. akt: KIO 2463/14

WYROK
z dnia 5 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 listopada 2014 r. przez wykonawcę PHU B. R. w Radzyminie, w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu której czynności wykonuje Oddział w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr [słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych, zero groszy] uiszczoną przez wykonawcę B. PHU R. w Radzyminie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych [tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232], na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Skład orzekający:

Sygn. akt: KIO 2463/14

UZASADNIENIE

I. Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu której czynności wykonuje Oddział w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„Nadzór nad zimowym utrzymaniem dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie w podziale na 5 zadań" w zakresie „Zadania nr 2 - Nadzór nad zimowym utrzymaniem dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie, Rejon w Ostrołęce".* Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. Zamawiający w dniu 18 listopada 2014 r. dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 2 złożonej przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych OSTRADA spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Ostrołęce, odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w zw. z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 58 § 2 Kc. W uzasadnieniu tej czynności Zamawiający podał, że wykonawca P.H.U. B. R. złożył ofertę w postępowaniu pn.: *„Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie z podziałem na 5 zadań, w zakresie Zadania nr 1. Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Ostrołęce",* a oferta ta została wybrana jako najkorzystniejsza i została podpisana umowa. Wykonawca złożył również ofertę w postępowaniu pn.: *„Nadzór nad zimowym utrzymaniem dróg krajowych administrowanych przez GDDKIA oddział w Warszawie w podziale na 5 zadań, w zakresie Zadanie nr 2 - Nadzór nad zimowym utrzymaniem dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie, Rejon w Ostrołęce".* W związku z powyższym, usługi nadzoru pełniłby ten sam wykonawca, który wykonuje roboty. Jest to niezgodne z ogólną klauzulą współżycia społecznego. Ogólna klauzula postępowania zgodnie z zasadami współżycia społecznego, wyrażona wart. 5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, statuuje pewną granicę swobody postępowania podmiotów podlegających ochronie prawnocywilnej. Działanie, które jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, ochronie nie podlega, a tym samym jest niezgodne z prawem. Ponadto ustawa przewiduje także szczególną regulację w stosunku do podmiotów zawierających stosunek prawny na

podstawie umowy. Zgodnie bowiem żart. 353 1 k.c; strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się

właściwości [naturze] stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Odnosząc powyższe uwagi do zaistniałego stanu faktycznego, Zamawiający podkreślił, iż umowa zawarta w formie przetargu także nie może być sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 maja 2013 r., sygn. akt IV CSK 660/12, podniósł: Ujmując rzecz ogólnie, można przyjąć, że przez zasady współżycia społecznego należy rozumieć podstawowe zasady etycznego I uczciwego postępowania. Zasady współżycia społecznego nie oznaczają konkretnego określonego zespołu norm, tylko powszechnie przyjęte subiektywne oceny moralne, wzory uczciwego czy etycznego zachowania. W związku z powyższym oferta jest nieważna na podstawie art. 58 § 2 KC - nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.

III. Odwołujący w dniu 21 listopada 2014 r. złożył odwołanie wobec odrzucenia własnej oferty, stawiając zarzuty naruszenia:

1. art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy oferta nie była nieważna na podstawie odrębnych przepisów, w tym nie była niezgodna z art. 58 ani z art. 5 KC;
2. art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
3. art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy, poprzez wybór oferty z naruszeniem przepisów ustawy, tj. wybór oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Mostowych OSTRADA Sp. z o.o., którego oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu ustawy.

W oparciu o tak wyartykułowane zarzuty, Odwołujący postawił żądanie nakazania Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Zadaniu nr 2 jako bezwzględnie wadliwej,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w Zadaniu nr 2,
4. dokonania wyboru oferty Odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert w Zadaniu nr 2.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:

[1] Zamawiający w rażący sposób naruszył art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem Odwołujący miał prawo ubiegać się o udzielenie zamówienia na nadzór nad wykonaniem usług zimowego utrzymania dróg.

Zamawiający nie zawarł w SIWZ żadnego zastrzeżenia, zgodnie z którym o udzielenie przedmiotowego zamówienia nie mógłby się ubiegać wykonawca, któremu udzielono zamówienia na letnie i zimowe utrzymanie dróg w jednym z rejonów, w których sprawowany będzie nadzór.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty wskazał, iż Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu pn: *„Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie z podziałem na 5 zadań, w zakresie Zadania nr 1. Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Ostrołęce".* Przedmiotowe postępowanie dotyczyła zaś postępowania o nazwie: *„Nadzór nad zimowym utrzymaniem dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie w podziale na 5 zadań w zakresie zadanie nr 2 - nadzór nad zimowym utrzymaniem dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie, Rejon w Ostrołęce".* Na tej podstawie Zamawiający wysnuł wniosek, że w przypadku wybory Odwołującego *„usługi nadzoru pełniłby ten sam Wykonawca który wykonuje roboty'.*

Zamawiający pominął w powyższym niezwykle istotny fakt, iż w postępowaniu dotyczącym bieżącego i zimowego utrzymania dróg krajowych - rejon Ostrołęka Odwołujący występuje jako jeden z trzech wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

zamówienia. Nie jest więc prawdą - jak stwierdził Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego - że *„usługi nadzoru wykonywałby ten sam Wykonawca, który wykonuje roboty".* Wykonawcą robót jest bowiem konsorcjum, co wynika z art. 23 ust. 1 i 3 Pzp. W uchwale z dnia 5 października 2011 r., sygn. KIO/KD 75/11, stwierdzono, iż: *„Udzielenie zamówienia dodatkowego o wartości do 50% wartości zamówienia podstawowego tylko jednemu z członków konsorcjum nie jest udzieleniem zamówienia temu samemu wykonawcy."*

Postępowanie dotyczące bieżącego i zimowego utrzymania dróg jest objęte znacznie szerszym zakresem świadczonych usług, niż usługa, która ma być nadzorowana w niniejszym postępowaniu - zimowe utrzymanie dróg. W skład zamówienia dotyczącego *„Bieżącego i zimowego utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie z podziałem na 5 zadań, w zakresie Zadania nr 1. Bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Ostrołęce"* wchodzi bardzo wiele zadań. Wyszczególniając główne zagadnienie zgodnie z systematyką zawarta w opisie przedmiotu zamówienia są to:

1. wykonanie remontów nawierzchni asfaltowych;
2. wykonanie robót i usług bieżącego utrzymania dróg, a w tym m.in. odwonienie polegające na czyszczeniu studzienek ściekowych; odtworzenie rowów, remont pobocza i skarp nasypu; roboty ziemne; remont chodników i zatok autobusowych;

patrolowanie dróg; usuwanie reklam z pasa drogowego; utrzymanie zieleni w pobliżu drogi; naprawa ogrodzenia dróg; naprawa ekranów akustycznych;

3. sprzątanie pasa drogowego, a w tym m.in. usuwanie śmieci z pasa drogowego oraz chodników, opróżnianie koszy ulicznych;
4. wykaszanie traw, chwastów, samosiejek, krzaków i odrostów z pasa drogowego;
5. zimowe utrzymanie dróg (w skrócie nazywane „zud");
6. prace porządkowe po zakończeniu prac związanych z zimowym utrzymaniem dróg.

Zimowe otrzymanie dróg jest jedynie częścią całości zamówienia na utrzymanie dróg. Dodatkowo, Odwołujący jest jednym z trzech wykonawców, którzy będą wykonywać przedmiotowe zamówienie, w związku z tym prace zostaną podzielone pomiędzy członków konsorcjum. Tymczasem Zamawiający nie podjął nawet próby wyjaśnienia sposobu sprawowania ewentualnego nadzoru przez Wykonawcę, przez co stwierdzenie Zamawiającego, iż *„usługi nadzoru pełniłby ten sam Wykonawca, który wykonuje roboty"* jest całkowicie pozbawione podstaw prawnych oraz faktycznych.

Należy również wskazać, iż w postępowaniu na nadzór Zamawiający wymagał, aby Wykonawcy dysponowali odpowiednim potencjałem kadrowym. W zakresie zadania nr II konieczne było przedstawienie trzech osób, które posiadają wymagane doświadczenie i kwalifikacje. Żadna ze wskazanych przez wykonawcę osób nie została wskazana w potencjale kadrowym w postępowaniu na utrzymanie dróg, zatem usługi te będą wykonywane również przez inne osoby.

Należy również zwrócić uwagę, iż zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia dotyczącym zamówienia na nadzór, usługi te mają obejmować :

1. kontrolę stanu nawierzchni dróg poprzez między innymi objazdy dróg,
2. kontrolę pracy sprzętu do zimowego utrzymania dróg,
3. monitorowanie sytuacji meteorologicznej przy wykorzystaniu prognoz pogody, radaru
4. pogodowego, drogowych stacji pogodowych,
5. monitorowanie działań podjętych przez Wykonawcę zud,
6. sporządzanie protokołów z prowadzonej kontroli,
7. przekazywanie informacji o wszelkich zdarzeniach drogowych/sytuacjach kryzysowych do Punktu Informacji Drogowej i Dyżurnego Wykonawcy.

Wymienione czynności nie są czynnościami skomplikowanymi i dotyczą przede wszystkim monitorowania stanu dróg oraz sprzętu i sposobu działań wykonawcy zud także utrwalania spostrzeżeń w postaci pisemnych raportów. Charakter wymienionych czynności przemawia za uznaniem, że nie wiąże się z nimi konieczność wykonania ich przez całkowicie odrębny podmiot od wykonawcy zud. Równie dobrze nadzór w tak ukształtowanej w SIWZ postaci mogą świadczyć pracownicy wykonawcy zud,

odpowiedzialni za nadzór nad pracownikami niższego szczebla u tego wykonawcy. Czynności nadzorcze w kształcie określonym w Opisie Przedmiotu Zamówienia stanowią czynności, które nie muszą być wykonywane osobiście przez Odwołującą, ale będą wykonywane przez osoby zgłoszone, które nie mają nic wspólnego z wykonaniem kontraktu wykonawczego.

Należy zwrócić uwagę również na to, że w § 10 ust. 2 pkt 7 wzoru umowy na letnie i zimowe utrzymanie dróg wskazano, iż z uwzględnieniem innych obowiązków określonych w Umowie, do Wykonawcy należy w szczególności nadzór nad prowadzonymi robotami. Zamawiający w postępowaniu na utrzymanie dróg przyjął więc, że nadzór może być sprawowany przez samego wykonawcę, czyli de facto Zamawiający dopuścił nadzorowanie przez wykonawcę samego siebie, (wtedy to Zamawiającemu nie przeszkadzało). Również w przedmiotowej Specyfikacji Zamawiający nie zakazał brania udziału wykonawcom ani innym podmiotom.

Z całkowicie niezrozumiałych względów Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu odrzucił ofertę Odwołującego, która zawierała rozwiązania organizacyjne umożliwiające należyte wykonanie zamówienia w kształcie określonym w SIWZ.

Niezależenie od powyższego, w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej uznawano za dopuszczalne sytuacje, w których jeden podmiot wykonywał funkcję wykonawcy i inżyniera kontraktu (czyli de facto nadzorcy robót). Izba akceptowała taką sytuacje, argumentując min., że wykonawcę i Inżyniera kontraktu wybiera się w drodze odrębnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej KIO/UZP 81/07 z dnia 22 stycznia 2008 r. wskazano: *„Zdaniem Izby, Klauzule definiujące Personel Zamawiającego czy też wskazujące kto wydaje polecenia Wykonawcy lub stawiające Wykonawcy zadania bycia arbitrem w sprawach spornych pomiędzy stronami nie wykluczają możliwości aby Inżynierem Kontraktu był ten sam Wykonawca, który jednocześnie pełni rolę Wykonawcy Kontraktu. Jest to możliwe, gdyż Inżyniera Kontraktu jak i Wykonawcę zamówienia wybiera się w drodze odrębnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Nie można więc wykluczyć sytuacji,* że *Wykonawca którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą w procedurze udzielenia zamówienia publicznego na usługę Inżyniera kontraktu również może zostać uznana za najkorzystniejszą w oddzielnej procedurze udzielenia zamówienia publicznego na Wykonawcę robót W wyniku rozstrzygnięcia obu procedur, zawarte umowy będą obowiązywać strony kontraktu w zakresie określonym przedmiotem zamówienia w poszczególnych zamówieniach.”*
Nawiązując do przywołanego orzecznictwa KIO, należy stwierdzić, że nie ma przeszkód, aby wykonawca wybrany w dwóch odrębnych postępowaniach pełnił jednocześnie obowiązki związane z nadzorem nad wykonaniem zamówienia. Wydaje się, że możliwość łączenia

takich funkcji powinna wynikać m.in. z zastosowania odpowiednich rozwiązań organizacyjnych, w tym oddelegowania do pełnienia czynności nadzorczych pracowników, którzy na co dzień pełnią funkcje nadzorcze u wykonawcy, nadzorując pracowników niższego szczebla.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lipca 2014 r., sygn. KIO 1214/14, potwierdzono, iż: *„Jest utrwalone w doktrynie i orzecznictwie,* że *wykonawcy nie mogą ponosić konsekwencji za uchybienia czy niejednoznaczności w specyfikacji.”*

W chwili obecnej nie można wytwarzać nowych treści SIWZ, które nie zostały zawarte w pierwotnej wersji tego dokumentu.

1) W we wzorze umowy na pełnienie nadzoru określono zobowiązanie Wykonawcy do unikania sytuacji rodzących konflikt interesów (§ 6 ust. 1) oraz odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia (§ 9), wskutek czego należy uznać, że w sposób wystarczający zabezpieczony jest interes Zamawiającego.
2) W § 6 ust. 1 wzoru umowy wskazano:
3) W trakcie trwania niniejszej umowy Wykonawca oraz osoby realizujące przedmiot umowy zobowiązują się do powstrzymywania od wszelkich działań i czynności, które mogą rodzić podejrzenie stronniczości lub potencjalnego konfliktu interesów.
4) Natomiast w § 9 określono odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia. W szczególności w ust. 2 wskazano, iż:
Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:

I. za zwłokę w wykonaniu Usługi w wysokości 0,2 % wynagrodzenia brutto określonego w § 3 ust. 1 niniejszej Umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;

II. z tytułu wypowiedzenia Umowy przez Zamawiającego z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność Wykonawca, w wysokości 10 % wynagrodzenia brutto określonego w § 3 ust. 1 niniejszej Umowy.

Odwołujący składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu zaakceptował treść ewentualnie wiążącej go z Zamawiającym umowy. W przypadku nienależytego wykonywania umowy Zamawiający ma prawo do jej wypowiedzenia (§ 8 ust. 3) oraz naliczenia kar umownych. W konsekwencji należy stwierdzić, że jego interes został należycie zabezpieczony.

Wadliwa jest podstawa prawna odrzucenia oferty Odwołującego - de facto brak jest podstawy prawnej odrzucenia oferty. W przywołanym przez Zamawiającego jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego wskazano art. 89 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 14 Pzp oraz art. 58 § 2 KC. Art. 58 § 2 KC stanowi, iż nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. Zamawiający nie wskazał jednak, jakie konkretne zasady współżycia społecznego zostały przez Odwołującego naruszone. Składając ofertę w

przedmiotowym postępowaniu Odwołujący nie naruszył w żaden sposób jakichkolwiek norm prawnych. Tymczasem w orzecznictwie wskazuje się - Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 kwietnia 2014 r., KIO/KD 31/14: „Funkcja art. 58 Kc. polega zaś na tym, aby zapobiegać powstawaniu stosunków prawnych przez system prawny zakazany."

Odwołujący nie naruszył również żadnych norm etycznych. Składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu i licząc się z możliwością uzyskania zamówienia Odwołujący zapewnił konkretne rozwiązania organizacyjne, które w jego ocenie pozwalały na należyte wykonanie przedmiotowego zamówienia. Zamawiający natomiast nie podjął nawet próby zbadania tychże rozwiązań. Zamawiający nie przeanalizował szczegółowo sytuacji faktycznej, która jego zdaniem miałaby uzasadniać naruszenie zasad współżycia społecznego.

W informacji o wynikach postępowania Zamawiający nie zwrócił uwagi na przedstawione we wcześniejszej części odwołania okoliczności, w tym w szczególności fakt, iż w postępowaniu dotyczącym bieżącego i zimowego utrzymania dróg krajowych - rejon Ostrołęka Odwołujący jest członkiem konsorcjum. Pominął również fakt, iż w obu postępowaniach Odwołujący wskazywał w ofertach inne osoby jako mające wykonywać zamówienie. Aby uzyskać taką wiedzę wystarczyło dokładnie przeanalizować dokumentację obu postępowań.

W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Zamawiający w niezwykle uproszczony sposób stwierdził, że skoro Odwołujący jest wykonawcą ubiegającym się o oba zamówienia, to usługi nadzoru będą pełnione przez tego samego wykonawcę, który wykonuje usługi. W zasadzie tylko to jedno zdanie stanowi uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty. Natomiast uzasadnienie prawne stanowi odwołanie się do bliżej nieokreślonych zasad współżycia społecznego. Tymczasem - Zamawiający powinien określić, dokładnie jakie zasady współżycia społecznego i w jaki sposób zostały naruszone. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 23 stycznia 2014 r., VI ACa 706/2013 wskazuje: *„Zarzut nieważności czynności prawnej z powodu sprzeczności jej treści lub celu z zasadami współżycia społecznego nie może polegać na powołaniu się ogólnie na bliżej nieokreślone zasady współżycia społecznego, lecz wymaga wskazania, jaka konkretna zasada współżycia społecznego została naruszona.".* Tak skonstruowane uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego świadczy o niezwykle pobieżnej analizie stanu faktycznego dotyczącego Odwołującego i nie może zostać uznane za spełniające wymogi określone w art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy. W wyroku KIO z dnia 20 grudnia 2013 r., KIO 2812/13 podano: *„W niniejszym stanie faktycznym zamawiający wadliwie dokonał czynności poinformowania odwołującego o przyczynach odrzucenia jego oferty. Podanie przez zamawiającego jedynie podstawy prawnej oraz ogólne sformułowanie zarzucanych niezgodności przez odwołanie*

się do postanowień rozdziału ISIWZ, pkt 2, ppkt 3 i odwołanie do zawartej tam tabeli (rozdział I, pkt 2, ppkt 2) zawierającej szereg wymaganych przez zamawiającego parametrów w odniesieniu do posiadanych obecnie przez niego macierzy nie stanowi, w okolicznościach niniejszej sprawy, realizacji dyspozycji art. 92 ust. 1 ustawy Pzp nakazującego podanie uzasadnienia faktycznego podejmowanych czynności. Stwierdzenie o

niespełnieniu określonych wymagań (kompatybilności i wydajności) jest zbyt ogólne i nie może być uznane za uzasadnienie faktyczne realizujące cel tego przepisu. To na zamawiającym ciąży obowiązek przedstawienia uzasadnienia faktycznego swoich decyzji w taki sposób, aby wykonawca miał pełną wiedzę na temat przyczyn odrzucenia jego oferty. Wykonawca nie powinien bowiem domyślać się, w czym zamawiający upatruje niezgodność treści jego oferty z treścią SIWZ (z którym jej postanowieniem). Przeszkodą dla podania takich informacji nie jest ich zastrzeżenie przez wykonawcę jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W takim bowiem przypadku tak uszczegółowioną informację otrzymałby tylko wykonawca, którego ona dotyczy, w tym przypadku odwołujący. Dlatego tez stwierdzić należy, iż zarzut ten potwierdził się."

Sankcja odrzucenia oferty stanowi najdalej idącą dolegliwość w stosunku do wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, dlatego też Zamawiający, przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty, powinien usunąć wszelkie wątpliwości związanego w ewentualną jej wadliwością

W przedmiotowym stanie faktycznym, w sytuacji zaistniałych wątpliwości związanych z ewentualnym łączeniem funkcji Nadzorującego i Wykonawcy, Zamawiający mógł i powinien zwrócić się do Odwołującego o wyjaśnienie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający mógł i powinien m.in. wyjaśnić, kto z ramienia Odwołującego będzie sprawował nadzór nad wykonaniem zamówienia na zimowe utrzymanie dróg, oraz jaki jest zakres udziału Odwołującego przy wykonywaniu zamówienia na letnie i zimowe utrzymanie. Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: KIO 2552/13 - wyrok z dnia 18 listopada 2013 r. – *„Rzetelne wykonywanie przez zamawiającego obowiązku prowadzenia postępowania, w szczególności na etapie badania i oceny oferty, wymaga* żądania *przez zamawiającego od wykonawcy wyjaśnień co do treści złożonej oferty zwłaszcza w sytuacji, gdy ich brak prowadzi do odrzucenia oferty tego wykonawcy.";* KIO 103/13 - wyrok z dnia 30 stycznia 2013 r. – *„Wyjaśnienie treści oferty stanowi swoiste „narzędzie" Zamawiającego, dzięki któremu ma możliwość pozyskania dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości, niejasności co do treści złożonej oferty pozwala mu na należytą ocenę sytuacji (oferty).";* KIO 19/13 - wyrok z dnia 15 stycznia 2013 r. – *„W przedmiotowym postępowaniu, zamawiający, kierując się doniesieniami innego wykonawcy powziął - w jego ocenie uzasadnione - wątpliwości co do prawidłowości złożonej przez*

odwołującego oferty. Skoro zatem wątpliwości powstały to niejako automatycznie winien znaleźć swoje zastosowanie przepis art. 87 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że *w toku badania i oceny ofert zamawiający może* żądać *od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert."*

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

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

Należało przypisać Odwołującemu przesłanki materialnoprawne, warunkujące merytoryczne rozpatrzenie odwołania.

II. ROZSTRZYGNIĘCIE O ZARZUTACH ODWOŁANIA

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Osią sporu między stronami Zamawiającym i Odwołującym była kwestia możliwości wyboru (odrzucenia oferty) wykonawcy, który uzyskał zamówienie na bieżące i zimowe utrzymanie dróg a jednocześnie złożył najkorzystniejszą ofertę na sprawowanie nadzoru nad zimowym utrzymaniem dróg w jednym z rejonów objętych zamówieniem (rejon Ostrołęka).

[1] Podkreślenia na wstępie wymaga, że zgodzić się trzeba z zamawiającym, iż niewłaściwym jest sprawowanie nadzoru nad wykonywaniem zadań przez tego samego wykonawcę, który te zadania ma wykonywać (i to niezależnie od tego czy zadania te będzie wykonywać samodzielnie czy działając w ramach konsorcjum). Natura czynności nadzoru oznacza, że powinny one być wykonywane przez podmiot zewnętrzny, bezstronny a w każdym razie niezainteresowany rezultatem tego nadzoru. Istotą nadzoru jest bowiem określona recenzja przedmiotu tego nadzoru i danie wytycznych co do usunięcia dostrzeżonych nieciągłości.

Trudno o wypełnienie tego rodzaju postulatów w warunkach gdy wykonawca [PHU B. R. w Radzyminie] działając w ramach konsorcjum z dwoma innymi podmiotami [dwoma spółkami cywilnymi] uzyskała zamówienie na bieżące i zimowe utrzymanie dróg m.in. w tym samym obszarze, którego ma dotyczyć ów nadzór. Bezspornie bowiem w razie podjęcia takiego nadzoru wykonawca byłby niejako sędzią we własnym sprawie, sprawowany nadzór rzutowałby bowiem na sposób wykonywania a przede wszystkim na ocenę czynności z zakresu zimowego utrzymania dróg. Dostrzeżenia przy tym wymaga, że samo utrzymanie

dróg [tutaj zimowe] jest zadaniem trudnym, wymagającym pieczy i uwagi ze strony samego wykonawcy jak i zamawiającego czy też osób działającym z ramienia zamawiającego i na jego rzecz. Znamiennym jest bowiem, że już tylko w toku postępowania odwoławczego – mającego za przedmiot określony wycinek zagadnienia jakim jest poprawne wykonywanie czynności z zakresu utrzymania dróg dało się dostrzec trzy mechanizmy kontrolne w tym zakresie [a wcale nie znaczy, że to pełny zakres źródeł informacji z tego obszaru]:
- wyłonienie zewnętrznego wykonawcy na sprawowanie nadzoru nad zimowym utrzymaniem dróg – co obejmuje przedmiotowe postepowanie,
- wprowadzenie w postepowaniu na bieżące i zimowe utrzymanie dróg procedury oceny jakości [złożony przez Odwołującego element dokumentacji z tamtego postępowania *Specyfikacja Techniczna część I Zimowe utrzymanie dróg Wymagania ogólne];*
- złożone rzez Odwołującego standardy obowiązujące u Zamawiającego – *Procedura kontroli wykonawców zimowego utrzymania dróg krajowych w rejonach drogowych Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie].*

Stąd zrozumiałym jest prowadzenie postępowania w celu wyłonienia wykonawcy odrębnego od tego wykonywanego samodzielnie przez Zamawiającego i wykraczającego poza przewidziane w postępowaniu na bieżące i zimowe utrzymanie dróg procedury utrzymania jakości nadzoru nad zimowym utrzymaniem dróg. Oczywistym jest przy tym, że by ten nadzór miał jakikolwiek sens i realizował swój cel nie może być wykonywany przez podmiot którego czynności będą podlegać takiemu nadzorowi. W takiej sytuacji cały nadzór byłby iluzoryczny, zaś wystarczające byłyby procedury jakości przewidziane w samym postępowaniu na utrzymane dróg.

W świetle powyższego nie jest akceptowalnym wybór w postępowaniu na nadzór nad zimowym utrzymaniem dróg tego samego wykonawcy, który to zimowe utrzymanie dróg będzie wykonywać.

Oceny tej nie zmienia fakt, że w postępowaniu na utrzymanie dróg wykonawca występuje jako członek konsorcjum, w tym zaś samodzielnie. Oczywistym jest bowiem, że rezultaty nadzoru będą rzutować na sytuację wykonawcy jako członka konsorcjum wykonującego zamówienie, czy to w płaszczyźnie jego obowiązków finansowych związanych z wykonywaniem prac zimowego utrzymania dróg (np. w postaci obowiązków kontraktowych, kar umownych w razie niedoskonałości w wykonywaniu prac – co wskazywał Zamawiający] czy w ramach bardziej dogodnego , niekłopotliwego i wolnego od wytyków nadzoru sposobu wykonywania tych czynności. Nie jest wytłumaczeniem – jak czyni to Odwołujący – że czynności nadzoru będą wykonać trzej imiennie wskazani pracownicy Odwołującej,

samodzielnie, bez kontaktu z Odwołująca i bezpośrednio wobec zamawiającego. Trudno zgodzić się z tezą, że pracownicy [a w istocie trzy osoby związane umową cywilnoprawną – jak wynika z wykazu osób gdzie podano wobec tych osób „umowa zlecenie"] będą wykonywać czynności na rzecz swego zleceniodawcy – Odwołującej w sposób obiektywny, z jej pominięciem, nie czując się związani nie tylko określonym węzłem zależności [wszak taki węzeł wynika z faktu, że są przez Odwołującą wynajęci i przez nią wynagradzani]. Nie jest też tak – jak wykazywał Odwołujący, że czynności wykonawcze w ramach utrzymania dróg oraz sam nadzór są neutralne dla Odwołującej. Pomijając ów węzeł zależności osób wykonujących czynności nadzoru w imieniu Odwołującej, sama Odwołująca została wprost wskazana w postępowaniu na utrzymanie dróg jako personel kluczowy: widnieje w pozycji 11 wykazu *Potencjał kadrowy Osoby zdolne do wykonania zamówienia* jako Zastępca kierownika prac zimowego utrzymania dróg, zaś w poz. 17 tego wykazu wskazano pana J. R.

– kierowcę pługu/solarki/piaskarki – pracownika Odwołującej – umowa zlecenie. Nie jest więc zasadny wniosek, że ten nadzór w żaden sposób nie będzie dotykać Odwołującej. Tak więc argumentacja Odwołującej, wskazująca na marginalny udział i zaangażowanie samej Odwołującej w postępowaniu mającym za przedmiot utrzymanie dróg nie znajduje potwierdzenia, podobnie jak teza, że nie będzie ona w tamtym postępowaniu wykonywać istotnych czynności, a to wobec sygnalizowanego przez Odwołującą zamysłu, że będzie ona wykonywać jedynie czynności pomocnicze i nieistotne. Przeczy temu sama istota konsorcjum, gdzie każdy z członków konsorcjum odpowiada solidarnie za realizację zamówienia. Przeczy temu wreszcie treść umowy konsorcjum z 18 lipca 2014 r. jaką wykonawcy zamówienia na utrzymanie dróg złożyli wobec Zamawiającego: mówi się w niej w § 5 ust. 2 *„Zakres obowiązków poszczególnych członków konsorcjum podczas wykonywania umowy o zamówienie publiczne: a) wspólna realizacja usług zgodnie z umową zawartą z Zamawiającym, b) dopełnienie wszelkich innych warunków umowy, c) zaspokojenie uprawnionych roszczeń Zamawiającego wynikających z gwarancji, innych zapisów umowy praz przepisów obowiązującego prawa”.* Tak więc wszyscy członkowie konsorcjum są tak samo zainteresowani poprawnym i pozytywnym wykonaniem zamówienia na utrzymanie dróg.

Zauważenia wreszcie wymaga, że nie jest tak jak usiłuje wykazać Odwołujący, iż wobec ogólnego opisu przedmiotu zamówienia, ujętego w sześciu syntetycznych punktach Odwołujący nie mógł przewidzieć takiej kolizji interesów w razie wystąpienia w roli wykonawcy utrzymania dróg i ich nadzorcy. Relacja obowiązków wynikających z obu postępowań jest oczywista, i nie pozostawia wątpliwości że zadaniem wykonawcy nadzoru jest piecza nad właściwym wykonaniem zimowego utrzymania dróg. Oczywistym jest też, że

umiejscowienie w czasie obu postępowań dawało wykonawcy pełną wiedzę, że postępowanie na nadzór odnosi się do nadzoru nad czynnościami, co do których wykonawca już wygrał postępowanie. W dacie składania oferty na nadzór Odwołująca nie tylko została uznana za zwycięzcę postępowania na utrzymanie dróg ale już podpisała na nie umowę [złożona przez Zamawiającego umowa z dnia 25 września 2014 r.]. Stąd Odwołująca od samego początku, składając ofertę musiała mieć pełną świadomość obowiązków płynących z zawartej umowy, następnie tej, o jakiej podpisanie się ubiega w postępowaniu na nadzór, wzajemnej relacji między tymi obowiązkami a w konsekwencji – kolizji interesów z tego wynikającej.

Następstwem tego jest stwierdzenie, iż niedopuszczanym byłby wybór takiej oferty.

[2] W świetle przytoczonych okoliczności Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującej, jako nieważną na podstawie odrębnym przepisów [art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy]. Zgodzić się trzeba, że przywołana przez Zamawiającego podstawa prawna odrzucenia oferty Odwołującej jest niedoskonała. Mimo to uzasadnienie tej czynności zasługuje na akceptację, zaś okoliczności przywołane w uzasadnieniu dokonanej czynności odrzucenia oferty pozwalały zastosować szersze spektrum przepisów i ową podstawę prawną rozbudować. Powyższe pozostaje więc bez wpływu na wynik postępowania o którym stanowi art. 192 ust. 2 ustawy.

Fakt ewidentnej kolizji interesów wykonawcy, który uzyskał zamówienie na utrzymanie dróg oraz złożył ofertę na nadzór nad tym utrzymaniem, mógł bowiem i powinien być rozpatrywany nie tylko przez pryzmat nieważności czynności prawnej – tak jak uczynił to Zamawiający [a w tym zakresie także w odniesieniu do przesłanki z art. 58 § 2 dotyczącej natury stosunku cywilnoprawnego] – ale także, lub przede wszystkim, w kontekście czynu nieuczciwej konkurencji [art. 89 ust. 1 pkt 3 stawy]. Wartości nadrzędne i klauzule generalne, do których odwoływał się Zamawiający, a które zmaterializowały się w tym postępowaniu mogły być postrzegane w kategorii czynu nieuczciwej konkurencji.

Art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [Dz. U. z 2003 roku, Nr 153 poz. 1503 ze zm.] stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Taka interpretacja stosowania przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wynika zarówno z piśmiennictwa na ten temat jak i z orzecznictwa. Za znamienny i adekwatny do rozpatrywanego przypadku można uznać

wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 czerwca 2007 V ACa 371/07 podający, iż *„Dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw.*

uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się określić wiążąco w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z tymi praktykami życia gospodarczego. Ocena określonego zachowania jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdy istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie konkurencji poprzez rzetelne i niezakłóconego funkcjonowania niezafałszowane współzawodnictwo."

Norma zawarta w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji rozgranicza zachowania dozwolone w obrocie gospodarczym w ramach swobody konkurowania od zachowań niedozwolonych z powodu ich sprzeczności z prawem lub dobrymi obyczajami.

Dla stwierdzenia zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji wystarczające zatem jest ustalenie ziszczenia się kumulatywnie przesłanek, iż zachowanie przedsiębiorcy jest bezprawne jako sprzeczne nie tylko z przepisami ale z dobrymi obyczajami a ponadto szkodliwe, gdyż zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Dobre obyczaje, stanowiące uzupełnienie porządku prawnego, nie będąc normami prawnymi są natomiast wzorcami postępowania - podobnie jak zasady współżycia, czy ustalone zwyczaje, i powinny być przestrzegane przez podmioty gospodarcze prowadzące działalność rynkową.

Złożenie oferty, w następstwie której zawarcie umowy niweczyłoby sens zamówienia sprowadzając nadzór nad czynnościami do nadzoru nad samym sobą , jak również stawiając podmiot kontrolujący i kontrolowany w dogodnej, sprzecznej z istotą nadzoru pozycji, może i powinno być rozpatrywane przez pryzmat regulacji zawartych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji z tym samym uzasadnieniem jakie przyjął Zamawiający dla odrzucenia oferty Odwołującej – powinno było być opatrzone dalszą, poszerzoną podstawą odrzucenia oferty Odwołującej.

Następnie, taka podstawa mogła nawiązywać do brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – jakkolwiek Zamawiający w postępowaniu nie zawarł wyraźnego zakazu składania ofert przez wykonawców, których czynności miałyby podlegać nadzorowi, to w § 12 wzoru umowy zamieścił postanowienie wskazujące na zakaz kolizji interesów osób wykonujących zamówienie. Niezależnie od sensu tego postanowienia i jego niewątpliwych niedoskonałości a wręcz wątpliwości czy na pewno takie właśnie oświadczenie jest w pełni adekwatne w tym

konkretnym postępowaniu, przed podpisaniem umowy, osoby wykonujące zamówienie musza więc złożyć oświadczenie o jakim mowa w tym postanowieniu. Z postanowienia tego [oraz odpowiedniego odesłania do zamieszczonego na stronie Zamawiającego dokumentu jakim jest Zarządzenie nr 9 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 6 marca 2012 r. Polityka Antykorupcyjna w Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad] wynika zaś ogólna reguła powstrzymywania się od działań wywołujących kolizję interesów, a z taką mielibyśmy do czynienia sytuacją w razie wyboru Odwołującego w tym postępowaniu.

Reasumując, odrzucenie oferty Odwołującej, jakkolwiek oparte na niedoskonale przywołanej podstawie prawnej, opatrzne zostało trafnych i znajdujących potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym okolicznościach, ostatecznie odpowiada prawu. Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy, uwzględnieniu podlega tylko takie odwołanie, co do którego stwierdzono naruszenie przepisów mające wpływ na wynik postępowania. W analizowanej sytuacji z taką sytuacją nie mamy jednak do czynienia.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

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

Skład orzekający: