

WYROK
z dnia 4 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Młacka

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lutego 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 stycznia 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: FBSerwis S.A., Ferroser Infraestructuras S.A. (ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu (ul. Siemiradzkiego 5a, 60-763 Poznań),**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: POL - DRÓG Warszawa sp. z o.o., ROKOM sp. z o.o. (ul. Arkuszowa 7, 01-934 Warszawa)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym:
 - dokonanie weryfikacji oceny ofert w zakresie przyznanej punktacji przez członków komisji przetargowej, tj. przyznanie punktów w ramach programów 2 i 3 zgodnie ze skalą określoną w pkt 17.1.2 ppkt I.2 i I.3 SIWZ,
 - dokonanie ponownej oceny ofert w ramach kryterium „jakość”, w tym dokonanie czynności oceny z uwzględnieniem elementów opisanych w punkcie 17.1.2 SIWZ oraz odpowiedziami na pytania wykonawców i przekazanie wykonawcom informacji o sposobie dokonanej oceny i powodach przyznanej w ramach oceny punktacji (uzasadnienie podjętej decyzji),

1

-
- uznanie za nieskuteczne zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach Wykonawcy Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. oraz Wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego Kalisz S.A.,
 - wezwanie Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Rotomat sp. z o.o. i Elektrotim S.A. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia tego Wykonawcy z postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, tj. dokumentów, o których mowa w punktach 9.3.1-9.3.6 SIWZ w stosunku do podmiotu udostępniającego potencjał w postaci wiedzy i doświadczenia (Pana J. G.),
 - udostępnienie załączników do protokołu postępowania (tj. dokumentów w postaci oświadczeń i korespondencji Zamawiającego i Wykonawców, dokumentacji pracy komisji)

2. w pozostałym zakresie oddala zarzuty.

3. kosztami postępowania obciąża **Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu (ul. Siemiradzkiego 5a, 60-763 Poznań)** i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum: FBSerwis S.A., Ferroser Infraestructuras S.A. (ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania,
- 3.2. zasądza od **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu (ul. Siemiradzkiego 5a, 60-763 Poznań)** na rzecz **Konsorcjum: FBSerwis S.A., Ferroser Infraestructuras S.A. (ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa)** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty z tytułu wpisu od odwołania i postępowania odwoławczego

poniesione

wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

2

Sygn. akt: KIO 84/16

Uzasadnienie

Zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest "Całoroczne, kompleksowe utrzymanie w systemie „Utrzymaj Standard” drogi ekspresowej S-8e na odcinku Węzeł Syców Wschód (bez węzła) - Węzeł Wieluń (bez węzła) km 83+505 - km 128+896 wraz ze wszystkimi jej elementami" .

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 8 sierpnia 2015 r. r. pod numerem 2015/S 148- 273913.

Odwołujący – Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego FB Serwis S.A. i Ferrroser Infraestructuras S.A. wniósł odwołanie wobec zaniechań Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Całoroczne, kompleksowe utrzymanie w systemie „Utrzymaj Standard” drogi ekspresowej S-8e na odcinku Węzeł Syców Wschód (bez węzła) - Węzeł Wieluń (bez węzła) km 83+505 - km 128+896 wraz ze wszystkimi jej elementami", a polegających na: wyborze oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie: BUDIA Standard sp. z o.o. z siedzibą w Oleśnicy, Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe LARIX sp. z o.o. z siedzibą w Lublińcu oraz T. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Firma Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa „B.” z siedzibą w Dalachowie jako oferty najkorzystniejszej; przekazaniu zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej przy jednoczesnym zaniechaniu powiadomienia Odwołującego o powodach przyznania Odwołującemu oraz innym wykonawcom, w tym Wybranemu Wykonawcy, punktacji w ramach kryterium Jakość", dokonaniu nieprawidłowej oceny ofert i nieprawidłowego przyznania punktacji w ramach kryterium „jakość", zaniechaniu udostępnienia dokumentacji postępowania na wniosek Odwołującego, zaniechaniu ujawnienia dokumentów zastrzeżonych przez Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego Zaberd S.A. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „ZABERD") oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego KALISZ S.A. w Kaliszu (dalej: „PBD KALISZ") jako tajemnica przedsiębiorstwa, zaniechaniu wezwania Maldrobud sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Myśliborzu (dalej: „MALDROBUD") do uzupełnienia dokumentów potwierdzających zakres udziału podmiotów udostępniających potencjał techniczny, zaniechaniu wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne, konsorcjum w składzie ROTOMAT sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz Elektrotim S.A. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Rotomat") do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z Postępowania podmiotów, które udostępniły tym

3

wykonawcom potencjał techniczny; zaniechaniu odrzucenia oferty Rotomat, względnie zaniechaniu wezwania Rotomat do uzupełnienia pełnomocnictwa dla osoby podpisującej ofertę.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu obrazę następujących przepisów prawa: art. 92 ust. 1 pkt 1 w. zw. z art. 8 ust. 1-3 oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP - poprzez zaniechanie przekazania Odwołującemu w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej uzasadnienia wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób pozwalający na ustalenie, dlaczego oferta Odwołującego została oceniona niżej, niż oferta wybranego wykonawcy i niż oferty innych wykonawców, a także na podjęcie decyzji co do zasadności i ewentualnego sposobu zakwestionowania oceny dokonanej przez Zamawiającego i podniesienia konkretnych,

rzeczowych zarzutów wskazujących na konkretne błędy w ocenie ofert w ramach kryterium Jakość, art. 1 ust. 1 oraz 2 ust. 1 lit. b Dyrektywy 89/665/EWG Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (D.U.U.E.L.1989.395.33 z późn. zm.; dalej zwanej: "Dyrektywą Odwoławczą") - poprzez odmówienie Odwołującemu faktycznego prawa do zakwestionowania decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej z uwagi na brak przekazania uzasadnienia tejże decyzji pozwalającego stwierdzić, dlaczego oferta Odwołującego została oceniona niżej, aniżeli oferty innych wykonawców, w tym Wykonawcy Wybranego; art. 96 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 i w zw. z art. 181 ust 1 pkt 1 ustawy PZP w zw. z § 5 ust. 1 i 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458; dalej: „Rozporządzenie w sprawie Protokołu”) - poprzez sporządzenie w toku Postępowania, a przekazanie Odwołującemu dopiero na 4 dni przed upływem terminu do wniesienia odwołania wobec wyboru oferty najkorzystniejszej, a jednocześnie 6 dni po złożeniu wniosku o udostępnienie, dokumentacji dotyczącej oceny ofert tabeli obrazujących ocenę ofert dokonaną komisję oceniającą oferty, przy czym: tak późne przekazanie ww. dokumentacji znacząco ograniczyło Odwołującemu możliwość sporządzenie odwołania w tym zakresie i doprowadziło de facto do skrócenia ustawowego terminu na wniesienie w tym zakresie środka odwoławczego do zaledwie 4 dni, co jest na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych niedopuszczalne; dokumentacja uzasadniająca przyznanie ofertom punktacji w ramach kryterium „jakość” w żaden sposób nie uzasadnia powodów przyznania poszczególnym wykonawcom punktacji i w istocie nie pozwala na stwierdzenie, dlaczego jedne oferty zostały ocenione wyżej, a inne niżej niż oferty pozostałe, co nie zapewnia możliwości zweryfikowania decyzji Zamawiającego, podczas gdy Zamawiający zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 29 dotyczące treści SIWZ

4

zobowiązał się do przekazania wykonawcom pisemnego uzasadnienia pozwalającego na ewentualne zweryfikowanie prawidłowości oceny ofert w ramach kryterium „jakość”; zgodnie z treścią odpowiedzi na pytanie nr 29 z dnia 4 września 2015 r. dotyczące SIWZ Zamawiający zobowiązał się do przekazania uzasadnienia oceny ofert w sposób umożliwiający ewentualne zakwestionowanie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej; art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP - poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny wszystkich ofert w ramach kryterium „jakość” oraz przez: przyznanie poszczególnym ofertom punktacji w sposób odbiegający od zasad określonych SIWZ, tj. przez: przyznanie przez członków komisji oceniającej oferty w ramach programu 1 punktacji odbiegającej od skali określonej w pkt 17.1.2 ppkt 1.1 SIWZ (str. 20 SIWZ), tj. przyznanie w ramach oceny poszczególnych elementów Programu 1 punktacji innej, aniżeli procent wagi danego elementu przewidziany w Załączniku nr 3 do OPZ, podczas gdy zgodnie z powołanym zapisem pkt 17.12 SIWZ. ppkt 1.2 SIWZ (str. 20) w ramach Programu 1 koncepcje przewidujące najskuteczniejsze działania mogące przynieść efekt w postaci realizacji danego standardu, względnie koncepcje porównywalne co do skuteczności) miały otrzymać procent „wagi przy kontroli w okresie po zakończeniu gwarancji Wykonawcy budowy dla elementu w czasie okresu poza zimowego”, brak było natomiast podstaw do przyznawania innym koncepcjom punktacji w wysokości niższej, aniżeli pełny procent wagi dla danego elementu przewidziany w Załączniku nr 3 do OPZ; przyznanie przez członków komisji oceniającej oferty w ramach programów 2 i 3 punktacji całkowicie odbiegającej od skali określonej w pkt 17.1.2 SIWZ ppkt 1.2 i 1.3 SIWZ (str. 21 - 22 SIWZ), zaniechanie dokonania oceny ofert według procedury potwierdzonej w odpowiedzi na pytanie nr 27 do treści SIWZ z dnia 4 września 2015 r., tj. bez wyznaczenia poziomów skuteczności koncepcji, porównania tychże poziomów i ustalenia na podstawie tego porównania ostatecznej punktacji dla poszczególnych Programów działań nr 1, 2 i 3, dokonanie oceny niezgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 26 dotyczące treści SIWZ z dnia 4 września 2015, tj. poprzez proste porównanie działań zaoferowanych przez wykonawców z działaniami oczekiwanymi, nie zaś poprzez indywidualną ocenę koncepcji zaproponowanych przez wykonawców i ocenę ich skuteczności zgodnie z zapisami SIWZ; zaniechanie dokonania oceny poszczególnych ofert w ramach kryterium „jakość” poprzez wyliczenie z osiągniętych w każdym z programów średnich ocen sumy tychże średnich ocen oraz obliczenie dla każdej koncepcji (dla każdej oferty) całkowitej punktacji w ramach tego kryterium według wzoru zapisanego na stronie 22

SIWZ, dokonanie oceny skuteczności rozwiązań proponowanych przez wykonawców w Programach działań nr 1, 2 i 3 w ramach kryterium „jakość”, z pominięciem elementów, okoliczności i cech opisanych przez Zamawiającego w pkt 17.1.2. SIWZ jako mających znaczenie przy ocenie w ramach kryterium „Koncepcja Wykonania Usługi” dla Programów działań 1, 2 i 3; przy uwzględnieniu elementów, okoliczności i cech nie opisanych w pkt

5

SIWZ poprzez przyznanie poszczególnym elementom, okolicznościom i cechom opisany w SIWZ znaczenia (wagi) większej lub odpowiednio mniejszej, aniżeli wynikająca z pkt 17.1.2. SIWZ; co jest niezgodne z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 28 dotyczące treści SIWZ z dnia 4 września 2015 r. w sposób odbiegający od zasad określonych w odpowiedziach na pytania dotyczące treści SIWZ (pytania nr 26 - 28); 5. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP - poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny wszystkich ofert w ramach kryterium „jakość”, w sposób sprzeczny z zasadami logiki i doświadczenia życiowego oraz niezgodnie z zasadami wiedzy technicznej z dziedziny utrzymania infrastruktury drogowej oraz przez zaniżenie oceny Koncepcji Wykonania Usługi przedstawionej przez Odwołującego przy jednoczesnym nieuprawnionym zawyżeniu punktacji oferty Wybranego Wykonawcy oraz innych wykonawców, w szczególności przez nieprawidłowe uznanie, że: działania proponowane przez Odwołującego dotyczące wdrożenia i utrzymania wymaganego standardu utrzymania drogi cechują się niższą efektywnością/skutecznością niż proponowane przez Wybranego Wykonawcę lub innych wykonawców, nie zapewniają dostatecznego bezpieczeństwa użytkowników dróg oraz minimalizacji strat czasu uczestników ruchu drogowego, w sytuacji, gdy propozycje Odwołującego były optymalne i tym samym bardziej efektywne i skuteczne; środki zastosowane przez Odwołującego w zakresie identyfikacji zagrożeń i monitoringu nie pozwalają na równie efektywne prowadzenie monitoringu, jak środki proponowane przez Wybranego Wykonawcę lub przez innych wykonawców, w sytuacji, gdy propozycje Odwołującego były optymalne i tym samym bardziej efektywne i skuteczne; metody/środki proponowane przez Odwołującego w zakresie prowadzenia monitoringu nie pozwalają na równie skuteczne zapobieganie kradzieży i dewastacji mienia oraz na równie efektywną identyfikację zagrożeń na drodze i reakcję na te zagrożenia, co środki lub metody proponowane przez Wybranego Wykonawcę lub innych wykonawców, w sytuacji, gdy propozycje Odwołującego były optymalne i tym samym bardziej efektywne i skuteczne; art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP - poprzez zaniechanie ujawnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawców ZABERD S.A. oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. z siedzibą w Kaliszu jako tajemnica przedsiębiorstwa (koncepcja wykonania usługi), pomimo iż zastrzeżenia takie nie były skuteczne, gdyż ww. wykonawcy w terminie składania ofert nie wykazali, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa; art. 8 ust. 1 oraz art. 93 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP oraz § 5 ust. 1 i 5 Rozporządzenia w sprawie Protokołu" - poprzez zaniechanie udostępnienia załączników do protokołu Postępowania - tj. całości korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami oraz pełnej treści ofert po wyborze oferty najkorzystniejszej (w tym fragmentów ofert, które ewentualnie zostały odtajnione), pomimo iż Odwołujący jeszcze w tym samym dniu, w którym otrzymał zawiadomienie o wyborze oferty (tj. w dniu 12 stycznia

6

2016 r.) wniósł o przekazanie dokumentacji w ww. zakresie, przy czym brak przekazania ww. dokumentów w istotny sposób ograniczył możliwość zweryfikowania przez Odwołującego prawidłowości Postępowania, w szczególności co do przedłużenia przez innych wykonawców terminu związania ofertą, uzupełnienia lub przedłużenia wadium, wyjaśnienia treści oferty oraz oceny skuteczności zastrzeżenia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa; art. 26 ust. 3 ustawy PZP w zw. z art. 24 ust. 1 ustawy PZP - poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum Rotomat do uzupełnienia dokumentów wykazujących brak podstaw do wykluczenia z Postępowania w odniesieniu do podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie, pomimo iż Zamawiający w pkt 8.1.1. SIWZ zaznaczył, że w przypadku polegania przez Zamawiającego na zasobach innych podmiotów, gdy takie podmioty będą brały udział w wykonywaniu zamówienia, wykonawcy są obowiązani do wykazania braku podstaw do ich wykluczenia z Postępowania w okolicznościach wskazanych w art. 24 ust. 1 ustawy PZP, zaś zgodnie z pkt 9.3. SIWZ w celu wykazania

braku podstaw do wykluczenia z Postępowania, wykonawcy mieli obowiązek przedłożyć wyspecyfikowane w pkt 9.3.1. - 9.3.6 SIWZ, a takich dokumentów konsorcjum Rotomat nie przedstawiło, art. 26 ust. 3 ustawy PZP oraz § 1 ust. 6 pkt 2 lit. d rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231; dalej: „Rozporządzenie w sprawie Dokumentów”) - poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy MALDROBUD do uzupełnienia dokumentów potwierdzających zakres udziału podmiotów udostępniających swoje zasoby przy realizacji zamówienia udzielanego w Postępowaniu; art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. art. 104 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2014 r. poz. 121, ze zm.) oraz w zw. z art. 14 ustawy PZP - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Rotomat w sytuacji, gdy oferta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, tj. przepisu art. 104 k.c., gdyż wobec braku umocowania Pana P. W. do reprezentowania w Postępowaniu obu konsorcjantów Rotomat (tj. konsorcjanta Elektrotim S.A.) jej złożenie stanowiło jednostronną czynność prawną dokonaną w imieniu konsorcjum Rotomat bez umocowania (względnie z jego przekroczeniem), zaś Zamawiający w toku Postępowania w formie przewidzianej w art. 9 ust. 1 ustawy PZP, ani nawet w jakiegokolwiek innej formie, zgody na działanie bez umocowania nie wyraził; z ostrożności zarzucił również Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania Rotomat do uzupełnienia załączonego do oferty pełnomocnictwa dla osoby składającej ofertę, tj. dla Pana P. W. w zakresie, w jakim to pełnomocnictwo nie zostało udzielone lub było wadliwe, a to w sytuacji, gdy pełnomocnictwo nie umocowywało ww. osoby do reprezentowania obu konsorcjantów, lecz jedynie Rotomat sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

7

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem wszystkich zapisów SIWZ dotyczących sposobu oceny ofert w ramach kryterium „jakość” oraz w oparciu o zasady wiedzy technicznej z dziedziny utrzymania infrastruktury drogowej; nakazanie Zamawiającemu ujawnienia uzasadnienia wyboru oferty najkorzystniejszej pozwalającego na weryfikację decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o nakazanie Zamawiającemu przekazania Odwołującemu pisemnych ocen (wraz z uzasadnieniami) sporządzonych przez osoby oceniające oferty w ramach kryterium „Koncepcja Wykonania Usługi”, nakazanie Zamawiającemu uznania za nieskuteczne zastrzeżeń wykonawców Rotomat oraz ZABERD jako tajemnicy przedsiębiorstwa i ujawnienia zastrzeżonych informacji, nakazanie Zamawiającemu udostępnienie dokumentacji Postępowania w zakresie objętym wnioskiem Odwołującego z dnia 12 stycznia 2016 r., nakazanie Zamawiającemu wezwania konsorcjum Rotomat do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia tego wykonawcy z Postępowania, nakazanie Zamawiającemu wezwanie wykonawcy MALDROBUD do uzupełnienia dokumentów potwierdzających zakres udziału podmiotów udostępniających swoje zasoby przy realizacji zamówienia udzielanego w Postępowaniu, nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Rotomat, względnie nakazanie wezwania Rotomat do uzupełnienia pełnomocnictwa dla osoby podpisującej ofertę w zakresie, w jakim jest ono błędne lub nie zostało udzielone.

Wniósł o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa w specjalności budownictwo - drogi i autostrady wpisanego na listę biegłych sądowych prowadzoną przez Prezesa Sądu Okręgowego w Warszawie na okoliczność ustalenia: czy w załączonej do oferty Odwołującego Koncepcji Wykonania Usługi w zakresie Programu 1 zostały ujęte skuteczne działania mogące przynieść efekty w postaci wdrożenia i utrzymania wymaganego standardu dla tego elementu drogi (przy uwzględnieniu zasad oceny ww. skuteczności przewidzianych w pkt 17.1.2 SIWZ, czy w ofertach złożonych przez innych Wykonawców w ramach Programu 1 zostały przewidziane działania skuteczniejsze mogące przynieść efekty w postaci realizacji standardu poszczególnych elementów Programu 1, a jeśli tak, to która oferta przewiduje najskuteczniejsze działania w tym zakresie w odniesieniu do poszczególnych elementów Programu 1 (przy uwzględnieniu zasad oceny ww. skuteczności przewidzianych w pkt 17.1.2. SIWZ), czy opisane w przedłożonym przez Odwołującego Programie nr 2 metody/środki zapobiegające kradzieży i dewastacji mienia oraz pozwalające na identyfikację zagrożeń na drodze mających wpływ na przejezdność pozwalają na

efektywny monitoring poszczególnych zagrożeń; w tym w szczególności, czy proponowane przez Odwołującego metody i środki cechują się efektywnością wyższą, niższą czy porównywalną w stosunku do metod lub środków proponowanych przez Wykonawcę

8

Wybranego oraz pozostałych wykonawców (przy uwzględnieniu zasad oceny ww. skuteczności przewidzianych w pkt 17.1.2. SIWZ); czy propozycje opisane przez Odwołującego w Programie nr 3 przewidują skuteczniejsze, mniej skuteczne czy porównywalnie skuteczne działania i rozwiązania dla realizacji standardu drogi w zakresie identyfikacji i likwidacji zagrożeń na drodze w postaci gołoledzi lub ciągłych opadów śniegu w stosunku do działań i rozwiązań proponowanych przez innych wykonawców (przy uwzględnieniu zasad oceny ww. skuteczności przewidzianych w pkt 17.1.2. SIWZ). Alternatywnie, wniósł o dopuszczenie dowodu z opinii instytutu naukowego specjalizującego w dziedzinie budowy oraz utrzymania dróg i autostrad na okoliczność ustaleń wskazanych w lit. a-d (Instytut Badawczy Dróg i Mostów, Stowarzyszenie Inżynierów i Techników Komunikacji Rzeczpospolitej Polskiej Oddział w Warszawie, Politechnika Warszawska).

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP Zamawiający niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę), albo imię i nazwisko, siedzibę albo adres zamieszkania i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, uzasadnienie jej wyboru oraz nazwy (firmy), albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną oferentom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację.

Zakres informacji podawanych przez Zamawiającego wraz z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej nie musi być w każdym postępowaniu taki sam, lecz może być ustalany z uwzględnieniem specyfiki konkretnego postępowania, w szczególności stosowanych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wskazał, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy ww. wymogi nie zostały zapewnione. Zamawiający - przekazując informację o wyniku postępowania wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia - poinformował ich jedynie o punktacji uzyskanej w trzech podkryteriach ocenianych w ramach kryterium pozacenenowego „jakość” (Program 1, Program 2 i Program 3). Jednocześnie nie wyjaśnił w żaden sposób, dlaczego poszczególni wykonawcy otrzymali taką, a nie inną punktację w ramach ww. podkryteriów (Programów) i dlaczego niektóre oferty zostały ocenione wyżej, a inne niżej, aniżeli oferty pozostałe. Powyższe spowodowało, że w dacie zawiadomienia wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający wspomnianej decyzji nie uzasadnił. Dopiero 6 dni po doręczeniu decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający przekazał dalsze informacje mające w zamierzeniu uzasadnić tę decyzję, jednakże zdaniem Odwołującego, takie przekazanie „dalszych” informacji w żaden sposób nie może być brane pod uwagę przy ocenie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 91 ust 1 ustawy PZP.

9

Istotą uzasadnienia decyzji o wyborze oferty jest umożliwienie wykonawcom dokonanie oceny tej decyzji oraz przygotowania ewentualnego odwołania kwestionującego prawidłowość wyboru oferty. Odwołanie takie - zgodnie z przepisem art. 181 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP - może być przygotowane i wniesione w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności stanowiącej podstawę jego wniesienia. Zatem z punktu widzenia powołanej regulacji konieczne jest, aby wykonawca miał zapewniony stosowny czas (10 dni) na dokonanie analiz, podjęcie decyzji o wniesieniu odwołania oraz odpowiedniego przygotowania argumentacji potwierdzającej podnoszone zarzuty. Musi zatem otrzymać w ww. terminie wszystkie niezbędne informacje, które o zasadności tej decyzji rozstrzygają, w tym w szczególności uzasadnienie dla decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Przepisy ustawy PZP nie pozwalają zamawiającemu na skracanie terminu na wniesienie odwołania. W stanie faktycznym sprawy takie działanie Zamawiającego skróciło ww. termin na opracowanie odwołania z ustawowego terminu 10 dni do zaledwie 4 dni. W ocenie Odwołującego, działanie takie jest całkowicie nieuzasadnione i nie do pogodzenia z ustawowymi regulacjami w tym zakresie. Przeciwny pogląd oznaczałby w istocie, że

zamawiający mógłby przekazywać tego rodzaju informacje np. na 1 dzień przed terminem wniesienia odwołania lub nawet w dniu upływu tego terminu, lecz przed wniesieniem faktycznym odwołania - niwecząc tym samym uprawnienie wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej.

Odwołujący podniósł także zarzut, że informacje przekazane przez Zamawiającego na 4 dni przed upływem terminu na wniesienie odwołania wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej również nie stanowiły dostatecznego uzasadnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Nie wyjaśniły, dlaczego oferta Odwołującego otrzymała za poszczególne programy mniej punktów, aniżeli oferty części innych wykonawców oraz niż oferta Wybranego Wykonawcy. Odwołujący podkreślił, że przekazane wykonawcom tabele zestawiające wymagania dotyczące Programów 1, 2 i 3 oraz punktację przyznaną przez poszczególnych członków komisji oceniającej (dalej: „Zestawienia”) w żaden sposób nie wyjaśniają, dlaczego poszczególni wykonawcy zostali ocenieni na tyle punktów, ile im za poszczególne elementy podlegające ocenie przyznano.

Przykładowo, w poz. nr 1 sporządzonego przez Panią T. W. Zestawienia dotyczącego Programu nr 1 zaoferowanego przez Odwołującego wskazano jedynie, że:

„Koncepcja zawiera wszystkie oczekiwane elementy założone w OPZ, takie jak: remont do 6 dni, objazdy 5x na dobę, zabezpieczony odpowiedni sprzęt, masą na zimno - 1 godz.” oraz przyznano 3,8 punktu procentowego (na 4 możliwe). Odwołujący podkreślił, że nie wskazano, dlaczego przyznano akurat 3,8 pkt, a nie np. 3,9 albo 4 pkt. Nie wskazano elementów, które wpłynęły na obniżenie przyznanej punktacji ani nie wskazano, dlaczego

10

owe elementy miałyby świadczyć o niższej skuteczności działań. Braki w zakresie powyższej argumentacji nie pozwoliły Odwołującemu stwierdzić, dlaczego jego oferta w ww. zakresie została oceniona niżej od oferty innych wykonawców. Jednocześnie tej ofercie, pomimo niemal identycznych uwag, jak w analogicznym Zestawieniu dotyczącym oferty Odwołującego, Wybranemu Wykonawcy przyznano wyższą punktację - 3,9 pkt. Nie wyjaśniono, dlaczego przyznano akurat tyle punktów, ani też nie wskazano, w czym oferta Wybranego Wykonawcy okazała się lepsza, niż oferta Odwołującego.

Analogiczna sytuacja powtarza się w prawie wszystkich pozycjach przekazanych Zestawień. Odwołujący wskazał, że w poz. nr 8 w ogóle nie dokonano żadnej oceny działań - wskazano jedynie: „kontrola wizualna, naprawy na bieżąco, w przypadku stwierdzenia uszkodzenia, będą utrzymywane w czystości” oraz przyznano 1,2 pkt na 1,5 pkt możliwych do uzyskania. Powody przyznania takiej punktacji znów nie zostały określone.

Sytuacja powyższa powtarza się w Zestawieniach sporządzonych przez pozostałych członków komisji oceniającej ofertę Odwołującego. Powyższe uniemożliwiło Odwołującemu sprawdzenie, w jaki sposób zostały ocenione działania proponowane przez Wykonawców były oceniane. Tym samym nie jest możliwa jakakolwiek weryfikacja dokonanych ocen, polemika z tymi ocenami oraz ich zakwestionowanie. Odwołujący nie ma możliwości stwierdzić, czy taka ocena była prawidłowa, czy została dokonana w oparciu o zasady wiedzy technicznej z zakresu utrzymania autostrad oraz nie ma jakiegokolwiek możliwości nawiązania polemiki z ww. oceną.

Odwołujący wskazał także, że w żadnym z fragmentów Zestawień dotyczących Programów nr 1 zawartych w ofertach wszystkich wykonawców nie zostało wyjaśnione i uzasadnione, jak osoby oceniające oferty oceniły elementy, które zgodnie z pkt 17.1.2. SIWZ miały podlegać ocenie, tj.: jakie w poszczególnych ofertach są ryzyka braku dotrzymania standardów utrzymania drogi, czy i dlaczego struktura organizacyjna i organizacja pracy utrzymaniowej zapewnia osiągnięcie standardu utrzymania drogi, czy i dlaczego wskazane działania w trakcie prowadzenia prac utrzymaniowych zapewniają bezpieczeństwo użytkowników drogi oraz minimalizację strat czasu uczestników ruchu drogowego w przejeździe utrzymywaną drogą, czy i dlaczego sprzęt, jego właściwości oraz sposób prowadzenia prac pozwalają na zwiększenie tempa prac utrzymaniowych sprawiając, iż utrudnienia w ruchu drogowym powstałe w wyniku prowadzenia prac utrzymaniowych. Biorąc pod uwagę, że większość ww. elementów z pkt 17.1.2. SIWZ (czynników podlegających ocenie) nie została nawet nie tylko omówiona, ale nawet nie została wymieniona w żadnym z przekazanych wykonawcom Zestawień, zasadne wydaje się twierdzenie, iż takie elementy, wbrew jednoznacznym zapisom SIWZ, nie stanowiły podstawy oceny ofert w ramach kryterium „jakość”.

Odwołujący zauważył, że nie wiadomo również, czy przy ocenie ofert wzięte zostały

Zamawiającego z dnia 4 września 2015 r. na pytanie nr 28 do treści SIWZ, każdy z elementów wymienionych w pkt 17.1.2. SIWZ miał równą wagę i nie był uznawany za ważniejszy od pozostałych.

Odpowiadając na pytanie nr 27 dotyczące treści SIWZ Zamawiający potwierdził, iż „dokonując oceny ofert w ramach kryterium „jakość” w pierwszej kolejności oceni Programy 1, 2 i 3 pod względem skuteczności (w oparciu o wyszczególnione w SIWZ elementy, brane pod uwagę przy takiej ocenie, takie jak organizacja pracy utrzymaniowej, sprzęt jego parametry, ryzyka braku dotrzymania standardu itd.), następnie określi poziomy skuteczności działań zaproponowanych przez poszczególnych wykonawców, a w dalszej kolejności porówna ustalone poziomy dla poszczególnych ofert i na podstawie takiego porównania przyzna ofertom punktację”. Odwołujący wskazał, że biorąc pod uwagę wyrażoną w art. 9 ust. 1 ustawy PZP zasadę pisemności zasadne jest przyjęcie, że ewentualne czynności Komisji Przetargowej, które nie znajdują odzwierciedlenia na piśmie, w istocie nie zostały dokonane.

Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 29 do SIWZ zobowiązał się do przekazania wykonawcom uzasadnienia decyzji o wyborze oferty oraz dokumentacji uzasadniającej przyznana punktację w ramach kryterium „jakość” w taki sposób, aby wykonawca, gdy uzna to za konieczne, mógł dążyć do zweryfikowania prawidłowości dokonanej oceny w procedurze odwoławczej. W ocenie Odwołującego, z tego zobowiązania Zamawiający się nie wywiązał. Brak dostatecznego uzasadnienia przez Zamawiającego decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej prowadzi do faktycznego pozbawienia Odwołującego możliwości weryfikacji prawidłowości decyzji oraz realnego jej zakwestionowania w drodze wniesienia środka ochrony prawnej. Stanowi to istotne ograniczenie prawa do wniesienia środka ochrony prawnej.

Zgodnie z zapisami pkt 17.1.2. SIWZ, w części I („sposób oceny ofert w ramach kryterium koncepcja działań”), ppkt 1 („skuteczność zaproponowanych w koncepcji działań Wykonawcy dla zrealizowania standardu utrzymania drogi (15 pkt)”), w ramach podkryterium 1 oceniany miał być Program działań Nr 1 pod względem „skuteczności” zaproponowanych przez Wykonawcę działań dla standardu utrzymania drogi w okresie trwania umowy przy jednoczesnym zapewnieniu w trakcie prowadzenia prac utrzymaniowych bezpieczeństwa użytkowników drogi oraz minimalizacji strat czasu uczestników ruchu drogowego w przejeździe utrzymywaną drogą (str. 19 SIWZ).

Przy ocenie miały być brane pod uwagę następujące elementy: ryzyka braku dotrzymania standardów utrzymania drogi, w tym czy Program zawiera wszystkie istotne działania konieczne dla zagwarantowania osiągnięcia standardów oraz czy działania pozwolą osiągnąć wymagane standardy, czy struktura organizacyjna i organizacja pracy

utrzymaniowej zapewnia osiągnięcie standardu utrzymania, w szczególności czy zapewniona jest ciągłość procesu decyzyjnego, czy zaproponowane działania zapewniają bezpieczeństwo użytkowników drogi oraz minimalizację strat czasu uczestników ruchu drogowego w przejeździe, czy sprzęt, jego właściwości (parametry) oraz sposób prowadzenia prac pozwalają na zwiększenie tempa wykonywanych prac sprawiając, iż utrudnienia w ruchu drogowym powstałe w wyniku prowadzenia prac są krótsze oraz przyczyniając się do zwiększenia bezpieczeństwa użytkowników oraz zmniejszenia straty czasu uczestników ruchu w przejeździe. (str. 20 SIWZ)

Zamawiający wskazał, że koncepcja, która przewidywać będzie działania mogące przynieść efekty w postaci realizacji danego standardu utrzymania drogi przy jednoczesnym zapewnieniu w trakcie prowadzenia prac bezpieczeństwa użytkowników drogi oraz minimalizacji strat czasu uczestników ruchu drogowego w przejeździe otrzyma procent „wagi przy kontroli w okresie po zakończeniu gwarancji Wykonawcy budowy dla elementu w czasie okresu poza zimowego”. Ponadto w SIWZ wskazane zostało, że w przypadku złożenia większej ilości koncepcji, których działania gwarantują porównywalnie najlepsze co do skuteczności osiągnięcie danego standardu, wszystkim tym koncepcjom przyznawany jest ww. procent wagi. (str. 20 SIWZ)

Z powyższych zapisu wynika, że Zamawiający oceniając oferty mógł przyznać poszczególnym koncepcjom wyłącznie liczbę punktów odpowiadających procentowi wagi przy kontroli albo nie przyznawać żadnych punktów. Zapisy SIWZ nie przyznawały Zamawiającemu prawa do przyznawania poszczególnym koncepcjom części ułamkowych „procentów wagi” (obniżania punktacji w stosunku do maksymalnej). Ocena w tym zakresie miała charakter "zerowyjedynekowy" - dla danego elementu mógł zostać przyznany albo cały „procent wagi”, albo 0 punktów.

W tej sytuacji należy uznać, że sytuacja, w której Zamawiający w niniejszym Postępowaniu przyznawał Odwołującemu punktację np. 3,8 przy „procencie wagi” równym 4 pkt procentowe - i to pomimo wskazania, że Koncepcja zawiera wszystkie oczekiwane elementy założone w OPZ (tak w Zestawieniu nr 1 dla Programu nr 1 Odwołującego) była nieprawidłowa i niezgodna z zasadami oceny wyrażonymi w SIWZ. Wymaga zaznaczenia, że ww. wada została popełniona nie tylko w przypadku w większości pozycji Programu 1 zaproponowanego przez Odwołującego, ale również przy ocenach pozostałych ofert. Zamawiający nie zastosował się do zapisu, zgodnie z którym „koncepcja, która nie została oceniona jako najlepsza (nie przyznano jej „procentu wagi przy kontroli), w żadnym ze standardów utrzymania drogi nie powinna otrzymać punktów (str. 20 SIWZ, akapit trzeci od końca strony).

Z przekazanych przez Zamawiającego w dniu 18 stycznia 2016 r. materiałów (Zestawień) wynika, iż były koncepcje nie oceniane jako najlepsze w żadnym z 8 elementów Programu 1,

13

a mimo to uzyskiwały punkty. Zamawiający winien dostrzeżone błędy naprawić we własnym zakresie - tj. poprzez unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownej oceny ofert, tym razem zgodnie z odpowiednimi zapisami SIWZ oraz przy należytych uzasadnieniu na nowo podjętej decyzji.

Ponadto zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie zastosował się do procedury opisanej w odpowiedziach na pytania dotyczące treści SIWZ. Odpowiadając na pytanie nr 26 (pismo z dnia 4 września 2015 r.) Zamawiający wskazał: „Ad 2) Zamawiający nie dysponuje metodologią oceny zaproponowanych przez wykonawców programów. Członkowie Komisji Przetargowej dokonają indywidualnej oceny przedstawionych w koncepcji propozycji działań. Istota indywidualnej oceny przez poszczególnych członków Komisji Przetargowej ma z założenia charakter oceny subiektywnej, co nie oznacza jednak oceny dowolnej. Indywidualna ocena propozycji wykonawcy przez poszczególnych członków komisji nie może sprowadzać się do prostego zestawienia działań proponowanych przez Wykonawcę z działaniami wymaganymi, pożądanymi (których podania domaga się Wykonawca) przez Zamawiającego na zasadzie „działanie ujęte/działanie nieujęte” w koncepcji. To Wykonawca, a nie Zamawiający, ma zaproponować własną indywidualną wizję utrzymania drogi celem dotrzymania wymaganych standardów, która będzie podlegać ocenie Zamawiającego.” Odwołujący podniósł, że w przekazanych mu Zestawieniach nie znajduje się żadna indywidualna ocena koncepcji utrzymania drogi. W żadnym z przekazanych Zestawień nie znalazła się kompleksowa ocena działań proponowanych przez wykonawców. Większość zapisów dotyczących ocen sprowadza się do wskazania, czy koncepcja przewiduje „wszystkie oczekiwane elementy” i wymienia działania proponowane przez wykonawców. Powyższe zdaniem Odwołującego świadczy, że wbrew treści przywołanej odpowiedzi na pytanie nr 26, ocena dokonana przez członków Komisji Przetargowej sprowadzała się wyłącznie do porównania działań proponowanych z działaniami oczekiwanymi.

Dodatkowo za nieuprawnioną w świetle postanowień SIWZ Odwołujący uznał ocenę Programu 1 w ofercie Odwołującego w zakresie elementu drogi nr 4 - Rowy. W Zestawieniach zawarto uwagę wskazującą, że koncepcja nie odzwierciedla oczekiwań OPZ z uwagi na „brak odrębnego opracowania realizacji dla pkt 4”.

Tymczasem żaden z fragmentów OPZ nie wymagał sporządzenia „odrębnego” opracowania realizacji punktu 4. Odwołujący stosowny opis zamieścił w - opis wszystkich wymaganych działań w zakresie elementu 4 Drogi - Rowy został zamieszczony w Programie działań nr 1 Odwołującego. Natomiast okoliczność, iż nie zostało to opracowane „odrębnie” jest bez znaczenia w świetle zasad oceny wyrażonych w pkt 17.1.2. SIWZ. Przedmiotem oceny nie

14

było zgodnie z tymi zapisami badanie, czy koncepcja zawierała „odrębne opracowania” dla każdego elementu, lecz to, czy zawarte w niej opisy działań zapewniały skuteczność działań dla realizacji standardów utrzymania drogi przy jednoczesnym zapewnieniu w trakcie prowadzenia prac utrzymaniowych bezpieczeństwa użytkowników drogi oraz minimalizacji strat czasu uczestników ruchu drogowego w przejeździe utrzymywaną drogą. Ocena oferty Odwołującego w oparciu o formalny aspekt dotyczący „wyodrębnienia” opracowania dla pkt 4 Programu nr 1 nie znajduje żadnego uzasadnienia w pkt 17.1.2. SIWZ.

Zgodnie z zapisami pkt 17.1.2. SIWZ, w części I („sposób oceny ofert w ramach kryterium koncepcja działań”), ppkt 2 („skuteczność prowadzenia monitoringu (10 pkt), w ramach podkryterium 2 oceniany miał być Program działań Nr 2 pod względem skuteczności zaproponowanych przez Wykonawcę działań. Na str. 21 SIWZ Zamawiający szczegółowo opisał zasady przyznawania poszczególnym ofertom punktacji, wskazując, iż: „Koncepcja” przedstawiająca najlepszy program działań (...) otrzyma 10 pkt. Jeśli więcej niż jedna „Koncepcja” oceniona zostanie na porównywalnym co do efektywności najlepszym poziomie, wszystkie one otrzymają taką samą liczbę odpowiednio 10 pkt. Kolejna oferta, której „Koncepcja” oceniana jest na niższym od najwyższej ocenionej (ocenionych) „Koncepcji” poziomie efektywności monitoringu drogi otrzyma 5 pkt. Jeśli więcej niż jedna „Koncepcja” oceniona została na porównywalnym co do efektywności poziomie, wszystkie one otrzymują odpowiednio taką samą liczbę 5 pkt. Kolejna oferta, której „Koncepcja” oceniana jest na niższym poziomie efektywności monitoringu drogi otrzyma 2,5 pkt. Jeśli więcej niż jedna „Koncepcja” oceniona została na porównywalnym co do efektywności poziomie, wszystkie one otrzymują odpowiednio taką samą liczbę 2,5 pkt. Ilość punktów przyznawanych każdej kolejnej ofercie odpowiednio będzie pomniejszana o połowę w stosunku do wyżej ocenianej oferty”. Z powyższych zapisów jednoznacznie wynika, że przy ocenianiu koncepcji w ramach podkryterium 2 (Program nr 2) każdej z ofert mogły zostać przyznana wyłącznie następująca liczba punktów: 10 pkt, 5 pkt, 2,5 pkt, 1,25 pkt, 0,63 pkt, 0,31 pkt itd. Przyznawanie wykonawcom innej punktacji nie zostało w SIWZ przewidziane. Tymczasem w Zestawieniach dla podkryterium 2 (Program nr 2) przyznana została ofertom taka liczba punktów, jak: 8 pkt, 9 pkt, 7 pkt. Jak wskazał Odwołujący, świadczy to o nieprawidłowym zastosowaniu reguł oceniania opisanych w SIWZ.

Zgodnie z postanowieniami pkt 17.1.2. SIWZ, w części I („sposób oceny ofert w ramach kryterium koncepcja działań”), ppkt 3 („skuteczność działań w zakresie zimowego utrzymania drogi (15 pkt)”), w ramach podkryterium 3 oceniany miał być Program działań Nr 3 pod względem skuteczności zaproponowanych przez Wykonawcę działań standardu utrzymania

15

drogi. Zamawiający oceniając koncepcje w ramach podkryterium 3 (Program nr 2) każdej z ofert mógł przyznać wyłącznie następującą liczbę punktów: 15 pkt, 10 pkt, 5 pkt, 2,5 pkt, 1,25 pkt, 0,63 pkt, 0,31 pkt itd. Przyznawanie wykonawcom innej punktacji nie zostało w SIWZ przewidziane.

Tymczasem osoby oceniające oferty w ramach podkryterium 2 (Program nr 2) przyznawały ofertom taką liczbę punktów, jak: 12 pkt, 13, 14, 11 pkt. Powyższe świadczy o nieprawidłowym zastosowaniu reguł oceniania opisanych w SIWZ.

Jednocześnie ujęte w Zestawieniach komentarze w przeważającej mierze nie odnoszą się do elementów, które zgodnie z pkt 17.1.2. SIWZ miały stanowić podstawę oceny „koncepcji” w ramach Programu działań nr 3 (takich jak wpływ propozycji na bezpieczeństwo użytkowników, minimalizację strat w czasie przejazdu itd.).

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie zastosował się do procedury opisanej w pytaniu nr 27 do treści SIWZ oraz odpowiedzi na to pytanie. W żadnym z Zestawień nie zostały bowiem określone ani też uzasadnione opisane w ww. procedurze „poziomy skuteczności” Programów 1, 2 i 3 poszczególnych wykonawców. Brak jest również jakiegokolwiek wzmianki na temat porównania tych poziomów skuteczności i przyznania - w oparciu o takie porównanie - punktacji poszczególnym ofertom.

Tym samym uzasadnione jest twierdzenie, iż ocena ofert we wszystkich trzech podkryteriach została dokonana z naruszeniem reguł oceniania potwierdzonych w odpowiedzi na pytanie nr 27 dotyczące treści SIWZ.

Odwołujący wskazał także, że Zamawiający nie zastosował się do określonej na str. 22 SIWZ procedury, zgodnie z którą po określeniu Programów działań nr 1, 2 i 3 przez członków komisji oceniającej oraz „wyciągnięciu” średniej z ich ocen, Zamawiający miał wyliczyć sumę średnich ocen, a następnie na jej podstawie obliczyć wartość przyznanych punktów według wzoru. Zamawiający takiego wyliczenia nie dokonał, czym po raz kolejny naruszył zasady oceniania ofert w ramach kryterium „jakość”.

Odwołujący wskazał, że gdyby Izba uznała za niezasadne zarzuty dotyczące obowiązku uzasadnienia przez Zamawiającego decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej (i przyjęła, że Odwołujący wcale nie musi wiedzieć, dlaczego jego oferta została oceniona gorzej, niż oferta Przystępującego) oraz zarzut dotyczący naruszenia opisanej w SIWZ procedury oceniania (tj. uznała, że Zamawiający nie musi się trzymać reguł, które sam sobie wyznaczył na etapie poprzedzającym termin składania ofert) kwestionuje również merytoryczną poprawność oceny dokonanej przez Zamawiającego w zakresie skuteczności Programów nr 1, 2 i 3 zaoferowanych przez wszystkich wykonawców.

16

W tym zakresie wniósł o merytoryczne zbadanie przez Izbę prawidłowości oceny ofert w zakresie kryterium pozacenenowego „jakość”, w tym o stwierdzenie, czy dokonana przez Zamawiającego ocena jest prawidłowa z punktu widzenia zasad logiki, doświadczenia życiowego, a także w świetle aktualnej wiedzy technicznej i technologicznej dotyczącej usług utrzymania autostrady.

Odwołujący zauważył, że nie może samodzielnie zweryfikować oceny merytorycznej przedłożonych koncepcji pod względem merytorycznym, gdyż nie została mu zapewniona dostępność ww. opracowań. Wobec powyższego jedyną możliwością poddania decyzji Zamawiającego niezależnej kontroli i weryfikacji jest dokonanie stosownej kontroli przez Krajową Izbę Odwoławczą. Zdaniem Odwołującego, ustalenie powyższych okoliczności przez bezstronnego biegłego posiadającego wiedzę ekspercką umożliwi pełne zweryfikowanie prawidłowości decyzji Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że w dacie przedkładania określonej informacji (co do zasady w dacie składania oferty) wykonawca zastrzegający tajemnicę przedsiębiorstwa musi zaprezentować wywód przedstawiający argumenty przekonujące Zamawiającego o tym, iż zastrzegana przez niego informacja zasługuje na ochronę oraz że uzasadnione jest nie ujawnianie jej wobec pozostałych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia.

Co do zasady wywód taki powinien szczegółowo wyjaśniać, czy w odniesieniu do zastrzeganej informacji zachodzą wszystkie przesłanki wymienione w przepisie art. 11 ust. 4 ustawy ZNK. Sytuacja, w której wykonawca w ogóle nie wykazuje zasadności uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa lub wprawdzie takie „wykazanie” fizycznie przekazuje, jednak jego treść jest na tyle ogólnikowa, iż na ocenę zasadności stanowiska wykonawcy nie pozwala, winna prowadzić do uznania, iż zastrzeżenie informacji było nieskuteczne. Odwołujący wskazał, że Wykonawca ZABERD zgodnie z oświadczeniem zawartym na stronie opatrzonej odręcznym numerem 8 (oraz opatrzonej komputerowym nadrukiem w stopce dokumentu o treści „4”) - na stronie tytułowej formularza 2.2. (faktycznie jest to dziesiąta w kolejności strona oferty ZABERD) zastrzegł Koncepcję Działań jako informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie dołączył jednak żadnego

które dokument ten tajemnicę uzasadnienia, wykazywałoby, że przedsiębiorstwa rzeczywiście zawiera.

Również do oferty złożonej przez Wykonawcę PBD Kalisz nie zostało dołączone „wykazanie” tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczące zastrzeżonego opracowania „Koncepcja Działań”. Okoliczność ta zdaniem Odwołującego, winna prowadzić do uznania przez Zamawiającego zastrzeżenia ww. dokumentów za nieskuteczne oraz do ujawnienia ich wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia.

17

W tych okolicznościach, zdaniem Odwołującego zasadne jest nakazanie Zamawiającemu odtajnienia opracowań „konceptcja działań” złożonych przez wykonawców ZABERD oraz PBD KALISZ.

W dniu 12 stycznia 2016 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie mu protokołu Postępowania wraz z załącznikami, tj.: wszystkich złożonych ofert wraz z załącznikami w pełnym zakresie, korespondencji pomiędzy Zamawiającym i oferentami w pełnym zakresie, całej dokumentacji potwierdzającej pracę komisji przetargowej przy badaniu i ocenie ofert. 18 stycznia 2016 r. stycznia Zamawiający przekazał wykonawcom (w tym Odwołującemu) kopię protokołu oraz Zestawienia.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie przekazał pozostałych spośród wnioskowanych dokumentów, tj. kopii wszystkich ofert oraz dokumentacji z przebiegu korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami.

W dniu 20 stycznia 2016 r. (tj. zaledwie na dwa dni przed upływem terminu na wniesienie odwołania) Zamawiający poinformował Odwołującego (oraz pozostałych wykonawców) drogą elektroniczną, iż siedmiu wykonawców było wzywanych do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zaś wszystkie wyjaśnienia zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Powyższe jednak nie wyczerpało wniosku Odwołującego o udostępnienie dokumentacji.

Wobec powyższego, w dniu wniesienia odwołania, Odwołujący nie miał możliwości stwierdzenia, czy Zamawiający przeprowadził postępowanie prawidłowo. Nie miał wiedzy, czy i w jakim zakresie była przez Zamawiającego wyjaśniana treść ofert konkurentów, czy konkurenci Odwołującego uzupełniali jakiegokolwiek dokumenty podmiotowe ani też czy prawidłowo przedłużyli terminy związania swymi ofertami oraz czy przedłużyli ważność wniesionych wadium albo wnieśli nowe wadia, zgodne z treścią SIWZ.

Zdaniem Odwołującego, działanie Zamawiającego pozbawiło go możliwości ewentualnego sformułowania zarzutów w tym zakresie. Działanie takie naruszyło zatem treść przepisów art. 8 ust. 1 oraz art. 93 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP oraz § 5 ust. 1 i 5 Rozporządzenia w sprawie Protokołu.

Zgodnie z pkt 8.1.1. SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawcy, w przypadku polegania na zasobach innych podmiotów, jeśli te podmioty miałyby brać udział w wykonywaniu zamówienia, wykazali brak podstaw do wykluczenia z postępowania również wobec tych podmiotów.

Jednocześnie 9.3. SIWZ Zamawiający określił, że w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia należało złożyć - pod rygorem wykluczenia - dokumenty wymienione w pkt 9.3.1. - 9.3.6. SIWZ, tj.: oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, odpis z właściwego

18

rejestr lub z ewidencji działalności gospodarczej, zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego, zaświadczenie Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, informacje z Krajowego Rejestru Karnego.

Wykonawca Rotomat w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia powołał się na doświadczenie innego podmiotu - Pana J. G. prowadzącego działalność pod firmą „ZAKŁAD DROGOWY J. G.” z siedzibą w Bielsku. Do swojej oferty załączył oświadczenie ww. osoby o braku podstaw do wykluczenia go z Postępowania w okolicznościach określonych w art. 24 ust. 1 ustawy PZP.

Jednocześnie nie dołączył pozostałych wymaganych przez Zamawiającego dokumentów, tj. dokumentów wymienionych w pkt 9.3.2. - 9.3.6 SIWZ.

Odwołujący wskazał, że wobec zaniechania udostępnienia przez Zamawiającego pełnej dokumentacji postępowania - nie ma wiadomości, czy ww. dokumenty zostały przez Rotomat uzupełnione.

Zakładając, iż tak się nie stało, konieczne jest zatem nakazanie Zamawiającemu wezwania Rotomat do uzupełnienia wszystkich ww. dokumentów.

Zgodnie z postanowieniem pkt 9.2. SIWZ Zamawiający wymagał, aby w przypadku polegania na potencjale innych podmiotów, wykonawcy przedstawili dokument potwierdzający dysponowanie tym potencjałem (np. pisemne zobowiązanie) oraz dokumenty dotyczące: Wykonawcy zasobów podmiotu; sposobu zakresu dostępnych innego wykorzystania zasobów innego podmiotu przez Wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem, zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Wykonawca MALDROBUD wykazując spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania potencjałem technicznym, powołał się na zasoby HUCZ sp. z

o.o. sp.k. z siedzibą w Boronowie, Ozamet sp. z o.o., K. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „KOLIBER”, J. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Projektowania i Usług Specjalistycznych mgr J. P. oraz J. G. prowadzącego działalność pod firmą „ZAKŁAD DROGOWY J. G.” z siedzibą w Bielsku. Do swojej oferty załączył zobowiązania ww. podmiotów (wszystkie według jednego wzoru). Odwołujący wskazał, że w treści tych zobowiązań nie zostało wskazane, czy będą one uczestniczyły w wykonywaniu zamówienia.

W ocenie Odwołującego okoliczność ta winna zostać wyjaśniona - w szczególności biorąc pod uwagę fakt, iż w przypadku ich udziału w wykonywaniu zamówienia niezbędne będzie przedłożenie przez MALDROBUD dokumenty potwierdzające brak podstaw do ich wykluczenia z postępowania (zgodnie z postanowieniem pkt 8.1.1. SIWZ).

19

Zdaniem Odwołującego, z treści oferty Wykonawcy Rotomat nie wynika, aby została ona złożona w imieniu dwóch podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Rotomat sp. z o.o. we Wrocławiu oraz Elektrotim S.A. z siedzibą we Wrocławiu.

Do oferty zostały załączone: pełnomocnictwo z 11 września 2015 r. dla Rotomat sp. z o.o. do reprezentowania konsorcjum w postępowaniu oraz pełnomocnictwo z 15 września 2014 r. dla Pana P. W. oraz dla Pani B. Ł. do składania oświadczeń woli i reprezentowania firmy Rotomat sp. z o.o. w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego, ze wskazanych dokumentów wynika, że Pan P. W. w dacie składania oferty był umocowany do reprezentowania tylko jednego z członków konsorcjum Rotomat, tj. Rotomat z o.o. Treść wspomnianego pełnomocnictwa z dnia 11 września 2015 r. wskazuje, że umocowanie obejmuje prawo „do reprezentowania spółki Rotomat sp. z o.o. w postępowaniu”. W treści pełnomocnictwa nie ma żadnej wzmianki pozwalającej zidentyfikować jakiegokolwiek inny podmiot, w którego imieniu dodatkowo (obok umocowania ze strony Rotomat) miałyby zostać udzielone pełnomocnictwo dla Pana P. W.. W szczególności w żadnym jego fragmencie nie pada oznaczenie spółki Elektrotim S.A. z siedzibą we Wrocławiu. Powyższe, zdaniem Odwołującego oznacza, że załączone do oferty Rotomat pełnomocnictwo dla Pana P. W. nie upoważniało go do podejmowania jakichkolwiek czynności prawnych w imieniu drugiego z konsorcjantów, tj. Elektrotim S.A. Tym samym Pan P. W. złożył (podpisał ofertę w imieniu konsorcjum Rotomat nie będąc jednak w dacie jej złożenia należycie umocowanym do reprezentowania tego konsorcjum.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy PZP, obowiązkiem Zamawiającego jest wezwanie wykonawcy do uzupełnienia pełnomocnictwa w wyznaczonym terminie wyłącznie w takiej sytuacji, gdy do oferty pełnomocnictwo nie zostało załączone lub załączono pełnomocnictwo wadliwe. Odwołujący dodatkowo argumentował, że na mocy powołanego przepisu należy odróżnić sytuację, w której pełnomocnictwo nie zostało załączone do oferty lub załączono pełnomocnictwo wadliwe (nieskuteczne, niepełne, niepoprawne formalnie), od sytuacji w której przedłożone pełnomocnictwo jest skuteczne, lecz umocowania pełnomocnika do złożenia oferty nie potwierdza. Ta druga sytuacja nie jest przewidziana jako podstawa uzupełnienia przewidziana przepisem art. 26 ust. 3 ustawy PZP.

Zdaniem Odwołującego, w stanie faktycznym niniejszej sprawy hipoteza normy art. 26 ust. 3 ustawy PZP spełniona nie została. Do oferty Rotomat załączone zostało pełnomocnictwo do złożenia oferty. Nie ma zatem podstaw aby w tym przypadku wywodzić, iż wymagane pełnomocnictwo złożone nie zostało. Konsekwencją braku umocowania osoby, której podpis widnieje pod ofertą, jest bezwzględna nieważność złożonej oferty. Wobec braku odrębnego uregulowania ww. kwestii w ustawie PZP, zastosowanie w tym przypadku znajdują przepisy

20

k.c. - a to na zasadzie odesłania, które ustawodawca przewidział w art. 14 ustawy PZP. Taka oferta winna być zatem odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, jako nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i

dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 92 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Stosownie do tego artykułu, Zamawiający przekazuje wykonawcom informacje dotyczące złożonych ofert i przyznaną im punktację w każdym kryterium oceny ofert. W niniejszym postępowaniu Zamawiający rzeczywiście przekazał wykonawcom wszystkie informacje, o jakich mowa w ww. artykule, w tym także przyznaną punktację. Jednakże Zamawiający nie przedstawił Wykonawcom żadnego uzasadnienia przyznanej ofertom punktacji w ramach kryterium „jakość”. Należy zauważyć, że przekazanie informacji w postaci samego tabelarycznego zestawienia cyfr, nie jest w tym przypadku żadną informacją. Nie pozwala bowiem na stwierdzenie, dlaczego jedne oferty zostały ocenione wyżej niż inne. Nie zapewnia możliwości weryfikacji decyzji Zamawiającego. Tym samym, przekazanego jedynie tabelarycznego zestawienia punktacji nie można uznać za przekazanie pełnej informacji o wyborze (o której mowa w art. 92 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych). Tabele zawierające wyłącznie przyznaną punktację w żaden sposób nie wyjaśniają, dlaczego przyznano 3.8 pkt, a nie np. 4 punkty. Nie wskazano zatem elementów, które wpłynęły na obniżenie przyznanej punktacji.

W odpowiedzi na pytanie nr 29 do SIWZ (z dnia 04 września 2015 roku) Zamawiający wyjaśnił, że każdy z członków komisji dokonujących oceny, sporządzi jej pisemne uzasadnienie, z którym wykonawca będzie mógł się zapoznać, po wyborze oferty najkorzystniejszej. Tym samym, Zamawiający już na etapie SIWZ zobowiązał się do pisemnego uzasadnienia dokonanej oceny. Wykonawcy powinni mieć zatem możliwość zapoznania się z nią w chwili dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający jest

21

związany postanowieniami SIWZ oraz udzielonymi odpowiedziami. Tym samym, przekazując informację o wynikach postępowania, winien udostępnić Wykonawcom pisemne uzasadnienie oceny ofert. W konsekwencji, w treści sentencji wyroku Izba nakazała Zamawiającemu ponowne badanie i ocenę ofert oraz przekazanie wykonawcom uzasadnienia dokonanej oceny.

Istotny jest fakt, że Zamawiający winien przedstawić informację uzasadniającą dokonaną ocenę ofert w informacji o wynikach postępowania. Konieczne jest bowiem zapewnienie wykonawcy czasu (10 dni) na dokonanie stosownych analiz, podjęcie decyzji o ewentualnym wniesieniu odwołania, przygotowania odpowiedniej argumentacji. Zamawiający, przekazując informację z opóźnieniem, winien liczyć się z sytuacją, że przedłużony zostanie także termin dla wykonawców na wniesienie odwołania.

Wykonawcy z chwilą otrzymania decyzji o wynikach postępowania winni otrzymać jasną i przejrzystą informację co do oceny ich oferty. Decyzja Zamawiającego powinna jasno wskazywać, dlaczego jedna oferta została oceniona wyżej niż inne. Kryterium „jakość” nie może być ocenione dowolnie. Zamawiający w treści odpowiedzi na pytanie nr 26 wskazał, że: „Istota indywidualnej oceny poszczególnych członków Komisji Przetargowej ma z założenia charakter oceny subiektywnej, co nie oznacza jednak oceny dowolnej.

Indywidualna ocena pozycji wykonawcy przez poszczególnych członków komisji nie może sprowadzać się do prostego zestawienia działań proponowanych przez wykonawcę z działaniami wymaganymi, pożądanymi (których domaga się wykonawca) przez Zamawiającego na zasadzie „działanie ujęte/działanie nieujęte w koncepcji.” Z treści odpowiedzi na ww. pytanie wynika zatem, że również Zamawiający uznał, że ocena w tym kryterium nie może być dowolna. Zamawiający zobowiązał się do oceny i porównania ofert. Zatem wyniki w zakresie porównania ofert powinny zostać przedstawione wykonawcom. Wynikiem porównania jest ocena, która oferta zawiera lepsze rozwiązania, umożliwia np. szybsze czy bezproblemowe działanie wykonawcy w określonych sytuacjach. Wszystkie te informacje winny zostać wyszczególnione przez Zamawiającego. Wskazywany przez Zamawiającego argument, że Wykonawcy nie podnosili zarzutów względem SIWZ, jest nietrafny. Żaden bowiem protest Wykonawcy względem SIWZ, czy też jego brak, nie zwalnia

Zamawiającego z przekazania jasnej, czytelnej i obiektywnej informacji o dokonanej ocenie oferty. Jest to obowiązek Zamawiającego niezależny od działań podejmowanych przez wykonawców. Subiektywny element oceny mógłby wystąpić przy kryterium estetyka (i również wtedy należałoby, zdaniem Izby, ustanowić podkryteria oceny), nie zaś przy kryterium „jakość”, gdzie Zamawiający zobowiązał się do porównania ofert, w których znajdują się różne rozwiązania, a zatem istnieje możliwość obiektywnego przedstawienia różnic między nimi oraz wykazania, dlaczego jedno z rozwiązań uznane zostało przez Zamawiającego za lepsze od pozostałych. Tym samym, w ocenie Izby, Zamawiający

22

powinien w sposób jasny i wyczerpujący podać wykonawcom faktyczną podstawę dokonanego wyboru oraz ocen poszczególnych ofert. Co więcej, w cytowanej odpowiedzi na pytanie nr 26 Zamawiający zobowiązał się do indywidualnej oceny każdej z ofert, nie zaś dokonanie wskazania istniejących w OPZ działań. Oznacza to, że przedstawiona ocena winna wskazywać na szczególne elementy. Zamawiający nie potrafił także w trakcie rozprawy wskazać, jakie szczególne elementy oferty Wykonawcy wybranego zdecydowały o przyznaniu tej ofercie największej ilości punktów.

W ocenie Izby nie jest także trafny argument Zamawiającego, że skoro koncepcje wykonawców zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, to nie jest możliwe wskazanie przez Zamawiającego podstaw podjętych decyzji (bowiem prowadziłyby to do ujawnienia informacji objętych tajemnicą). W ocenie Izby taki argument nie był podstawą dla braku wskazania uzasadnienia podjętej decyzji w chwili dokonywania oceny ofert wykonawców. Zamawiający nie wahał się przed ujawnieniem szczegółów koncepcji w zestawieniach, które udostępnił wykonawcom, jak np.: „remont do 6 dni, objazdy 5x na dobę, zabezpieczony odpowiedni sprzęt” itp. Zatem objęcie koncepcji tajemnicą przedsiębiorstwa nie stanowiło dotychczas dla Zamawiającego żadnej przeszkody dla oceny oferty. Zamawiający przyznał w trakcie rozprawy, że nie sporządził żadnego innego dokumentu (choćbyby podlegającego utajnieniu), nie istnieje zatem nawet notatka Zamawiającego zawierająca dodatkową ocenę ofert w zakresie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa. W ocenie Izby, Zamawiający nie dokonał żadnej dodatkowej oceny. Argument zatem o braku możliwości wskazania przez Zamawiającego podstaw podjętych decyzji z uwagi na możliwość ujawnienia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa jest jedynie argumentem przedstawionym na potrzeby postępowania odwoławczego, nie znalazł pokrycia w rzeczywistości.

Nadto Zamawiający ani w treści odpowiedzi na odwołanie ani w trakcie rozprawy nie wyjaśnił, dlaczego pomimo identycznych uwag przy ocenie ofert wykonawców, przyznano różną punktację. Odwołujący wskazał przykładowo pozycję nr 8, dla której Zamawiający nie dokonał żadnej oceny działań: Wskazał jedynie: „kontrola wizualna, naprawy na bieżąco, w przypadku stwierdzenia uszkodzenia, będą utrzymywane w czystości” oraz przyznał 1,2 pkt na 1,5 pkt możliwych do uzyskania. Zamawiający także w trakcie rozprawy nie wyjaśnił powodów takiej oceny. Z tego względu Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie powtórnego badania i oceny ofert. W ocenie Izby Zamawiający winien zarówno uzasadnić, dlaczego danej ofercie przyznano określoną ilość punktów, a także jakie okoliczności w ocenie Zamawiającego uzasadniają przyznanie ofercie wyższej/nizszej ilości punktów. Ponownie należy podkreślić, że ocena w kryterium „jakość” nie może być oceną dowolną.

23

Zamawiający w punkcie 17.1.2 SIWZ przedstawił elementy, które miały podlegać ocenie. W przekazanych wykonawcom zestawieniach, Zamawiający nie wykazał, w jaki sposób ocenił te elementy, jak również nie wykazał, czy ocenił je wszystkie.

Stosownie do odpowiedzi na pytanie nr 27 do treści SIWZ Zamawiający przy dokonywaniu oceny ofert w kryterium „jakość” zobowiązał się do oceny programów 1,2,3 pod względem skuteczności (w oparciu o wyszczególnione w SIWZ elementy, takie jak organizacja pracy utrzymaniowej, sprzęt, jego parametry, ryzyka braku dotrzymania standardu), następnie Zamawiający miał określić poziomy skuteczności działań zaproponowanych przez poszczególnych wykonawców, a w dalszej kolejności dokonać porównania ustalonych poziomów i na podstawie takiego porównania przyznać punktację ofertom. W uzasadnieniu decyzji Zamawiającego próżno szukać odzwierciedlenia działań, do których zobowiązał się w

odpowiedzi na to pytanie SIWZ. Przekazana dokumentacja nie zawiera żadnych śladów, aby taka procedura została przeprowadzona. Elementy stanowiące podstawę oceny ofert w ogóle nie zostały wymienione, omówione, ani uzasadnione, Tak w dokumentacji Zamawiającego, jak i w postępowaniu odwoławczym. Tym samym, Zamawiający przy dokonywaniu powtórnej czynności badania i oceny ofert, winien określić poziomy skuteczności działań zaproponowanych przez poszczególnych wykonawców, porównać je i na tej podstawie przyznać punktację. Zamawiający winien także wykazać ocenę elementów, o których mowa w punkcie 17.1.2 SIWZ. Następnie, Zamawiający (na podstawie odpowiedzi na pytanie nr 29 do SIWZ) winien przekazać wykonawcom pisemną decyzję uzasadniającą wybór oferty i oceny poszczególnych ofert. Uzasadnienie, jak wskazano powyżej, winno zawierać wskazanie podstaw przyznania poszczególniej ilości punktów, jak również wyjaśniać, dlaczego poszczególnym ofertom przyznano większą ilość punktów. Stosownie do treści SIWZ (str. 22): „Koncepcja działań oceniana jest indywidualnie przez każdego z Członków Komisji Przetargowej, według powyższych opisów ocen zgodnie z określoną punktacją. Dla każdego z ocenianych Programów 1,2 i 3 wyciągana jest średnia z ocen.” Zamawiający nie wskazał w trakcie rozprawy, aby dokonał czynności, do których zobowiązał się w SIWZ. Dokonując zatem ponownej czynności oceny ofert, Zamawiający jest zobowiązany do wzięcia pod uwagę również tego postanowienia SIWZ.

Izba nakazała także Zamawiającemu dokonanie weryfikacji oceny ofert w zakresie przyznanej punktacji przez członków komisji przetargowej, tj. przyznanie punktów w ramach programów 2 i 3 zgodnie ze skalą określoną w pkt 17.1.2 pkt I.2 i I.3 SIWZ. Zgodnie z punktem 17.1.2. SIWZ w ramach podkryterium 2 oceniany miał być Program działań nr 2 pod względem skuteczności zaproponowanych przez Wykonawcę działań zapobiegających kradzieży i dewastacji mienia oraz pozwalających na efektywną identyfikację zagrożeń na drodze (jak najszybszą) mających wpływ na przejezdność drogi

24

np. kolizja, wypadek, przejazd lub postój pojazdu stwarzającego zagrożenie dla innych użytkowników (np. przejazd jezdnią w kierunku niezgodnym z organizacją ruchu), pojawienie się na jezdni przedmiotów stwarzających zagrożenie - żywych i martwych zwierząt, uszkodzonych elementów drogi, ubytków w ogrodzeniu, katastrofy budowlanej nadzwyczajnych zjawisk meteorologicznych. W tym zakresie miały być brane pod uwagę środki stosowane przez wykonawcę. Na str. 21 SIWZ Zamawiający szczegółowo opisał zasady przyznawania poszczególnym ofertom punktacji, wskazując, iż: „Koncepcja” przedstawiająca najlepszy program działań, który (...) otrzyma 10 pkt. Jeśli więcej niż jedna „Koncepcja” oceniona zostanie na porównywalnym co do efektywności najlepszym poziomie, wszystkie one otrzymają taką samą liczbę odpowiednio 10 pkt. Kolejna oferta, której „Koncepcja” oceniana jest na niższym od najwyższej ocenionej (ocenionych) „Koncepcji” poziomie efektywności monitoringu drogi otrzyma 5 pkt. Jeśli więcej niż jedna „Koncepcja” oceniona została na porównywalnym co do efektywności poziomie, wszystkie one otrzymują odpowiednio taką samą liczbę 5 pkt. Kolejna oferta, której „Koncepcja” oceniana jest na niższym poziomie efektywności monitoringu drogi otrzyma 2,5 pkt. Jeśli więcej niż jedna „Koncepcja” oceniona została na porównywalnym co do efektywności poziomie, wszystkie one otrzymują odpowiednio taką samą liczbę 2,5 pkt. Ilość punktów przyznawanych każdej kolejnej ofercie odpowiednio będzie pomniejszana o połowę w stosunku do wyżej ocenianej oferty”.

Z powyższych zapisów jednoznacznie wynika, że przy ocenianiu koncepcji w ramach podkryterium 2 (Program nr 2) każdej z ofert mogła zostać przyznana wyłącznie następująca liczba punktów: 10 pkt, 5 pkt, 2,5 pkt, 1,25 pkt, 0,63 pkt, 0,31 pkt itd. Przyznawanie wykonawcom innej punktacji nie zostało w SIWZ przewidziane.

Tymczasem Zamawiający przyznał liczbę punktów, niezgodnie z ww. zasadami. Przyznawano bowiem 7 pkt, 8 pkt, 9 pkt. Powyższe świadczy o nieprawidłowym zastosowaniu reguł oceniania opisanych w SIWZ.

Zamawiający również w trakcie rozprawy przyznał, że przydzielone poszczególnym ofertom punkty nie odpowiadają wprost zasadom określonym w SIWZ. Zamawiający uznał, że koncepcje były podobne, na wysokim poziomie, zatem krzywdzącym byłoby przyznanie 0 punktów koncepcji, która jedynie nieznacznie odbiega od norm. W ocenie Izby oznacza to, że Zamawiający dokonał oceny ofert niezgodnie z regułami określonymi w SIWZ, a tym samym winien powtórzyć czynność oceny ofert. Izba zauważa także, że nietrafny jest

argument Zamawiającego, zgodnie z którym brak jest potrzeby zmiany dokonania ponownej oceny ofert, w tym zmiany przyznanej punktacji z zastosowaniem sposobu przyznawania punktów zgodnie z systemem przewidzianym w SIWZ, bowiem nie spowodowałyby zmiany w rankingu wykonawców, a tym samym pozostawałyby bez wpływu na wynik postępowania. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Zamawiający jest związany postanowieniami

25

SIWZ i jest zobowiązany do dokonywania przyznawania punktacji zgodnie z regułami w niej przewidzianymi. Zatem bezwzględnie Zamawiający jest zobowiązany do powtórzenia czynności w tym zakresie. Nadto, informacja o przyznanej punktacji (przeprowadzonej zgodnie z zasadami przewidzianymi w SIWZ) winna być sporządzona i przekazana wszystkim wykonawcom, po zbadaniu wszystkich ofert. Nie jest czynnością prawidłową przekazywanie jedynie „symulacji” i to wyłącznie w postępowaniu odwoławczym. Dodatkowo należy mieć na uwadze, że nie jest obecnie znany wynik postępowania, może ulec on zmianie na skutek ponownego badania i oceny ofert. Wykluczenie chociażby jednego z wykonawców lub odrzucenie oferty może wpłynąć na zmianę rankingu. Wyżej wymienione uwagi odnoszą się odpowiednio do oceny programu działań nr 3. W konsekwencji, Izba w sentencji niniejszego wyroku nakazała Zamawiającemu dokonanie weryfikacji oceny ofert w zakresie przyznanej punktacji przez członków komisji przetargowej, tj. przyznanie punktów w ramach programów 2 i 3 zgodnie ze skalą określoną w pkt 17.1.2 ppkt I.2 i I.3 SIWZ.

Odwołujący na pytanie Izby wyjaśnił, że zarzut dotyczący merytorycznej poprawności oceny dokonanej przez Zamawiającego w zakresie skuteczności Programów nr 1, 2 i 3 zaofiarowanych przez wszystkich wykonawców podniósł na wypadek, gdyby Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego niewłaściwego przyznania punktów (o których mowa powyżej). Izba uwzględniła powyższe zarzuty i nakazała powtórne badanie i ocenę ofert, a także wskazanie Zamawiającemu podstaw podjętej decyzji, w tym uzasadnienie przyznanej punktacji. Zatem zarzut niewłaściwej oceny ofert jest zarzutem przedwczesnym. Izba w konsekwencji oddaliła wnioski o powołanie dowodu z opinii biegłego na okoliczność merytorycznego badania ofert. Podkreślić należy także, że ocena merytoryczna ofert należy do komisji przetargowej.

Stosownie do art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zasada jawności dotyczy w szczególności ofert składanych w postępowaniu. Ich jawność może zostać ograniczona tylko w przypadkach wyraźnie wskazanych w ustawie. W niniejszym postępowaniu wykonawcy zastrzegli tajemnicę przedsiębiorstwa w stosunku do części oferty stanowiącej opracowanie, tzw. koncepcję. W ocenie Izby, przedstawione przez Wykonawcę ZABERD S.A. oraz Wykonawcę

S.A. Kalisz tajemnicy Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego

zastrzeżenie

przedsiębiorstwa jest bezpodstawne.

Zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa w odniesieniu do koncepcji, Wykonawca ZABERD S.A. przedstawił jedynie ogólne twierdzenie: „Zastrzegam, że dokument ten i treści w nim zawarte stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu

26

nieuczciwej konkurencji. Określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie warunki: ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, nie została ujawniona do wiadomości publicznej podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

W niniejszym przypadku ogólne stwierdzenie wykonawcy, że informacje zawarte w opracowaniu stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa jest niewystarczające do uznania, że skutecznie dokonano zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Jak trafnie określiła tego rodzaju wyjaśnienia Izba w wyroku o sygn. akt 1957/15 i 1962/15: „Ich ogólnikowy charakter jest tego rodzaju, że daje podstawy do stwierdzenia, że ich wartość merytoryczna jest żadna, a ich formalne, „fizyczne” przedstawienie z ofertą nie zmienia faktu, że ich, w ocenie Izby, *de facto* „nie ma”. W ocenie Izby, taką samą ocenę należy przypisać uzasadnieniu zastrzeżenia

tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Wykonawcy ZABERD S.A.

Co więcej, Wykonawca ten nie wykazał, aby podjął jakiegokolwiek kroki lub niezbędne działania, zmierzające do zachowania poufności. A wykazanie takich działań jest jednym z warunków, które należy spełnić, aby można było uznać daną informację za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wynika to wprost z definicji ustawowej tajemnicy przedsiębiorstwa. Podkreślić należy, że informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa mają szczególne znaczenie, zatem podejmowane są w stosunku do nich określone działania, mające zapobiec ich nieuprawnionemu ujawnieniu. Nie można uznać za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa informacje, co do których wykonawca jedynie oświadczył, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie podejmując działań, mających na celu ochronę tych informacji - co ma miejsce w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający w trakcie rozprawy wyjaśnił na pytanie Izby, że poddając ocenie zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, badał nie tylko wyjaśnienia wykonawcy w tym zakresie, ale także treść koncepcji i na podstawie treści koncepcji doszedł do wniosku, że informacje tam zawarte stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z czynności tej nie został jednak sporządzony protokół, co jednoznacznie potwierdza, że Zamawiający stworzył argumentację na potrzeby postępowania odwoławczego, która nie znalazła potwierdzenia w rzeczywistości. Według oświadczenia Zamawiającego, badanie to zostało przeprowadzone w okresie po otwarciu ofert. Z powyższych stwierdzeń wynika, że Zamawiający sam dokonał na podstawie własnych osądów i ustaleń stwierdzenia, że w treści oferty zostały zawarte informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy podkreślić, że w świetle art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, to na wykonawcy składającym ofertę spoczywa ciężar wykazania, że informacje zostały prawidłowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. W tym zakresie sam wykonawca przedstawia wyjaśnienia i dowody. Tym samym Zamawiający nie może zamiast wykonawcy dokonywać zastrzeżenia, że treść oferty

27

stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie tylko nie ma wiedzy w zakresie chociażby podejmowanych przez wykonawcę działań, ale należy podkreślić, że jest to informacja i działania które wykazać może wyłącznie wykonawca. Zamawiający nie może podejmować działań lub dokonywać ustaleń za wykonawcę w tym zakresie.

Podobne uwagi należy odnieść do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. Kalisz. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa także w przypadku tego wykonawcy jest ogólne i gołosłowne, a tym samym niewystarczające, aby uznać dokonanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skutecznie dokonane. Stwierdzenie, że informacje znajdujące się w koncepcji działań stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ opracowanie autorskie zostało stworzone przez pracowników wykonawcy, nie uzasadnia skuteczności zastrzeżenia. Należy podkreślić, że wykonawca błędnie utożsamia pracę swoich pracowników z tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie każde opracowanie na rzecz pracodawcy stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie przedstawił żadnego dowodu, ani nawet nie wskazał, jakie podjął kroki w celu zapewnienia ochrony informacji zawartych w koncepcji działań przed ich ujawnieniem, nie wskazał nawet wartości tych informacji. Ogólne stwierdzenie wykonawcy, że opracowanie stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa oraz że przedsięwziął kroki mające na celu zachowanie poufności tych informacji wobec pracowników wykonawcy mających dostęp do tej informacji, jest jedynie pustym, nieudowodnionym twierdzeniem. Skoro bowiem wykonawca zamierzał zastrzec informacje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, to z całą pewnością poczynił staranie ku temu, aby nikt nie poznał treści tych informacji. Jeśli zaś poczynił takie staranie, to powinien być w stanie wykazać, udowodnić swoje działania. Nadto doskonale winien znać charakter i wartość takiej informacji oraz ją przedstawić. W niniejszej sprawie żadna z tych okoliczności nie została przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. Kalisz wykazana.

Tym samym Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych za uzasadniony.

Należy także zauważyć, że zasada jawności dotyczy także protokołu postępowania, jak również załączników do tego protokołu. Stosownie do art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, protokół wraz z załącznikami jest jawny. Art. 96 ust. 2 ustawy Prawo zamówień

publicznych określa, co należy zaliczyć do załączników do protokołu. Są to także dokumenty i informacje, składane przez Zamawiającego i wykonawców. Oznacza to, że wszelka korespondencja Zamawiającego z wykonawcami (jak np. wyjaśnienie treści oferty,

28

zaoferowanej ceny czy też poprawienie omyłek w ofertach) jest jawna. Zatem, na wniosek wykonawcy Zamawiający winien udostępnić dokumentację w tym zakresie.

W świetle powyższego, Izba nakazała Zamawiającemu (w sentencji wyroku) udostępnienie załączników do protokołu postępowania (tj. dokumentów w postaci oświadczeń i korespondencji Zamawiającego i Wykonawców, dokumentacji pracy komisji).

W punkcie 8 SIWZ, Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków.

Zgodnie z punktem 8.1.1 SIWZ, jeżeli Wykonawca, wykazując spełnienie warunków udziału, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, a podmioty te będą brały udział w realizacji zamówienia, musi również wykazać brak podstaw do wykluczenia z postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w stosunku do tych podmiotów. W punkcie 9.3 (od 9.3.1 do 9.3.6) SIWZ, Zamawiający określił, jakie dokumenty należy złożyć w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia (w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych). W punkcie 9.3.1 SIWZ wskazano konieczność złożenia oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W kolejnych punktach wskazano konieczność złożenia innych dokumentów, m.in. takich jak: odpis z właściwego rejestru, aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego.

W ocenie Izby, Zamawiający wyraźnie wskazał w treści SIWZ, że wykonawca biorący udział w realizacji zamówienia (udostępniający zasoby na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych), jest zobowiązany do wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania. W treści SIWZ wskazano także sposób oceny braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Ocena ta będzie odbywała się na podstawie analizy dokumentów wskazanych w całym pkt. 9.3 SIWZ. W treści odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, że: „W ofercie firmy Rotomat na stronie 19 zostało załączone oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia w okolicznościach o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp – w odniesieniu do podmiotów na zasobach których Wykonawca polega wskazując spełnienie warunków o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a które to podmioty będą brały udział w realizacji zamówienia złożone przez Pana J. G.. Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający uznaje, że firma Zakład Drogowy J. G. wykazał brak podstaw do wykluczenia z postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp w stosunku do tych podmiotów.” Stanowisko Zamawiającego jest nieuprawnione. Zamawiający przewidział

29

bowiem sposób postępowania w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia. W tym celu należało złożyć określone w SIWZ dokumenty. Zamawiający nie wykazał, aby SIWZ stanowiła, że w przypadku osób udostępniających potencjał wystarczyło złożenie oświadczenia. Do oferty Wykonawcy Rotomat zostało załączone zobowiązanie do udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia (Pana J. G.). Z treści zobowiązania wynika, że podmiot trzeci będzie występował w charakterze podwykonawcy. Oznacza to, że będzie brał udział w realizacji zamówienia. Skoro tak, to stosownie do punktu 8.1.1 i 9.3 SIWZ, Wykonawca Rotomat jest zobowiązany załączyć dokumenty wskazane w punkcie 9.3.1 – 9.3.6 SIWZ (dla Pana J. G.), celem wykazania braku podstaw do wykluczenia Wykonawcy z postępowania. Wobec powyższego, Izba nakazała w treści sentencji wezwanie Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Rotomat sp. z o.o. i Elektrotim S.A. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia tego Wykonawcy z postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, tj. dokumentów, o których mowa w punktach 9.3.1-9.3.6 SIWZ w stosunku do podmiotu udostępniającego potencjał w postaci wiedzy i doświadczenia

(Pana J. G.),

W ocenie Izby niezasadniony jest zarzut dotyczący zaniechania wezwania przez Zamawiającego wykonawcy „Maldrobud” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających zakres udziału podmiotów trzecich w wykonaniu zamówienia.

Stosownie do pkt. 9.2 SIWZ, w sytuacji, gdy Wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym oraz potencjale kadrowym i zdolnościach ekonomiczno – finansowych innych podmiotów, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, zobowiązany jest udowodnić, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz że stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia oraz dokumenty dotyczące: zakresu dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem, zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Wykonawca „Maldrobud” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. przedstawił pisemne zobowiązanie do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu

30

zamówienia (potencjał techniczny). W każdym z czterech zobowiązań wyszczególniono sprzęt oraz wskazano na sposób wykorzystania zasobów: posługiwanie się sprzętem przy realizacji zamówienia zgodnie z jego przeznaczeniem określonym w SIWZ. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wyjaśnił, że traktuje powyższe oświadczenie jako oświadczenie o użyczeniu potencjału technicznego podmiotu trzeciego Wykonawcy i nieuczestniczeniu w realizacji zamówienia. W ocenie Izby, przedstawione przez wykonawcę „Maldrobud” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. zobowiązania podmiotów trzecich jednoznacznie wskazują, że podmioty te mają udostępnić wykonawcy wyłącznie swój potencjał techniczny. Z treści tych zobowiązań nie wynika, aby podmioty trzecie zobowiązały się do udziału w realizacji zamówienia w jakiegokolwiek inny sposób. Stąd też w ocenie Izby ocena Zamawiającego jest prawidłowa. Nie jest zatem niezbędne prowadzenie dodatkowych wyjaśnień w tym zakresie.

Izba za niezasadny uznała również zarzut zaniechania przez Zamawiającego wezwania wykonawcy Rotomat do uzupełnienia pełnomocnictw udzielonych osobom, które w imieniu tego wykonawcy podpisały ofertę.

W treści oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ROTOMAT sp. z o.o. i ELEKTROTIM S.A. znalazło się pełnomocnictwo, które w dniu 11.09.2015 r. zostało udzielone ROTOMAT sp. z o.o. jako liderowi konsorcjum, przez ELEKTROTIM S.A. Pełnomocnictwo obejmowało prawo do dokonywania wszelkich czynności w niniejszym postępowaniu, w tym czynności dokładnie opisanych w treści pełnomocnictwa. Jednocześnie do oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ROTOMAT sp. z o.o. i ELEKTROTIM S.A. dołączone zostało pełnomocnictwo z dnia 15.09.2015 r., na mocy którego ROTOMAT sp. z o.o. (reprezentowana przez dwóch członków Zarządu) udzieliła Panu P. W. oraz Pani B. Ł – Szczęsnej, pełnomocnictwa do podpisania reprezentacji ROTOMAT sp. z o.o. w niniejszym postępowaniu w zakresie: podpisania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, podpisania oferty, podpisania i złożenia oferty w formie elektronicznej, potwierdzania za zgodność z oryginałem dokumentów oferty, stanowiących kserokopię oraz składania wszelkich wyjaśnień, oświadczeń i dokumentów Zamawiającemu. Każdy z pełnomocników uprawniony został do dokonywania czynności wymienionych w treści pełnomocnictwa jednoosobowo.

W ocenie Izby, do oferty wykonawcy Rotomat załączony został ciąg pełnomocnictw, pozwalających na uznanie, że podpisujący ofertę w imieniu wykonawcy Rotomat Pan P. W., uprawniony był do podpisania tej oferty. Nie ulega bowiem wątpliwości, że na mocy pełnomocnictwa z dnia 11.09.2015 r., ELEKTROTIM S.A. upoważniła ROTOMAT sp. z o.o. jako lidera konsorcjum do dokonywania wszelkich czynności wynikających z udziału w postępowaniu. Jednocześnie w treści tego pełnomocnictwa jednoznacznie zastrzeżono, że

ROTOMAT sp. z o.o. jako lider konsorcjum, uprawniony jest do reprezentacji konsorcjum przez osoby upoważnione do reprezentacji ROTOMAT sp. z o.o. lub przez osoby posiadające stosowne pełnomocnictwa, udzielone przez ROTOMAT sp. z o.o. W świetle powyższych okoliczności uznać należy, że czynności dokonywane przez Pana P. W. na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez ROTOMAT sp. z o.o., wywoływały skutek wobec całego konsorcjum. Tak więc podpisana przez Pana P. W. oferta, została skutecznie złożone przez całe konsorcjum. Pan P. W. działał bowiem na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez lidera konsorcjum, a z kolei z treści pełnomocnictwa, jakiego liderowi konsorcjum udzieliła ELEKTROTIM S.A. w dniu 11.09.2015 r. wynika, że lider uprawniony był działania w imieniu całego konsorcjum.

Stąd też powyższy zarzut Izba uznała za niezasadny.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący:

.....