

WYROK
z dnia 15 lipca 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 15 lipca 2016 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2016 roku przez wykonawcę Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Miejski Zarząd Dróg i Transportu w Częstochowie

przy udziale:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie (pełnomocnik) oraz MP-MOSTY Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,
- wykonawcy BUD-INVENT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *Świadczenie usług związanych z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu oraz nadzór i rozliczenie robót przy realizacji Projektu pod nazwą: Budowa przedłużenia Alei Bohaterów Monte Cassino do ul. Dźbowskiej oraz rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 908 (ul. Dźbowska, Powstańców Warszawy, Gościnną).*

Nakazuje Zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *Świadczenie usług związanych z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu oraz nadzór i rozliczenie robót przy realizacji Projektu pod nazwą: Budowa przedłużenia Alei Bohaterów Monte Cassino do ul. Dźbowskiej oraz rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 908 (ul. Dźbowska, Powstańców Warszawy, Gościnną)* unieważnienie czynności

1

odrzuć oferty wykonawcy Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu oraz nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu.
Nakazuje Zamawiającemu dokonanie badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Miejski Zarząd Dróg i Transportu w Częstochowie i:

- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: wykonawcę Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu tytułem wpisu od odwołania.
- 2.2 zasądza od Zamawiającego Miejski Zarząd Dróg i Transportu w Częstochowie kwotę **18 600 gr 00** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), w na rzecz wykonawcy Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Częstochowie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Zarząd Dróg i Transportu w Częstochowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie Świadczenie usług związanych z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu oraz nadzór i rozliczenie robót przy realizacji Projektu pod nazwą: Budowa przedłużenia Alei Bohaterów Monte Cassino do ul. Dźbowskiej oraz rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 908 (ul. Dźbowska, Powstańców Warszawy, Gościnna).

Ogłoszenie o zamówieniu w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 13 marca 2016 roku pod numerem 2016/S 051-085134.

Odwolujący w dniu 1 lipca 2016 roku, działając na podstawie art. 180 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami czynności Zamawiającego polegających na wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz uznaniu jego oferty za odrzuconą, a także braku dokonania należytego zbadania oraz oceny ofert złożonych przez ER Grupa Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (dalej jako: „ER Grupa”) oraz Zakład Produkcyjno - Usługowo - Handlowy PRIBEX z siedzibą w Częstochowie (dalej jako: „PRIBEX”) w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez wykluczenie Odwołującego z Postępowania oraz uznania jego oferty za odrzuconą, pomimo tego, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia;

2) art. 22 ust. 2 pkt 2 Pzp w zw. z § 1 ust. 2 pkt 3 oraz ust. 5 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. z 2013, poz. 231) przez uznanie, iż złożone przez Odwołującego oświadczenie własne nie stanowi wystarczającego dowodu potwierdzającego, że wskazane w pkt 2 Wykazu zrealizowanych usług zamówienie zostało zrealizowane należycie;

3

3) art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty ER Grupy z powodu zaofertowana ceny, która zawiera znamiona rażąco niskiej ceny;

4) art. 8 ust. 3 Pzp przez uznanie, iż wyjaśnienia złożone przez PRIBEX stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, pomimo tego, iż wykonawca nie uzasadnił w sposób dostateczny zasadności utajnienia wyjaśnień, co uniemożliwia innym uczestnikom weryfikację podejmowanych przez Zamawiającego w toku prowadzonego Postępowania czynności;

5) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwolujący wniósł o: dopuszczenie dowodów powołanych w treści odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej, w tym również unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz uznania jego oferty za odrzuconą; nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny oraz badania ofert złożonych w postępowaniu; nakazanie Zamawiającemu ponownego wykluczenia wykonawców ER Grupa i PRIBEX z Postępowania oraz uznania, że oferty tych wykonawców podlegają odrzuceniu; nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwolujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, a Odwołujący odniósłby korzyść w wyniku realizacji zamówienia. Szkodę w tym przypadku należy definiować jako brak możliwości zrealizowania przedmiotowego zamówienia, a tym samym brak możliwości osiągnięcia zysku. Powyższe

niezbicie dowodzi naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia i stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę do jego wniesienia. Zamawiający przesłał wykonawcom biorącym udział w przedmiotowym postępowaniu zawiadomienie w dniu 22 czerwca 2016 r. W związku z tym termin na wniesienie odwołania mija w dniu 02 lipca 2016 r. Z uwagi na okoliczność, iż ww. dzień przypada na sobotę, termin na wniesienie odwołania mija 01 lipca 2016 r. - Odwołujący dochował ciężącego na nim obowiązku wniesienia odwołania w terminie.

4

Odwołujący następująco uzasadniał:

I. Stan faktyczny

Zamawiający - Miejski Zarząd Dróg i Transportu w Częstochowie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na „Świadczenie usług związanych z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu oraz nadzór i rozliczenie robót przy realizacji Projektu pod nazwą: Budowa przedłużenia Alei Bohaterów Monte Cassino do ul. Dźbowskiej oraz rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 908 (ul. Dźbowska, Powstańców Warszawy, Gościnna)" (dalej jako: „Postępowanie").

Zgodnie z pkt 6.2. SIWZ:

*„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy wykonali w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwie usługi polegające na *pełnieniu funkcji* menadżera, inwestora zastępczego lub *inżyniera kontraktu* nad realizacją *robót budowlanych*, których przedmiotem była *budowa lub przebudowa drogi (min, klasy G) o długości minimum 2 km wraz z odwodnieniem i oświetleniem i przebudowa kolidującej infrastruktury o łącznej wartości robót budowlanych 40.000.000.00 zł brutto dla każdej z robót*. Dopuszcza się wykazanie doświadczenia w zakresie jak wyżej, zdobytym odrębnie w maksymalnie trzech zadaniach: osobno na budowę lub przebudowę drogi, osobno na odwodnienie drogi i osobno na oświetlenie drogi.*

Jako wykonanie należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia/Protokół odbioru robót."

Odwołujący w złożonej przez siebie ofercie w pkt 2 Wykazu zrealizowanych usług powołał się na doświadczenie zdobyte na rzecz Podkarpackiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie (dalej jako: „PZDW"). W Wykazie wskazano następujące informacje:

LP. Rodzaj usługi i jej Wartość Okres Odbiorca Uwag
charakterystyka zamówienia realizacji i
(proszę podać informacje realizowane (data
pozwalające na ocenę czy go przez rozpoczęcia
wszystkie elementy warunku Wykonawcę i
opisanego w ogłoszeniu o zakończeniu
zamówieniu są spełnione) a)

5

2. Trasy Rowerowe w Polsce 68,1 mln 01.10. Podkarpacki brak
Wschodniej – województwo 2014r. - Zarząd Dróg
podkarpackie w systemie 28.12.2015r Wojewódzkich
zaprojektuj i wybuduj (5 .
odcinków, obiekty inżynieryjne
nr 12, 88.1, 88.2, 90, 90.1, 91.1,
96)
Pełnienie funkcji Inżyniera
Kontraktu nad realizacją robót
budowlanych, których

przedmiotem była przebudowa dróg klasy G o długości powyżej 2 km wraz z odwodnieniem o oświetleniem i przebudową kolidującej infrastruktury o łącznej wartości robót budowlanych 68,1 mln zł.

Odwołujący nie załączył do oferty poświadczenia należytego wykonania ww. usługi, gdyż nie był w stanie jej pozyskać do upływu terminu składania ofert (Odwołujący wielokrotnie zwracał się z wnioskiem do PZDW o wystawienie poświadczenia, niemniej jednak z przyczyn całkowicie niezależnych od Odwołującego Zamawiający nie przychylił się do jego wniosku).

Zamawiający w dniu 02 czerwca 2016 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi wskazanej w pkt 2 Wykazu usług.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący w dniu 08 czerwca 2016 r. złożył wyjaśnienia oraz przedłożył oświadczenie własne, o tym, że przedmiotowa usługa została wykonana należyście, a nieprzedłożenie poświadczenia było wynikiem nieotrzymania od PZDW stosownej referencji.

W dniu 22 czerwca 2016 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz wykluczeniu Odwołującego z postępowania, a w konsekwencji uznania jego oferty za odrzuconą. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, że:

6

„Wykonawca wykluczony zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp - nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Nie spełniono warunku: Wykaz usług.

Uzasadnienie: Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień uzupełnień z dnia 2016-06-02 przedłożył własne oświadczenie, w którym oświadcza, że nie mógł uzyskać poświadczenia od Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie, Zamawiający zwrócił się do PZDW w Rzeszowie o udzielenie informacji, czy przedmiotowa usługa została wykonana przez firmę PROKOM należyście z punktu widzenia ustawy - pzp. W odpowiedzi uzyskaliśmy informację, iż usługa ta nie została zrealizowana. Z treści pisma wynika, że roboty dotyczyły adaptacji ciągów pieszych na pasy rowerowe bądź budowy pasów rowerowych, a nie drogi wraz z jezdniami dla ruchu samochodowego. Ponadto, nie ma informacji, że przebudowa drogi obejmowała odwodnienie i oświetlenie. Wobec powyższego zamawiający uznaje, że Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.”

Odwołujący całkowicie nie zgadza się z decyzją Zamawiającego wskazując, że stanowi ona naruszenie przepisów Pzp przywołanych na wstępie odwołania, co potwierdza poniżej poczyniona argumentacja.

II.

Ad. zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez wykluczenie Odwołującego z Postępowania oraz uznania jego oferty za odrzuconą, pomimo tego, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia oraz ad. zarzut naruszenia art. 22 ust. 2 pkt 2 Pzp w zw. z § 1 ust. 2 pkt 3 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. z 2013, poz. 231) przez uznanie, iż złożone przez Odwołującego oświadczenie własne nie stanowi wystarczającego dowodu potwierdzającego, że wskazane w pkt 2 Wykazu zrealizowanych usług zamówienie zostało zrealizowane należyście.

W ocenie Odwołującego Zamawiający wykluczając go z przedmiotowego Postępowania

naruszył ww. przepisy Pzp. Odwołujący wskazał, iż działanie Zamawiającego było spowodowane błędnym sformułowaniem pytania do PZDW, a następnie niewłaściwej interpretacji otrzymanej odpowiedzi.

7

Zamawiający w dniu 10 czerwca 2016 r. skierował pismo do PZDW, które brzmiało:
„W załączeniu przesyłamy kserokopie Wykazu usług złożonego przez Wykonawcę oraz oświadczenie firmy PROKOM. Prosimy o udzielenie informacji czy przedmiotowa usługa została wykonana przez ww. firmę należycie z punktu widzenia ustawy Prawo zamówień publicznych.”

(Dowód: pismo z dnia 10 czerwca 2016 r. skierowane do PZDW, nr MZDiT.ZP.3411-82/2016 - załącznik nr 1 do odwołania).

PZDW w dniu 15 czerwca 2016 r. udzielił odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego.
(Dowód: pismo z dnia 15 czerwca 2016 r. skierowane do Zamawiającego, nr PZDW-WZP-061/13/2016 - załącznik nr 2 do odwołania.)

Z dokumentu jasno i wyraźnie wynika, iż PZDW potwierdza, iż Odwołujący realizował przedmiotową usługę. W ocenie Odwołującego Zamawiający prawdopodobnie błędnie zinterpretował użyte przez PZDW zdanie w brzmieniu: „ze względu na niezakończenie kontraktu pn. „Trasy rowerowe - województwo podkarpackie w systemie „zaprojektuj i wybuduj” obiekt mostowy 88 2”, Zamawiający informuje, że na dzień 15.06.2016 r. w ramach umowy (...) nie została zrealizowana.”

Odnosząc się do powyższego po pierwsze zważyć należy, iż z nieznanymi dla Odwołującego przyczyn PZDW wskazał, iż przedmiotowa usługa nie została zrealizowana. Zważyć należy, iż zgodnie z pkt 6.2 SIWZ definiującego wykonanie usługi: *Jako wykonanie należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia/Protokół odbioru robót.* W tym miejscu Odwołujący pragnie wskazać, iż dla ww. obiektu mostowego 88.2 zostało wystawione Świadectwo Przejęcia
(Świadectwo Przejęcia Obiektu 88_2 z dnia 22 grudnia 2015 r - załącznik nr 5 do odwołania.).

W związku z tym nawet jeśli przedmiotowa umowa referencyjna nadal trwa - roboty są rozliczane oraz podlegają obsłudze gwarancyjnej - to w związku z zawarciem przez Zamawiającego postanowień SIWZ w brzmieniu wskazanym powyżej i faktem wydania Świadectwa Przejęcia dla Obiektu 88_32 należy uznać, że objęta nią usługa spełnia wymagania określone pkt. 6.2. SIWZ.

Po drugie, PZDW w żadnym miejscu w dokumencie nie wskazuje, iż przedmiotowa usługa została zrealizowana nienależycie, nieterminowo lub że PZDW był zobowiązany do naliczenia kar umownych z uwagi na uchybienia przez Odwołującego warunkom umowy.

8

Zważywszy na fakt, iż dokument stanowi oświadczenie wiedzy w kontekście pytania postawionego przez Zamawiającego, należy uznać, iż usługa w pozostałym zakresie została zrealizowana w sposób należyty.

Po trzecie, Odwołujący odniósł się do treści uzasadnienia wykluczenia go z Postępowania: W uzyskanej odpowiedzi „nie ma informacji, że przebudowa drogi obejmowała odwodnienie i oświetlenie. Wobec powyższego zamawiający uznaje, że Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu”. Odwołujący wskazuje, że treść skierowanego przez Zamawiającego zapytania nie obejmowała ww. informacji, w związku z tym PZDW nie miał obowiązku zamieszczania danych w ww. zakresie.

Celem rozwiania wszelkich wątpliwości Odwołujący zwrócił się do PZDW w dniu 22 czerwca 2016 r. o udzielenie jednoznacznych informacji mających potwierdzać, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu.
(Dowód: Zapytanie z dnia 22 czerwca 2016 r., nr 229/GW16 - załącznik nr 3 do odwołania.)

Otrzymana od PZDW odpowiedź potwierdziła, że Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu, tj. że:

- 1) dla wszystkich zrealizowanych zadań w ramach przedmiotowego zamówienia zostały wystawione świadectwa przejęcia,
- 2) w ramach zamówienia została wykonana droga klasy G na długości minimum 2 km,
- 3) zostało wykonane odwodnienie drogi,
- 4) wykonano prace związane z oświetleniem drogi,
- 5) wykonano prace związane z przebudową kolidującej infrastruktury,;
- 6) usługa została wykonana należyście.

(Dowód: Odpowiedź PZDW z dnia 27 czerwca 2016 r., nr PZDW-WZP-061/15/2016 - załącznik nr 4 do odwołania.)

Odwołujący podniósł, że zaistniała sytuacja skutkująca wykluczeniem go z postępowania oraz uznaniem jego oferty za odrzuconą wynika z przyczyn całkowicie od niego niezależnych. Odwołujący zwracał się z do PZDW o wystawienie referencji, jednakże jego prośba pozostawała bez rozpoznania.

(Dowód:

- (1) Pismo z dnia 04 lutego 2016 r., nr 27/GW16 - załącznik nr 6 do odwołania.
- (2) Pismo Zastępcy Dyrektora ds. Realizacji Inwestycji do Wydziału Zamówień Publicznych z dnia 02 maja 2016 r., nr PZDW-RZ-WFU-3052/TrRow/63/2016 - załącznik nr 7 do odwołania.)

9

Mając na uwadze całość okoliczności składających się na stan sprawy Odwołujący wskazał, że należy uznać, że złożone przez Odwołującego oświadczenie własne stanowiło wystarczający dowód należytego wykonania usługi wskazanej w pkt 2 Wykazu usług. Żadne przepisy prawa nie nakładają na podmiot publiczny obowiązku wystawienia referencji. Tym samym, zamawiający może odmówić wystawienia referencji niezależnie od przyczyny. W rozporządzeniu 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 dalej rozporządzenie, przewidziano niemożliwość uzyskania referencji (dowodu - poświadczenia) i w przypadku dostaw i usług, w myśl § 1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia, dowodem może być oświadczenie wykonawcy, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia. W piśmiennictwie prezentowany jest pogląd, zgodnie z którym: „Po stronie wykonawcy leży wykazanie obiektywnych, czyli niezależnych od samego wykonawcy przyczyn, przez które nie mógł uzyskać poświadczenia. Z pewnością nie będzie obiektywną przyczyną odmowa wystawienia poświadczenia z powodu uznania, że zamówienie zostało wykonane nienależyście. Zamawiający musi zachować zwiększoną ostrożność przy ocenie wyjaśnień wykonawców udowadniających, że obiektywnie patrząc, nie mogli załączyć poświadczenia. *W razie wątpliwości zawsze należy zwrócić się do podmiotu, na rzecz którego zostało wykonane zamówienie, z prośbą o wyjaśnienie, dlaczego nie wystawiono poświadczenia.*” (P. Wiśniewski, Poświadczenia należytego wykonania zamówienia, Monitor Zamówień Publicznych nr 2014/6, str. 4-6).

W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający wystosował do PZDW lakoniczne i niejednoznaczne zapytanie, co skutkowało udzieleniem przez PZDW odpowiedzi nie potwierdzającej spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie zawniósł o wskazanie przyczyn dla których PZDW odmawia wystawienia poświadczenia. Odwołujący stoi na stanowisku, iż zaistniała sytuacja stanowi nie tylko naruszenie przepisów Pzp, ale również naruszenie zasady zaufania podmiotów gospodarczych do instytucji publicznych. Odwołujący jest stroną pokrzywdzoną, gdyż działanie zbiurokratyzowanego aparatu w tym przypadku przekłada się na możliwość skutecznego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący wskazuje, iż nie miał możliwości na etapie prowadzenia postępowania przytoczenia ww. okoliczności i przedłożenia ww. dowodów, gdyż Zamawiający nie dał mu możliwości skonfrontowania czy też Sprostowania informacji otrzymanej od PZDW. O fakcie zwrócenia się Zamawiającego do PZDW o udzielenie informacji Odwołujący dowiedział się dopiero w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty i wykluczeniu go z postępowania.

Zamawiający jako gospodarz postępowania powinien dążyć do ustalenia wszystkich okoliczności składających się na stan faktyczny danej sprawy. Odwołujący zwrócił uwagę na treść wyroku KIO potwierdzającym wysnuwane przez Odwołującego tezy: „*Mimo że literalne brzmienie § 1 ust. 5 rozporządzenia 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. z 2013 r., poz. 231) wskazuje na uprawnienie zamawiającego, to należy uznać, że zamawiający nie może zaniechać skorzystania z tego przepisu w sytuacji istnienia wątpliwości co do złożonego oświadczenia i wykluczyć wykonawcy z Dostępowania bez rzetelnego zbadania, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i bez upewnienia się co do rzeczywistego istnienia podstaw do takiej czynności. Takie zaniechanie prowadzi bowiem do naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych określonych w art. 7 ust. 1 Pzp.*” (sygn. akt KIO 489/16)

Mając na uwadze powyższe nie powinno budzić żadnych wątpliwości, że działanie Zamawiającego stanowiło naruszenie wskazanych na wstępie przepisów Pzp oraz Rozporządzenia w sprawie dokumentów.

III.

Ad. zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ER Grupy pomimo tego, iż zaoferowana przez tego wykonawcę cena zawiera znamiona ceny rażąco niskiej.

W ocenie Odwołującego oferta ER Grupy powinna zostać uznana za ofertę zawierającą znamiona ceny rażąco niskiej. Odwołujący wskazał, iż rozkład cen pierwszych trzech najtańszych ofert kształtował się następująco:

Wykonawca: Zaoferowana cena: Porównanie do Porównanie do
średniej arytmetycznej szacunkowej wartości
wszystkich złożonych zamówienia (różnica)
ofert (różnica)

ER Grupa 427.230,- 57,01% 77,66%

PRIBEX 633.699,- 42,32% 70,03%

PROKOM 687.000,- 37,47% 67,51%

Zamawiający wezwał ER Grupę w dniu 19 maja 2016 r. do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej. Z udzielonych w dniu 30 maja 2016 r. wyjaśnień wynika, iż na możliwość skalkulowania ceny na tak drastycznie niskim poziomie miały wpływ następujące czynniki:

- ER Grupa jest podmiotem wyspecjalizowanych w zakresie realizacji zadań inwestycyjnych z usługami konsultingowymi oraz nadzoru i posiada doświadczenie w wykonywaniu tego typu zadań, w tym także prac realizowanych w trybie zamówień publicznych w zakresie podobnych inwestycji;
- znaczna część pracy będzie wykonywana poprzez pracę własną właścicieli firm Konsorcjum, co w istotny sposób wpływa na zmniejszenie kosztów zatrudnienia personelu;
- posiadanie własnego sprzętu i urządzeń do realizacji zamówienia.

Odwołujący wskazał, że każdy z wykonawców biorących udział w przedmiotowym zamówieniu może powołać się na ww. okoliczności, gdyż ustanowione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu pozwalają na udział jedynie wykonawcom, który posiadają określone doświadczenie w realizacji zamówień o profilu zbliżonym do przedmiotowego zamówienia, dającym rękojmię należytego wykonania zamówienia, która objawia się poprzez dysponowanie określonym personelem oraz sprzętem.

ER Grupa wraz z wyjaśnieniami sporządziła wyliczenie kosztów, jakie będzie zobowiązana ponieść w ramach realizacji zamówienia. Niemniej jednak do wyjaśnień nie został załączony żaden dowód, chociażby uprawdopodobniający, że zawarte w zestawieniu sumy

odpowiadają rzeczywistym kosztom i wydatkom.

Zauważenia wymaga, iż to na wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia, że zaofferowana przez niego cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. W niniejszym przypadku - w ocenie Odwołującego - ER Grupa nie dochowała ciężącego na nim obowiązku, bowiem z poczynionych wyjaśnień nie wynika, iż jest w stanie zrealizować w sposób należyty zamówienie za kwotę Wskazaną w formularzu ofertowym.

Zgodnie z art 90 ust. 2 Pzp: „Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.” Złożone przez ER Grupę wyjaśnienia są ogólnikowe, lakoniczne, nie uszczegóławiają okoliczności, które umożliwiły mu skalkulowanie ceny oferty na tak niskim poziomie. ER Grupa wskazała, iż jest podmiotem posiadającym doświadczenie w realizacji podobnych inwestycji, tym niemniej jednak nie wskazała w wyjaśnieniach żadnego zrealizowanego przez siebie zamówienia. Co więcej w orzecznictwie wskazuje się, że: *„Powołanie się przez wykonawcę na doświadczenie w wykonywaniu podobnego zamówienia może stanowić jedynie tło wyjaśnień, a nie zasadniczą ich treść. Dokonując bowiem kalkulacji wyceny oferty należy każdorazowo brać pod uwagę warunki właściwe dla*

12

tego zamówienia, a wycena musi dotyczyć przedmiotowego zadania.” (sygn. akt KIO 1147/15).

W ocenie Odwołującego w wyjaśnieniach nie opisano związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy istnieniem okoliczności wskazanych w dokumencie a możliwością zniwelowania kosztów realizacji zamówienia.

Odwołujący przytoczył orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, które potwierdzają poczynioną powyżej argumentację:

- *„Dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich, które przekonują, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.” (sygn. akt KIO 1492/15),*

- *„W sytuacji, gdy wykonawca nie wykazuje jednoznacznie, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz nie dostarcza wymaganych dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń, które miałyby uzasadnić zastosowaną przez niego cenę odbiegającą od innych ofert w postępowaniu, uzasadniona jest czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu wykonawcy z postępowania.” (sygn. akt KIO 1479/15).*

Odwołujący wskazał, że cena zaofferowana przez ER Grupę jest prawie o połowę niższa od ceny zaofferowanej przez wykonawcę drugiego „w rankingu” ofert, którego oferta nota bene została odrzucona jako zawierająca cenę rażąco niską. Powyższe wykazuje niekonsekwencję oraz brak logiki ze strony Zamawiającego, który uznaje, iż wykonawca który zaferował wykonanie zamówienia za kwotę 633.699 zł nie jest w stanie wykonawcą zamówienia i zaniżył cenę, nie dokonując takiego poczynienia w stosunku do wykonawcy, który za tą samą usługę zaferował kwotę 427.230 zł.

Zamawiający nie doszukując się w ofercie ER Grupy przesłanek jej odrzucenia z ww. powodów dokonał naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

IV.

Ad. zarzut art. 8 ust. 3 Pzp przez uznanie, iż wyjaśnienia złożone przez PRIBEX stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a tym samym nie mogą zostać ujawnione pozostałym uczestnikom postępowania, pomimo tego, iż wykonawca nie uzasadnił w sposób dostateczny uzasadnił zasadności utajnienia wyjaśnień.

Dochowanie terminu podniesienia zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp:

Odwołujący w toku badania oraz oceny ofert zwracał się do Zamawiającego z wnioskiem o odtajnienie wyjaśnień złożonych przez PRIBEX. Niemniej jednak do dnia zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej nie otrzymał od Zamawiającego odpowiedzi zwrotnej w ww. kwestii. W związku z tym termin na złożenie odwołania zawierającego zarzut

13

niezasadnego przyznania złożonym przez PRIBEX wyjaśnieniom charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa powinien zostać liczony od dnia otrzymania ww. zawiadomienia. Zgodnie ze stanowiskiem KIO: *„Zawiadomienie o wynikach oceny spełniania warunków*

udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia stanowi dla wykonawcy informację, że zamawiający zakończył etap oceny wniosków. To w ramach oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dokonuje się także oceny skuteczności poczynionego przez wykonawcę zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa." (sygn. akt KIO 1224/15).

Uzasadnienie zasadności podnoszonego zarzutu:

Zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp wykonawca, który pragnie zastrzec część złożonej przez siebie oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa jest zobowiązany złożyć wraz z ofertą uzasadnienie zasadności utajnienia zastrzeganych dokumentów. W treści uzasadnienia wykonawca jest zobowiązany wykazać, iż zastrzegane informacje stanowią „tajemnicę przedsiębiorstwa” w myśl art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Powyższa zasada ma analogiczne zastosowanie do wyjaśnień oraz uzupełnień składanych przez wykonawców w toku całego postępowania.

Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje, które łącznie spełniają następujące przesłanki: nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości, mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub mają wartość gospodarczą, przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

W orzecznictwie wskazuje się, że: „To wykonawca obowiązany jest wykazać, że zgodnie z przepisami u.z.n.k. zastrzeżone informacje zasługują na ochronę oraz że wykonawca podjął przewidziane prawem działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji. Ocenie zamawiającego powinien podlegać każdy zastrzeżony dokument oraz jego załączniki. Skorzystanie z instytucji zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może stanowić metody na uniemożliwienie dostępu do treści oferty konkurującym wykonawcom w celu uniemożliwienia zapoznania się z treścią oferty i oceny jej zgodności z wymaganiami ogłoszenia oraz specyfikacji, bowiem takie korzystanie z uprawnień zmierzałoby do nieuzasadnionego ograniczenia jawności postępowania." (sygn. akt KIO 2932/13).

Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W każdym przypadku powinien indywidualnie badać, w odniesieniu do każdego dokumentu zawierającego informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, czy zachodzą przesłanki do objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, zwłaszcza że decyduje o tym treść, a nie nazwa dokumentu (sygn. akt KIO/UZP 745/08).

14

Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że: „Analizując przepis art. 8 ust. 3 p.z.p. wskazać należy, że wykonawca zastrzegający w treści swojej oferty informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa obowiązany jest wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Dowodzenie w tym zakresie spoczywa po stronie wykonawcy już w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu."(sygn. akt KIO 1487/15; KIO 1524/15). Jak również, że: „Sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek "wykazania" oznacza więcej niż wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 4 u.z.n.k.”

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wskazuje, iż sformułowane przez PRIBEX uzasadnienie utajnienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny nie spełnia wymagań wynikających z art. 8 ust. 3 Pzp oraz wynikających z ugruntowanego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej. Poczynione przez PRIBEX uzasadnienie charakteryzuje znaczna doza ogólności, lakoniczności. Uzasadnienie powołuje się na bardzo ogólnikowe i zdawkowe okoliczności mające potwierdzać zasadność utajnienia wyjaśnień. Przykładowo PRIBEX wskazuje, że: „Przedmiotowe dane były dotychczas dostępne jedynie bardzo wąskiemu gronu pracowników, a właściciel firmy ustanowił bezwzględny zakaz ujawniania tychże danych osobom lub podmiotom trzecim". Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, że „Sam fakt istnienia procedur czy umów z klauzulami poufności nie oznacza automatycznego uznania zasadności zastrzeżenia określonych informacji. Zamawiający winien mieć możliwość weryfikacji treści rzekomych procedur istniejących w przedsiębiorstwach wykonawców,

winien mieć możliwość weryfikacji umów zawierających klauzule poufności." (KIO 1538/15; KIO 1548/15; KIO 1549/15) Izba podkreśla również, że: „Wykonawcy winni wykazać zamawiającemu dlaczego w ramach konkretnego postępowania przetargowego ujawnienie zastrzeżonych informacji może wyrządzić wykonawcy szkodę i w czym upatrują oni szkody. Wykonawca winien wykazać istnienie związku przyczynowo – skutkowego pomiędzy ujawnieniem informacji a ewentualną szkodą. Zaś możliwość poniesienia szkody musi być co najmniej uprawdopodobniona. Arbitralne i subiektywne przekonanie wykonawcy odzwierciedlone w treści złożonych wyjaśnień o wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji i ich poufnym charakterze nie może stanowić wyłącznej podstawy do zasadności zastrzeżenia. Zamawiający winien zbadać czy klauzule poufności zostały nałożone prawidłowo oraz czy rzeczywiście zastrzeżone informacje mają obiektywną wartość gospodarczą, zaś wykonawca winien przedstawić niezbędny materiał dowodowy na potwierdzenie subiektywnych twierdzeń.

15

Samo wyspecyfikowanie w treści wyjaśnień rodzaju kosztów nie stanowi wiarygodnego źródła weryfikacji realności zaproponowanej ceny. Wykonawca winien przedstawić szczegółową analizę wskazanych w treści wyjaśnień kosztów, w tym w szczególności przyjętą wartość oraz z czego owa wartość wynika." (KIO 1538/15; KIO 1548/15; KIO 1549/15).

Jak również, że: „Stwierdzenie przez zamawiającego, że określone informacje stanowią lub nie tajemnicę przedsiębiorstwa, winno być konsekwencją pozytywnej oceny przez zamawiającego złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, motywujących zasadność takiego objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Inicjatywa w tym zakresie należy do wykonawcy, to wykonawca bowiem, jako dysponent określonych informacji, jest zobligowany do wykazania wobec zamawiającego, że zachodzi szczególna sytuacja, uzasadniająca traktowanie określonych informacji jako objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie jest właściwe traktowanie uprawnienia do zastrzeżenia określonych informacji, jako narzędzia służącego uniemożliwieniu wykonawcom konkurencyjnym oceny ofert i dokumentów składanych w postępowaniu zapoznania się z treścią dokumentów. Stąd, tego rodzaju sytuacje winny być przez wykonawców nie nadużywane i ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji, zaś z perspektywy zamawiającego - powinny być badane z wyjątkową starannością." (KIO 1483/15). Zamawiający nadając wyjaśnieniom PRIBEX walor tajemnicy przedsiębiorstwa niewątpliwie naruszył przepis art. 8 ust. 3 Pzp, a w konsekwencji doprowadził do uniemożliwienia innym podmiotom biorącym udział w przedmiotowym zamówieniu, w tym Odwołującemu, zapoznanie się z treścią przedmiotowych wyjaśnień, a tym samym dokonanie weryfikacji zasadności czynności podejmowanych przez Zamawiającego względem tego wykonawcy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestników postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku poz. 2164, dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostały złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym terminie oraz została przekazana

16

w ustawowym terminie Zamawiającemu kopia odwołania, co wynika z dokumentacji postępowania odwoławczego oraz co na posiedzeniu z udziałem Stron potwierdził Zamawiający a co znajduje odzwierciedlenie w protokole.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie (pełnomocnik) oraz MP-

MOSTY Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie - zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lipca 2016 roku, przy czym Zamawiający informację o wpłygnięciu odwołania w tej sprawie przekazał wykonawcom w dniu 4 lipca 2016 roku.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę BUD-INVENT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego - zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lipca 2016 roku, przy czym Zamawiający informację o wpłygnięciu odwołania w tej sprawie przekazał wykonawcom w dniu 4 lipca 2016 roku.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie oraz stanowiska i oświadczenia Stron i uczestników postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu jak również zawarte w złożonych pismach.

Uczestnik postępowania odwoławczego - wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie (pełnomocnik) oraz MP-MOSTY Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie złożyli w trakcie posiedzenia z udziałem stron pismo w sprawie zawierające stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego wraz z załączonymi dowodami, które Izba dopuściła.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Odwołującego Prokom Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu załączone do odwołania.

Izba dopuściła dowód (dowód nr 1) złożony na rozprawie przez Zamawiającego - ogłoszenie o zamówieniu z 30.05.2013 r. nr 2013/S 103-175370 ZIKIT Kraków

17

Odwołujący w trakcie posiedzenia z udziałem Stron cofnął zarzuty dotyczące wykonawców ER Grupa sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach jak również zarzuty w zakresie wykonawcy Zakład Produkcyjne – Usługowo – Handlowy PRIMEX z siedzibą w Częstochowie (tj. zarzuty podniesione w pkt 3 i 4 wstępnej części odwołania).

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy *Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu, biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie oraz dokumentację postępowania i zgłoszone dowody uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Zamawiający oraz uczestnik postępowania odwoławczego wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie (pełnomocnik) oraz MP-MOSTY Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie wnosili o oddalenie odwołania z powody braku interesu po stronie Odwołującego, bowiem nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu Odwołujący również w wykazanej w pozycji nr 1 wykazu usług jak również podał nieprawdziwe informacje w tej pozycji dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Izba podkreśla, że zgodnie z wynikiem postępowania oferta Odwołującego została z postępowania odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy ponieważ wykonawca ten został z postępowania wykluczony. Odwołujący został z postępowania wykluczony na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy ponieważ nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający w piśmie z dnia 22 czerwca 2016 roku uzasadniał w sposób następujący wykluczenie wykonawcy: *wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień uzupełnień z dnia 2016-06-02 przedłożył własne oświadczenie, w którym oświadcza, że nie mógł uzyskać poświadczenia od Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie, Zamawiający zwrócił się do PZDWP w Rzeszowie o udzielenie informacji, czy przedmiotowa*

18

usługa została wykonana przez firmę PROKOM należycie z punktu widzenia ustawy – Pzp. W odpowiedzi uzyskaliśmy informację, iż usługa ta nie została zrealizowana. Z treści pisma wynika, że roboty dotyczyły adaptacji ciągów pieszych na pasy rowerowe bądź budowy pasów rowerowych, a nie drogi wraz z jezdniami dla ruchu samochodowego. Ponadto, nie ma informacji, że przebudowa drogi obejmowała odwodnienie i oświetlenie. Wobec powyższego Zamawiający uznaje, że Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Izba wskazuje, że legitymacja do wniesienia odwołania warunkowana jest koniecznością poszukiwania ochrony prawnej przed nieuzasadnionym pozbawieniem udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, uzyskania takiego zamówienia. Odwołanie stanowi środek ochrony prawnej skierowany na zmianę sytuacji wykonawcy w danym postępowaniu. Wykonawcy ubiegający się o to zamówienie, którzy złożyli ofertę są podmiotami świadczącym usługi stanowiące przedmiot zamówienia. Podniesienie przez Zamawiającego oraz uczestnik postępowania odwoławczego wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie (pełnomocnik) oraz MP-MOSTY Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, że Odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania wskazuje na brak zrozumienia po stronie tych podmiotów mechanizmów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający, w uzasadnieniu czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienie odniósł się tylko do wykazanej przez Odwołującego w punkcie 2 w wykazie usług usługi zrealizowanej na rzecz Podkarpackiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie. Dlatego też Odwołujący kwestionuje w złożonym odwołaniu podstawę wykluczenia jaka została wskazana przez Zamawiającego tj. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz uzasadnienie faktyczne (jako zostało przytoczone powyżej). Izba podkreśla, że Zamawiający w zakresie usługi wykazanej w punkcie 1 wykazu usług a realizowanej na rzecz ZIKIT w Krakowie nie podał żadnych informacji co do negatywnej oceny, tym samym zweryfikował ją pozytywnie.

Odwołujący kwestionuje w odwołaniu czynności Zamawiającego jakie stanowiły podstawę wykluczenia Odwołującego i odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania, natomiast ocena spełnienia warunków zamówienia w zakresie usługi wskazanej w pozycji 1 nie były kwestionowane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 22 czerwca 2016 roku. Co do wykazania spełnienia warunków udziału przez Odwołującego w zakresie usługi z pozycji 1 wykazu usług na etapie wnoszenia odwołania to należy zaznaczyć, że Izba dokonuje oceny poprawności dokonanych przez Zamawiającego czynności w zakresie podnoszonych przez Odwołującego zarzutów – Izba nie dokonuje oceny „za Zamawiającego”.

19

Reasumując, Izba uznała, że Odwołujący, od czynności Zamawiającego z dnia 22 czerwca 2016 roku, zgodnie z art. 179 ust.1 ustawy posiadał interes do wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na Świadczenie *usług związanych z pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu oraz nadzór i rozliczenie robót przy realizacji Projektu pod nazwą: Budowa przedłużenia Alei Bohaterów Monte Cassino do ul. Dźbowskiej oraz rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 908 (ul. Dźbowska, Powstańców Warszawy, Gościnna).*

Na podstawie art. 186 ust. 4 ustawy Izba wskazuje:

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy *O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące: posiadania wiedzy i doświadczenia.*

W § 1 ust. 2 pkt 3 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. z 2013, poz. 231): Dowodami, o których mowa w ust. 1 pkt 2 i 3, są: (3) w przypadku zamówień na dostawy lub usługi – oświadczenie wykonawcy – jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt 1. oraz w § 1 ust. 5 – W razie konieczności, w szczególności gdy wykaz lub dowody, o których mowa odpowiednio w ust.1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2, budzą wątpliwości zamawiającego lub gdy z poświadczenia albo z innego dokumentu wynika, że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależycie, zamawiający może zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu.

Izba wskazuje na brzmienie art. 7 ust.1 ustawy: *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców* oraz art. 7 ust. 3 ustawy: *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

20

Izba wskazuje, że na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.* Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontrydiktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (na tym cięży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

W zakresie podniesionego zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez wykluczenie Odwołującego z postępowania oraz uznania jego oferty za odrzuconą, pomimo tego, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia – Izba uznała zarzut za zasadny.

Izba ustaliła:

W SIWZ w rozdziale 6 *Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków* Zamawiający określił w punkcie 6.2, w tabeli w punkcie 3: „Wykaz usług

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy wykonali w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwie usługi polegające na *pełnieniu funkcji* menadżera,

21

inwestora zastępczego lub *inżyniera kontraktu* nad realizacją *robót budowlanych*, których przedmiotem była *budowa lub przebudowa drogi (min, klasy G) o długości minimum 2 km*

wraz z odwodnieniem i oświetleniem i przebudowa kolidującej infrastruktury o łącznej wartości robót budowlanych 40.000.000.00 zł brutto dla każdej z robót. Dopuszcza się wykazanie doświadczenia w zakresie jak wyżej, zdobytym odrębnie w maksymalnie trzech zadaniach: osobno na budowę lub przebudowę drogi, osobno na odwodnienie drogi i osobno na oświetlenie drogi.

Jako wykonanie należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia/Protokół odbioru robót."

Na wezwanie Zamawiającego, w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wskazanej w punkcie 2 wykazu usług usługi realizowanej na rzecz Podkarpackiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie Odwołujący uzupełnił oświadczenie własne.

Zamawiający zwrócił się do Podkarpackiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie pismem z 10 czerwca 2016 roku o udzielenie informacji czy Odwołujący świadczył taką usługę oraz czy została ona wykonana należycie z punktu widzenia ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie pismem z 15 czerwca 2016 roku udzielił wyjaśnień, z których wynika, że Odwołujący pełnił usługę Inżyniera Kontraktu na zadaniu „Trasy rowerowe w Polsce Wschodniej – województwo podkarpackie” w systemie „zaprojektuj i wybuduj” (5 odcinków, obiekty inżynierskie: nr 12, nr 88_1, nr 88_2, nr 90, nr 90_1, nr 91_1, nr 96). Wskazał również w Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie numery umów na podstawie, których realizowane były roboty, jak również wskazał że roboty były wykonywane na drogach klasy G.

Izba uznała, że w świetle argumentacji i dowodów przedstawionych przez Odwołującego zarzut jest zasadny. Podkreślenia wymaga, że zgodnie z informacją stanowiącą uzasadnienie wykluczenia wykonawcy z postępowania z dnia 22 czerwca 2016 roku Zamawiający podał: (...) *W odpowiedzi uzyskaliśmy informację, iż usługa ta nie została zrealizowana. Z treści pisma wynika, że roboty dotyczyły adaptacji ciągów pieszych na pasy rowerowe bądź budowy pasów rowerowych, a nie drogi wraz z jezdniami dla ruchu samochodowego. Ponadto, nie ma informacji, że przebudowa drogi obejmowała odwodnienie i oświetlenie. Wobec powyższego Zamawiający uznaje, że Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.*

22

W zakresie powyższego uzasadnienie Odwołujący wykazał, po pierwsze, że usługa została wykonana, co było zgodne z treścią złożonego wykazu jak również zgodne z oświadczeniem własnym Odwołującego oraz zgodne z wymaganiami siwz. Jak słusznie podniósł Odwołujący Zamawiający w siwz wskazał, że Jako wykonanie należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia/Protokół odbioru robót. *Z dołączonego do odwołania dokumentu (załącznik nr 5) tj. Świadectwa Przejęcia obiektu 88_2 wynika, że świadectwo to zostało wystawione w dniu 22 grudnia 2016 roku. Tym samym w piśmie z dnia 15 czerwca 2016 roku Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie została podana informacja („na dzień 15.06.2016r. usługa w ramach umowy nr... z dnia ... nie została zrealizowana”) nie odnosi się do określonych w siwz przez Zamawiającego warunków. Odwołujący wyjaśnił w trakcie rozprawy, że usługa ta nadal trwa, bowiem jest w okresie zgłaszania wad, natomiast prace zostały wykonane, co potwierdzają świadectwa przejścia (zał. Nr 5 do odwołania). Dlatego też w tym zakresie argumentacja Zamawiającego jest niesłuszna i nie sposób uznać ją za poprawą.*

Po drugie w uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że *Z treści pisma wynika, że roboty dotyczyły adaptacji ciągów pieszych na pasy rowerowe bądź budowy pasów rowerowych, a nie drogi wraz z jezdniami dla ruchu samochodowego.* Nie sposób zgodzić się i z tą argumentacją Zamawiającego, zgodnie bowiem z wymaganiami określonymi w warunku udziału w postępowaniu wykonawca miał się wykazać co najmniej dwiema usługami polegające na *pełnieniu funkcji* menadżera, inwestora zastępczego lub *inżyniera kontraktu* nad realizacją *robót budowlanych*, których przedmiotem była *budowa lub przebudowa drogi (min, klasy G) o długości minimum 2 km.* W warunku Zamawiający nie zawęził wymagań jedynie do jezdni. Zaznaczyć bowiem należy, że zgodnie z art. 2 pkt 1 ustawy z dnia 20

czerwca 1997 roku prawo o ruchu drogowym (tj. Dz. U. z 2012 roku poz. 1137) przez drogę rozumie się *wydzielony pas terenu składający się z jezdni, pobocza, chodnika, drogi dla pieszych lub drogi dla rowerów, łącznie z torowiskiem pojazdów szynowych znajdującym się w obrębie tego pasa, przeznaczony do ruchu lub postoju pojazdów, ruchu pieszych, jazdy wierzchem lub pędzenia zwierząt*. Należy również zaznaczyć, że w piśmie z dnia 15 czerwca 2016 roku pochodzącym od Podkarpackiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie również jest odniesienie do kategorii dróg – G. Tym samym nie sposób zgodzić się z argumentacją Zamawiającego i uznać ją za prawidłową, bowiem niedopuszczalne na etapie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu dokonywanie jest przez Zamawiającego innej, niewyartykułowanej w siwz wykładni postanowień siwz.

Po trzecie Zamawiający wskazał w piśmie z 22 czerwca 2016 roku *nie ma informacji, że przebudowa drogi obejmowała odwodnienie i oświetlenie*. Izba zaszcza, że takie informacje zawarte były w oświadczeniu wykonawcy złożonym w wykazie usług w pozycji 2 gdzie podał Odwołujący „wraz z odwodnieniem oświetleniem i przebudową kolidującej infrastruktury”

23

czego wydaje się Zamawiający w ogóle nie uwzględnił w trakcie dokonywanej oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Izba wskazuje, że piśmie przedstawionym przez Odwołującego przy odwołaniu (załącznik nr 4) z dnia 27 czerwca 2016 roku pochodzącego od Podkarpackiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie podmiot ten potwierdził między innymi, że w ramach realizacji zadania pn. *Trasy rowerowe w Polsce Wschodniej – województwo podkarpackie* wykonano drogę klasy G na długości minimum 2 km jak również wykonano prace związane z przebudową kolidującej infrastruktury a także prace związane z odwodnieniem drogi i z budową lub przebudową oświetlenia.

Izba wskazuje, że żaden z argumentów uzasadnienia podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania nie potwierdził się. Odwołujący w tym zakresie złożył oświadczenie a sposób badania tego oświadczenia przez Zamawiającego był mało precyzyjny i przeprowadzony z dużą dozą dezynwoltury co w efekcie doprowadziło do błędnych przekonań Zamawiającego i nieprawidłowej decyzji.

Izba zaznacza, że odwołanie rozpoznaje się w zakresie podniesionych zarzutów w odwołaniu, które to swoje źródło mają w czynności Zamawiającego. Odwołujący zatem może, i w tym wypadku tak uczynił, kwestionować tylko te informacje, które zostały przez Zamawiającego wyartykułowane i upublicznione. Dlatego też podnoszenie przez Zamawiającego w trakcie rozprawy dodatkowych podstaw faktycznych wykluczenia wykonawcy z postępowania, czyli w zasadzie rozszerzenie tych podstaw jest nieuprawnione i nie może znaleźć akceptacji Izby (porównaj wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 sygn. akt XXIII Ga 416/11).

Podnoszone przez Zamawiającego i uczestnika postępowania dowody nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia tego zarzutu. W ocenie Izby podstawy faktyczne jakie wskazał Zamawiający dotyczące wykluczenia Odwołującego nie znalazły uzasadnienia, a Odwołujący wykazał przez swoje oświadczenia jak również dowody niezasadność argumentów Zamawiającego. Dlatego też Izba uznała zarzut za zasadny.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 22 ust. 2 pkt 2 Pzp w zw. z § 1 ust. 2 pkt 3 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. z 2013, poz. 231) przez uznanie, iż złożone przez Odwołującego oświadczenie własne nie stanowi wystarczającego dowodu potwierdzającego, że wskazane w pkt 2 Wykazu zrealizowanych usług zamówienie zostało zrealizowane należycie – Izba uznała zarzut za niezasadny.

24

Izba wskazuje, że sam Odwołujący w trakcie rozprawy podkreślił, że Zamawiający nie kwestionował w swoim stanowisku przedstawionym w piśmie z 22 czerwca 2016 roku tego, że Odwołujący mógł się posłużyć własnym oświadczeniem w celu wykazania, że usługa, którą wskazał w wykazie usług potwierdza, że została wykonana należycie. W ocenie Izby zarzut ten nie znajduje uzasadnienia, bowiem Zamawiający

w przedstawionym uzasadnieniu faktycznym wykluczenia Odwołującego nie kwestionował faktu złożenie przez Odwołującego Oświadczenia wykonawcy, co więcej należy wskazać, że sam Zamawiający odwołał się w SIWZ do takiego dokumentu (pkt.7.1 tabela pkt 4).

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy jakie to naruszenie wskazywał Odwołujący w odwołaniu, Izba uznała, iż działanie Zamawiającego nie było zgodne z obowiązującymi przepisami i naruszyło zasady zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców* (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08). Odwołujący wykazał, że nie zachodzą podstawy faktyczne na jakie wskazywał Zamawiający wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, tym samym wykluczenie Odwołującego było niezasadne.

Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie powyżej przywołanych zasad oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zamawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

25

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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).

Przewodniczący:

26