Sygn. akt: KIO 242/17 KIO 258/17

WYROK
z dnia 24 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Andrzej Niwicki
Marzena Ordysińska
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lutego 2017 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 6 lutego 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **TPF Sp. z o.o., Getinsa Payma S.L., ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa,**

B. w dniu 6 lutego 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **SAFEGE S.A.S., BBF Sp. z o.o., 15-27 Rue de Port, Parc de l'Il, 92000 Nanterre, Francja**

w postępowaniu prowadzonym przez
PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa
przy udziale wykonawców:

A. **ECM Group Polska SA, Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 242/17 po stronie odwołującego oraz o sygn. akt KIO 258/17 po stronie zamawiającego,

B. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Biuro Realizacji Inwestycji Koltech Inwestor Sp. z o.o., KB Pomorze Sp. z o.o., Koltech Infra Sp. z o.o., ul. Targowa 69, 03-729 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 242/17 po stronie odwołującego,

C. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **SAFEGE S.A.S., BBF Sp. z o.o., 15-27 Rue de Port, Parc de l'Il, 92000 Nanterre, Francja** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 242/17 po stronie odwołującego,

D. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **MP MOSTY Sp. z o.o., Drogowa Trasa** Średnicowa **S.A., ul. Dekerta 18, 30-703 Kraków,**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 242/17 oraz KIO 258/17 po stronie zamawiającego,

E. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **TPF sp. z o.o., Getinsa Payma S.L., ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 258/17 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 242/17 i nakazuje PKP Polskim Liniom Kolejowym S.A. ujawnienie wyjaśnień wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MP MOSTY Sp. z o.o. i Drogowa Trasa** Średnicowa **S.A. złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz oddala zarzuty: zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MP MOSTY Sp. z o.o. i Drogowa Trasa** Średnicowa **S.A. jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zarzut zaniechania wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MP MOSTY Sp. z o.o. i Drogowa Trasa** Średnicowa **S.A. z postępowania,**
2. **oddala odwołanie o sygn. akt KIO 258/17,**
3. **kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 242/17 obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., a w sprawie o sygn. akt KIO 258/17 obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SAFEGE S.A.S. i BBF Sp. z o.o. i:**
   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TPF Sp. z o.o. i Getinsa Payma S.L. tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SAFEGE S.A.S. i BBF Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,

3.3. zasądza od PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TPF Sp. z o.o. i Getinsa Payma S.L. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,

3.4. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SAFEGE S.A.S. i BBF Sp. z o.o. na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą

---

koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego dla Warszawy-Pragi w Warszawie.

Przewodniczący: ……..…

……..…

……..…

Sygn. akt: KIO 242/17
KIO 258/17

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót budowlanych w ramach następujących zadań: a) Prace na linii kolejowej E 30 na odcinku Kraków Główny Towarowy - Rudzice wraz z dobudową torów linii aglomeracyjnej; b) Prace na linii kolejowej E 95 Kraków Mydlniki - Podłęże na odcinku Kościelniki – Podłęże" na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 23 września 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 184-330270. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania – odwołanie o sygn. KIO 242/17
Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia TPF Sp. z o.o. i Getinsa Payma SL wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu:
1. niezgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych dokonanie czynności wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MP Mosty Sp. z o.o. i Drogowa Trasa Średnicowa S.A. (zwanych dalej „Konsorcjum MP Mosty") jako oferty najkorzystniejszej,
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Konsorcjum MP Mosty wyjaśnień i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum MP Mosty, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś Konsorcjum MP Mosty nie złożyło wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień

publicznych,
3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum MP Mosty, pomimo iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

4. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum MP Mosty z postępowania, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał, że nie podlega wykluczeniu z postępowania,
5. naruszenie art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum MP Mosty w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, pomimo iż Konsorcjum MP Mosty nie wykazało zasadności dokonanego zastrzeżenia,
6. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem ww. przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności oceny ofert, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia z postępowania Konsorcjum MP Mosty, odrzucenia oferty Konsorcjum MP Mosty, ujawnienia wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum MP Mosty na podstawie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych.
W zakresie zarzutu wystąpienia rażąco niskiej ceny oraz braku złożenia wyjaśnień potwierdzających, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny Odwołujący wskazał, iż wykonawcy zobowiązani byli podać cenę oferty, osobno podać cenę dla Kontraktu 1 (K1) i Kontraktu 2 (K2). Wykonawcy, których oferty nie zostały odrzucone, wskazali następujące ceny brutto w złotych (cena łączna/cena K1/cena K2): Konsorcjum MP Mosty 21.874.016,02/ 20.563.755,00/ 1.310.261,02; ECM Group Polska S.A. 25.037.880,00/ 17.244.845,00/ 7.693.035,00; wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH INWESTOR Sp. z o.o., KB Pomorze Sp. z o.o. i Koltech Infra Sp. z o.o. 26.263.279,80/ 18.406.654,80/ 7.856.625,00; Odwołujący 30.456.557,67/ 25.184.070,91/ 5.272.486,76; wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Safege S.A.S. i BBF Sp. z o.o. 33.492.900,00/ 24.600.00,00/ 8.892.900,00.
Już porównanie wynagrodzenia za Kontrakt 2 wskazuje, że cena oferty Konsorcjum MP Mosty jest ceną rażąco niską. Zgodnie z brzmieniem art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, badaniu w zakresie rażąco niskiej ceny podlega nie tylko cała cena oferty, ale także cena istotnej części składowej całej ceny oferty. Wynagrodzenie za Kontrakt 2 jest istotną częścią składową. Średnie wynagrodzenie wskazane w ww. ofertach za Kontrakt 2 wynosi 6.205.061,56 zł, a zatem cena wskazana w tym zakresie w ofercie Konsorcjum MP Mosty stanowi wyłącznie 21,12% średniej. Wskazuje to, że jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Odwołujący – nie znając treści złożonych przez Konsorcjum MP Mosty wyjaśnień – uważa, że wyjaśnienia te nie zawierają żadnych

obiektywnych czynników uzasadniających zaoferowanie tak niskiej ceny zarówno całej oferty, jak i ceny w zakresie Kontraktu 2. Zdaniem Odwołującego Konsorcjum MP Mosty nie wskazało w wyjaśnieniach żadnych czynników, które nie istnieją w stosunku do wszystkich pozostałych wykonawców. Wszystkie firmy startujące w przedmiotowym postępowaniu świadczą swoje usługi w oparciu o te same, stosowane na całym świecie metodyki i zasady, oferują swoim pracownikom czy podwykonawcom analogiczne wynagrodzenia oraz stosują te same rozwiązania techniczne. Zdaniem Odwołującego w przedmiotowych wyjaśnieniach Konsorcjum MP Mosty nie wskazało żadnych czynników, które są specyficzne tylko i wyłącznie dla tych wykonawców. Cena zaoferowana przez Konsorcjum MP Mosty dla Kontraktu 2 nie pokrywa nawet kosztów osobowych. Konsorcjum MP Mosty w toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie o sygn. KIO 110/17 przedstawiło w ramach dowodów oświadczenia personelu, który świadczyć ma usługi w ramach realizacji nadzoru na linię E30 (odcinek sąsiadujący z odcinkiem E30, będącym przedmiotem

niniejszego postępowania), które zawierały dane dotyczące wynagrodzenia i stanowiska. Takie same stanowiska wymagane są w niniejszym postępowaniu. Odwołujący dokonał obliczenia, ile musi wynosić wynagrodzenie dla pracowników realizujących Kontrakt 2 według stawek, które zadeklarowało Konsorcjum MP Mosty przy liczbie stanowisk oraz osobomiesięcy wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co łącznie daje 2.108.400 zł netto i 2.593.332 zł brutto. Tymczasem Konsorcjum MP Mosty wskazało, że całość wynagrodzenia za Kontrakt 2 wynosi 1.310.024,84 zł brutto. Oczywiste jest zatem, że Konsorcjum MP Mosty nie ujęło w cenie za Kontrakt 2 nawet kosztów osobowych realizacji usług, a tym bardziej pozostałych kosztów: kosztów administracyjnych wraz z kosztami zapewnienia biura budowy, jego wyposażenia i utrzymania; kosztów obsługi laboratoryjnej przedmiotowego odcinka; kosztów zapewnienia środków łączności, transportu dla personelu. Zdaniem Odwołującego cena wskazana za realizację Kontraktu 2 jest nierealna i nierzeczywista nawet przy zastosowaniu przez Konsorcjum MP Mosty wynagrodzenia dla wszystkich członków personelu w wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę. Przy zastosowaniu takiego wynagrodzenia same koszty wynagrodzenia dla personelu realizującego Kontrakt 2 wynoszą 1.178.709 złotych. Zatem nawet w przypadku zatrudnienia personelu w zamian za wynagrodzenie minimalne (co jest niemożliwe i nierealne, gdyż żaden inżynier nie będzie pracował za wynagrodzenie minimalne) na realizację pozostałych obowiązków umownych zostaje zaledwie 131.560,82 złotych brutto.
W Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia (JEDZ) uzupełnionym w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Konsorcjum MP Mosty wskazało, że 60% zamówienia zamierza zlecić podwykonawcom. Zdaniem Odwołującego Konsorcjum MP Mosty nie ujęło tej kwestii w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny złożonych 16 listopada 2016 r., tzn. nie wskazano części zamówienia, którą ma wykonać aż w 60% podwykonawca,

kosztów wykonania tej części zamówienia przez podwykonawcę oraz nie dołączono do wyjaśnień żadnej oferty podwykonawczej od firmy Ayesa Ingeniería y Arquitectura SA. Brak takiej oferty podwykonawczej stanowi oczywiste naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który wyraźnie stanowi o przedstawieniu dowodów. Niezależnie od powyższego, zdaniem Odwołującego, Konsorcjum MP Mosty nie ujęło w swojej ofercie, a następnie nie wykazało w wyjaśnieniach wszystkich elementów przedmiotu zamówienia, w szczególności nie uwzględniło w cenie oferty następujących składników cenowych: kosztów biura oraz zaplecza wykonawcy; kosztów personelu w zakresie wymagalności wymiaru czasu w pełnym etacie, kosztów związanych z koniecznością zwiększenia liczby personelu na wezwanie Zamawiającego; kosztów związanych z koniecznością dostosowania czasu pracy personelu do czasu pracy wykonawcy robót w zakresie niezbędnym do nadzorowania wykonywanych robót; kosztów związanych z koniecznością zapewnienia atestowanego sprzętu geodezyjnego oraz odpowiedniej liczby zespołów geodezyjnych w celu zagwarantowania odpowiedniego nadzoru nad pomiarami geodezyjnymi; kosztów związanych z koniecznością wykonania 30% kontrolnych pomiarów geodezyjnych do dokumentów obmiarowych; kosztów związanych z obsługą laboratoryjną oraz wykonaniem badań kontrolnych w deklarowanym w ofercie zakresie; kosztów związanych z badaniami archeologicznymi. Zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu to wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień zobowiązany jest do wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską, że obejmuje wszystkie elementy przedmiotu zamówienia oraz że gwarantuje należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego Konsorcjum MP Mosty nie sprostało ciążącemu na nim obowiązkowi wykazania wszystkich tych elementów, zaś złożone wyjaśnienia są nieprecyzyjne, niekonkretne i ogólnikowe. Odwołujący – wobec bezprawnego nieudostępnienia mu wyjaśnień w zakresie ceny – nie jest w stanie wskazać na wadliwość wyjaśnień.
W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia wobec braku wykazania, że prokurent podmiotu, na którego zasoby powołuje się Konsorcjum MP Mosty, nie został prawomocnie skazany, Odwołujący wskazał, że Konsorcjum MP Mosty podlega wykluczenia na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż Konsorcjum MP Mosty nie wykazało braku podstaw wykluczenia. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania wyklucza się m.in. wykonawcę, którego prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13. W celu wykazania braku skazania wykonawca

zobowiązany jest złożyć informację z KRK, potwierdzającą, że prokurent nie był skazany prawomocnym wyrokiem za przestępstwa określone w art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z przepisem art. 25a ust. 3 i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca zobowiązany jest też wykazać brak podstaw wykluczenia dla takich

podmiotów. A zatem przedmiotowy obowiązek dotyczy nie tylko samych wykonawców, ale także podmiotów trzecich, na zasoby których powołuje się wykonawca w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Konsorcjum MP Mosty powołało się na zasoby firmy Ayesa Ingeniería y Arquitectura SA (dalej „Ayesa"), dołączyło też dokumenty wykazując jedynie niekaralność firmy zarządzającej oraz jej reprezentantów, nie załączono natomiast zaświadczenia wykazującego niekaralność E.N.Ch.C. oraz A.M. którzy pełnią funkcje prokurentów. Fakt pełnienia funkcji prokurentów wynika z dołączonego do oferty dokumentu rejestrowego firmy Ayesa, w którym wskazano, że spółka Ayesa udziela ww. osobom pełnomocnictwa. Pełnomocnictwo wpisane do rejestru handlowego jest prokurą, a zatem Konsorcjum MP Mosty powinno załączyć dla obu ww. osób zaświadczenia o niekaralności. Zdaniem Odwołującego Konsorcjum MP Mosty nie powinno być wzywane o uzupełnienie przedmiotowych dokumentów, gdyż oferta ta podlega odrzuceniu. Gdyby jednak Izba uznała, że Konsorcjum MP Mosty powinno zostać wezwane do uzupełnienia ww. dokumentów, Odwołujący wskazuje na naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w tym zakresie.
W zakresie zarzutu sprzeczności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia Odwołujący wskazał, że zgodnie z punktem 23 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (Instrukcji Dla Wykonawców – IDW) wykonawca ma obowiązek określić w JEDZ części zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcom wraz z podaniem nazw podwykonawców: „23. PODWYKONAWSTWO. Zamawiający dopuszcza powierzenie całości Zamówienia podwykonawcom. Wykonawca zobowiązany jest wskazać w Jednolitym Dokumencie, części Zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podać nazwy firm tych podwykonawców."
Konsorcjum MP Mosty nie sprostało temu obowiązkowi, a zatem jego oferta jest sprzeczna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i powinna zostać odrzucona. W pierwotnym dokumencie JEDZ załączonym do oferty Konsorcjum MP Mosty w ogóle nie wskazało na fakt podwykonawstwa. Jednak w JEDZ uzupełnionym w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazało, że 60% zamówienia zamierza zlecić podwykonawcom. Zdaniem Odwołującego JEDZ w zakresie oświadczenia o samodzielnym wykonaniu przedmiotu zamówienia lub też skorzystaniu z podwykonawców jest częścią oferty, która nie podlega zmianie – w zakresie określenia sposobu wykonania umowy wykonawcy składają oświadczenie, które nie jest żadnym z oświadczeń, o których mowa w dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zatem składając JEDZ w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Konsorcjum MP Mosty nie było upoważnione do zmiany jego treści w przedmiotowym zakresie, zwłaszcza że od początku deklarowało, że będzie korzystać z zasobów tego podmiotu, a jedynie początkowo nie wskazywało na podwykonawstwo, co było podstawą wezwania z 13 grudnia 2016 r. w zakresie uzupełnienia dokumentów.

Odwołujący podkreślił, powołując się na orzecznictwo, że oświadczenie złożone w ofercie co do podwykonawstwa nie ma waloru informacyjnego, ale stanowi istotny element oferty, albowiem udział podwykonawcy warunkuje możliwość i prawidłowość wykonania zamówienia. Oświadczenie o wykonaniu zamówienia bez udziału podwykonawców jest wiążące dla Zamawiającego. Z tego względu, co do zasady, nie jest możliwe stosowanie trybu art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przewidzianego do wyjaśniania treści oferty, do dokonywania zmiany, czy też uzupełnienia oferty w zakresie udziału podwykonawcy w realizacji zamówienia, ponieważ ustalenia w takim zakresie mogłyby być postrzegane; jako niedopuszczalne negocjacje dotyczące oferty i prowadzące do nieuprawnionej zmiany jej treści (wyrok sygn. akt KIO 221/16). Takie samo stanowisko zajął Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 9 września 2016 r., sygn. akt: XXIII Ga 345/16: „Stanowisko Sądu Okręgowego jest jednoznaczne, oświadczenie zawarte w pkt 10 formularza oferty stanowiło integralny element oferty. Nie było to – jak stwierdziła KIO –

jedynie oświadczenie o sposobie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, który można w dowolnym momencie zmieniać. Na ofertę składa się nie tylko oferowana przez potencjalnego wykonawcę cena czy też wskazany czas wykonania umowy, lecz także sposób wykonania umowy, czy to siłami własnymi, czy też w rzeczywistości w oparciu o potencjał innego podmiotu, którego w ofercie nie wymieniono. Nie można mówić także o zaniechaniu czy też pominięciu tego aspektu w ofercie, a następnie na skutek uzupełnienia dokumentacji doprecyzowania. BBF złożyła oświadczenie nie tylko wiedzy, ale także woli samodzielnego wykonania umowy, poprzez jednoznaczne zaprzeczenie (skreślenie w formularzu oferty) o korzystaniu w jakiejkolwiek formie z zasobów, potencjału podmiotu trzeciego."
W związku z powyższym złożoną ofertę ocenić należało, jako podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 387 Kodeksu cywilnego.
Niezależnie od nieuprawnionej zmiany treści JEDZ Konsorcjum MP Mosty nie wykonało też zobowiązania wskazanego w ww. punkcie 23 IDW. Zamawiający wyraźnie wymagał, aby wykonawcy wskazali w JEDZ części zamówienia, które ma wykonać dany podwykonawca. Tymczasem Konsorcjum MP Mosty tego nie dokonało w złożonym JEDZ. Zatem oferta Konsorcjum MP Mosty jest sprzeczna z punktem 23 IDW.
W zakresie zarzutu nieskutecznego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny Odwołujący podniósł, iż Konsorcjum MP Mosty dwukrotnie składało wyjaśnienia w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych – w dniu 16 listopada 2016 r. i 25 stycznia 2017 r. Wyjaśnienia te nie zostały udostępnione Odwołującemu, przyjął on zatem, że zostały one zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zdaniem Odwołującego Konsorcjum MP Mosty nie wykazało w złożonych wyjaśnieniach, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. nie wykazało, że wobec wszystkich informacji zawartych w wyjaśnieniach spełnione są ustawowe przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, a zatem Konsorcjum MP Mosty nie wykazało skuteczności zastrzeżenia. Ponadto zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa podlegają informacje, a nie dokumenty, a zatem wadliwe jest zastrzeganie całości dokumentów, jeśli niektóre części dokumentów nie są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce. Wskazać tutaj należy na cytowanie poglądów orzecznictwa czy doktryny, ogólne informacje o danym wykonawcy czy też ogólne informacje o rynku usług nadzoru i inne podobne.
Odwołujący wskazał też, iż drugie wyjaśnienia ceny Konsorcjum MP Mosty złożyło 25 stycznia 2017 r., jednakże uzasadnienie zastrzeżenia zostało dokonane dopiero 26 stycznia 2017 r., czyli dzień po samym złożeniu wyjaśnień. Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych informacje zawarte w ofercie można zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa, o ile jednocześnie z przedłożeniem takich informacji wraz z zastrzeżeniem ich jawności dany wykonawca wykaże, że informacje te spełniają wszystkie przesłanki ustawowej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. *Per analogiam* – w przypadku zastrzegania informacji składanych później niż oferta, do każdego takiego zastrzeżenia musi być dołączone uzasadnienie (wykazanie), że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W przypadku braku jednoczesności zastrzeżenia jawności i uzasadnienia tego zastrzeżenia należy uznać, że samo zastrzeżenie było nieskuteczne.

II Zarzuty i żądania odwołania – odwołanie o sygn. KIO 258/17
Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Safege S.A.S. i BBF Sp. z o.o. wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:
1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców: a) wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MP MOSTY Sp. z o.o. i Drogowa Trasa Średnicowa S.A., b) ECM Group Polska S.A., c) wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Biuro Realizacji Inwestycji KOLTECH INWESTOR Sp. z o.o., KB Pomorze Sp. z o.o. i Koltech Infra Sp. z o.o. (zwanych dalej „Konsorcjum Koltech"), d) wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TFP Sp. z o.o. i Getinsa PAYMA S.L. (dalej zwanych „Konsorcjum TFP"), mimo iż oferty te są niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez

zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez: Konsorcjum MP Mosty, ECM Group Polska S.A., Konsorcjum Koltech, Konsorcjum TFP, mimo iż cena tych ofert jest rażąco niska ze względu na jej zaniżenie o koszty konieczne do poniesienia w związku z wymaganiem

z punktu 4.2.5. ppkt 23. Tom III specyfikacji istotnych warunków zamówienia – Opis przedmiotu zamówienia (str. 29),
3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie ww. przepisów.
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert: Konsorcjum MP Mosty, ECM Group Polska S.A., Konsorcjum Koltech, Konsorcjum TFP; odrzucenia ofert: Konsorcjum MP Mosty, ECM Group Polska S.A., Konsorcjum Koltech, Konsorcjum TFP; dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.
W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z punktem 23 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (IDW) wykonawca zamierzający powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, zobowiązany był do wskazania tych części w JEDZ oraz do podania nazw firm tych podwykonawców.
Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, pkt 4.2.5 ppkt 23 opisu przedmiotu zamówienia wykonawca zobowiązany jest do wykonania określonej minimalnej ilości badań kontrolnych, przy czym zadeklarować może wykonanie tych badań w ilości minimalnej lub zwiększonej, co stanowi kryterium oceny ofert (pkt 20 IDW – Kryterium 3 – wykonanie badań na rzecz Zamawiającego). Deklarację w tym zakresie każdy z wykonawców zobowiązany był złożyć w formularzu ofertowym. W punkcie 4.2.5 ppkt 23 opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający doprecyzował, że wykonanie badań kontrolnych ma odbywać się na zlecenie i koszt wykonawcy oraz, że wszystkie mają zostać wykonane w akredytowanym laboratorium. Zamawiający jednoznacznie doprecyzował przy tym, w odpowiedzi na pytanie nr 39 z 13 października 2016 r., że wymóg akredytacji dotyczy wszystkich laboratoriów wykonujących badania.
W konsekwencji, jeśli sam wykonawca nie posiada laboratorium posiadającego akredytację na każde z wymaganych badań, to wykonanie tego zakresu zamówienia należało powierzyć innemu podmiotowi lub podmiotom zdolnym do wykonania tej części zamówienia w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego. Zgodnie z wiedzą Odwołującego żaden z wykonawców, którzy złożyli ważne oferty w tym postępowaniu, nie dysponuje odpowiednimi akredytacjami dla wszystkich rodzajów wymaganych badań. W związku z powyższym wykonawcy powinni byli wskazać w ofercie w części II sekcja D formularza JEDZ powierzenie wykonania tych zadań podwykonawcom oraz podać ich nazwy.
Wykonawcy: Konsorcjum Koltech, Konsorcjum MP Mosty oraz ECM Group Polska S.A. zadeklarowali samodzielną realizację zamówienia, zaznaczając wyraźnie, iż nie zamierzają korzystać z usług podwykonawców w trakcie realizacji zamówienia. Konsorcjum TFP co

prawda zaznaczyło, iż zamierza powierzyć podwykonawstwo części zamówienia, natomiast nie określiło tych części oraz nie wskazało nazw firm podwykonawców.
Oferty Konsorcjum TFP, Konsorcjum Koltech, Konsorcjum MP Mosty oraz ECM Group Polska S.A. są zatem niezgodne z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż albo wykonawcy ci nie wypełnili obowiązku wynikającego z punktu 23 IDW, tj. określenia części zamówienia i nazw podwykonawców, którym zamierzają powierzyć wykonanie części zamówienia albo też złożone przez nich oferty zakładają realizację zamówienia niezgodnie z wymaganiami punktu 4.2.5 ppkt 23 opisu przedmiotu zamówienia.
W każdym wypadku nieprawidłowość w ofertach wskazanych wykonawców podlega kwalifikacji jako niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Deklaracja co do sposobu wykonania zamówienia w zakresie korzystania lub nie z usług podwykonawców stanowi treść oferty rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy co do oferowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji (niezależnie od tego, w jakim dokumencie oświadczenie to zostało zawarte, co stanowi kwestię nie wpływającą na jego

kwalifikację jako treści oferty). O kwalifikacji deklaracji składanych przez wykonawców w zakresie powierzenia realizacji zamówienia podmiotom trzecim jako o treści oferty, która nie może podlegać zmianie po upływie terminu składania ofert, przesądził Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 9 września 2016 r. (sygn. akt XXIII Ga 345/16). Treść oferty w tym zakresie ma ponadto charakter istotny, o czym przesądzają poglądy wyrażone w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych. Świadczą o tym również restrykcyjne wymagania w zakresie korzystania z usług podwykonawców przewidziane w Warunkach Umowy. Wobec powyższego, wskazane niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia nie kwalifikują się jako inne omyłki, których poprawienie byłoby możliwe w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Niezgodność dotyczy bowiem istotnego elementu oferty, jak również trudno wykazać, aby zaistniała w sposób omyłkowy. Brak również możliwości dokonania przez Zamawiającego samodzielnego poprawienia ofert wykonawców bez konieczności przeprowadzenia z nimi niedopuszczalnych negocjacji co do treści złożonej oferty. To po stronie wykonawcy leży obowiązek wykazania zgodności treści oferty z wymaganiami Zamawiającego. Dopytywanie się przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, czy wykonawca rzeczywiście przewidział realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia, gdy treść złożonej oferty świadczy przeciwnie, byłoby niedopuszczalne i naruszałoby zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Deklaracja wykonawcy co do prawidłowego sposobu realizacji zamówienia wymagana jest już na etapie składania ofert i następcza jej zmiana w wyniku zastrzeżeń zgłoszonych przez Zamawiającego jest niezgodna z art. 84 ust. 1 ustawy Prawo

zamówień publicznych. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 30 czerwca 2015 r., sygn. KIO 1284/15 wskazano: „Odwołujący zmienił zawarte w treści oferty oświadczenie dotyczące kwestii podwykonawstwa. Tymczasem, wobec faktu, że Odwołujący nie dysponował certyfikatem do zgodnej z prawem realizacji zamówienia, nie można uznać, że kwestia podwykonawstwa miała charakter jedynie informacyjny. Wprowadzenie więc podwykonawcy dysponującego certyfikatem było zatem warunkiem *sine qua non* potwierdzenia, że Odwołujący w ogóle może wykonać przedmiot zamówienia w sposób przewidziany w SIWZ. Tym samym udział takiego podwykonawcy warunkował prawidłowość wykonania zamówienia. Zatem sam fakt podwykonawstwa i jego zakres miał istotne znaczenie, zatem stanowił istotną treść oferty.” O istotności powyższej niezgodności przesądza również fakt, iż skorzystanie z usług akredytowanego laboratorium stanowi istotny koszt realizacji zamówienia. Wykonawca już na etapie przygotowywania i wyceny oferty powinien dokonać odpowiedniego rozpoznania rynku w tym zakresie i uzyskać informację co do tego, które laboratoria posiadają akredytację na wymagany zakres badań i jakie są koszty ich przeprowadzenia. W szczególności dotyczy to sytuacji, w której wykonawcy zadeklarowali w ofercie wykonanie badań w potrójnej ilości w stosunku do minimalnej wymaganej liczby, uzyskując w tym kryterium maksymalną ilość punktów. Wymagane przez Zamawiającego akredytacje nie są powszechne i przeprowadzenie niektórych badań możliwe jest wyłącznie w ograniczonej liczbie akredytowanych laboratoriów na terenie kraju.
Prawidłowe i rzetelne przygotowanie oferty wymuszało zatem na wykonawcach zapewnienie sobie możliwości wykonania badań przewidzianych w opisie przedmiotu zamówienia i złożonej ofercie przez konkretne laboratoria posiadające wymagane akredytacje oraz uwzględnienie kosztów ponoszonych z tego tytułu w oferowanych cenach.
W szczególności uwzględnienie w cenie oferty kosztów wykonania zamówienia w sposób zgodny z zadeklarowanym kryterium oceny ofert powinno stanowić jeden z elementów podlegających wykazaniu w składanych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Koszt ten jest istotny dla oferowanego przez wykonawcę świadczenia i jego podanie oraz podanie nazwy laboratorium jest konieczne w celu umożliwienia Zamawiającemu weryfikacji adekwatności zaoferowanej ceny do wartości przedmiotu zamówienia i oceny zgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Zamawiający był zatem zobowiązany do weryfikacji wyjaśnień składanych przez wykonawców w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych również pod kątem tego, czy koszty wykonania badań kontrolnych zostały przewidziane i w wysokości adekwatnej do rynkowej ceny tego typu usług. W powyższym zakresie wyjaśnienia ceny złożone przez wykonawców mogą ponadto stanowić dowód potwierdzający niezgodność

oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co ujawniać się będzie poprzez brak uwzględnienia kosztów wykonania badań

lub też niewykazanie uwzględnienia ich na odpowiednio wysokim poziomie, bądź też założenia, że badania te będą wykonywane przez laboratorium, które nie posiada akredytacji na wszystkie z wymaganych badań (wyjaśnienia ceny zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i były niedostępne dla Odwołującego).
Niewskazanie przez Konsorcjum MP Mosty, ECM Group Polska S.A., Konsorcjum Koltech i Konsorcjum TFP powierzenia podwykonawcom realizacji zakresu polegającego na wykonaniu badań kontrolnych przez laboratoria posiadające stosowne akredytacje świadczy zarówno o tym, iż złożone przez tych wykonawców oferty nie spełniają przedmiotowego wymagania, jak również, iż zaoferowane przez nich ceny zostały zaniżone o koszty z tym związane, co w konsekwencji oznacza konieczność uznania ich za rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia.

III Stanowisko zamawiającego
Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołania.
Zamawiający wniósł o oddalenie odwołań i zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.
Wskazał, że w sprawie KIO 242/17 Odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia ze względu na to, że zajmuje dopiero czwartą pozycję w rankingu, a nie kwestionował pozostałych dwóch ofert. Interes, o którym mówi Odwołujący i przystępujący po jego stronie, jest przyszły i niepewny, a zarzuty będą mogły dotyczyć tylko uzupełnionych dokumentów dotyczących potwierdzenia braku podstaw wykluczenia.
Co do wniosku o odtajnienie pism Konsorcjum MP Mosty Zamawiający wskazał, iż konsorcjum to kilkukrotnie zastrzegało tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym także w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, kilkakrotnie wskazywało więc powody dokonywania tych zastrzeżeń. W zakresie pisma z 25 stycznia 2017 r. stwierdził, iż istotna jest nie data pisma, lecz wpływu do Zamawiającego, a ten, zgodnie z prezentatą, nastąpił 26 stycznia 2017 r., zatem i wpływ, i zastrzeżenie nastąpiło tego samego dnia.
Wskazał, że zarzut niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w odwołaniu dotyczy tylko podwykonawstwa, a nie braku wyceny usług laboratoryjnych.
W zakresie zarzutu dotyczącego nieuprawnionego poprawienia JEDZ stwierdza, iż żądał uzupełnienia dokumentów wskazanych w art. 25 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz innych niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, jak wynika z przepisu. Do oferty zostało dołączone zobowiązanie podmiotu trzeciego, jednak z braku wypełnienia rubryki dotyczącej podwykonawstwa, powodowało to wewnętrzną sprzeczność dokumentu, dlatego Zamawiający wezwał do jego uzupełnienia.
W odniesieniu do KRK dla prokurentów stwierdza, iż wzywał do uzupełnienia dokumentów powołując brzmienie przepisu. Wskazanie w rejestrze handlowym pełnomocników nie

stanowi jeszcze o prokurze, a Odwołujący powinien wykazać, że to pełnomocnictwo jest prokurą na gruncie prawa hiszpańskiego. Zdaniem Zamawiającego nie jest prokurą, ponieważ szczegółowo wskazano zakres umocowania.
Jego zdaniem dane dotyczące wynagrodzeń ze sprawy KIO 102/17 i KIO 110/17 są nieprzydatne w tym postępowaniu, ponieważ do każdej oferty sporządza się inną kalkulację.
Oceniając wyjaśnienia Konsorcjum MP Mosty Zamawiający uznał, że cena nie nosi znamion rażąco niskiej, a brał pod uwagę wartość obu kontraktów. W momencie składania ofert wykonawcy znali wartość robót budowlanych dla Kontraktu 2, w którym została zawarta umowa. Wartość robót budowlanych wynosi 29.097.640,50 zł netto, w tym 5.442.061,27 zł wartość obiektów inżynieryjnych oraz 293.387,50 zł wartość SRK. Natomiast dla Kontraktu 1 wartość robót budowlanych (szacunkowa) to 1.594.045.500 zł (netto), w tym obiektów inżynieryjnych 487.437.510 i SRK 247.532.000 zł, zatem stosunek wartości Kontraktu 2 do Kontraktu 1 jest mniejszy niż 2%. Wskaźnikowa wartość usług inżyniera kontraktu przy ich wycenie to 3-5% wartości robót budowlanych, zatem wartość Kontraktu 2 do Kontraktu 1 to powinno być około 2%. Jedynym elementem, który nie jest wspólny dla obu kontraktów, jest

wynagrodzenie personelu stałego oraz utrzymanie biura. Dlatego większość kosztów można było umieścić po stronie Kontraktu 1. Specyfikacja wskazywała, że personel dla Kontraktu 1 i 2 może być łączony za wyjątkiem personelu stałego. Personel stały został opisany na str. 10 opisu przedmiotu zamówienia i obejmuje 12 osób – są to osoby wskazane w pkt 1.2 na str. 4 odwołania, których wynagrodzenie Odwołujący obliczył na kwotę 870.800,00 zł netto.
Pomiędzy punktami 3.1.1 i 3.1.1.1 może rodzić się konflikt interpretacyjny co do konieczności posiadania personelu – Zamawiający w interpretacji podzielił stanowisko Konsorcjum MP Mosty.
W przywołanym wyroku KIO badano zakres pełnomocnictwa w odniesieniu do możliwości udzielania dalszych pełnomocnictw i w ramach tych rozważań stwierdzono, że charakter pełnomocnictwa udzielonego M. P.S. jest podobny do prokury. Wyrok ten nie odnosi się natomiast do składania dokumentów dla prokurenta.
Przystępujący zadeklarował udział spółki Ayesa w realizacji zamówienia, w tym delegowanie pracowników, natomiast ze względu na to, że udział ten nie jest możliwy bez zadeklarowania podwykonawstwa, Zamawiający uznał wezwanie za prawidłowe działanie.
Spór co do podwykonawców sprowadza się do tego, jak wypełnić JEDZ. Do podwykonawców zastosowanie ma nie tylko art. 36b ust. 1, ale też art. 36b ust. 1a, czy art. 36ba ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący pomija wskazanie zarówno w przepisach unijnych, jak i w samym JEDZ, że podwykonawców podaje się „o ile jest wiadomo".
W punkcie 24 IDW Zamawiający zawarł obowiązek złożenia programu zapewnienia jakości laboratorium, przyjął, że w ofercie nie ma obowiązku wskazywania nazwy laboratorium. Nie

ma jednego laboratorium z akredytacją na wszystkie badania. Z odpowiedzi na pytanie 42 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że wykonawca ma 21 dni od zawarcia umowy na przedstawienie planu zapewnienia jakości, natomiast nawet wtedy nie musi jeszcze przedstawiać umowy z laboratoriami.
Powtórzenie przepisu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia niczego nie zmienia, a Zamawiający właśnie ten przepis powtórzył. Art. 144 ust. 1e ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje na katalog istotnych zmian umowy, nie ma tam umowy o podwykonawstwo. Trudno przyjąć, że w zakresie podwykonawstwa nie można zmienić oferty, ale można zmienić umowę.

IV Ustalenia Izby
Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregokolwiek z odwołań, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący mają interes we wniesieniu swoich odwołań.
Interes taki należy przypisać również Odwołującemu – wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia TPF Sp. z o.o. i Getinsa Payma SL, pomimo tego, że, jak wskazano, zajmuje on czwartą pozycję w rankingu ofert, a zakwestionował jedynie ofertę pierwszą, ze względu na to, że w obecnym kształcie procedury, przy potwierdzeniu się zarzutów co do oferty obecnie wybranej, nie zamyka mu to drogi do kwestionowana ofert kolejnych wykonawców, którzy w takim wypadku dopiero, kolejno, zostaną poddani ewentualnemu dalszemu badaniu w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu. W jego następstwie mogą wystąpić podstawy do wykluczenia tych wykonawców. Przy swoim obecnym kształcie sama procedura udzielania zamówień została zdekoncentrowana i podzielona na etapy, zatem jej los muszą podzielić również środki odwoławcze.

W zakresie postawionych zarzutów Izba ustaliła przede wszystkim, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między Stronami.
Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępujących, w oparciu o stan faktyczny ustalony podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W odwołaniu o sygn. KIO 242/17 Odwołujący zarzucił postawił Zamawiającemu następujące zarzuty:
1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez Konsorcjum MP Mosty wyjaśnień i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum MP Mosty, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco

niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś Konsorcjum MP Mosty nie złożyło

wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum MP Mosty, pomimo iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia ze względu na brak określenia w ofercie zakresu podwykonawstwa oraz zmiany oferty w tym zakresie,
3. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum MP Mosty z postępowania, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał, że nie podlega wykluczeniu z postępowania, ewentualnie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu zaniechania wezwania do uzupełnienia brakujących dokumentów, ze względu na brak informacji z Krajowego Rejestru Karnego lub jej zagranicznego odpowiednika dla osób wskazanych w rejestrze handlowym jako pełnomocnicy,
4. naruszenie art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie ujawnienia wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum MP Mosty w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, pomimo iż Konsorcjum MP Mosty nie wykazało zasadności dokonanego zastrzeżenia.
Pozostałe dwa zarzuty (oznaczone nr 1 i 6) są jedynie konsekwencjami powyższych i nie mają samodzielnego bytu.

Spośród postawionych zarzutów Izba uwzględniła zarzut zaniechania ujawnienia wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum MP Mosty w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, uznając, że wykonawca ten nie wykazał zasadności dokonanego zastrzeżenia.
Na wstępie Izba wskazuje, iż Odwołujący powoływał dwa pisma: datowane na 15 listopada 2016 r. oraz 25 stycznia 2017 r. W aktach sprawy znajduje się jednak również pismo z 5 grudnia 2016 r. przesłane w odpowiedzi na wezwanie z 29 listopada 2016 r., dotyczące głównie podziału wynagrodzenia pomiędzy etap 1 i 2 oraz sposobu obliczenia kosztów laboratoryjnych, które również zostało objęte badaniem Izby jako objęte zarzutem „zaniechania ujawnienia wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych”.
Po zapoznaniu się z treścią ww. wyjaśnień Izba stwierdziła, iż nie znalazła w nich treści, które mogłaby zakwalifikować jako tajemnicę przedsiębiorstwa.
Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne

informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Jedną z kluczowych zasad zamówień publicznych jest ich jawność, która stanowi jedno z narzędzi i gwarancji zachowania w postępowaniu zarówno uczciwej konkurencji, jak i jego przejrzystości, a tym samym narzędzie budowania zaufania do systemu zamówień publicznych, jaki i działania państwa.
Znalazła ona swój wyraz w przepisach art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Art. 8 ust. 1 i 2 stanowią bowiem, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (nowo dodany ust. 2a jest tu nieistotny). Ustęp 3. art. 8 wskazuje w dalszej kolejności, iż „nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się

odpowiednio do konkursu."
Pomimo braku takiego wskazania w ww. przepisie te same zasady stosuje się także do innych niż oferta i wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, dokumentów składanych przez wykonawców, w tym wyjaśnień dotyczących ceny. Nie ulega bowiem wątpliwości, że także inne składane w postepowaniu dokumenty, w tym udzielane przez wykonawców wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny, mogą zawierać tego typu wrażliwe informacje. Jednak nie oznacza to, że każde wyjaśnienia automatycznie taką tajemnicę zawierają – każdorazowo zależy to od ich treści i znaczenia, a także, z przyczyn formalnych, czy taka tajemnica zostanie zastrzeżona i czy zostanie zastrzeżona prawidłowo.
Ustawodawca, chcąc ukrócić nadmierne i nieuzasadnione zastrzeganie przez wykonawców wszelkich informacji, które nie mają przymiotu tajemnicy, wskazał w ww. przepisie, że samo zastrzeżenie udostępniania informacji nie jest wystarczające, lecz wykonawca każdorazowo musi uzasadnić – i to w sposób kwalifikowany, gdyż wręcz „wykazać" – iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.
Przede wszystkim Izba stwierdziła, że Przystępujący – Konsorcjum MP Mosty nie wykazało, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zawarte na wstępie każdego z tych pism akapity (w jednym przypadku osobne pismo z 26 stycznia 2017 r., ale o podobnej treści i objętości) zawierają jedynie ogólnikowe stwierdzenia o „niewątpliwej wartości gospodarczej" wyjaśnień i „cennym źródle informacji dla konkurentów", których w żadnym wypadku nie można uznać za „wykazanie" wystąpienia tajemnicy

przedsiębiorstwa, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przy czym Izba podkreśla, iż drugorzędna jest tu sama obszerność uzasadnienia, wobec braku jego wartości merytorycznej.
Zresztą sam brak koncepcji na uzasadnienie zastrzeżenia nie jest nieoczekiwany, ze względu na to, że w samych wyjaśnieniach nie występują informacje, które nosiłyby znamiona tajemnicy przedsiębiorstwa.

W piśmie z 15 listopada 2016 r. część „opisowa" koncentruje się bowiem wokół „uprzejmej informacji", że cena obejmuje pełen zakres przedmiotu zamówienia, jest realna i mieści się w zakresie cen oferowanych na rynku usług konsultingowych w ostatnim roku, a wykonawca nie poniesie straty, lecz osiągnie zysk, a także licznych cytatów z orzecznictwa. Co do załączników do pisma, są to:
1) Tabele zawierające zestawienie wynagrodzenia pracowników, w których nie znajdują się żadne informacje, które nie mogłyby się znaleźć w kosztorysach czy formularzach cenowych, jeśli Zamawiający by takie przygotował. Brak też informacji, na jakich konkretnie warunkach zostaną zatrudnione te osoby, które to ustalenia przecież mają znaczący wpływ na wynagrodzenie. Należy też zauważyć, że w kosztorysach wykonania robót budowlanych, które tradycyjnie są załączane do ofert i są jawne, podaje się znacznie bardziej szczegółowe zakresy informacji o sposobie obliczenia ceny i nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa. Co więcej, z doświadczenia Izby wynika, że wykonawcy tego typu informacje utajniają, ujawniają, omawiają itd., kiedy jest to wygodne dla ich sytuacji w postępowaniu przetargowym czy też postępowaniu odwoławczym (tak było również podczas niniejszej rozprawy, w której Strony i Przystępujący posługiwali się danymi tego typu ujawnionymi w innym postępowaniu). Oznacza to jednak, że przedmiotowe informacje właśnie nie mają charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa, która powinna mieć jednak wymiar bardziej obiektywny. Powyższe uwagi dotyczą również pozostałych dokumentów, nie będą jednak powtarzane. Uzyskania przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa nie powoduje również fakt, że ich wyjawienie w dalszej konsekwencji może stanowić podstawę do stwierdzenia, ze oferta zawiera rażąco niską cenę lub w inny sposób jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego, co spowoduje odrzucenie tej oferty i szkodę w postaci nieuzyskania zamówienia. Odrzucenie oferty wobec jej wad wskazanych w art. 89 ust. 1 i art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest bowiem obowiązkiem ustawowym zamawiającego i taka oferta nie może podlegać „ochronie" przed zaistnieniem konsekwencji prawnych tych przepisów.
Należy także podkreślić, że Izba, w przywoływanym uzasadnieniu w sprawie KIO 102/17 i KIO 110/17 trafnie zauważyła, że trudno wskazać na przymiot tajemnicy czy szczególnych informacji znanych tylko danemu wykonawcy, jeśli podkreśla on, ze oferowane ceny są

w istocie „cenami rynkowymi". Ceny rynkowe mają bowiem to do siebie, że są znane na rynku, gdyż ten rynek kształtują i są przez niego kształtowane, dotyczą też ze swojej istoty wielu przedsiębiorców na tym rynku występujących.
Poza tym trzeba podkreślić, że gdyby poszczególne ceny jednostkowe czy cząstkowe, którymi wykonawcy posługują się w danym postępowaniu miały tak uniwersalny wymiar dla ich sytuacji na rynku, to w każdym postepowaniu kolejność wykonawców w rankingu ofert byłaby taka sama – a tak nie jest. Dowodzi to więc raczej faktu, ze poszczególne ceny ofert w poszczególnych postępowaniach mają wymiar jednostkowy (realizujący się tylko w danym, konkretnym przetargu) i pomimo ich znajomości przez konkurentów, w następstwie ich poznania (nawet jeśli poznają cały kosztorys szczegółowy), konkurenci ci nie są – tylko na tej podstawie – w stanie wygrać kolejnego przetargu.
2) Tabela zawierająca zestawienie cen badań laboratoryjnych – Konsorcjum MP Mosty nie wykazało, że są to ceny odbiegające od określonych w standardowym cenniku laboratorium, które są oferowane w innej wysokości niż pozostałym konkurentom. Także lista laboratoriów posiadających akredytacje do danego typu badań jest wykonawcom ogólnie znana. Podobnie jak w przypadku personelu, taka wycena badań mogłyby się znaleźć w kosztorysie/formularzu cenowy, którego Zamawiający żądałby do oferty. Co więcej, podczas rozprawy Przystępujący – Konsorcjum MP Mosty oświadczył, że niekoniecznie będzie korzystał z usług konkretnego laboratorium i za ceny uzyskane w chwili składania oferty. Trudno więc tu mówić o ochronie danych o źródłach pozyskiwania towarów i usług oraz ich cen.
3) Informacja o koszcie ubezpieczeń – nie wskazano w niej żadnych konkretnych informacji ani o ubezpieczycielu, ani warunkach ubezpieczenia (które przecież kształtują cenę), a same oferowane ceny usługi są jedynie szacunkowe. Także sama informacja, z którego brokera ubezpieczeniowego korzysta wykonawca, nie wydaje się znacząca – trudno założyć, że jest to jedyny broker, który jest w stanie uzyskać oferty znacznie korzystniejsze niż jego konkurenci. Poza tym nie są to koszty, które stanowią istotę konkurencji cenowej pomiędzy wykonawcami.

W piśmie z 25 stycznia 2017 r. część „opisowa" to w zasadzie pismo przewodnie. Załączniki w postaci pisma firmy Ayesa – w części ogólnej nie zawiera żadnych konkretnych danych, za jaki konkretny zakres zamówienia została zaoferowana ta cena (samo określenie „ok. 60%" zamówienia czy kwoty zamówienia nie stanowi kompletnie o niczym). Co do tabel zawierających zestawienie wynagrodzenia pracowników, to odnoszą się do nich uwagi przedstawione w punkcie 1) powyżej.

W piśmie z 5 grudnia 2016 r. wyjaśnienia dotyczące kalkulacji są ogólne, odnoszą się generalnie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, doświadczenia wykonawcy w kalkulowaniu cen i jego deklaracji o ich poprawności, kwestii, o których mówiono podczas rozprawy. Co do załączników:
1) oferta najmu lokalu – jest miejscowo powiązana z siedzibą konsorcjanta Konsorcjum MP Mosty i nie ma waloru ogólnego, aby mogła posłużyć innym wykonawcom,
2) wyjaśnienia laboratorium dotyczące wskazanych przez Zamawiającego kwestii dotyczących wyceny – zawierają jedynie detale dotyczące dokonanej wyceny,
3) powtarzają się załączniki dotyczące personelu oraz badań laboratoryjnych (ewentualnie z korektami),
4) wyjaśnienia brokera ubezpieczeniowego – nic istotnego nie wnoszą.
W związku z powyższym Izba stwierdziła, że powyższe informacje nie należą do kategorii informacji podlegających ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba wskazuje także, że skoro wyjaśnienia nie zawierają tajemnicy przedsiębiorstwa, to tym samym nie mogą jej zawierać także wezwania do wyjaśnień. Zamawiający powinien zastanowić się także, czy pozostałe zastrzeżone informacje rzeczywiście powinny pozostać zastrzeżone. Ponadto rację ma Odwołujący, że zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa podlegają informacje, a nie dokumenty, a zatem wadliwe jest zastrzeganie całości dokumentów, jeśli niektóre części dokumentów nie są informacjami, w stosunku do których

zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce. Zastrzeganie informacji jest wyjątkiem od reguły jawności, zatem powinno ono mieć możliwie jak najmniejszy rozmiar, tj. nawet jedynie poszczególne, pojedyncze nazwy, liczby czy inne dane.
Poza tym, w ramach powtarzanej przez wykonawców argumentacji o podkupowaniu personelu, podwykonawców itd., warto zwrócić uwagę, że po pierwsze – argument o łatwości podkupienia stoi w opozycji do oświadczenia o dysponowaniu daną osobą, podmiotem, sprzętem itd., gdyż widocznie więź obligacyjna, na którą powołuje się wykonawca, nie jest wystarczająca, by wykonawca mógł nimi dysponować na potrzeby realizacji zamówienia. Po drugie, w takiej sytuacji może okazać się, że swoje zastosowanie znajdzie przepis art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Prawo zamówień publicznych mówiący o zakłócaniu konkurencji między wykonawcami.

Co do zarzutu wystąpienia w ofercie Konsorcjum MP Mosty rażąco niskiej ceny, a także nieprawidłowego złożenia przez tego wykonawcę wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ich nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum MP Mosty, Izba stwierdziła, iż zarzut ten trudno poddać ocenie, skoro Odwołujący w ogóle nie miał dostępu do

przedmiotowych wyjaśnień, a tym samym w ogóle ich nie widział, co, jak Izba stwierdziła powyżej, nastąpiło z powodu ich nieuprawnionego nieujawnienia przez Zamawiającego. zarzut zaś, czy to naruszenia art. 90 ust. 3, czy też art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, w sposób konieczny musi brać swój początek w wyjaśnieniach z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym Odwołujący, bez odniesienia do realnej, a nie jedynie „podejrzewanej" przez siebie treści tych wyjaśnień, nie mógł prawidłowo sformułować zarzutów. Taki stan rzeczy przeczy podstawom ustanowienia środków odwoławczych.
W związku z powyższym, zgodnie z wnioskiem sformułowanym podczas rozprawy, Izba uznała ten zarzut za przedwczesny, który będzie mógł być sformułowany po uzyskaniu możliwości zapoznania się z przedmiotowymi wyjaśnieniami.

Co do zarzutu zaniechania wykluczenia Konsorcjum MP Mosty z postępowania ze względu na brak przedstawienia informacji z Krajowego Rejestru Karnego lub jej zagranicznego odpowiednika dla osób wskazanych w rejestrze handlowym Ayesa Ingeniería y Arquitectura SA (tj. podmiotu, na którego zdolnościach Konsorcjum MP Mosty polega) jako pełnomocnicy, tj. El E.N.Ch.C. oraz A.M. Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się.
Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 13. Wykluczeniu podlega także wykonawca, który nie wykaże spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia (art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych).
Z art. 22a ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że w przypadku, gdy wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, zamawiający bada, czy wobec tego podmiotu nie zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5. Na konieczność złożenia przez wykonawcę stosownych dokumentów w tym zakresie (m.in. JEDZ) wskazuje art. 25a ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Prokura została zdefiniowana w art. 109 1 Kodeksu cywilnego: „§ 1. Prokura jest pełnomocnictwem udzielonym przez przedsiębiorcę podlegającego obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców, które obejmuje umocowanie do czynności sądowych i pozasądowych, jakie są związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa. § 2. Nie można ograniczyć prokury ze skutkiem wobec osób trzecich, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej."

Po pierwsze, pomimo szerokiego zakresu uprawnień udzielonego E.E.N.Ch.C. oraz A.M. jako pełnomocnikom spółki (opisanych na str. 1181-1192 akt postępowania przetargowego) oraz wskazania ich w rejestrze handlowym, nie odpowiada on pojęciu prokury w rozumieniu art. 109 1 Kodeksu cywilnego.
Po drugie, nawet gdyby uznać, że wykonawca ten powinien przedstawić takie dokumenty dla tych osób, powinien on zostać do tego wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 jest wezwaniem odrębnym od wezwania w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, którego dokonał Zamawiający). Co więcej – nawet gdyby takie wezwanie do uzupełnienia dokumentów już zostało do wykonawcy skierowane, w ocenie Izby, nie można by go uznać za prawidłowe, jeśli nie wskazywało dokumentów imiennie dla tych osób. W przypadku bowiem wezwania jedynie ogólnego, takie wezwanie byłoby nieczytelne dla wykonawcy – nie ma bowiem w tym zakresie ani wyraźnego odniesienia w przepisie (jest tam mowa tylko o prokurencie, a nie pełnomocniku przedsiębiorcy zagranicznego ujawnionym w rejestrze), ani utartej praktyki. W obecnym stanie faktycznym Izba nie widzi jednak podstaw do wzywania wykonawcy do przedstawienia wskazywanych informacji o niekaralności ww. pełnomocników.

Co do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum MP Mosty, pomimo iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia ze względu na brak określenia w ofercie zakresu podwykonawstwa – zarzut ten zostanie omówiony razem z kolejnym zarzutem dotyczącym kwestii podwykonawstwa i wypełniania Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia.

Zarzut Odwołującego – Konsorcjum Safege S.A.S. i BBF Sp. z o.o. odnosi się do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców: Konsorcjum MP MOSTY, ECM Group Polska S.A., Konsorcjum KOLTECH i Konsorcjum TFP jako niezgodnych ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia ze względu na brak wskazania w nich jako podwykonawców laboratoriów badawczych, które przeprowadzą badania bezwzględnie wymagane przez Zamawiającego. W konsekwencji braku uwzględnienia tych badań w ofertach, ich ceny zostały zaniżone o koszty konieczne do poniesienia w związku z wymaganiem przeprowadzenia przez te laboratoria obowiązkowych badań.

Zgodnie z art. 2 pkt 9b ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez umowę o podwykonawstwo należy rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawartą między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym

podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami.
Wzajemne stosunki pomiędzy zamawiający a wykonawcą i podwykonawcą zostały opisane także w art. 36a i następnych ustawy Prawo zamówień publicznych:
Art. 36a. 1 Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.
2. Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę:
1) kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi; 2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.
Art. 36b. 1. Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców.
1a. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego, zamawiający żąda, aby przed przystąpieniem do wykonania zamówienia wykonawca, o ile są już znane, podał nazwy albo imiona i nazwiska oraz dane kontaktowe podwykonawców i osób do kontaktu z nimi, zaangażowanych w takie roboty budowlane lub usługi. Wykonawca zawiadamia zamawiającego o wszelkich zmianach danych, o których mowa w zdaniu pierwszym, w trakcie realizacji zamówienia, a także przekazuje informacje na temat nowych podwykonawców, którym w późniejszym okresie zamierza powierzyć realizację robót budowlanych lub usług.

1b. Zamawiający może żądać informacji, o których mowa w ust. 1a, w przypadku zamówień na dostawy, usługi inne niż dotyczące usług, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego, lub zamówień od dostawców uczestniczących w realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi.
2. Jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 22a ust. 1, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, lub kryteriów selekcji, wykonawca jest obowiązany wykazać zamawiającemu, że proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż podwykonawca, na którego zasoby wykonawca powoływał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia.
Art. 36ba. 1. Jeżeli powierzenie podwykonawcy wykonania części zamówienia na roboty budowlane lub usługi następuje w trakcie jego realizacji, wykonawca na żądanie zamawiającego przedstawia oświadczenie, o którym mowa w art. 25a ust. 1, lub oświadczenia lub dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia wobec tego podwykonawcy.

2. Jeżeli zamawiający stwierdzi, że wobec danego podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, wykonawca obowiązany jest zastąpić tego podwykonawcę lub zrezygnować z powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.
3. Przepisy ust. 1 i 2 stosuje się wobec dalszych podwykonawców, jeżeli zamawiający przewidział to w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
4. Powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcom nie zwalnia wykonawcy z odpowiedzialności za należyte wykonanie tego zamówienia.

Spór w niniejszej sprawie koncentruje się wokół kwestii kwalifikacji usług laboratorium jako podwykonawstwa lub też nie, oraz charakteru tej deklaracji w ofercie.
Izba nie ma bowiem wątpliwości – na którą to okoliczność zresztą wskazywali wszyscy Przystępujący oraz Zamawiający – że wykonawcy w swoich ofertach ujęli – zarówno w zakresie zamówienia, jak i w kosztach – usługi badań prowadzonych przez akredytowane laboratoria, taki bowiem był bezwzględny wymóg Zamawiającego. Co więcej, wymóg ten był trudny do przeoczenia ze względu na to, że stanowił jedno z kryteriów oceny ofert. Zatem tłumaczenie powodu braku wskazania w ofercie laboratoriów jako podwykonawców tym, że wykonawcy nie uważali ich za podwykonawców, lecz odrębne i niezależne w swoim działaniu podmioty, Izba uznała za racjonalny i zgodny z doświadczeniem życiowym. Rzeczywiście, odpowiedź co do prawidłowej kwalifikacji funkcji tych podmiotów nie jest prosta, ma tu bowiem miejsce konflikt sposobu postrzegania osoby podwykonawcy pomiędzy jego zwyczajowym znaczeniem a szeroką definicją podwykonawstwa zawartą w art. 2 pkt 9a ustawy Prawo zamówień publicznych (przytoczoną powyżej) – pomijając już nawet kwestię formalną pisemności umowy pomiędzy wykonawcą a laboratorium. Z jednej strony bowiem przedmiotowe badania są jednym z wymogów Zamawiającego zawartych |w opisie przedmiotu zamówienia i częścią zadania inżyniera kontraktu, zatem zasadniczo ich wykonanie jest „podwykonaniem" części jego usługi. Z drugiej strony jednak laboratorium badawcze, zwłaszcza akredytowane, postrzegane jest jako podmiot o charakterze eksperckim, a czasami nawet niejako „urzędowym"; niezależny od wykonawcy, któremu ten wykonawca może co prawda zlecić wykonanie usługi, ale na sposób jej wykonania, zwłaszcza przebieg i efekt badań wpływać nie może.
Każdy z wykonawców i zamawiających może nadać inną (stosunkowo większą lub mniejszą) wagę każdej z tych cech laboratorium, a także inaczej ukształtować z nim stosunek obligacyjny, w związku z powyższym trudno jednoznacznie powiedzieć, że któraś z tych opcji jest wyłącznie prawidłowa lub wyłącznie nieprawidłowa i tylko uznanie laboratorium za podwykonawcę lub nie-podwykonawcę jest wyłącznie słuszne. Zdaniem Izby, jeśli wykonawca wskazał laboratoria jako podwykonawców, nie popełnił błędu, ale także jeśli nie wskazał, nie musi tej deklaracji korygować (uzupełniać JEDZ). Najistotniejsze jest bowiem to,

że usługi laboratorium zostały w ofertach przewidziane, zatem zmiana przysłowiowej kratki, w której zostanie postawiony krzyżyk, jest wyłącznie zmianą techniczną. Na przyszłość

jednak, w celu uniknięcia nieporozumień, Zamawiający w IDW mógłby wskazywać, jak wykonawcy powinni zakwalifikować takie usługi laboratoryjne.

Co do samego wskazywania w JEDZ podwykonawców, to rzeczywiście, takie wskazanie stanowi przedmiotową część (treść) oferty. Jednak, czy ma ono charakter raczej informacyjny, czy też obligacyjny i istotny, zależy od sytuacji w danym postępowaniu, zwłaszcza postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
Należy bowiem zwrócić uwagę, że art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego wskazuje na „istotne" postanowienia przyszłej umowy.
Owszem, z założenia, jeśli sam wykonawca nie potrafi, nie chce lub nie ma czasu samodzielnie wykonać zamówienia, podwykonawca, czyli podmiot, który faktycznie wykona dane prace, może być dla zamawiającego, inwestora itd. istotny, zwłaszcza, jeśli odpowiada on solidarnie za zapłatę temu podwykonawcy wynagrodzenia. Także, oceniając potencjał wykonawcy i jego dotychczasowe dokonania, w idealnej sytuacji, zamawiający powinien badać cały zespól, który będzie zamówienie wykonywał: samego wykonawcę, jego podwykonawców i podpodwykonawców, podmioty trzecie, personel, kluczowy sprzęt itd., a oferta już na etapie jej złożenia powinna być kompletna, przemyślana i dopracowana także pod tym kątem, a następnie zadeklarowany sposób wykonania zamówienia niezmienny w trakcie realizacji. W takiej sytuacji zamawiający rzeczywiście jest w stanie tę ofertę rzetelnie ocenić i wybrać najlepszą. Do takiej też sytuacji, zdaje się, w swoich poglądach odniósł się Sąd Okręgowy w Warszawie.
Jednak powszechnie wiadomo, że rzeczywistość wygląda zupełnie odmiennie, m.in. występuje rotacja podwykonawców i podpodwykonawców, podwykonawcy przystępują do pracy na różnych etapach realizacji, nie zawsze w sposób wcześniej zaplanowany, a także często pojawia się ich bardzo duża liczba w jednej inwestycji – czego orzecznictwo i praktyka nie może nie wziąć pod uwagę odnosząc się do składanych ofert. Dlatego już w samych przepisach i JEDZ pojawiają się zastrzeżenia typu: „ o ile wiadomo".
Wskazuje to na to, że wymóg podania podwykonawców zawarty w art. 36b ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie jest tak bezwzględny, jak by to wynika bezpośrednio z jego brzmienia i musi być interpretowany w kontekście innych przepisów. (Zresztą i same przepisy nie zostały do końca uporządkowane, pomieszany jest w nich etap składania oferty i etap realizacji zamówienia).
Co do istotności deklaracji co do podwykonawcy dla oferty – jak wskazano, taki istotny charakter może jej nadać zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia

zawierając tam różne nakazy, zakazy i wymogi dotyczące tych podwykonawców, czy różnego typu postanowienia umowne.

Jednak w większości specyfikacji takich szczególnych wymogów nie ma, a żądanie podania podwykonawców jest jedynie automatyczną realizacją wymogu art. 36b ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i sami zamawiający niekoniecznie byliby w stanie wyjaśnić, po co im ta wiedza. Wykonawcy też sami mogą kształtować zakres podwykonawstwa: jego rozmiar, zakres rzeczowy, osoby podwykonawców itd., a zamawiający w to nie ingeruje, a nawet gdyby chciał, najczęściej nie ma podstaw prawnych. Tym samym wątpliwe jest, czy z tego punktu widzenia część oferty dotyczącą podwykonawców można uznać za „istotną" dla oferty i przyszłej umowy z przedmiotowego czy podmiotowego punktu widzenia. Tym samym również jej korekta w tym zakresie może być zakwalifikowana jako niezbyt istotna, a często służąca wręcz wypełnieniu niezbędnych formalności (np. prawidłowemu wypełnieniu JEDZ), a nie dająca wyraz woli stron.

Dodatkowo, Izba uważa, że w swoim rozstrzygnięciu powinna wziąć pod uwagę także obecne realia panujące na rynku zamówień publicznych, czyli dużą dezorientację wykonawców i zamawiających związaną ze zmianą przepisów i procedur, w tym wprowadzonym dokumentem JEDZ i trudnościami z jego prawidłowym wypełnieniem i zdarzającymi się w związku z tym wątpliwościami i pomyłkami. Zatem tymczasowo niektóre błędy – zgodnie z rzeczywistym stanem faktycznym – mogą być uznawane za omyłki w interpretacji wymogów lub w wyrażeniu swojego oświadczenia woli spowodowane tymi zmianami, a nie rzeczywistą wolą wykonawcy. Należy bowiem zauważyć, że ustawodawca w art. 65 Kodeksu cywilnego nie bez powodu – lecz z doświadczenia życiowego – wskazał

na takie okoliczności jak zamiar i ustalone zwyczaje.
Dotychczasowe przyzwyczajenia oraz praktyka bowiem w największym stopniu kształtują zachowanie podmiotów – kierują się oni tym, co już wcześniej zostało zaakceptowane jako poprawne; przy zmianach ta pewność działania ulega pewnemu zaburzeniu wpływającemu też na pewność obrotu, dlatego w miarę możliwości należy minimalizować negatywne skutki okresu przejściowego.

Wobec powyższego Izba uznała, że Konsorcjum MP Mosty w przygotowanym dokumencie JEDZ w zakresie firmy Ayesa i jej udziału w realizacji zamówienia, wypełniając ten dokument, po prostu nie wzięło pod uwagę skutków zmiany wprowadzonej art. 22a ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i wzajemnego powiązania poszczególnych punktów JEDZ (zdaniem Izby, gdyby to zauważyło, od początku inaczej wypełniłoby ten dokument) i po zwróceniu na ten fakt uwagi przez Zamawiającego, nie tyle zmieniło swoją wolę co do

wykorzystania tej spółki w realizacji zamówienia, co skorygowało błędny sposób wypełnienia JEDZ.
Tym samym Izba uznała, że w niniejszym przypadku działanie wykonawcy można zakwalifikować nie jako stanowiące o niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy zmianą treści oferty, co korektą błędnego wyrażenia woli. Uwzględniając odwołanie o sygn. akt KIO 242/17 Izba uznała, że uwzględnienie to może mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż potencjalnie może doprowadzić do odrzucenia wybranej oferty, zatem zachodzi sytuacja wskazana w art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 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 z późn. zm.).

Przewodniczący: ……...…

……...…

……...…