

**WYROK**

**z dnia 14 października 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Honorata Łopianowska**

**Protokolant: Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 18 września 2014 r., 19 września 2014 r., 30 września 2014 r., 1 października 2014 r., 8 października 2014 r. oraz 9 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 września 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego FB Serwis S.A. oraz CESPА Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A., w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego czynności wykonuje Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie Oddział w Krakowie, przy udziale:

- 1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego R. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe MADROCAR R. M., ReDrog s.c. B. K. & W. K. oraz W. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ZPUH W. K. ReDrog;
- 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego M. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Transportu i Budowy Dróg M. B. w Jarosławcu oraz Bridge System spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowie,

przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego FB Serwis S.A. oraz CESPА Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr [słownie: dwudziestu tysięcy złotych, zero groszy]

uiszczoną przez Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego FB Serwis S.A. oraz CESPА Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A. tytułem wpisu od odwołania.

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

**Skład orzekający:**

**Sygn. akt: KIO 1831/14**

## UZASADNIENIE

I. Zamawiający – Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, reprezentowany przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„Kompleksowe [bieżące i zimowe] utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon Kraków i Rejon Tarnów Oddziału w Krakowie GDDKiA*

*w latach 2014-2018”* w podziale na dwie części. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. Zamawiający, w zakresie części 2 dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego R. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe MADROCAR R. M., ReDrog s.c. B. K. & W. K. oraz W. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ZPUH W. K. ReDrog [w dalszej części: Konsorcjum MADROCAR].

III. Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego FB Serwis S.A. oraz CESPА Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A., w dniu 5 września 2014 r. złożyli w zakresie części 2 zamówienia, odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

1) odrzucenia oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego,

2) zaniechania wezwania Odwołującego do ponownego wyjaśnienia oferty pomimo, iż po stronie Zamawiającego istniały wątpliwości co do interpretacji tej oferty, co w konsekwencji doprowadziło do nieuzasadnionego odrzucenia oferty Odwołującego,

3) dokonanego wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie: R. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „M. R. Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe "MADROCAR", B. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „B. K. ReDrog” jako wspólnik spółki cywilnej „ReDrog” s.c. B. K. & W. K., W. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „W. K. ReDrog” jako wspólnik spółki cywilnej „ReDrog” s.c. B. K. & W. K. [Konsorcjum MADROCAR] jako najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy to oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący postawili zarzuty naruszenia:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, poprzez bezpodstawne przyjęcie, że oferta ta nie jest zgodna z obowiązującą w postępowaniu Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia [SIWZ],
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [tekst jednolity: Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503, ze zm. – UZNK], poprzez bezpodstawne przyjęcie, że złożenie oferty przez Odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów powołanej ustawy,
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy poprzez bezpodstawne przyjęcie, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego potencjału kadrowego, tj. osoby wskazanej przez Odwołującego na stanowisko koordynatora bieżącego i zimowego utrzymania dróg,
- 4) art. 87 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty,
- 5) art. 26 ust. 4 ustawy, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do przedstawienia wyjaśnień w zakresie doświadczenia osoby wskazanej przez Odwołującego na stanowisko koordynatora bieżącego i zimowego utrzymania dróg,
6. art. 91 ust. 1 ustawy, poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum MADROCAR jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo, iż ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ pozostaje oferta Odwołującego.

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

- 1) unieważnienia jego czynności z 27 sierpnia 2014 r. dotyczącej wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2) dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 3) zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że ofertę na część 2 zamówienia złożył Odwołujący, przy czym jedynym kryterium oceny ofert w postępowaniu była cena ofertowa. Odwołujący zaoferował wykonanie części zamówienia w zakresie części 2 za cenę brutto 91.968.479,73 zł, natomiast Konsorcjum MADROCAR za cenę 92.593.344,74 zł. W dniu 25 lipca 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90

ust. 1 ustawy, w związku z podejrzeniem złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponadto Zamawiający prosił o przedstawienie szczegółowych kalkulacji odnoszących się do wskazanych pozycji kosztorysowych. Dodatkowo, wątpliwości Zamawiającego wzbudził fakt, że Odwołujący w swojej ofercie dla grupy robót nr 10b, podał ceny jednostkowe za poszczególne czynności zimowego utrzymania dróg w jednakowej wysokości. W dniu 7 sierpnia 2014 r. wykonawca przedstawił Zamawiającemu stosowne wyjaśnienia, jednocześnie zastrzegł ich treść, zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Przedstawił w tym zakresie także stosowne uzasadnienie. Zamawiający w żaden sposób nie kwestionował skuteczności zastrzeżenia przez Odwołującego informacji zawartych w wyjaśnieniach jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Jednocześnie w dniu 25 lipca 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy m. in. do uzupełnienia Formularza 3.4 zawierającego informacje umożliwiające Zamawiającemu zweryfikowanie czy wskazana przez Odwołującego pierwotnie w treści oferty osoba na stanowisko koordynatora bieżącego i zimowego utrzymania dróg spełnia wymogi wskazane w SIWZ. W odpowiedzi na wezwanie, Odwołujący uzupełnił żądane dokumenty w dniu 31 lipca 2014 r., w szczególności złożył uzupełniony Formularz, w którym do pełnienia funkcji koordynatora bieżącego i zimowego utrzymania dróg wskazał inną osobę, jednocześnie zastrzegając treść uzupełnianych na żądanie Zamawiającego dokumentów na podstawie art. 8 ust. 1 ustawy w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jako tajemnicę przedsiębiorstwa jako tajemnicę przedsiębiorstwa, przedstawiając w tym zakresie stosowne uzasadnienie. Zamawiający w żaden sposób nie kwestionował skuteczności zastrzeżenia przez Odwołującego informacji zawartych w wyjaśnieniach jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W dniu 27 sierpnia 2014 r. Zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty w części 2 zamówienia oferty Konsorcjum Madrocar. W tym samym piśmie, Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy. Szczegółowe informacje dotyczące przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego zostały przesłane do Odwołującego w dniu 27 sierpnia 2014 r. odrębnym pismem, z uwagi na zastrzeżenie przez Odwołującego informacji, do których odnosiło się to uzasadnienie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W treści szczegółowego uzasadnienia przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że: w odniesieniu do podstawy odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy, Odwołujący nie różnicując ceny jednostkowej w grupie robót nr 10b [zimowe utrzymanie dróg] dla poszczególnych rodzajów dróg ze względu na ilość

sprzętów, materiałów, oraz innych czynności, naruszył obowiązującą w postępowaniu SIWZ. Według Zamawiającego, warunkiem koniecznym do uznania prawidłowej i rzetelnej kalkulacji cen jednostkowych dla poszczególnych rodzajów dróg było ich zróżnicowanie w zależności od rodzaju drogi. Zamawiający wskazał też, że inni wykonawcy zróżnicowali ceny jednostkowe dla poszczególnych rodzajów dróg, czego nie uczynił Odwołujący. Ponadto, Zamawiający wskazał, że zgodnie z § 5 Istotnych postanowień umowy, wynagrodzenie należne wykonawcy miało się opierać o faktyczny nakład robót, przyjęty na podstawie rzetelnie wycenionych cen jednostkowych. Zamawiający uznał, że ceny jednostkowe dla grupy robót nr 10b [zimowe utrzymanie dróg] zostały skalkulowane przez Odwołującego niezgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ, co przesądza o niezgodności treści oferty Odwołującego z SIWZ i skutkuje odrzuceniem tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy. Zamawiający podał, że odniesieniu do podstawy odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust 1 pkt 1) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, że sposób kształtowania ceny oferty przyjęty przez Odwołującego narusza interesy innych przedsiębiorców poprzez utrudnianie im dostępu do rynku usług drogowych.

W odniesieniu do podstawy odrzucenia oferty z art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy, Zamawiający podał, że osoba wskazana przez Odwołującego na funkcję koordynatora bieżącego i zimowego utrzymania dróg nie spełnia wymagań przewidzianych w postanowieniach SIWZ. Zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia informacji zamieszczonych przez Odwołującego w treści Formularza 3.4 złożonego Zamawiającemu w dniu 31 lipca 2014 r., Zamawiający skontaktował się z Rejonami GDDKiA wskazanymi w formularzu i uzyskał informację, że wskazana osoba nie pełniła funkcji Koordynatora lub osoby mającej bezpośredni kontakt z zamawiającym we wskazanych zadaniach a jedynie podpisywała umowę.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:

**[1] w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy:**

Oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu na podstawie tego przepisu, gdyż jej treść w pełni odpowiadała treści SIWZ. Wszystkie wymagane przez SIWZ elementy zostały w ofercie Odwołującego uwzględnione. Odrzucenie zgodnej z treścią SIWZ oferty Odwołującego zostało dokonane wskutek przyjęcia rozszerzającej, nieznajdującej jakiegokolwiek uzasadnienia w przepisach prawa interpretacji przepisów. Zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej, przesłanek do odrzucenia oferty, zawartych w art. 89 ust. 1 ustawy [w tym także art. 89 ust 1 pkt 2) ustawy] nie można

interpretować rozszerzająco, a zamawiający nie może - odrzucając ofertę - opierać się na ewentualnych przypuszczeniach, gdyż to na nim - w przypadku podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty - spoczywa obowiązek wykazania okoliczności, z których wywodzi skutki prawne w postaci pozbawienia wykonawcy możliwości uzyskania zamówienia publicznego [zob. wyrok KIO z 10 lipca 2012 r., sygn. KIO/UZP 1318/12]. Odnosząc powyższe do przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy, w treści uzasadnienia o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający nie wskazał konkretnego zapisu SIWZ, z którym treść oferty Odwołującego byłaby niezgodna. Nie budzi wątpliwości, że Zamawiający, odrzucając ofertę w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy i tym samym stwierdzając jej sprzeczność merytoryczną z treścią SIWZ powinien przede wszystkim wykazać w informacji o wynikach postępowania, jakie konkretne treści oferty wykonawcy są sprzeczne z konkretnymi zapisami i wymogami SIWZ. Brak wskazania konkretnych zapisów SIWZ, z którymi oferta miała pozostawać niezgodna oznacza, że Zamawiający opierając się wyłącznie na swojej subiektywnej ocenie, przyjął niejako domniemanie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Gdyby było inaczej, Zamawiający byłby w stanie wykazać naruszenia konkretnych postanowień SIWZ. Pogląd o konieczności wykazania w informacji o wynikach postępowania, jakie konkretne treści oferty wykonawcy są sprzeczne z konkretnymi zapisami i wymogami SIWZ nie budzi zastrzeżeń w orzecznictwie KIO [np. w wyroku KIO z 6 grudnia 2013 r., sygn. KIO 2701/13]. Zważywszy na to, że żaden przepis SIWZ nie zabraniał wykonawcom przedstawienia jednej stawki dla wszystkich rodzajów dróg wymienionych w grupie robót nr 10b [zimowe utrzymanie dróg], trudno jest przyjąć tezę Zamawiającego o jakiegokolwiek niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. W tym sensie, Zamawiający wymagał jedynie podania we wspomnianym wykazie robót stawek jednostkowych, co uczynił Odwołujący. Sam fakt podania jednolitej stawki dla wszystkich rodzajów dróg nie oznacza, że doszło w tym zakresie do zawarcia w treści oferty elementów niezgodnych z treścią SIWZ. Brak określenia przez Zamawiającego w treści SIWZ wymogu, iż ceny jednostkowe mają być różne w zależności od rodzaju drogi nie może budzić po stronie Odwołującego negatywnych konsekwencji. W zaistniałych w sprawie okolicznościach, to de facto na Zamawiającym spoczywał obowiązek udowodnienia, że podanie przez Odwołującego jednakowej ceny jednostkowej dla wszystkich rodzajów dróg wymienionych w grupie robót nr 10b [zimowe utrzymanie dróg] było niezgodne z SIWZ. Zamawiający nie udowodnił w jakimkolwiek stopniu, że wymagał zaoferowania różnych cen jednostkowych dla poszczególnych rodzajów dróg. W tym sensie, Odwołujący ma prawo oczekiwać, że złożona przez niego oferta będzie oceniona zgodnie z wyartykułowanymi wprost w treści SIWZ wymaganiami a nie na podstawie swobodnie przyjętej przez Zamawiającego, niczym nie uzasadnionej interpretacji SIWZ. Wykonawca którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w części 2 zamówienia - Konsorcjum MADROCAR - wskazał przykładowo jedynie 2 stawki za czynność

polegającą na gotowości do zimowego utrzymania dróg [70 PLN oraz 120 PLN], w sytuacji kiedy Odwołujący wskazał jednolitą stawkę 60 PLN. Dziwić może podejście Zamawiającego, zgodnie z którym zaoferowanie dwóch stawek jest zgodne z SIWZ, natomiast wskazanie tylko jednej stawki oznacza niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Zamawiający nie kwestionował cen zaoferowanych przez Odwołującego jako rażąco niskich.

**[2] W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jako tajemnicę przedsiębiorstwa:**

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Treść przepisu wskazuje jednoznacznie na konieczność wystąpienia czynu nieuczciwej konkurencji, co oznacza, że oferta podlega odrzuceniu [obligatoryjnemu] wyłącznie wtedy, gdy zamawiający ma pewność, że czyn taki rzeczywiście miał miejsce. W treści art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy ustawodawca nie posługuje się pojęciami, których użycie wskazuje na możliwość lub prawdopodobieństwo wystąpienia określonego zdarzenia. Takie przypadki znajdują się w samej ustawie i jako przykład powyższego można wskazać chociażby art. 185 ust. 4 ustawy, zgodnie z którym zamawiający lub odwołujący może zgłosić opozycję przeciw przystąpieniu innego wykonawcy nie później niż do czasu otwarcia rozprawy. Izba uwzględnia opozycję, jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. Zupełnie inaczej jest jednak w przypadku użycia przez ustawodawcę trybu oznajmującego, jak ma to miejsce w art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy, Na podstawie regulacji zawartej w art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy, odrzucenie oferty może nastąpić wyłącznie w przypadku, gdy zamawiający jest w stanie udowodnić ponad wszelką wątpliwość wystąpienie czynu nieuczciwej konkurencji. Innymi słowy, aby możliwe było odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy, zamawiający jest zobowiązany wykazać ponad wszelką wątpliwość, że złożenie oferty tego wykonawcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zarzut naruszenia uczciwej konkurencji powinien być zaś stwierdzony dowodami i absolutnie nie może opierać się tylko i wyłącznie na hipotezach nie znajdujących odzwierciedlenia w rzeczywistości [wyrok KIO z 29 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO 2672/11]. Należy zatem dokonać analizy tego, na podstawie jakich to dowodów Zamawiający zdecydował o odrzuceniu oferty Odwołującego. Jak wynika z uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, dowodem tym były wyłącznie wyjaśnienia udzielone przez Odwołującego w dniu 6 sierpnia 2014 r. Na ich podstawie, Zamawiający przyjął, że przyjęty przez Odwołującego „*sposób kształtowania*



*ceny oferty, który zakłada tak znaczne zniżenie poszczególnych pozycji Tabeli Elementów Rozliczeniowych, sprowadzając je do poziomu ceny wykonywania niektórych robót poniżej kosztów ich świadczenia, niewątpliwie narusza interesy innych przedsiębiorców poprzez utrudnianie im dostępu do rynku usług drogowych".* Jednocześnie, Zamawiający w żaden sposób nie wskazał, które jego zdaniem ceny jednostkowe zostały ustalone przez Odwołującego poniżej kosztów ich świadczenia. Co więcej, oferta Odwołującego nie została także odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt ) ustawy lub na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy. Tym samym, nie sposób przyjąć, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia [różnica w cenie pomiędzy ofertą Konsorcjum Madrocar a ofertą Odwołującego wynosi ok. 0,67%]. Nie można też uznać, że wyjaśnienia uzyskane przez Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy były niewystarczające. W świetle powyższego, Zamawiający nie wykazał ponad wszelką wątpliwość, że w niniejszej sprawie zaistniały okoliczności potwierdzające wystąpienie czynu nieuczciwej konkurencji.

**[3] W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy:**

Zgodnie z ugruntowanym poglądem prezentowanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej [m. in. wyrok KIO z 18 grudnia 2012 r., sygn. KIO 2664/12] - Zamawiający nie może podjąć decyzji o wykluczeniu wykonawcy nie mając absolutnej [innymi słowy: niekwestionowanej, zupełnej] pewności co do tego, że dany wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe wskazuje na to, że nie mogą istnieć jakiegokolwiek wątpliwości co do słuszności decyzji o wykluczeniu wykonawcy. Gdyby bowiem takie wątpliwości istniały, to zgodnie z funkcjonującą odpowiednio na gruncie ustawy zasadą in dubio pro reo należałoby je rozstrzygnąć na korzyść wykonawcy jako słabszej strony w stosunku do zamawiającego. W zaistniałych w sprawie okolicznościach faktycznych, Zamawiający, nie mając ku temu żadnych podstaw, przyjął, że doświadczenia wykazane w formularzu 3.4 dla osoby wskazanej do pełnienia funkcji koordynatora bieżącego i zimowego utrzymania dróg nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Powyższe może dziwić, zważywszy, że warunek minimalny w zakresie posiadanego doświadczenia dla koordynatora bieżącego i zimowego utrzymania dróg został ustalony w ten sposób, że osoba taka miała legitymować się dla bieżącego utrzymania dróg: *„Opis wykonywanych zadań Minimalny wymóg czasookresu posiadanego doświadczenia Organizowanie, kierowanie i nadzorowanie prac bieżącego utrzymania dróg 36 miesięcy, w tym co najmniej 12 miesięcy przy bieżącym utrzymaniu na drodze długości co najmniej 30 km i klasie min GP”* Natomiast dla zimowego utrzymania dróg osoba taka miała legitymować się następującym doświadczeniem: *„Opis wykonywanych zadań Minimalny wymóg czasookresu posiadanego doświadczenia*

*Organizowaniu, kierowaniu i nadzorowaniu zimowego utrzymania dróg minimum trzy sezony zimowe, w tym co najmniej jeden sezon zimowy na drodze o długości co najmniej 30 km i klasie min GP.*” Tymczasem, w wykazie doświadczeń potwierdzających spełnienie wyżej opisanych wymogów przez osobę wskazaną na sporne stanowisko, wskazano na następujące doświadczenie: *Nr Opis umowy, przy której [...] nabył doświadczenia koordynatora Czasookres posiadanego doświadczenia 1 Zimowe utrzymanie dróg krajowych [zud] administrowanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu w okresie czterech sezonów zimowych tj. od 2010 r. do 2014 r. z podziałem na zadania: Zadanie 3 - Rejon w Wołowie, Obwód Drogowy w Wołowie; 15.04.2011 cztery sezony zimowe 2 Bieżące utrzymanie dróg krajowych na terenie Regionu Lubań z podziałem na zadania: Zadania 4 Prace utrzymaniowe; 01.06.2010- 25.10.2011 16 miesięcy 24 dni 3 Kompleksowe utrzymanie Autostradowej Obwodnicy Wrocławia wraz z łącznikami Kobierzyce i Długołęka 26.10.2011 - 31.12.2013 26 miesięcy 5 dni 4 Kompleksowe utrzymanie autostrady A4 na odcinku od km 193+965 do km 281+696 17.08.2012 -31.12.2013 16 miesięcy 14 dni 5 Kompleksowe utrzymanie autostrady A1 od węzła Sośnica [bez węzła] do granicy państwa w Gorzykach 01.01.2014 - obecnie [dla obliczeń przyjęto datę graniczną - termin składania ofert w Postępowaniu tj. 16.06.2014] 5 miesięcy 15 dni.* W świetle powyższego, należy uznać, że warunek w zakresie zimowego utrzymania dróg spełnia już sama pozycja nr 1 z zestawienia. Z kolei warunek w zakresie bieżącego utrzymania dróg, [nawet uwzględniając, że nie sumuje się doświadczenia nabytego w tym samym czasie na kilku kontraktach] spełniają ujęte łącznie zaledwie pozycja nr 5 oraz pozycja nr 3. Co więcej, w każdym z tych przypadków [zarówno jeżeli chodzi o bieżące jak i zimowe utrzymanie dróg], wskazana osoba posiada doświadczenie znacznie przewyższające minimalne wymagania Zamawiającego. Budzić może zatem przyjęcie przez Zamawiającego, że osoba „nie spełnia postawionych przez Zamawiającego wymagań dla koordynatora bieżącego i zimowego utrzymania”. Wprawdzie Zamawiający w dalszym ciągu pisma wskazuje, że „w celu potwierdzenia informacji zamieszczonych w Formularzu 3.4 d) Potencjał kadrowy - Zamawiający skontaktował się z Rejonami GDDKiA, wskazanymi w tym formularzu i uzyskał informacje, iż wskazana osoba nie pełniła funkcji Koordynatora lub osoby mającej bezpośredni kontakt z Zamawiającym na wskazanych zadaniach a jedynie podpisywał umowę”. Stwierdzenie to nie zostało jednak poparte jakimkolwiek dowodem potwierdzającym słuszność stanowiska Zamawiającego. Z informacji zawartej w treści uzasadnienia nie wynika bowiem ani z którymi Rejonami GDDKiA Zamawiający się kontaktował, ani kiedy miało to miejsce ani też kto z ramienia poszczególnych oddziałów GDDKiA przekazał takie dane. W nawiązaniu do powyższego, dziwić może także fakt, że kontrakty opisane w tabeli powyżej realizowane były dla różnych Oddziałów Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad. Tymczasem, Zamawiający nie przedstawił w uzasadnieniu żadnych argumentów, choćby w najmniejszym stopniu

uprawdopodobniających okoliczności, na które się powołuje. Przywołane stwierdzenie Zamawiającego nie znajduje żadnego uzasadnienia także w treści SIWZ. Zgodnie bowiem z zapisem warunku udziału w postępowaniu, osoba wskazana przez wykonawcę do pełnienia funkcji koordynatora bieżącego i zimowego utrzymania dróg powinna posiadać doświadczenia w organizowaniu, kierowaniu i nadzorowaniu prac a nie pełnić funkcję osoby „Koordynatora” na danym kontrakcie lub osoby do „bezpośredniego kontaktu z zamawiającym”. W zakresie powyższego, Zamawiający oparł decyzję o wykluczeniu z postępowania na warunku, którego wprost nie wyartykułował w treści SIWZ. Zgodnie ze słownikowym znaczeniem przywołanych pojęć, osoba wskazywana na stanowisko koordynatora powinna posiadać doświadczenie w planowaniu i koordynowaniu poszczególnych etapów działań [organizowanie], zarządzaniu realizacją danego kontraktu [kierowanie] oraz kontrolowaniu [nadzorowanie] wykonywanych prac. Zakres posiadanego doświadczenia został zatem w SIWZ zdefiniowany od strony materialnej tj. poprzez wskazanie zakresu czynności, za które dana osoba była odpowiedzialna a nie od strony formalnej. Wątpliwości Odwołującego nie budzi fakt, że na wszystkich wymienionych kontraktach, wskazana osoba wykonywała czynności, do których odwołuje się SIWZ.

Nie sposób też przyjąć, że podany w SIWZ opis spełnienia warunku udziału w postępowaniu należy interpretować w odniesieniu do funkcji „Koordynatora” zdefiniowanego na danym kontrakcie. Tych dwóch, różnych zakresowo, pojęć nie można bowiem utożsamiać. Czym innym jest pojęcie „Koordynatora” w rozumieniu tekstu danej umowy a czym innym jest doświadczenie w organizowaniu, kierowaniu i nadzorowaniu prac objętych daną umową. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, dla określenia czy dana osoba posiada wymagane doświadczenie w pełnieniu danej funkcji bądź sprawowania stanowiska, przesądzające znaczenie ma nie strona formalna tj. np. fakt wskazania danej osoby jako Koordynatora prac w umowie z zamawiającym, ale okoliczność faktycznego wykonywania określonych zadań [zob. wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO 405/10, wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO 432/10]. Co więcej, odniesienie się przez Zamawiającego w treści uzasadnienia o wykluczeniu do kwestii „bezpośrednich kontaktów z Zamawiającym” już w ogóle nie znajduje jakiegokolwiek racjonalnego uzasadnienia w dokumentacji postępowania. W żadnym bowiem miejscu SIWZ czynności organizowania, kierowania i nadzorowania [rozumiane jako warunek doświadczenia] nie zostały bezpośrednio połączone z obowiązkiem kontaktowania się z zamawiającym. Generalnie celem określenia warunku dotyczącego doświadczenia osób, które mają brać udział w realizacji zamówienia jest zapewnienie, że mają one na tyle duże doświadczenie, iż należycie zrealizują powierzone im funkcje. Chodzi przede wszystkim o posiadanie przez daną osobę odpowiednich umiejętności praktycznych gwarantujących

należyte wykonanie przyszłej umowy. Odmienna interpretacja wskazanego warunku nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia w przepisach ustawy. Przy badaniu posiadanego doświadczenia istotne jest zatem, jak długo dana osoba faktycznie pełniła określoną funkcję bądź wykonywała powierzone jej obowiązki. Tylko w takim przypadku istnieje pewność, że faktycznie osoba ta nabyła wymagane doświadczenie. Na takie rozumienie warunku posiadanego doświadczenia wskazują także rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej:

- wyrok KIO z 18 czerwca 2012 r., sygn. KIO 1159/12: *„Doświadczenie wykonawcy to umiejętności zdobyte i ugruntowane przy wykonywaniu prac odpowiadających rodzajem usługom objętych przedmiotem zamówienia i jego badanie ma służyć weryfikacji, czy wykonawca daje rękojmię należytego wykonania umowy.”;*

- wyrok KIO z 30 sierpnia 2011 r., sygn. KIO 1752/11: *„Wymaganie dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia służy wykazaniu przez wykonawcę, iż posiada wystarczający potencjał, niezbędną wprawę i umiejętności praktyczne, nabyte w toku realizacji poprzednich zadań zbliżonych do zakresu zamówienia pod względem skali, złożoności i wartości. Potwierdzone w ten sposób doświadczenie ma dać zamawiającemu rękojmię, iż dany wykonawca jest zdolny do należytego wykonania robót objętych udzielanym zamówieniem”;*

- wyrok KIO z 19 października 2010 r., sygn. KIO 2172/10: *„Przez doświadczenie, w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych należy rozumieć zasób umiejętności praktycznych, warunkujących zdolność do należytego wykonania określonych czynności [niezawodność]. Zgodnie z zasadą proporcjonalności wszelkie wymagania dotyczące sytuacji podmiotowej wykonawcy mogą być stawiane tylko w niezbędnym zakresie uzasadnionym przedmiotem zamówienia.”.*

Wskazana osoba posiada znacznie większe doświadczenie niż doświadczenie wymagane na stanowisku koordynatora bieżącego i zimowego utrzymania dróg. Co więcej, Zamawiający w żaden sposób nie wykazał dlaczego doświadczenie wskazane przez Odwołującego w formularzu 3.4 dla osoby nie zostało przez niego zaakceptowane. Powyższe może dodatkowo budzić uzasadnione wątpliwości zważywszy na fakt, że Zamawiający nie postawił Odwołującemu zarzutu podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, co byłoby naturalną konsekwencją przyjęcia, że doświadczenia wskazanej osoby jest nieprawdziwe.

**[3] W zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust 1 ustawy:**

Z ostrożności procesowej, Odwołujący zwrócił uwagę, że nawet zakładając, że Zamawiający powziął określone wątpliwości co do zgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ [których zdaniem Odwołującego powziąć nie powinien, gdyż treść oferty spełniała wszelkie wymagania SIWZ] to i tak przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy powinien wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. Wbrew bowiem literalnemu brzmieniu art. 87 ust. 1 ustawy, z którego można by wywodzić, iż wyjaśnienie treści oferty stanowi wyłącznie uprawnienie zamawiającego [*„w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących złożonych ofert”*], zgodnie z ugruntowanym i jednolitym orzecznictwem Izby - iż skorzystanie z procedury opisanej powołanym przepisem stanowi obowiązek zamawiającego, jeśli stwierdzone niejasności mają skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy. Inne rozumienie przepisu stałoby w sprzeczności z zasadą wskazaną w art. 7 ust. 1 ustawy i prowadzić by mogło do udzielenia zamówienia wykonawcy, którego oferta nie jest najkorzystniejsza [zob.: wyrok KIO z dnia 29 lipca 2011 roku, sygn. KIO 1514/11]. Zaniechanie wezwania Odwołującego do przedstawienia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy w zakresie zaoferowania przez Odwołującego jednolitej stawki za zimowe utrzymanie dróg stanowiło zatem naruszenie tego przepisu i doprowadziło do nieuzasadnionego odrzucenia oferty Odwołującego.

### **[3] W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy:**

Nawet przyjmując założenie o tym, że doświadczenie osoby wskazanej do pełnienia funkcji koordynatora mogło budzić wątpliwości Zamawiającego [z czym Odwołujący się nie zgadza] to Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień. Nie pozostaje bowiem kwestią sporną że Odwołujący złożył wszystkie dokumenty, o które zwrócił się do niego Zamawiający w wezwaniu. Skoro dokumenty te zostały złożone przez Odwołującego a Zamawiający powziął określone co do ich treści wątpliwości, to zobowiązany był na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy wystąpić do Odwołującego o uzyskanie stosownych wyjaśnień. Oznacza to, że Zamawiający nie tylko mógł ale był zobowiązany do wystąpienia o złożenie wyjaśnień w tym zakresie. Tezę o obowiązku Zamawiającego do wystąpienia w trybie z art. 26 ust. 4 ustawy potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 kwietnia 2012 r. [sygn. KIO 570/12]: *„W przypadku wątpliwości dotyczących dokumentów złożonych w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących tych dokumentów. Podstawą takiego żądania jest art. 26 ust. 4 PZP, którego brzmienie wskazuje na to, iż wezwanie wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień jest obowiązkiem, a nie uprawnieniem zamawiającego”*. Zaniechanie wezwania Odwołującego do

przedstawienia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy w zakresie doświadczenia posiadanego przez osobę wskazaną na stanowisko koordynatora stanowiło zatem naruszenie tego przepisu i doprowadziło do nieuzasadnionego przyjęcia, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie osoby wskazanej na funkcję koordynatora bieżącego i zimowego utrzymania dróg.

**[5] W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy:**

W konsekwencji wskazywanych naruszeń, Zamawiający dokonał wyboru oferty Konsorcjum MADROCAR, która nie była ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Zamawiający powinien był bowiem dokonać wyboru oferty Odwołującego, która pozostawała w pełni zgodna z treścią SIWZ a ponadto, złożona została przez wykonawcę, który wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

**[6] W zakresie wniosku o zachowanie poufności przekazywanych informacji:**

Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Przepis ten odnosi się do konkretnych informacji [tajemnicy przedsiębiorstwa], a wskazanie „nie ujawnia się” dotyczy wszystkich podmiotów, poza jednoznacznie wskazanym adresatem, do którego te informacje są kierowane, tj. w tym przypadku KIO oraz Zamawiającego. Regulacja art. 8 ust. 3 ustawy znajduje się w części ustawy dotyczącej zasad udzielania zamówień i obok zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - których stanowi element uzupełniający - należy do naczelných norm systemu zamówień publicznych. Jak orzekł Trybunał Sprawiedliwości w sprawie C- 450/06 z 14 lutego 2008 r.- skuteczność [zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa] byłaby poważnie zagrożona, gdyby przy okazji odwołania od decyzji wydanej przez zamawiającego w przedmiocie postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, całość informacji związanych z tym postępowaniem musiała być bez żadnych ograniczeń udostępniona innym osobom, takim jak interwenienci. W takim stanie rzeczy zwykle odwołanie dawałoby wgląd w informacje, które mogłyby zostać wykorzystane do zakłócania konkurencji lub szkodenia zgodnym z prawem interesom przedsiębiorców, którzy biorą udział w danym przetargu. Możliwość taka mogłaby nawet skłaniać przedsiębiorców do wnoszenia odwołań lub przystępowania do wszczętych już postępowań wyłącznie w celu uzyskania dostępu do tajemnic handlowych konkurencji [por. pkt 39-40 orzeczenia]. Jak dalej wskazuje Trybunał, obowiązki zamawiającego w zakresie przestrzegania poufności charakteru informacji

spoczywają, w ramach odwołania, na organie powołanym do rozpoznania odwołania. Przepisy dyrektywy 2004/17/WE, szczególnie art. 13 nakłada więc na ten organ obowiązek podjęcia środków niezbędnych do zagwarantowania skuteczności tych przepisów, a poprzez to zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz ochrony uprawnionych interesów zainteresowanych przedsiębiorców [pkt 42 orzeczenia]. Co więcej, Trybunał jednoznacznie wskazuje, że ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi jedną z naczelnych zasad prawa europejskiego [pkt 49 orzeczenia], która to zasada znajduje pierwszeństwo przed zasadą pełnej kontradiktoryjności postępowania odwoławczego i jest zgodna z art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka [pkt 46-47 orzeczenia]. Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału, w ramach odwołania od decyzji zamawiającego wydanej w postępowaniu przetargowym zasada kontradiktoryjności nie wymaga, aby strony miały nieograniczone i absolutne prawo dostępu do całości informacji dotyczących danego postępowania przetargowego, przedłożonych organowi powołanemu do rozpoznania tego odwołania. Wręcz przeciwnie, to prawo wglądu należy wyważyć względem prawa innych przedsiębiorców do ochrony ich poufnych informacji i tajemnic handlowych [pkt 51 orzeczenia]. Konkludując Trybunał uznaje, że organ powołany do rozpoznania odwołań, powinien zapewniać poufność i prawo do przestrzegania tajemnicy handlowej w stosunku do informacji zawartych w aktach przedłożonych mu przez strony sporu, w szczególności zaś przez zamawiającego, przy czym on sam może zapoznawać się z takimi informacjami i brać je pod uwagę. Do organu tego należy podjęcie decyzji, w jakim stopniu i według jakich zasad należy zapewnić poufność i objęcie tajemnicą tych informacji [pkt 55 orzeczenia]. W konsekwencji, informacje, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i które zostały skutecznie zastrzeżone jako takie w ofercie Odwołującego jak również wyjaśnienia przekazane do Zamawiającego w części objętej klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa a także samo uzasadnienie decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego a zatem dokumenty w stosunku do których Odwołujący zastrzega tajemnicę przedsiębiorstwa, nie powinny być udostępniane w jakiegokolwiek formie podmiotom trzecim. W tym zakresie rozprawa powinna się toczyć z wyłączeniem jawności.

Z ostrożności procesowej, w przypadku uznania przez KIO, iż nie zaistniały przesłanki do wyłączenia jawności rozprawy w stosunku do uczestników postępowania, Odwołujący wniósł na podstawie § 8 ust. 3 *Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań*, o nieudostępnianie uczestnikom postępowania dokumentów objętych przez Odwołującego klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa w tym wszelkich dowodów wskazywanych w toku postępowania odwoławczego. Zgodnie z przywołanym przepisem prawa, w toku postępowania odwoławczego udostępnianiu nie podlegają informacje stanowiące tajemnicę chronioną na

podstawie odrębnych przepisów inne, niż informacje niejawne w rozumieniu przepisów o ochronie informacji niejawnych. Okoliczności faktyczne niniejszej sprawy w sposób niebudzący wątpliwości wskazują na to, że dokumenty w ofercie objęte przez Odwołującego klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, nie tylko mogą, ale z pewnością zawierają informacje nieujawnione do wiadomości publicznej, posiadające wymierną wartość gospodarczą dla Odwołującego, co do których podjął on niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Informacje te spełniają zatem wszelkie przesłanki aby być objętymi tajemnicą przedsiębiorstwa a zatem w pełni uzasadnione jest ich nieudostępnianie innym uczestnikom postępowania odwoławczego.

**IV.** Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie, na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

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

Ustalono, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – w razie potwierdzenia stawianych zarzutów i uwzględnienia odwołania, Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia w tym postępowaniu.

#### **II. ZAKRES ROZSTRZYGNIĘCIA ODWOŁANIA**

##### **[1] Stan prawny.**

Do rozpoznania sprawy znajdują zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania, to jest bez uwzględnienia zmiany przepisów, wprowadzonej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych, opublikowanych w Dz. U. z 2014 r. poz. 1232, które dotyczą m.in. kwestii tajemnicy przedsiębiorstwa oraz sposobu badania, czy nie mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Zgodnie z art. 3 tej ustawy, do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i konkursów wszczętych przed dniem wejścia jej w życie oraz do odwołań i skarg dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe, z wyjątkiem art. 24 ust. 1 pkt 1 i 1a ustawy zmienianej.



**[2] Kwestia zastrzeżenia przez Odwołującego zawartości odwołania oraz załączników do niego, a także zastrzeżenia przez Zamawiającego informacji o rozstrzygnięciu postępowania w części dotyczącej Odwołującego.**

Na wstępie zauważenia wymaga kwestia objęcia zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa przez Odwołującego całego odwołania. Powyższe zastrzeżenie jest następstwem pełnego, bez ograniczeń i wyjątków zastrzeżenia przez Zamawiającego uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego [pismo Zamawiającego z dnia 27 sierpnia 2014 r.], a to w konsekwencji objęcia zastrzeżeniem przez Odwołującego wyjaśnień dotyczących elementów kalkulacyjnych ceny z dnia 6 sierpnia 2014 r. jak również uzupełnienia dokumentów w zakresie zmierzającym do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem osobowym. Podkreślenia wymaga, że objęcie zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa jest sytuacją wyjątkową, obejmuje stany w których istotny i rzeczywisty interes wykonawcy przemawia za uznaniem, że pewne dokumenty doznają ograniczenia w jawnym przecież z natury postępowaniu o zamówienie publiczne [art. 8 ust. 1 – 3 ustawy], a także że temu interesowi należy przyznać prymat nad uprawnieniami innych wykonawców do prowadzenia jawnego i otwartego postępowania odwoławczego.

Zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne jest bowiem jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 ustawy – *Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne*. Przejawia się ona w szeregu czynności podejmowanych przez zamawiającego i uczestników postępowania, począwszy od publicznego, jawnego ogłoszenia o zamówieniu, przez jawne otwarcie ofert i udostępnienie protokołu, ofert, oświadczeń składanych w toku postępowania aż po jawność umowy w sprawie zamówienia publicznego. Art. 8 ust. 1 ustawy nadał jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rangę zasady o doniosłym znaczeniu. Jak wskazuje się w doktrynie, jawność postępowania o zamówienie publiczne „z jednej strony jest prawem każdego oferenta gwarantującym dostęp do informacji o toczącym się postępowaniu. Z drugiej strony jest nakazem skierowanym do zamawiających, prowadzących postępowanie, aby na każdym jego etapie zagwarantowali oferentom dostęp do informacji na temat zamówienia publicznego”; a także „Realizacja zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ustawowym priorytetem. Orzecznictwo jednoznacznie wskazuje na konieczność wyjątkowego ograniczenia tej zasady ze względu na wszelkiego rodzaju „tajemnice”. Wyłączenie jawności postępowania możliwe jest tylko przy wykazaniu potrzeby ochrony określonych ustawą wartości. Z tego powodu zamawiający jest zobowiązany prowadzić postępowanie

wyjaśniające w celu weryfikacji zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, oferenci zaś powinni wykazać, że zastrzegli poufność danych w sposób uprawniony. Zawsze zastrzeżenie ma charakter wyjątkowy wobec jawności postępowania (zob. wyrok KIO UZP z 19 lipca 2010 r., KIO/UZP 1400/10, LexPolonica nr 2369090)” (tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, S. Babiarczy, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, wyd. 2, LexisNexis Polska, Warszawa 2010, s. 114-115). Wyjątek od zasady jawności postępowania wyraża przepis art. 8 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym *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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy.* Art. 86 ust. 4 ustawy wymienia enumeratywnie elementy, jakie w złożonej ofercie nie mogą zostać zastrzeżone - należą do nich nazwa [firma], adres wykonawcy a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Ustawodawca tym samym, *a contrario* dopuścił możliwość objęcia pozostałych informacji tajemnicą 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. Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. W zakresie informacji, które nie podlegają udostępnieniu ustawa odsyła do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa ujętej w Ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 roku [Dz. U. z 2003 roku, Nr 153 poz. 1503 ze zm.]. Zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy 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.* Przyjmuje się w oparciu o ugruntowane orzecznictwo [wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00], że aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki:

1. informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
2. informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się

całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem.

Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazać w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczający w reżim oparty na zasadzie jawności, powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Godna uwagi w tym miejscu jest teza wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001 r. [sygn. akt I CKN 1159/2000], gdzie wskazano, że: *„zakresem tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą być objęte informacje powszechnie znane lub takie, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć”*.

Wspomnienia w tym miejscu wymagają także wytyczne stawiane w orzecznictwie, dotyczące jawności w ramach procedur odwoławczych - Trybunał Sprawiedliwości w sprawie [C-450/06](#) zajmował się problemem informacji poufnych na gruncie poprzedniej dyrektywy 89/665/EEC. ETS stwierdził, że *„Zasada ochrony informacji poufnych i tajemnic handlowych musi być tak stosowana, by dało się ją pogodzić z wymogami skutecznej ochrony prawnej i poszanowaniem prawa do obrony stron sporu”*. Z kolei w sprawie [C-438/04](#) ETS zauważył, że *„organ powołany do rozpoznania odwołania od decyzji krajowego organu regulacyjnego zgodnie z art. 4 dyrektywy ramowej powinien dysponować wszelkimi informacjami wymaganymi do tego, by z pełną znajomością rzeczy orzekać w przedmiocie zasadności takiego odwołania, w tym informacjami poufnymi. Niemniej jednak ochrona takich informacji i tajemnic handlowych musi być zagwarantowana i tak dostosowana, by dało się ją pogodzić z wymogami skutecznej ochrony prawnej i poszanowaniem prawa do obrony stron sporu.”* Europejski Trybunał Sprawiedliwości (dziś TSWE) kładzie zatem akcent na zachowanie równowagi pomiędzy interesem wykonawcy w zachowaniu poufności pewnych informacji, wyrażającym się w potrzebie ochrony jego wartości gospodarczych, z koniecznością zapewnienia środków ochrony prawnej innym wykonawcom.

W analizowanej sprawie, Zamawiający nazbyt ostrożnie, by nie powiedzieć, bezrefleksyjnie potraktował zastrzeżenie wspomnianych dokumentów przez Odwołującego w kategorii informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie zasługuje zaś zupełnie na aprobatę zastrzeżenie przez Zamawiającego pisma z dnia 27 sierpnia 2014 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego. Lektura tego pisma wskazuje, że sporządzone zostało ono na relatywnie wysokim poziomie ogólności i uniwersalnych spostrzeżeń, nie sięga przy tym do jakichkolwiek konkretnych informacji, które zawarte są w wyjaśnieniach wykonawcy dotyczących elementów kalkulacyjnych oferty czy też uzupełnieniu dokumentów dotyczących spełnienia warunku udziału w zakresie dysponowania odpowiednią osobą na stanowisko koordynatora bieżącego oraz zimowego utrzymania dróg, w innym zakresie, aniżeli podanie danych osobowych wskazanej osoby [czego zresztą można było w prosty sposób uniknąć, wskazując na stanowisko, dla którego osoba jest dedykowana, bez używania jej danych personalnych]. W szczególności Zamawiający nie przywołał jakichkolwiek informacji dotyczących kalkulacji ceny, innych aniżeli ogólne stwierdzenie, że została ona ustalona przez wykonawcę na podstawie uśrednienia cen jednostkowych, nie wskazał jakichkolwiek informacji dotyczących stosowanych przez Odwołującego cen, kalkulacji, kontraktów, czy jakichkolwiek informacji na tyle skonkretyzowanych, by można było mówić jako o ich źródle o wyjaśnieniach wykonawcy dotyczących kalkulacji ceny. Podobnie jest z uzupełnieniem dokumentów – sama konieczność stwierdzenia, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu i podania powodów, dla których Zamawiający nie uznał doświadczenia wskazanej przez wykonawcę osoby, nie uzasadnia jeszcze nieudostępnienia pisma zawierającego uzasadnienie czynności Zamawiającego innym uczestnikom postępowania. Konsekwencją tego, niewłaściwego działania Zamawiającego, jest wniosek wykonawcy co do nieprzekazywania odwołania pozostałym wykonawcom, mimo, że samo odwołanie – zawierając polemikę z uzasadnieniem czynności Zamawiającego – operuje równie ogólnymi stwierdzeniami i - za wyjątkiem zawartego w jego pkt. 2.3 wyszczególnienia doświadczenia oraz załączników nr 10, 12, 14, 15, 16 do odwołania - nie zawiera informacji, które wyrażają wartość gospodarczą, kwalifikowanych jako informacje o charakterze technicznym, technologicznym lub organizacyjnym, lub takim, który posiada wartość gospodarczą.

Zgodnie z treścią art. 92 ust. 1 ustawy, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę) albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, uzasadnienie jej wyboru oraz nazwy (firmy) albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację;

- 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne;
- 3) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne – jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę;
- 4) terminie, określonym zgodnie z art. 94 ust. 1 lub 2, po którego upływie umowa w sprawie zamówienia publicznego może być zawarta.

Rzeczą Zamawiającego jest zatem podanie wszystkich tych informacji w piśmie stanowiącym rozstrzygnięcie o wyniku postępowania. Zaniechanie przez Zamawiającego zakomunikowania pozostałym wykonawcom motywów czynności dokonanej wobec Odwołującego nie zasługuje zatem na aprobatę, a przeciwnie – wymaga stanowczej krytyki.

Podkreślenia następnie wymaga, że odwołanie jest środkiem ochrony prawnej, który z definicji rozpoczyna jawną procedurę odwoławczą. Zadaniem wykonawcy jest więc zaprezentowanie zarzutów i ich uzasadnienia w taki sposób, który pozwoli na realizację obowiązku przekazania odwołania wykonawcom zainteresowanym udziałem w postępowaniu. Zgodnie bowiem z treścią art.185 ust. 1 ustawy, nie doznającym ograniczeń obowiązkiem zamawiającego jest przekazanie kopii odwołania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu. Zgodnie z tym przepisem, zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W analizowanej sprawie, rezultatem nieprzekazania przez Zamawiającego kopii odwołania pozostałym wykonawcom [przekazania jedynie pierwszej, ogólnej strony odwołania, zawierającej określenie postępowania, stron oraz jednostek redakcyjnych zarzucanych przepisów] była niemożność ustosunkowania się przez wykonawców, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego do zarzutów stawianych w odwołaniu, a konsekwencji – koniecznymi stały się w toku postępowania odwoławczego czynności, w postaci ujawnienia odwołania. W konsekwencji, realizacja uzasadnionych praw procesowych tych wykonawców na etapie zgłaszania przystąpienia, stała się iluzoryczną, zaś dopiero w toku dalszych czynności postępowania, po przekazaniu Przystępującym odwołania przez skład orzekający, uzyskali oni wiedzę o motywach czynności Zamawiającego i stawianych wobec nich zarzutach a tym samym - mogli podjąć polemikę z treścią odwołania.

Stąd odwołanie podlegało, we wskazanym zakresie, ujawnieniu. W pełni jawne powinno być także – mimo, że nikt powyższego zaniechania Zamawiającego nie zarzucał [ale też nie miał możliwości zarzucenia, skoro wykonawcom przekazano jedynie ogólną zbiorczą informację o rozstrzygnięciu postępowania, a o drugim piśmie, kierowanym tylko do Odwołującego nikt z pozostałych wykonawców nie miał wiedzy] - rozstrzygnięcie dokonane przez Zamawiającego wobec Odwołującego.

### **[3] Czynności Zamawiającego podlegające ocenie.**

Uznano, że przedmiotem odwołania są czynności i zaniechania Zamawiającego w zakresie i kształcie, w jakim dokonał ich Zamawiający. Obejmuje powyższe odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) i 3) ustawy, a także wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Wprawdzie w powyższym zakresie stanowisko Zamawiającego jest dalekie od konsekwentnego: w piśmie z dnia 27 sierpnia 2014 r., kierowanym wyłącznie do Odwołującego [piśmie niejawnym dla innych wykonawców], Zamawiający wyraźnie wyartykułował czynność odrzucenia oferty Odwołującego jak i podstawy tej czynności, podał jednak również, wprawdzie w sposób mniej kategoriyczny, że *„Ponadto Zamawiający pragnie zauważyć, że z uwagi na niespełnienie warunków w udziału w postępowaniu w zakresie Potencjału kadrowego podlegają Państwo wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4.(...)”*. Co więcej, na rozprawie w dniu 1 października 2014 r., Zamawiający, zapytany o to, czy dokonał wykluczenia Odwołującego z postępowania podał, że *„nie wykluczył odwołującego z postępowania.”* a także wskazał, że *„w piśmie z 27 sierpnia 2014 r., zamawiający zasygnalizował, że pomimo podstaw do odrzucenia oferty zachodzą przesłanki do wykluczenia wykonawcy”*. Podobnie, na rozprawie w dniu 9 października 2014 r. Przystępujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego M. B., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Transportu i Budowy Dróg M. B. w Jarosławcu oraz Bridge System spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowie postulowali, by uznać, że Zamawiający nie dokonał czynności wykluczenia, skoro nie poinformował o niej pozostałych wykonawców, a jedynie samego zainteresowanego. Mimo tego, zupełnie niezrozumiałego stanowiska Zamawiającego, a także postawy jednego z Przystępujących po stronie Zamawiającego, która ewidentnie nie mieści się w zakresie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której zgłoszone zostało przystąpienie [art. 185 ust. 2 ustawy], choć jest zgodna ze stanowiskiem Zamawiającego [art. 185 ust. 2 ustawy], należało uznać, że zakresem dokonanej czynności jest także wykluczenie wykonawcy z postępowania. Przemawia za tym fakt, że o tym, czy czynność Zamawiającego miała miejsce czy też nie, nie decyduje samo tylko poinformowanie o tym innych

wykonawców, ale dokonane czynności. Powyższe nieprawidłowości w działaniu Zamawiającego, przejawiające się w zaniechaniu przekazania informacji o czynności podejmowanych wobec wykonawcy, nie skutkują uznaniem, że czynności nie dokonano, czy też – jak wskazywał Przystępujący – że „nie zaistniała ona w obrocie”. Nie sposób bowiem tracić z pola widzenia faktu, że Odwołujący otrzymał pełną informację, właściwie ją zrozumiał i podjął działania w celu jej zakwestionowania. Odwołujący podał na rozprawie w dniu 9 października 2014 r., że tak właśnie rozumiał czynność Zamawiającego, to jest, że został wykluczony z postępowania. Z treści pisma z 27 sierpnia 2014 r. wynika zaś, że Zamawiający stwierdził, że Odwołujący podlega wykluczeniu – Zamawiający podał bowiem, że wykonawca podlega wykluczeniu. Sama informacja w części dotyczącej podstawy wykluczenia ma postać wyraźnego stwierdzenia, że wykonawca podlega wykluczeniu, wskazuje jednoznacznie podstawę prawną tego wykluczenia a także zawiera uzasadnienie takiej oceny Zamawiającego. Nie sposób więc przyjąć, że tego rodzaju informacja znalazła się w piśmie zawierającym rozstrzygnięcie wobec jednego z wykonawców informacyjnie, w celu zasygnalizowania, czy też „na wszelki wypadek”, ale bez jakiegokolwiek skutku w sferze sytuacji wykonawcy. Pismo, stanowiące rozstrzygnięcie postępowania, to nie ogólna, prowadzona w sposób niezobowiązujący korespondencja, która zawiera przypadkowe stwierdzenia nie wywołujące skutku i postawione w celu informacyjnym. To akt o znaczeniu kształtującym sytuację wykonawcy, wyrażający ocenę jego oferty i sytuacji podmiotowej. Jeśli więc określona ocena sytuacji wykonawcy i złożonych w ofercie dokumentów w takim rozstrzygnięciu się znalazła, to musi być ona traktowana z pełną powagą, jako część dokonanej oceny i element rozstrzygnięcia. Wszak nie jest ona wynikiem błędu pisarskiego ani aktu niezamierzonego, ale koncepcji przyjętej przez Zamawiającego, zgodnie z którą skoro Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego, to nie było powodów eksponowania podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, mimo, że taka zaistniała [vide: argumentacja Zamawiającego na rozprawie w dniu 9 października 2014 r.]

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że zadaniem Zamawiającego jest w podejmowanych czynnościach wyartykułowanie ich czytelnie oraz zaprezentowanie wszystkich podstaw dokonanej oceny i danie wyrazu tej oceny w podjętych czynnościach. Zgodnie bowiem z treścią art. 92 ust. 1 ustawy niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o: 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę) albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, uzasadnienie jej wyboru oraz nazwy (firmy) albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktacje przyznana ofertom w każdym

kryterium oceny ofert i łączną punktację; 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne; 3) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne - jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę; 4) terminie, określonym zgodnie z art. 94 ust. 1 lub 2, po którego upływie umowa w sprawie zamówienia publicznego może być zawarta. Czynność zamawiającego powinna więc być kompletna.

Jeśli zatem Zamawiający dopatrył się podstaw do wykluczenia wykonawcy i zawarł powyższe w piśmie do wykonawcy, opatrując tego rodzaju konkluzję podstawą prawną [przytoczeniem przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy] a także wskazując uzasadnienie tego rodzaju oceny, to nie sposób takiego działania Zamawiającego traktować jedynie jako „zasygnalizowania” zaistnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy. Zamawiający powyższe zawarł w piśmie z dnia 27 sierpnia 2014 r., co nakazuje uznać, że dokonał wykluczenia wykonawcy z postępowania. Nie sposób bowiem przyjąć, że w tak definitywnym piśmie, dotyczącym losów oferty, Zamawiający zawiera oceny, które mają charakter „zasygnalizowania” dalszych podstaw odrzucenia oferty albo wykluczenia wykonawcy, które nie wywołują skutku, a stanowiłyby jedynie rozważania „na marginesie”. Ta część pisma Zamawiającego została opatrzona zarówno podstawą prawną, wskazaniem kwalifikacji, jaka w związku z tym dotyczy wykonawcy [wskazaniem, że mamy do czynienia z podstawą do wykluczenia z postępowania] jak i uzasadnieniem faktycznym, wskazującym na motywy dokonanej oceny. Powyższe determinuje uznanie, że Zamawiający dokonał wykluczenia Odwołującego. Także Odwołujący w ten sposób odczytał powyższą czynność Zamawiającego, skoro podjął z nią polemikę i postawił zarzuty, co potwierdził zresztą na rozprawie w dniu 9 października 2014 r. Na podstawie czynności Zamawiającego wyrażonej w piśmie z dnia 27 sierpnia 2014 r. Odwołujący zakwestionował czynność wykluczenia z postępowania, podejmując właściwie ukierunkowaną obronę swoich interesów w tym postępowaniu, wnosząc odwołanie i podejmując rzeczową polemikę z argumentami, które przemawiały za wykluczeniem z postępowania.

Inna ocena powyższej sytuacji stanowiłaby wyraz naruszenia równowagi postępowania. Przyjęcie w świetle tych czynności, że Zamawiający nie dokonał wykluczenia Odwołującego wiązałoby się z przyjęciem, że rzeczą Zamawiającego jest ponowić tę czynność i zaprezentować ją w sposób stanowczy, co z kolei przywracałoby Odwołującemu termin do kwestionowania na nowo czynności, co do której już postawił zarzuty. Przypomnienia jednak wymaga, że ustawa przewiduje nieprzekraczalny termin na kwestionowanie czynności Zamawiającego – zgodnie z art. 182 ust. 1 ustawy, odwołanie



wnosi się w terminie odpowiednio 5 lub 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Uznanie, na gruncie przedmiotowego postępowania, że Zamawiający nie dokonał wykluczenia Odwołującego oznaczałoby, że, mimo wskazania okoliczności i motywów tego wykluczenia, Odwołującemu przysługiwałoby na nowo uprawnienie wniesienia odwołania i ponownego zwalczania podstawy wykluczenia, co stawiałoby Odwołującego w istotnie korzystniejszej pozycji procesowej.

Stąd uznano, że Zamawiający dokonał czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i poddano ją ocenie, stosownie do postawionych zarzutów.

### **III. ROZSTRZYGNIĘCIE O ZARZUTACH ODWOŁANIA**

**[1] W zakresie podstawy odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ, z uwagi na to, że w poszczególnych pozycjach Tabeli Elementów Rozliczeniowych dotyczącej zimowego utrzymania dróg wykonawca podał jednakowe – uśrednione ceny [art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy]:**

Potwierdziły się te zarzuty, które zmierzają do zakwestionowania czynności Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ [art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy]. Powodem takiej oceny oferty Odwołującego, jest stwierdzenie przez Zamawiającego, że ceny oferty Odwołującego w każdej z pozycji dla różnego rodzaju dróg i różnego wymaganego standardu ich utrzymania, w ramach Tabeli Elementów Rozliczeniowych dotyczącej zimowego utrzymania dróg, została wyceniona w tej samej wysokości. Zamawiający stwierdził, że skoro wykonawca w wyjaśnieniach elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, złożonych na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy podał, że ceny jednostkowe są następstwem uśrednienia cen za wykonanie poszczególnych elementów objętym zamówieniem, to oznacza to, że nie uwzględnione zostały wytyczne, że ceny za wykonanie poszczególnych jednostek mają uwzględniać wszystkie koszty. Zamawiający podał, że chodzi tu o niezgodność z zastrzeżeniami zawartymi w Tabeli Elementów Rozliczeniowych dla grupy robót 10b (załącznik nr 2.2.10b), które wyrażają uwagi nr 1 i nr 4 pod Tabelą Elementów Rozliczeniowych dla grupy zadań 10b [zał. 2.2.10b], stanowiącymi: „Cena za jednostkę obejmuje wszystkie składniki kosztów (m.in. KP, KZ, zysk itp.) a także inne czynności opisane w ST”; „Cena zawiera koszt utrzymania drogi na całej szerokości jezdni wraz z jej wszystkimi elementami i węzłami drogowymi”.

Istotnie, w ofercie Odwołującego w odniesieniu do poszczególnych dróg [ich odcinków] te same czynności zostały wycenione w jednakowej wysokości, niezależnie od tego, czy mamy do czynienia z autostradą, drogą innej kategorii, czy drogą serwisową, przy czym każdy z rodzajów tych dróg ma wymagany inny standard utrzymania [a w konsekwencji wymaga większej lub mniejszej aktywności, liczonej czasem reakcji, np. krótszym lub dłuższym czasem na usunięcie śniegu, zapobiegnięcie lub usunięcie śliskości].

Podkreślenia, w odniesieniu do powyższej argumentacji Zamawiającego wymaga jednak, że sam fakt zastosowania jednakowych cen w odniesieniu do każdej kategorii drogi nie oznacza jeszcze sam w sobie, że nie uwzględniono wszystkich kosztów związanych z wykonaniem czynności ich utrzymania, a tego przecież wymagają przywoływane przez Zamawiającego postanowienia SIWZ. Także stwierdzenie, że kalkulacja cen odbyła się na zasadzie uśrednienia cen świadczenia usługi dla różnego rodzaju dróg [co by oznaczało, że zsumowano oparte na kosztach rzeczywistych, oczekiwane ceny za utrzymanie dróg o najwyższym standardzie i trudności utrzymania, z tymi dla których ten koszt jest znacząco niższy i na ich podstawie ustalono dla każdej drogi jednakową cenę] nie oznacza jeszcze, że wycena poszczególnych jednostek związanych z wykonaniem zamówienia nie obejmuje wszystkich kosztów. Powyższe wymagałoby bowiem uprzedniego stwierdzenia przez Zamawiającego, że najniższa cena za wykonanie zamówienia była poniżej kosztów świadczenia usługi, a tym samym – stwierdzenia przez Zamawiającego, że cena przynajmniej jednej pozycji została skalkulowana poniżej kosztów świadczenia usługi. Takiego stwierdzenia zaś Zamawiający nie uczynił, a wniosek o tym, że na pewno przynajmniej część cen jednostkowych została skalkulowana poniżej kosztów wytworzenia zdaje się wywodzić z ogólnego założenia, że cena jest generalnie bardzo niska, a zatem na pewno zysk na każdej jednostce objętej przedmiotem zamówienia w stosunku do kosztu jej wykonania jest minimalny, co przy dalszym zastosowaniu uśrednienia cen powoduje, że na pewno te ceny, które dotyczą elementów wymagających zaangażowania wyższych kosztów i nakładów, poprzez to spłaszczenie wyceny będące następstwem uśrednienia cen jednostkowych, zostały zaniżone. Tego rodzaju logika nie uwzględnia jednak faktu, że punktem wyjścia wyceny mógł być koszt wykonania najtrudniejszego [a przez to najbardziej kosztochłonnego odcinka], dla którego przyjęto jakąkolwiek, choćby minimalną marżę, zaś pozostałe – mniej kosztochłonne elementy wyceniano z założeniem tego samego kosztu, ale większej marży. Każdorazowo w takim wypadku cena za daną jednostkę byłaby realna – wyższa niż koszt związany z jej wykonaniem. Samo wnioskowanie, że na pewno w tym wypadku nie mamy z taką sytuacją na tej podstawie, że ceny są niskie, jest niewystarczające. Dla stwierdzenia - jak czyni to Zamawiający - niezgodności oferty z SIWZ, w części mówiącej o konieczności uwzględnienia wszystkich kosztów związanych

z wykonaniem zamówienia, konieczne byłoby bowiem stwierdzenie, że którakolwiek z cen jednostkowych została skalkulowana poniżej kosztów świadczenia usługi. Tego rodzaju konstatacji Zamawiający jednak nie uczynił; nie wskazał jakiegokolwiek elementu wyjaśnienia dotyczącego kalkulacji ceny, które by go przekonało, że daną cenę jednostkową skalkulowano poniżej kosztów. Stąd dokonana ocena nie została przez Zamawiającego poparta uzasadnieniem i jakąkolwiek analizą odnosząca się do kosztów świadczenia usługi, co z kolei byłoby konieczne dla stwierdzenia niezgodności oferty, jak uczynił to Zamawiający. Nie ma przy tym przeszkód, by Zamawiający analizował koszt świadczenia jednostki – koszt świadczenia utrzymania danego odcinka drogi, utrzymywanego w wymaganym standardzie. Wynagrodzenie w tym postępowaniu ma charakter kosztorysowego a Zamawiający dokonuje zakupu takiej ilości jednostek świadczenia poszczególnych usług, jaka okaże się konieczna, po cenach podanych w kosztorysie. Oznacza to, że przedmiotem zakupu w istocie są jednostki danego świadczenia i te jednostki mogą z osobna być rozpatrywane przez pryzmat kalkulacji ceny [tak też wyrok KIO z dnia 15 grudnia 2010 r. w spr. KIO 2607/10]. W przedmiotowym postępowaniu ceny jednostkowe to nie ceny o wewnętrznym, technicznym znaczeniu, które miałyby co najwyżej zobrazować sposób kalkulacji ceny za wykonanie zamówienia, albo służyć jedynie prezentacji elementów, jakie składają się na cenę za wykonanie zamówienia, ale ceny rzeczywiste do zapłaty. Oznacza to także, że ceny jednostkowe mogą podlegać analizie przez pryzmat kalkulacji każdej z nich. Takiej analizy Zamawiający nie dokonał, co czyni stwierdzenie o nieuwzględnieniu wszystkich kosztów świadczenia usługi – nieumotywowanym. Oczywiście, nie można wyłączyć, że mamy do czynienia z zaniżeniem kosztów świadczenia usługi, powyższe wymagałoby jednak ustalenia, czego Zamawiający w tym postępowaniu zaniechał. Konsekwencją tego jest zaś stwierdzenie, że dalszy wniosek – o niezgodności oferty z SIWZ – nie został uzasadniony, co czyni zasadnym postawiony zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy.

**[2] W zakresie podstawy odrzucenia oferty jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, z uwagi na to, że w poszczególnych pozycjach Tabeli Elementów Rozliczeniowych dotyczącej zimowego utrzymania dróg, wykonawca podał jednakowe – uśrednione ceny [art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy]:**

Znalazły także potwierdzenie te zarzuty, które wskazują na bezpodstawne odrzucenie przez Zamawiającego oferty Odwołującego, jako stanowiącej przejaw czynu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający wskazał, że tym czynem jest ogólnie działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami oraz sprzedaż towarów i usług poniżej kosztów wytworzenia w celu wyeliminowania przedsiębiorców z rynku. Powodem takiej oceny jest – podobnie jak przy stwierdzeniu, że oferta nie odpowiada treści SIWZ – fakt zaoferowania w zakresie zimowego

utrzymania dróg jednakowych cen jednostkowych dla dróg różnych kategorii o innym wymaganym standardzie utrzymania. Powyższe stwierdzenie przez Zamawiającego nie zostało jednak wykazane: ani co do tego, w jaki sposób zaoferowanie cen na jednym poziomie stanowi działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, ani co do sprzedaży usług poniżej kosztów wytworzenia. Zamawiający nie odniósł się w żaden sposób do kwestii kosztów wytworzenia usług, sposobu ich kalkulacji, który by wskazywał że w określonej części zostały zaniżone.

Nie jest także wytłumaczeniem argumentacja prezentowana na rozprawie przez Zamawiającego, zgodnie z którą, fakt podania w Tabeli Elementów Rozliczeniowych dla grupy robót 10b [w załączniku 2.2.10b] jednolitych stawek, przy wyłączeniu autostrady A-4 z zakresu zamówienia [co przewidziano to w IPU, § 3 ust. 2 i 4], powoduje, że wykonawca nie będzie w takiej sytuacji ponosił kosztów utrzymania tych dróg, a będzie uzyskiwał wyższe wynagrodzenie za utrzymanie innych dróg o niższym standardzie i mniejszym przekroju. Dostrzeżenia wymaga, że wyłączenie autostrady zostało zastrzeżone jako odstępstwo od pełnego zakresu umowy, zakładanie więc, że wykonawca wkomponował tę nadzwyczajną okoliczność w kalkulację ceny, zmierza do wykazania tezy, że wykonawca w swojej kalkulacji opiera się nie na charakterystyce przedmiotu zamówienia przewidzianego do wykonania, ale na niepewnych zastrzeżeniach, które mogą nie wystąpić. Powyższe jednak nie może być traktowane inaczej aniżeli przypuszczenie Zamawiającego, by nie rzecz – spekulacja. Oczekiwanie, że wykonawca kalkuluje swoją ofertę w oparciu o przesłanki niepewne, będące mniej prawdopodobne aniżeli to, że zakresem zamówienia objęta będzie cała autostrada, przez cały okres zamówienia, zakłada poziom przewidywań wykonawcy, który jest nieracjonalny. Przyjąć bowiem trzeba, że sam Zamawiający postanowił, że cały zakres zamówienia będzie przedmiotem jego wykonania, a wyłączenie autostrady zostało przewidziane jako zdarzenie niepewne.

Reasumując, w warunkach, kiedy Zamawiający stwierdzenia o oferowaniu usług poniżej kosztów ich wytworzenia nie opatrzył analizą i wnioskami osadzonymi w części oferty wskazującej na wycenę poszczególnych pozycji, z których by wynikało, że ta wycena została zaniżona, uznanie, że złożenie oferty stanowi przejaw czynu nieuczciwej konkurencji, należy uznać za niezajdujące potwierdzenia w treści uzasadnienia czynności Zamawiającego o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy.

Tym samym, bezprzedmiotowe okazały się dalsze zarzuty, wskazujące na zaniechanie przez Zamawiającego wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy.

**[3] W zakresie stwierdzenia podstawy wykluczenia Odwołującego z postępowania z powodu niewykazania dysponowania osobą na stanowisko koordynatora bieżącego oraz zimowego utrzymania dróg [art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy]:**

Kluczową sprawą jest interpretacja postawionego warunku udziału w postępowaniu, opisanego w pkt 7.2.3. b) ppkt a) i b) Instrukcji dla Wykonawców. Stanowi on, że wykonawca musi wskazać na stanowiska koordynatora bieżącego oraz koordynatora zimowego utrzymania dróg osoby, posiadające następujące kwalifikacje i doświadczenie:

*„do pełnienia Funkcji Koordynatora bieżącego utrzymania dróg – 1 osoba z uprawnieniami do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej i 36 miesięcznym doświadczeniem w organizowaniu, kierowaniu i nadzorowaniu prac bieżącego utrzymania dróg, w tym co najmniej 12 miesięcy przy bieżącym utrzymaniu na drodze o długości co najmniej 30 km i klasie min GP.*

*Do pełnienia funkcji Koordynatora zimowego utrzymania dróg – 1 osoba z doświadczeniem w organizowaniu, kierowaniu i nadzorowaniu zimowego utrzymania dróg, obejmującym minimum trzy sezony zimowe, w tym co najmniej jeden sezon zimowy na drodze o długości co najmniej 30 km i klasie min GP.”*

Zamawiający dopuścił przy tym możliwość dublowania przez tę samą osobę obu funkcji, pod warunkiem posiadania łącznego doświadczenia wymaganego dla każdego ze stanowisk.

Sporną kwestią jest spełnienie opisanego wymagania przez osobę wskazaną przez Odwołującego do pełnienia obu funkcji, w części, w jakiej postawiony warunek wymaga doświadczenia w organizowaniu, kierowaniu i nadzorowaniu bieżącego i zimowego utrzymania dróg. Zbliżone zarzuty zostały postawione w postępowaniu o sygn. KIO 1833/14 wobec Konsorcjum MADROCAR, co do osoby wskazanej na stanowisko Koordynatora zimowego utrzymania dróg.

Jak wskazują wyniki postępowania odwoławczego w zakresie obu odwołań, sporna jest interpretacja tego postanowienia SIWZ, to jest, jakie doświadczenie, jakie czynności wykonywane w ramach wcześniejszych stanowisk i zajęć należy uznać odpowiadające temu warunkowi.

Zgodzić się należy z Zamawiającym, że chodzi tutaj o faktyczne wykonywanie czynności opisanych przez Zamawiającego, w sposób stały [nie incydentalny], nie zaś o nazwę stanowiska zajmowanego w przeszłości przez osobę dedykowaną do pełnienia

funkcji. Kolejną sprawą jest, że nie chodzi tutaj o doświadczenie na stanowisku dokładnie odpowiadającym temu, na które osoba jest wskazywana [stanowisku koordynatora bieżącego lub zimowego utrzymania dróg]. Bez znaczenia jest więc zawarta w SIWZ definicja koordynatora i czynności związanych z koordynowaniem prac. Od kandydata na powyższe stanowisko Zamawiający wymaga bowiem doświadczenia bardziej uniwersalnego, aniżeli na stanowisku, do którego osoba jest dedykowana: Zamawiający uznał, że osoba, która ma odpowiednio długie doświadczenie w wykonywaniu czynności związanych z organizowaniem, kierowaniem i nadzorowaniem prac odpowiednio bieżącego lub zimowego utrzymania dróg podola sprawowaniu funkcji koordynatora, nawet jeśli takiej właśnie funkcji nie sprawowała. Tego rodzaju kształtowanie warunku nie jest niczym nadzwyczajnym – nie ma przeszkód dla stwierdzenia, że zdolną do wykonywania określonych czynności jest osoba, która wykonywała czynności tego samego rodzaju, jak te do których jest dedykowana jak i inne, które w ocenie Zamawiającego są reprezentatywne dla stwierdzenia, że osoba podola danym zadaniom. Tutaj Zamawiający uznał, że osoba wskazywana na stanowisko koordynatora bieżącego lub zimowego utrzymania dróg musi mieć odpowiednio doświadczenie w organizowaniu, kierowaniu i nadzorowaniu [a zatem łącznie w wykonywaniu wymienionych czynności] prac bieżącego utrzymania dróg lub zimowego utrzymania dróg.

Zamawiający położył więc akcent na faktyczne umiejętności związane z czynnościami wykonawczymi, dotyczącymi utrzymania dróg, uznając, że ktoś kto stoi na froncie robót, wykonuje przez określony czas czynności organizowania, kierowania i nadzorowania bieżącego i zimowego utrzymania dróg będzie posiadać odpowiednie umiejętności dla sprawnego zapewnienia całej logistyki i organizacji przedsięwzięcia będącego przedmiotem zamówienia. Na taki aspekt wskazuje określenie zakresu czynności, a mianowicie wymaganie doświadczenia w organizowaniu, kierowaniu i nadzorowaniu prac bieżącego utrzymania dróg – w tej mierze Zamawiający wyraźnie odniósł to doświadczenie nie do jakiegokolwiek aktywności, z jakiegokolwiek poziomu zarządczego, w organizowaniu, kierowaniu i nadzorowaniu bieżącego utrzymania dróg, ale ta aktywność została sprowadzona do płaszczyzny prac bieżącego utrzymania dróg, co wskazuje na relatywnie niski poziom z punktu widzenia struktury zarządczej. Wprawdzie takiego dookreślenia Zamawiający nie zawarł już co do zimowego utrzymania dróg, niemniej odniesienie wymaganego doświadczenia do organizowania, kierowania i nadzorowania zimowego utrzymania dróg wskazuje nie na organizowanie kontraktów, ale na aspekt związany z codziennym, „liniowym” organizowaniem pracy, w miejscu gdzie odbywa się cała organizacja wykonywania usługi i wszystkie codzienne problemy z tym związane.

Na podstawie dokumentów uzupełnionych przez Odwołującego w zakresie dysponowania osobą na stanowisko koordynatora bieżącego oraz zimowego utrzymania dróg, Zamawiający nie uzyskał informacji pozwalających na przyjęcie, że warunek jest spełniony. Odwołujący, w uzupełnionym wykazie podał charakterystykę doświadczenia posiadanego przez osobę wskazaną na to stanowisko, zgodnie z którą osoba była dyrektorem operacyjnym w firmie będącej generalnym wykonawcą [zał. 5, segregator nr dokumentacji]. Wyniki rozprawy z dnia 1 października 2014 r. potwierdzają, że osoba wskazana w ofercie Odwołującego na stanowisko koordynatora bieżącego oraz zimowego utrzymania dróg pełniła funkcje kierowniczą w spółce – była dyrektorem operacyjnym a zarazem członkiem zarządu ds. operacyjnych. Czynności wykonywane przez tę osobę należały do kwestii o zasadniczym znaczeniu – mieściła się w nich kontrola i nadzorowanie operacyjne podmiotu; decyzje finansowe powyżej określonej wartości, zakup sprzętu, materiałów i usług, zawieranie umów z podwykonawcami, spotkania koordynacyjne, zatrudnienie personelu, ustanowieniu dla niego stawek wynagrodzenia, ustalenie ilości ludzi do realizacji zadania, określanie sposobu realizacji zadania, negocjowanie z zamawiającym sposobu reagowania w danym zadaniu, negocjowanie ewentualnych kar umownych, które zamawiający miał zamiar naliczyć, wymiana korespondencji, rozmowy z Zamawiającym. Powyższe oznacza, że stanowisko osoby wskazanej w ofercie Odwołującego było znacznie wyższe, aniżeli wiążące się z wykonywaniem czynności organizowania, kierowania i nadzorowania prac bieżącego lub zimowego utrzymania dróg. Oczywiście, w ramach funkcji członka zarządu - dyrektora operacyjnego mieści się nadzór a także kierowanie pracownikami, ich zespołami czy projektami, a nawet – na określonym poziomie zarządczym – organizowanie takich przedsięwzięć, niemniej trzeba odróżnić doświadczenie w zakresie czynności wymaganych w tym wypadku przez Zamawiającego od zakresu działania członka zarządu, który nadzoruje określone portfolio projektów spółki, czy też cały zakres działalności określonego rodzaju. Wyniki rozprawy prowadzą do wniosku, że osoba wskazana przez Odwołującego organizowała bardzo szeroki pakiet zadań, obejmujących letnie i zimowe utrzymanie dróg, tyle że trudno tu mówić o organizowaniu czynności lub prac bieżącego i zimowego utrzymania dróg, a raczej o organizowaniu w znaczeniu korporacyjnym, całych przedsięwzięć i kontraktów. Także nadzorowanie i kierowanie, które niewątpliwie mieściło się w zakresie zadań wskazanej osoby, obejmowało nie prozaiczne czynności związane z utrzymaniem dróg, na froncie robót, ale nadzór z pozycji członka zarządu, to jest z najwyższego poziomu zarządzania w spółce. To, że zajmowane przez wskazaną osobę stanowisko jest o wiele wyższe, niż obejmujące wykonywanie wymaganych czynności i że z pozycji członka zarządu wszystkie czynności, które mieszczą się pod jego zarządem, w tym różnego rodzaju czynności o charakterze technicznym są objęte jego zakresem, nie

oznacza jednak, że dana osoba posiada w związku z tą funkcją doświadczenie w organizowaniu, kierowaniu i nadzorowaniu bieżącego lub zimowego utrzymania dróg.

Powyższe czyniło wniosek Zamawiającego o niewykazaniu w tej mierze spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych, ustawodawca przyjął jako zasadę, że zadaniem wykonawcy jest wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. To wykonawca zatem obowiązany jest do takiego zaprezentowania swojej sytuacji, które da zamawiającemu przekonanie, że spełnione są stawiane warunki udziału w postępowaniu. Ewentualne wątpliwości w tej mierze, obciążają więc wykonawcę, zaś skutkiem pozostawienia ich nierozwianymi przez wykonawcę, jest uznanie warunku udziału w postępowaniu za niespełniony, a w konsekwencji – wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; posiadania wiedzy i doświadczenia; dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia; sytuacji ekonomicznej i finansowej. Przytoczony przepis służy zatem zabezpieczeniu interesów Zamawiającego, któremu wykonawcy muszą wykazać, że posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, niezbędną wiedzę i doświadczenie, dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. To podstawowe wymogi ekonomiczno – techniczne, które mają zapewnić [albo przynajmniej uprawdopodobnić] realizację zamówienia w sposób co najmniej poprawny. Innymi słowy, warunki udziału w postępowaniu to cechy i właściwości wykonawcy wyrażające minimum wymagań, jakie zapewniają właściwe wykonanie zamówienia.

Dostrzec trzeba dalej, że to wykonawca ubiegający się o uzyskanie zamówienia winien wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Powyższe wynika wprost z brzmienia przepisu art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 [lub może żądać jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż wskazane kwoty]. Zgodnie z natomiast z brzmieniem przepisu art. 26 ust. 2a powołanej ustawy, wykonawca na żądanie zamawiającego



i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy.

Nie jest więc tak, jak wywodzi Odwołujący w treści odwołania, że to Zamawiający ma udowodnić, że wykonawca nie spełnia warunku. W świetle przepisów ustawy jest odwrotnie – to zadaniem wykonawcy ubiegającego się o zamówienie jest wykazanie spełnienia warunku.

Na rozprawie zobowiązano Odwołującego – działającego w jego imieniu osobę, wskazaną do pełnienia funkcji koordynatora bieżącego i zimowego utrzymania dróg do wypowiedzenia się w kwestii stanowiska zajmowanego w ramach kontraktów wskazanych na potwierdzenie posiadanego doświadczenia. Z przesłuchania w charakterze strony wynika, że osoba posiada znacznie wyższe doświadczenie, bardziej bogate, obejmujące czynności bardziej doniosłe z punktu widzenia działania spółki, co jednak nie koresponduje z wymaganiem doświadczenia bardziej prozaicznego: w organizowaniu kierowaniu i nadzorowaniu bieżącego i zimowego utrzymania dróg.

W świetle powyższego, zasadnym był wniosek Zamawiającego, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, zaś ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Odwołujący został już wezwany do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą na stanowisko koordynatora bieżącego oraz zimowego utrzymania dróg i wezwaniu temu nie uczynił zadość.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga zasada ogólna, wyrażona w ustawie, że to rzeczą wykonawcy jest wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu stawianych przez Zamawiającego. Zamawiający nie jest obowiązany ani nawet uprawniony, w innym aniżeli wyznaczony treścią art. 26 ust. 3 ustawy zakresie, do wydobywania od wykonawcy oświadczeń czy dokumentów, jeśli ten nie wykazuje w tym zakresie inicjatywy i starania.

Zasadą jest bowiem, że wykonawca składa poprawną, kompletną, opatrzoną wszystkimi wymaganymi w danym postępowaniu w SIWZ i ogłoszeniu dokumentami ofertę, w ustalonym i nieprzywracanym terminie do składania ofert.

Przepis art. 26 ust. 2a ustawy stanowi bowiem, że wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 oraz art. 50 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym wykonawca składa oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnianie warunków, również te dokumenty. Oznacza to, że wszyscy wykonawcy na jednakowych zasadach zobowiązani są wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, lub - w przypadku przetargu ograniczonego - na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Złożone przez wykonawców oświadczenia i dokumenty na ten właśnie dzień powinny umożliwiać zamawiającemu weryfikację podmiotów ubiegających się o uzyskanie zamówienia. Odstępstwo od tego wymogu ustawowego godzi w zasadę równego traktowania wykonawców, gdyż wykonawca, który na dzień składania ofert wykaże należyłą staranność i przygotuje dokumenty w sposób umożliwiający zamawiającemu jednoznaczne stwierdzenie, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, musi konkurować z wykonawcą, który takiej staranności nie dochował dopuszczając do braków w złożonych dokumentach lub składając dokumenty zawierające błędy. Ustawodawca przewidział odstępstwo od zasady przedkładania kompletnych i prawidłowych wniosków na dzień składania wniosków i umożliwił wykazanie spełniania warunków w drodze instytucji uzupełnienia dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Ratio legis przepisu art. 26 ust. 3 ustawy sprowadza się bowiem do tego, aby formalizm postępowania o zamówienie publiczne nie pozbawiał możliwości uzyskania zamówienia wykonawców, którzy przygotowali merytorycznie dobre oferty i oferują korzystny bilans ceny i innych kryteriów, ale w wyniku niedopatrzenia, przeoczenia czy zwykłej omyłki, nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków lub ofert, ale na ten dzień faktycznie takie warunki spełniają. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy nie daje podstawy do wielokrotnego wzywiania przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, nie może także służyć jako instrument testowania zamawiającego, co do tego jakie dokumenty zamawiający uzna za spełniające warunek. Zasadą jest równe traktowanie wykonawców i wykazanie spełniania warunków na dzień składania ofert lub wniosków, zatem odstępstwo od tej zasady musi być wykładane ściśle. Wykonawca który skorzystał z możliwości naprawienia błędów w złożonej ofercie, będąc wezwanym do uzupełnienia dokumentu i uzupełnił niewłaściwy dokument, nie może skorzystać z ponownej możliwości uzupełnienia oświadczeń i dokumentów. W razie przyjęcia odmiennego stanowiska, że zamawiający jest

obowiązany po raz kolejny wezwać wykonawcę, który na wcześniejsze wezwanie nie uzupełnił dokumentu, albo wziąć pod uwagę dokument złożony przez wykonawcę po terminie, zamawiający musiałby, przy pasywnej postawie wykonawcy, stać się jego rzecznikiem. Nie sposób przy tym ustalić granic takiej praktyki wzywania, przy każdorazowym uzupełnieniu dokumentów nie potwierdzających spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w ramach której zamawiający miałby być obowiązany wzywać wykonawcę aż do skutku w postaci wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Z tego względu nie sposób było uznać, że wykonawca winien być wezwany do uzupełnienia potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Podobnie, wyjaśnianie tej kwestii – do czego zmierza Odwołujący stawiając zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy, poprzez zaniechanie jego zastosowania, nie przyniosłoby przy tym oczekiwanego rezultatu: nie jest bowiem sporną kwestią zakresu obowiązków wykonywanych przez wskazaną osobę, fakt określonej roli w podanych kontraktach, ale ocena czy te czynności odpowiadają postanowieniom SIWZ. Jak ustalono, doświadczenie osoby wskazanej do pełnienia funkcji koordynatora bieżącego oraz zimowego utrzymania dróg jest znacznie wyższe, przez co nie obejmuje wymaganych czynności organizowania, kierowania i nadzorowania zimowego utrzymania dróg i prac bieżącego utrzymania dróg.

Potwierdziły się zatem zarzuty wobec odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) i 3) ustawy, niemniej wobec faktu, że prawidłowa była czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania, potwierdzenie zasadności tych zarzutów pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, o którym stanowi art. 192 ust. 2 ustawy.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

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

**Skład orzekający:**