

Sygn. akt: KIO 113/16

WYROK
z dnia 15 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Członkowie: Renata Tubisz
Barbara Bettman
Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 10 lutego 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2016r. przez **wykonawcę KOM-EKO Spółka Akcyjna z siedzibą w Lublinie, ul. Wojenna 3** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Lublin- Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie, ul. Krochmalna 13j**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę KOM-EKO Spółka Akcyjna z siedzibą w Lublinie, ul. Wojenna 3** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę KOM-EKO Spółka Akcyjna z siedzibą w Lublinie, ul. Wojenna 3** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **wykonawcy KOM-EKO Spółka Akcyjna z siedzibą w Lublinie, ul. Wojenna 3** na rzecz **Gminy Lublin- Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie, ul. Krochmalna 13j** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie : trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego.

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

Przewodniczący:
Członkowie:
.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Realizacja wszelkich prac związanych z bieżącym utrzymaniem ulic miasta Lublin - VII Części” zostało wszczęte ogłoszeniem o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 24 listopada 2015 r., nr 2015/S 227-412514.

W dniu 20 stycznia 2016r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania tj. o wyborze w części IV wykonawcy Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowego spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Włodawie (dalej PDM).

W dniu 29 stycznia 2016r. odwołanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w części IV oraz na zaniechanie wykluczenia wykonawcy PDM i zaniechanie odrzucenia jego oferty oraz zaniechanie wezwania w trybie art. 24b ust. 1, zaniechanie wezwania w trybie art. 26 ust. 3 i zaniechanie wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 – dalej ustawy) wnioskodawca KOM-EKO Spółka Akcyjna z siedzibą w Lublinie, ul. Wojenna 3 – dalej odwołujący. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 28 stycznia 2016r. udzielonego przez prezesa i wiceprezesa zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana do zamawiającego na biuro podawcze w dniu 29 stycznia 2016r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie

-art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 26 ust. 2b oraz art. 22 ust. 5 ustawy przez zaniechanie wykluczenia PDM we Włodawie z ubiegania się o zamówienie w części IV przedmiotu zamówienia ze względu na nie wykazanie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w stopniu zapewniającym należyte wykonanie zamówienia, wynikającego z treści oświadczenia PDM we Włodawie w świetle którego brak jest woli powierzenia podmiotowi trzeciemu zakresu zamówienia z realizacją którego wymagany poziom wiedzy i doświadczenia był związany oraz w konsekwencji zaniechanie uznania na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy złożonej przez PDM we Włodawie oferty za odrzuconą;

- art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty PDM we Włodawie w części IV przedmiotu zamówienia jako oferty złożonej przez podmiot podlegający wykluczeniu;

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty PDM we Włodawie w części IV przedmiotu zamówienia z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ polegającą na:

- niezłożeniu oświadczenia o podwykonawstwie odrębnie dla każdej części udzielanego zamówienia na którą oferta była składana, pomimo obowiązku jego złożenia wynikającego z pkt 3.6. SIWZ w związku z pkt 10.8.3. SIWZ,

- niezłożeniu oświadczenia o podwykonawstwie na usługi pomimo woli PDM powierzenia takiego podwykonawstwa wynikającej z dokumentów dotyczących warunków udziału w postępowaniu dotyczących potencjału technicznego oraz pomimo obowiązku jego złożenia wynikającego z pkt 10.8.3, załącznika nr 8 do SIWZ jak i § 4 pkt 11 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 10 do SIWZ,
- niezłożeniu oświadczenia o podwykonawstwie robót budowlanych w zakresie odpowiadającym zobowiązaniu podmiotu trzeciego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych S.A. w Białej Podlaskiej w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia, pomimo takiego obowiązku wynikającego z pkt 10.8.3 oraz załącznika nr 8 do SIWZ,
- art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty PDM we Włodawie w części IV przedmiotu zamówienia z uwagi na to, iż jej złożenie nastąpiło w porozumieniu z innymi wykonawcami należącymi do tej samej grupy kapitałowej, które polegało na ustaleniu części zamówienia, na które poszczególni wykonawcy mają złożyć oferty, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- art. 24b ust. 1 ustawy przez zaniechanie jego zastosowania i brak wezwania PDM we Włodawie do złożenia wyjaśnień dotyczących powiązań istniejących pomiędzy PDM we Włodawie a innymi wykonawcami którzy należą do tej samej grupy kapitałowej co PDM w Włodawie i złożyli swe oferty w tym samym postępowaniu,
- art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie jego zastosowania i brak wezwania PDM we Włodawie do złożenia uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia, pomimo tego, iż zobowiązanie Przedsiębiorstwa Robót Drogowych S.A. w Białej Podlaskiej na którego wiedzę i doświadczenie wykonawca powołał się przy wykazywaniu spełnienia tego warunku, nie gwarantuje rzeczywistego dostępu do zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia
- art. 90 ust. 1 ustawy przez zaniechanie jego zastosowania i brak wezwania PDM we Włodawie do złożenia wyjaśnień dotyczących możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za oferowaną cenę pomimo obiektywnych przesłanek wskazujących, iż cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert w części IV przedmiotu zamówienia oraz wyboru oferty PDM we Włodawie w części IV przedmiotu zamówienia,
3. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert i:
 - 1) wykluczenia wykonawcy PDM we Włodawie z postępowania w części IV przedmiotu zamówienia ze względu na nie wykazanie się spełnieniem warunków udziału w

postępowaniu oraz w konsekwencji odrzucenia oferty jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu,

2) odrzucenia oferty złożonej przez PDM we Włodawie jako:

- oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ,
- stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

ewentualnie:

3) wezwaniu PDM we Włodawie do złożenia wyjaśnień dotyczących powiązań istniejących pomiędzy PDM we Włodawie a innymi wykonawcami którzy należą do tej samej grupy kapitałowej co PDM w Włodawie i złożyli swe oferty w tym samym postępowaniu,

4) wezwaniu PDM we Włodawie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,

5) wezwaniu PDM we Włodawie do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

4. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu, a które znajdują się w dokumentacji postępowania przetargowego będącej w dyspozycji zamawiającego.

5. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji zgodnie z właściwymi przepisami.

Odwołujący wskazał, że jego interes w złożeniu niniejszego odwołania jest oczywisty albowiem gdyby zamawiający wykluczył z postępowania PDM we Włodawie lub odrzucił jego ofertę to w konsekwencji zobowiązany byłby do wyboru oferty KOM-EKO S.A. jako najkorzystniejszej w części IV przedmiotu zamówienia. Zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert, oferta KOM- EKO S.A. jest ofertą korzystniejszą od oferty kolejnego wykonawcy (Konsorcjum: Garden Designers Derkacz i wspólnicy Sp.j. oraz Zakład Drogowy T. P. Sp.j.) we wszystkich kryteriach oceny ofert, a więc powinna była być uznana za ofertę najkorzystniejszą w przypadku podjęcia przez zamawiającego czynności zgodnych z prawem, a więc wykluczenia lub także odrzucenia oferty PDM we Włodawie. O pozycji oferty KOM-EKO S.A. w rankingu złożonych ofert w części IV przedmiotu zamówienia świadczy porównanie ofert dokonane przez samego zamawiającego zawarte w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Jako dowód odwołujący powołał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zatem podjęcie przez zamawiającego czynności wyboru oferty PDM we Włodawie jako oferty najkorzystniejszej, pomimo ustawowego obowiązku wykluczenia i odrzucenia jego oferty, pozbawiło KOM-EKO S.A. możliwości uzyskania i realizacji IV części przedmiotu zamówienia, doprowadzając do powstania oczywistej szkody odwołującego.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia PDM we Włodawie i odrzucenia jego oferty, odwołujący przedstawił wymagania zamawiającego postawione w siwz

wskazując na pkt 5.4.1. SIWZ a także w pkt III 2.3) ogłoszenia o zamówieniu, zgodnie z którym zamawiający żądał wykazania wykonania w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, robót budowlanych których przedmiotem było bieżące utrzymanie ulic (tj. wykonanie robót remontowych przywracających pierwotny stan drogi), o łącznej wartości wykonanych robót nie mniejszej niż 2 000 000 zł brutto.

Zgodnie z pkt 10.8.3. SIWZ każdy wykonawca miał złożyć „Oświadczenie o części zamówienia, której wykonanie, wykonawca powierzy podwykonawcom (wg załącznika nr 8) - w przypadku powierzenia przez wykonawcę części zamówienia podwykonawcom.” Zgodnie natomiast z wzorem „Oświadczenia o części zamówienia, której wykonanie, wykonawca powierzy podwykonawcom” stanowiącym ww. załącznik nr 8 do SIWZ, wykonawca w odniesieniu do każdej części zamówienia, na które składał ofertę (pkt 3.6 SIWZ) miał obowiązek podania następujących informacji:

- „zakres prac powierzony podwykonawcom”. Wykonawca zobowiązany był wskazać zakres prac w odpowiedniej rubryce właściwej dla przedmiotu podwykonawstwa (dostawa, usługa, robota budowlana).
- „nazwę podwykonawcy” w przypadku podwykonawców, na których zasoby wykonawca powoływał się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp (zobowiązanie), w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp (uwaga nr 2 zawarta we wzorcowym załączniku nr 8).

„Oświadczenie o części zamówienia, której wykonanie, wykonawca powierzy - podwykonawcom” (pkt 10.8.3), ma charakter zobowiązujący o czym stanowi pkt 10.8.3. SIWZ jak i treść samego oświadczenia. Zobowiązania wykonawcy w zakresie podwykonawstwa uwzględniane są następnie w umowie zawartej z wybranym wykonawcą (§ 4 wzoru umowy).

Odwołujący podniósł, że wykonawca PDM we Włodawie złożył wykaz robót wraz z referencjami odwołując się w całości do potencjału podmiotu trzeciego - Przedsiębiorstwa Robót Drogowych S.A. w Białej Podlaskiej (dalej: „podmiot trzeci” lub „podwykonawca”), (s. 48, 50-52 oferty - w aktach postępowania). Do wykazu PDM we Włodawie dołączył zobowiązanie podmiotu trzeciego, iż w zakresie części IV i VI podmiot ten będzie podwykonawcą, który „zamierza realizować wykonanie robót remontowych dróg”. Z treści zobowiązania wynika także, iż podstawą dysponowania potencjałem ww. podmiotu trzeciego przez PDM we Włodawie będzie „umowa o współpracy” (s. 49 oferty). W oświadczeniu PDM we Włodawie o części zamówienia, której wykonanie wykonawca powierzy podwykonawcom (s. 105 oferty) wskazano, iż Przedsiębiorstwu Robót Drogowych S.A. w Białej Podlaskiej zostanie powierzone podwykonawstwo „wykonania robót remontowych (roboty brukarskie)”. Odwołujący wskazał, że w jego ocenie pomiędzy zobowiązaniem podmiotu trzeciego oraz

oświadczeniem o podwykonawstwie zachodzą rozbieżności, co do zakresu udziału podmiotu trzeciego, które nie pozwalają na przyjęcie, że odwołujący za pomocą cudzego zobowiązania wykazał wymagany poziom wiedzy i doświadczenia. W ramach argumentacji prawnej powołał się na przepisy art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22 ust. 3, art. 41 ust. 7, art. 22 ust. 5, art. 26 ust. 2b, art. 36b ust. 2 ustawy, a także na § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa RM z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzaju dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Na podstawie powyższych przepisów odwołujący doszedł do przekonania, że realne zobowiązanie do udostępnienia zasobów powinno być powiązane z udziałem podmiotu udostępniającego zasób w realizacji przedmiotu zamówienia w stopniu odpowiadającym wymaganiom zamawiającego postawionym w warunku. Wyraził także przekonanie, że oświadczenie o podwykonawstwie jako element oferty, który staje się następnie elementem umowy nie może być zmieniane ani uzupełniane, gdyż nie mieści się w katalogu dokumentów objętych normą art. 26 ust. 3 ustawy. Zdaniem odwołującego zamiar powierzenia podmiotowi udostępniającemu zasób jedynie wykonania prac brukarskich o niskiej wartości i nie stanowiących całości prac remontowych przywracających pierwotny stan drogi nie może być uznane za rzeczywiste wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu, gdyż nie prowadzi do tego, że zamówienie będzie wykonywał podmiot dający gwarancję należytego wykonania umowy.

W zakresie wartości robót brukarskich i bitumicznych przedstawił zestawienie wyceny robót bitumicznych (nr 1) i brukarskich (nr 2) dokonana na podstawie kosztorysu ofertowego PDM we Włodawie.

Stwierdził, że akceptowanie przez zamawiającego takiego stanu rzeczy godzi w zasadę przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego sformułowaną na gruncie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE. Powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, a także wskazał, że obowiązek uczestnictwa w realizacji zamówienia podmiotu do którego wiedzy i doświadczenia odwołuje się wykonawca wynika w sposób jednoznaczny z art. 63 ust. 1 nowej Dyrektywy UE 2014/24/UE. W konsekwencji odwołujący stoi na stanowisku, że zamawiający zaniechał wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, oraz, że zastosowanie swe znajdzie norma art. 24 ust. 4 ustawy, zgodnie z którą ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą, jak i art. 89 ust. 1 pkt 5 w myśl którego ofertę wykonawcy wykluczonego zamawiający zobowiązany jest odrzucić.

Rozwijając swoje twierdzenia, co do braku możliwości uzupełnienia lub zmiany oświadczenia o podwykonawstwie odwołujący podkreślił, że zobowiązanie podmiotu trzeciego nie jest jednoznaczne, gdy dotyczy robót remontowych dróg, a zatem nie określa zakresu tych robót, a oświadczenie o podwykonawstwie dotyczy robót brukarskich. Odwołujący podkreślił, że z

uwagi na to, iż oświadczenie o podwykonawstwie, którego podstawę żądania stanowi art. 36b ust. 1 ustawy, nie jest objęte hipotezą przepisu art. 26 ust. 3 ustawy, nie jest dopuszczalne wezwanie wykonawcy do jego uzupełnienia. O braku możliwości uzupełnienia oświadczenia o podwykonawstwie świadczy brak takiego dokumentu wśród dokumentów wymienionych w stosownym rozporządzeniu jak i fakt, iż dokument ten nie został wymieniony przez zamawiającego w pkt 6 SIWZ, który wymieniał katalog oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz w celu braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzieleniu zamówienia. Dodatkową okolicznością świadczącą, zdaniem odwołującego, o niezdolności PDM we Włodawie do realizacji zamówienia jest powszechnie znany fakt, iż wykonawca wyprzedaje posiadane przez siebie nieruchomości oraz faktycznie nie prowadzi działalności w zakresie pozwalającym na realizację zamówienia. Za podmiot trzeci ewentualne zamówienia realizuje spółka pod firmą: Włodawski Zakład Usług Remontowych i Budowlanych Sp. z o.o., z/s we Włodawie ul. Chełmska 94, 22- 200 Włodawa. Jako dowód odwołujący dołączył zdjęcie.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PDM we Włodawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, to odwołujący podniósł, że wykonawca PDM we Włodawie nie złożył oświadczenia o podwykonawstwie w zakresie w jakim dzierżawi magazyn materiałów odzyskowych i rozbiórkowych na terenie Lublina. Odwołujący wskazał, że zamawiający określił umowy o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, które, z uwagi na wartość lub przedmiotem tych dostaw lub usług, nie podlegają obowiązkowi przedkładania zamawiającemu" (§ 4 pkt 11 wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 10 do SIWZ): i obowiązek ten nie dotyczy umów o wartości do 50 000,00 zł, których przedmiotem są:

- 1) usługi z zakresu badań i pomiarów,
- 2) transport materiałów budowlanych,
- 3) wynajem sprzętu budowlanego bez obsługi operatorskiej,
- 4) zakup mediów,
- 5) dostawa materiałów."

Zdaniem odwołującego z powyższego wynika, że zamawiający jako podwykonawstwo rozumie samo udostępnienie sprzętu budowlanego. Odwołujący wskazał, że PDM we Włodawie wskazało tylko jednego podwykonawcę - Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A. w Białej Podlaskiej podczas, gdy powołało się na potencjał firmy Betonmix Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie w zakresie wymogu dysponowania magazynem materiałów odzyskowych i rozbiórkowych (s. 79 i 81 oferty) oraz do potencjału Przedsiębiorstwa Drogowego LAMBDA Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi w zakresie wymogu dysponowania kotłem produkcyjno-transportowym do asfaltu lanego (s. 79 i 91 oferty).

Odwołujący podniósł, że w świetle postanowień siwz oświadczenie o podwykonawstwie należało złożyć dla każdej części osobno, choćby z uwagi na fakt, że dla każdej części zawierana jest odrębna umowa oraz różne są warunki udziału i zakres podwykonawstwa.

W przypadku składania oferty na dwie części zamówienia, oczekiwanie złożenia odrębnych oświadczeń odwołujących się do poszczególnych części udzielanego zamówienia jest tym bardziej uzasadnione, iż istnieje możliwość odwołania się do podwykonawstwa w obu częściach, w żądanej z nich, lub jednej z dwóch części. Ponadto, jeśli wykonawca przewiduje podwykonawstwo robót, możliwe jest także zlecenie odmiennego zakresu podwykonawstwa dla każdej z części (rejonu) zamówienia. Zdaniem odwołującego PDM we Włodawie zdawał sobie sprawę z obowiązku określenia części zamówienia, które powierzy podwykonawcom (podmiotom trzecim na potencjał których się powoływał). Złożenie stosownego oświadczenia o podwykonawstwie stanowiło bowiem konsekwencję odwołania się przez wykonawcę do potencjału podmiotów trzecich w każdej z dwóch części zamówienia o które się ubiegał (część IV i VI). Tymczasem w zobowiązaniach podmiotów trzecich udostępniających swe zasoby wskazywane było w sposób jednoznaczny, iż zobowiązania te dotyczą zarówno części IV i VI (pomimo braku określonego przez zamawiającego wzoru takowego oświadczenia). Podobieństwo złożonych zobowiązań przez trzy podmioty do których potencjału PDM we Włodawie się odwołał, pozwala w ocenie odwołującego przyjąć, iż ich wzór został opracowany przez PDM we Włodawie i przedłożony do podpisu tym podmiotom. Natomiast PDM we Włodawie nie zachował konsekwencji i nie określił, których części dotyczy oświadczenie o podwykonawstwie. Nie wypełnił zatem według odwołującego obowiązku wynikającego z pkt 3.6. oraz pkt 10.8.3. SIWZ albowiem odpowiednio nie złożył odrębnych oświadczeń o warunkach podwykonawstwa pomimo, iż oparł się w obu częściach na potencjale innego podmiotu oraz z treści złożonego oświadczenia nie wynika, których z części ono dotyczy. Odwołujący ponownie przedstawił swoje stanowisko, co do tego, że dysponowanie potencjałem technicznym w postaci magazynu materiałów odzyskowych i rozbiórkowych, który PDM we Włodawie zamierza dzierżawić od Betonmix sp. z o.o. w Lublinie oraz kotłem produkcyjno-transportowym do asfaltu lanego, którym PDM we Włodawie zamierza dysponować na podstawie umowy najmu sprzętu budowlanego, stanowi o zamiarze powierzenia tym podmiotom podwykonawstwa części zamówienia w rozumieniu art. 2 pkt. 9b ustawy, jak również mieści się w pojęciu podwykonawstwa wynikającego z treści siwz, a mimo to PDM we Włodawie nie wskazał, że w zakresie tych części zamówienia będzie korzystał z podwykonawstwa, podwykonawstwo wskazane przez PDM we Włodawie dotyczy bowiem tylko robót brukarskich. Odwołujący podniósł w zarzucie odnoszącym się do zaniechania wykluczenia PDM we Włodawie z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu, pomiędzy zobowiązaniem podmiotu trzeciego a oświadczeniem wykonawcy o zakresie robót

powierzonych temu podmiotowi trzeciemu w ramach podwykonawstwa istnieje istotna rozbieżność. Odwołujący ponownie przedstawia swoje poglądy, co do tego jaki zakres podwykonawstwa powinien być powierzony podmiotowi udostępniającemu zasoby i ponownie wskazuje na to, że oświadczenie o podwykonawstwie ogranicza się do robót brukarskich, natomiast w zobowiązaniu podmiotu trzeciego PRD S.A. w Białej Podlaskiej zobowiązało się do wykonania robót remontowych dróg.

Według odwołującego w oświadczeniu o podwykonawstwie, wskazując zakres prac powierzonych podwykonawcy, PDM we Włodawie zobowiązany był uwzględnić powierzenie PRD S.A. w Białej Podlaskiej wykonania robót o wartości nie mniejszej niż 2 mln zł brutto. Ograniczając zakres zlecanych robót do robót brukarskich a więc o wartości ponad dwukrotnie niższej, Wykonawca naruszył wymóg 10.8.3. SIWZ w związku z pkt 5 odnoszącym się do warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący podtrzymał dotychczasową argumentację o braku możliwości uzupełnienia oświadczenia o podwykonawstwie.

Odnośnie zarzucanego zamawiającemu zaniechania odrzucenia oferty PDM we Włodawie, mimo tego, że w ocenie odwołującego jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, odwołujący podniósł, że jego zdaniem PDM we Włodawie zawarł niedozwolone porozumienie z innymi wykonawcami należącymi do tej samej grupy kapitałowej w celu uniknięcia wzajemnej rywalizacji w ramach poszczególnych części zamówienia oraz w konsekwencji uzyskania całości zamówienia (wszystkich siedmiu części zamówienia) przez wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej.

Jak wynika z informacji Zamawiającego z dnia 20 stycznia 2016 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej, w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty swe złożyło czterech wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej (PRD Lubartów) na wszystkie (siedem) części udzielanego zamówienia publicznego.

Każdy z wykonawców należących do Grupy Kapitałowej PRD Lubartów uzyskał zamówienie na inną część przedmiotu zamówienia:

- Część I i II - Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów S.A. z siedzibą w Lubartowie,
- Część III i VII - Komunalne Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie,
- Część IV i VI - Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe Sp. z o.o. we Włodawie,
- Część V - Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o. w Janowie Lubelskim.

Spółka Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów S.A. z siedzibą w Lubartowie, która uzyskała zamówienie na części I i II przedmiotu zamówienia, posiada wszystkie udziały w kapitale kolejnych dwóch wykonawców, którzy uzyskali zamówienia, a mianowicie:

- Przedsiębiorstwie Drogowo-Mostowym Sp. z o.o. we Włodawie, które uzyskało zamówienie na część IV i VI przedmiotu zamówienia oraz

- Komunalnym Przedsiębiorstwie Robót Drogowych Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, które uzyskało zamówienie na część III i VII przedmiotu zamówienia

Jako dowody odwołujący powołał odpisy z KRS wskazanych wyżej spółek.

Wskazał, że Komunalne Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie posiada z kolei większościowe udziały w kapitale Przedsiębiorstwa Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o. w Janowie Lubelskim, które złożyło ofertę i uzyskało zamówienie na część V przedmiotu zamówienia.

Wszyscy ww. przedsiębiorcy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę a mianowicie przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów S.A. z siedzibą w Lubartowie, które także złożyło ofertę w postępowaniu i uzyskało dwie części zamówienia (I i II). Odwołujący przytoczył treść art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy oraz art. 3 ust. 1 uznk i wskazał, że zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 tej ustawy „zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.” Przepis ten ma zastosowanie zarówno do przetargów publicznych jak i prywatnych.

Odwołujący podniósł, że jak wskazuje orzecznictwo KIO, porozumienia zawierane pomiędzy spółkami należącymi do tej samej grupy kapitałowej przystępującymi do postępowania o zamówienie publiczne także mogą być oceniane jako porozumienia niedozwolone stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji. Do wykazania, iż doszło do zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia wystarczające jest dysponowanie pośrednimi dowodami. Wystarczy wykazanie, iż z całokształtu okoliczności danej sprawy wynika, że do takiego porozumienia doszło. Istnienie więc zmywy przetargowej musi być wywnioskowane ze zbiegu wielu okoliczności i wskazówek, które w przypadku braku innego spójnego wyjaśnienia rozpatrywane łącznie mogą stanowić dowód naruszenia reguł konkurencji. Zdaniem odwołującego takie okoliczności i wskazówki w niniejszym postępowaniu wystąpiły i polegają przede wszystkim na udziale we wszystkich częściach zamówienia i uzyskaniu tych części przez podmioty należące do tej samej grupy kapitałowej powiązane tak kapitałowo jak i osobowo. Odwołujący uważa, że porozumienie doprowadziło do takiego złożenia ofert na poszczególne części zamówienia, aby po pierwsze, wykonawcy należący do tej samej Grupy Kapitałowej PRD Lubartów ze sobą nie konkurowali, a po drugie, by zwiększyć swoje szanse na uzyskanie zamówienia przez Grupę Kapitałową PRD Lubartów we wszystkich siedmiu częściach udzielanego zamówienia. W konsekwencji, w wyniku zawartego porozumienia,

wykonawcy należący do tej samej grupy kapitałowej uzyskali wszystkie siedem części zamówienia.

Potrzeba zawiązania porozumienia wynikała z wymogu zamawiającego zawartego w pkt VI.3) ogłoszenia o zamówieniu z dnia 24.11.2015 r. (2015/S 227-412514), który ograniczył możliwości złożenia oferty przez jednego wykonawcę tylko do dwóch z siedmiu części przedmiotowego zamówienia. Podobne zastrzeżenie znalazło się w pkt 3.7. SIWZ.

Dominujący wpływ na bieżące decyzje spółek w trakcie postępowania wynikające z zależności kapitałowej, w ocenie odwołującego, potwierdza fakt nie przystąpienia do przetargu piątej spółki wchodzącej w skład Grupy Kapitałowej PRD Lubartów, a mianowicie Lubelskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A. w Lublinie. LPRD S.A. w Lublinie został wskazany jako podwykonawca przez PRD Lubartów w części I i II zamówienia, pomimo tego, iż w latach 2012-2015 to właśnie spółka z Lublina wykonywała zamówienie na część I i II przedmiotu zamówienia (s. 51-57 oferty PRD Lubartów - w aktach postępowania). Pomimo zatem samodzielnej zdolności do realizacji zamówienia, spółka LPRD S.A. w Lublinie nie przystąpiła do postępowania przetargowego jako samodzielny wykonawca.

Jak wynika z informacji dostępnych na stronie internetowej, LPRD S.A. w Lublinie z dniem 30.12.2015 r. połączyła się z PRD Lubartów S.A. z siedzibą w Lubartowie poprzez przeniesienie całego majątku LPRD S.A. na PRD Lubartów S.A. i została wykreślona z KRS. Na dowód czego odwołujący przedłożył informację o połączeniu spółek LPRD S.A. Lublin oraz PRD Lubartów, informacja z KRS o wykreśleniu LPRD S.A. Lublin z Rejestru z dniem 30.12.2015 r.

Powyższe zdaniem odwołującego wskazuje, iż pomimo formalnej odrębności każdej ze spółek, wszystkie zamówienia w istocie wykonywał będzie jeden organizm gospodarczy, wbrew zamiarom zamawiającego zdywersyfikowania wykonawstwa na poszczególne części zamówienia.

W konsekwencji zachowania wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej jakie wystąpiły na etapie przetargu doprowadzą do monopolizacji rynku.

Podniósł także, że pomiędzy organami wszystkich czterech spółek zachodzą ściśle powiązania i zależności poprzez zasiadanie w organach tych samych osób lub osób spokrewnionych ze sobą. Przykładowo:

- w Radzie Nadzorczej PRD Lubartów S.A. zasiada Pan K. Z. J., który zasiada także w Radach Nadzorczych wszystkich pozostałych trzech wykonawców z Grupy Kapitałowej PRD Lubartów (w tym PDM we Włodawie),
- w Radzie Nadzorczej PRD Lubartów S.A. zasiada Pan U. E. H., który zasiada także w Radzie Nadzorczej innego wykonawcy - Komunalnego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z o.o. w Lublinie,

- w radach nadzorczych zasiadają oraz pełnią funkcję prokurentów także osoby o tych samych nazwiskach, a więc najprawdopodobniej osoby spokrewnione z powyżej wymienionymi, a więc Pan U. P. (Prokurent PRD Lubartów S.A. oraz RN KPRD Sp. z o.o. Lublin) Pan U. R. (Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe Sp. z o.o. we Włodawie), Karczewski Radosław Zygmunt - (RN Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe Sp. z o.o. we Włodawie) Pani K. J. T. - (RN PRD Lubartów S.A.).

Spółka dominująca (PRD Lubartów) oraz każda ze spółek, w której posiada ona wyłączne udziały złożyły ofertę na dwie części zamówienia. Natomiast Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o. w Janowie Lubelskim a więc Spółka pośrednio zależna od PRD Lubartów (poprzez KPRD Lublin) w której mniejszościowy pakiet udziałów posiada także inny podmiot, jako jedyna z członków Grupy Kapitałowej złożyła ofertę jedynie na jedną część udzielanego zamówienia.

Powyższe wynika z nieparzystej liczby części zamówienia (siedmiu) przy jednoczesnym ograniczeniu możliwości składania oferty przez jednego wykonawcę do dwóch części. Potwierdza to brak woli rywalizacji pomiędzy spółkami oraz mniejszej roli spółki z Janowa Lubelskiego z uwagi na brak wyłącznego udziału PRD Lubartów w jej kapitale.

O ścisłej współpracy gospodarczej spółek, uprawdopodobniających zawarcie niedozwolonego porozumienia świadczy także, w ocenie odwołującego, prowadzenie wspólnych przedsięwzięć wykraczających jedynie poza uczestnictwo w niniejszym postępowaniu przetargowym. W skład utworzonego „Klastra Budownictwo drogowe Lubelszczyzny” na dziewięć podmiotów pięć z nich stanowią spółki należące do Grupy Kapitałowej PRD Lubartów (spośród pozostałych czterech, dwa to podmioty publiczne - Politechnika Lubelska i UMCS). Jako dowód odwołujący powołał informację ze strony internetowej PRD Lubartów o utworzeniu „Klastra Budownictwo drogowe Lubelszczyzny”

Zdaniem odwołującego sam fakt ustalenia pomiędzy przedsiębiorcami, który z nich na jaki rejon startuje w orzecznictwie KIO skutkować powinien odrzuceniem oferty jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji. Porozumienie co do części na które każdy z podmiotów ma złożyć swą ofertę doprowadziło do istotnego i nieodwracalnego zachwiania konkurencji pomiędzy uczestnikami postępowania w ramach poszczególnych części, poprzez celowe uniknięcie rywalizacji pomiędzy poszczególnymi przedsiębiorcami należącymi do grupy kapitałowej a tym samym jej istotne ograniczenie. Akceptowanie zachowania przedsiębiorców, którzy w porozumieniu ze sobą składają oferty w tym samym postępowaniu na różne części zamówienia godzi w art. 83 ust. 3 ustawy jak i celowość działania zamawiającego wprowadzającego ograniczenia w możliwości składania ofert przez jednego wykonawcę (dywersyfikacji). Powyższe w ocenie odwołującego wypełnia przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o znk co skutkuje obowiązkiem zamawiającego odrzucenia oferty PDM we Włodawie w części IV przedmiotu zamówienia na

podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący powołał się na orzeczenia Izby – wyrok z dnia 30 kwietnia 2014r. sygn. akt KIO 2640/14, KIO 2651/14, KIO 2652/14 oraz z dnia 2 grudnia 2013r. sygn. akt KIO 2589/13, KIO 2623/13.

Co do zarzutu zaniechania wezwania PDM we Włodawie do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 24 b ust. 1 ustawy, to zarzut ten jest zarzutem ewentualnym. Należy zastrzec, Odwołujący powołał treść art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy i art. 24b ust. 1 ustawy. Ponowił argumentację dotyczącą powiązań w ramach „Grupy Kapitałowej PRD Lubartów”. Podniósł, że czterech wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej złożyło swe oferty w postępowaniu na wszystkie (siedem) części udzielanego zamówienia publicznego.

Zdaniem odwołującego dla obowiązku zamawiającego wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 24b ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy pozostaje bez znaczenia okoliczność faktyczna, iż każdy z ww. wykonawców złożył swą ofertę na inną część udzielanego zamówienia. Powyższe wynika przede wszystkim z wykładni literalnej treści przepisu art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy. Ustawa nie nakazuje odmiennego zachowania zamawiającego w zależności od tego, czy wykonawcy należący do tej samej grupy kapitałowej składają ofertę w tym samym postępowaniu na te same czy też inne części udzielanego zamówienia. Byłoby to możliwe jedynie w sytuacji istnienia jednoznacznej normy przewidzianej w ustawie, której obecnie nie ma.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 5 wystarczającym jest złożenie ofert „w tym samym postępowaniu”. W odniesieniu do przetargu nieograniczonego, przez „postępowanie o udzielenie zamówienia” rozumie się postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego (art. 2 pkt 5 ustawy). Elementem definiującym pojęcie „postępowania” jest zatem ogłoszenie o zamówieniu, które je inicjuje. Tym samym, w sytuacji jednego ogłoszenia o zamówieniu, mamy do czynienia z jednym i „tym samym postępowaniem.” Na poparcie swego stanowiska odwołujący przywołał wyrok z dnia 20 listopada 2014 r. (Sygn. akt KIO 2323/14 oraz 2338/14).

Jako ewentualny odwołujący podniósł także zarzut zaniechania wezwania PDM we Włodawie do uzupełnienia dokumentów, albowiem dotyczy on jedynie sytuacji, gdyby nie został uwzględniony zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania lub odrzucenia oferty PDM we Włodawie. Co do tego zarzutu to ponownie odniósł się do warunku wynikającego z pkt. 5.4.1 siwz oraz z zakresu udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia wskazanego w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów. W ocenie odwołującego zobowiązanie Przedsiębiorstwa Robót Drogowych S.A. w Białej Podlaskiej (s. 49 oferty) jest wadliwe albowiem podstawą dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego będzie „umowa o współpracy”. Z reguły tego typu stosunek „współpracy” nie ma charakteru

zobowiązującego, stąd też sformułowanie nie gwarantuje wykonawcy realnej dostępności zasobów tego podmiotu wbrew wymogom art. 26 ust. 2b ustawy.

Szczególnie sformułowanie to budzi wątpliwości w kontekście deklaracji PRD S.A. w Białej Podlaskiej uczestnictwa w wykonaniu zamówienia w charakterze podwykonawcy, a więc konsekwentnie należałoby oczekiwać by wykonawcę i podmiot trzeci wiązała jednak umowa podwykonawstwa. Powyższe, zdaniem odwołującego, dodatkowo wskazuje, iż odwołanie się do potencjału podmiotu trzeciego może mieć w tym zakresie charakter fikcyjny.

Ponadto, doprecyzowania poprzez wezwanie wykonawcy do uzupełnienia wymaga deklaracja podmiotu trzeciego o „zamiarze udziału w realizacji robót remontowych dróg”, szczególnie wobec ograniczenia przez Wykonawcę zakresu zleconego podwykonawstwa do robót brukarskich.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania wezwania PDM we Włodawie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, to również ten zarzut ma charakter ewentualny. Odwołujący podał, że wartość szacunkowa części IV zamówienia, zgodnie z informacją podaną przez zamawiającego wynosi 4 065 071,52 netto. Na dowód czego powołał informację ZDiM w Lublinie z dnia 15 stycznia 2016 r.

Cena oferty netto (bez VAT) PDM we Włodawie w części IV przedmiotu zamówienia wynosi 2 859 573,94 zł (s. 24 oferty). Cena netto oferty PDM we Włodawie stanowi 70,34 % wartości zamówienia w części IV, a więc jest niższa o 29,66% od wartości zamówienia.

Jednocześnie cena netto oferty PDM we Włodawie na część IV jest niższa o 19,18% w stosunku do cen ofert pozostałych dwóch wykonawców, którzy złożyli swe oferty w tej części zamówienia. Odwołujący podniósł, że obowiązek żądania wyjaśnień zachodzi zawsze, gdy „cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia”. Zamawiający zobowiązany jest zatem do żądania wyjaśnień od Wykonawcy, w każdej sytuacji, gdy cena budzi wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia, nawet jeśli nie przekracza ona progu 30% w stosunku do wartości zamówienia.

Wskazana przez odwołującego różnica jest bardzo zbliżona do progu 30% określonego przez ustawodawcę w art. 90 ust. 1 od którego uzależnia się w sposób jednoznaczny żądanie wyjaśnień. Nadto jest to cena znacząco odbiegająca od cen uzyskiwanych w ostatnich latach w przetargach na roboty budowlane. Jak wynika z informacji zawartych w rocznym sprawozdaniu Prezesa UZP za rok 2014 średnio cena (netto) oferty wybranej w postępowaniach powyżej progów UE na roboty budowlane stanowiła 82% wartości szacunkowej (w roku 2013 — 81%; w 2012 — 75%; w 2011 — 80%).

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 10 lutego 2016r. na posiedzeniu zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania według norm przepisanych. W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia PDM we Włodawie zamawiający podniósł, że zobowiązanie innego podmiotu spełnia wymogi wynikające z postawionego w pkt. 5.4.1 siwz wymagania oraz wymagania wynikające z § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Zdaniem zamawiającego zobowiązanie jest też jednoznaczne i dotyczy robót remontowych dróg, zaś pojęcie umowy o współpracy jest pojęciem szerokim i powszechnie stosowanym w stosunkach zamówieniowych. Zamawiający uważa, że z zobowiązania jednoznacznie wynika, że PRD w Białej Podlaskiej zobowiązuje się udostępnić swoje zasoby w charakterze podwykonawcy. Zdaniem zamawiającego oświadczenie o podwykonawstwie nie jest ograniczone wyłącznie do robót brukarskich, bo gdyby tak było to PDM we Włodawie pominąłby wskazanie „wykonanie robót remontowych”. W ocenie zamawiającego uszczegółowienie przez użycie sformułowania „(roboty brukarskie)” stanowi jedynie przykład robót remontowych. Ponadto użyte wyrażenie świadczy o zamiarze powierzenia podwykonawcy zdecydowanej większości zamówienia tj. robót budowlanych w branży drogowej. Natomiast nie ma podstaw do wymagania od wykonawcy, aby uszczegóławiał wszystkie rodzaje robót jakie powierzy podwykonawcy, zwłaszcza takich, które można opisać przez szerokie sformułowanie ogólne np. wykonanie robót remontowych. W ocenie zamawiającego nie zachodzi sprzeczność pomiędzy zobowiązaniem do udostępnienia zasobów, a treścią oświadczenia o podwykonawstwie i PDM we Włodawie dysponuje wiedzą i doświadczeniem niezbędnym do realizacji przedmiotowego zamówienia, co zostało udokumentowane w sposób należyty i wystarczający. Dalej zamawiający podniósł, że podwykonawstwo i udostępnienie zasobów to dwie różne instytucje w ustawie i można również stwierdzić, że roboty brukarskie zostaną powierzone podwykonawcy PRD w Białej Podlaskiej, zaś w pozostałym zakresie PDM będzie realizował zamówienie w oparciu o użyczone zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia. Podkreślił, że w art. 26 ust. 2 b ustawy nie istnieje ustawowy obowiązek zlecenia wykonania konkretnego zakresu prac temu podmiotowi, a udostępnienie zasobów może przyjąć różnorodną formę. Zamawiający nie zgadza się z tezą odwołującego o fikcyjnym udostępnieniu zasobów, gdyż zamysłem ustawodawcy było umożliwienie wykonawcom korzystania z potencjałów innych podmiotów nie tylko na podstawie podwykonawstwa. Zdaniem zamawiającego ta ostatnia teza znajduje oparcie w treści art. 36a ust. 3 ustawy i art. 26 ust. 2b ustawy. Co do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty PDM we Włodawie jako niezgodnej z treścią siwz, to zamawiający podniósł, że z pkt. 3.6 siwz i pkt 10.8.3 siwz nie wynika, że zamawiający żądał osobnych dla każdej części oświadczeń o podwykonawstwie.

Co więcej umożliwił składanie jednego dokumentu np. formularza ofertowego na więcej niż jedną część postępowania. Ponadto podnoszona niezgodność jest niezgodnością, co do formy, a nie co do treści oferty, a zamawiający tam gdzie oczekiwał osobnych oświadczeń do każdej części zamówienia, to sporządzał wzory dokumentów dla każdej części tak ma się rzecz z wykazami narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych. Ponadto konstrukcja wzoru załącznika nr 8 pozwala na umieszczenie w nim informacji dotyczących różnych zakresów podwykonawstwa w różnych częściach zamówienia. Ponadto zamawiający wskazał, że oświadczenie PDM we Włodawie jest powiązane z warunkiem udziału w postępowaniu, a ten był określony jeden dla wszystkich części zamówienia, zatem niezależnie czy wykonawca składał ofertę na jedną, czy dwie części, a korzystał z udostępnienia zasobów, to musiał posługiwać tymi zasobami w ramach podwykonawstwa. Tym samym dla zamawiającego oświadczenie PDM we Włodawie jest jednoznaczne i dotyczy obydwu części zamówienia, a żądanie złożenia dwóch identycznych oświadczeń byłoby żądaniem nadmiarowym. Zamawiający nie zgadza się z interpretacją postanowień siwz poczynioną w tym zakresie przez odwołującego. Co do informacji dotyczących dzierżawy magazynu i najmu kotłów produkcyjno-transportowych, to zdaniem zamawiającego te stosunki prawne nie są podwykonawstwem, gdyż zgodnie z art. 2 pkt 9b ustawy przedmiotem umowy podwykonawczej musi być realizacja przez podwykonawcę części przedmiotu zamówienia. Natomiast powyższe umowy nie polegają na realizacji jakiegokolwiek części zamówienia, czynnością w zamówieniu jest bowiem organizacja magazynu, zabezpieczenie składowanych materiałów, ich przyjmowanie i wydawanie, a nie samo udostępnienie magazynu. To samo dotyczy kotłów produkcyjno-transportowych. Czynnością zamówienia jest lanie asfaltu, a nie udostępnienie sprzętu do wykonania tej czynności. Żaden z podmiotów udostępniających te zasoby nie będzie brał udziału w realizacji przedmiotu zamówienia, tym samym PDM we Włodawie nie miał obowiązku wykazywania ich w oświadczeniu o podwykonawstwo. Co do zarzutu zaniechania odrzucenia PDM we Włodawie pomimo złożenia oferty w czynnie nieuczciwej konkurencji, to zamawiający podniósł, że ustawa nie zakazuje ubiegania się o zamówienie wykonawcom należącym do grupy kapitałowej, a odwołujący nie udowodnił, że doszło do zawarcia porozumienia i że to porozumienie może być kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji. Zamawiający odwołał się do tego, że powodami, dla których członkowie grupy kapitałowej ubiegali się o poszczególne rejony mogą być natury historycznej tj. KPRD i LPRD od lat ubiegają się o rejony 1,2,3 i 7, zaś PRDM w Janowie Lubelskim ze względów technologicznych (czasu transportu mas betonów asfaltowych) mogło bez ryzyka gospodarczego ubiegać się o rejon 5 gdyż ma do niego szybki transport drogą krajową 19. Tym samym metodę prawdopodobieństwa, o której w odwołaniu mówi odwołujący, zdaniem zamawiającego można zastosować jedynie do PDM we Włodawie i zdaniem zamawiającego

opisany rozkład ofert nie jest niczym nadzwyczajnym. Zamawiający podnosi, że do związku kapitałowego czy osobowego pomiędzy członkami grupy kapitałowej nie można stosować domniemań prawnych ani faktycznych istnienia niedozwolonego porozumienia. Poszczególni wykonawcy członkowie grupy prowadzą odrębne przedsiębiorstwa posiadają odrębne zarządy, siedziby, księgowość, sprzęt oraz bazę klientów. Co do podnoszonego faktu, że LPRD SA w Lublinie nie ubiegał się o przedmiotowe zamówienie, ale jest podwykonawcą PRD Lubartów SA, to również zdaniem zamawiającego z samych faktów przytoczonych przez odwołującego w odwołaniu nie jest niczym dziwnym, skoro w dniu 30 grudnia 2015r. doszło do przejścia LPRD przez PRD Lubartów, stąd w ocenie zamawiającego logiczne jest, że LPRD nie ubiegała się o nowe zamówienia. Co do uczestnictwa czterech członków grupy w klastrze Budownictwo Drogowe Lubelszczyzny, to zdaniem zamawiającego brak jest logicznego związku pomiędzy faktem uczestnictwa w projekcie naukowym, a istnieniem potencjalnego porozumienia pomiędzy członkami grupy. Zdaniem zamawiającego w udziale członków grupy kapitałowej, w taki, a nie inny sposób w niniejszym postępowaniu nie towarzyszą okoliczności, które prowadziłyby do wniosków logicznych i opartych na doświadczeniu życiowym, że do takiego porozumienia dojść musiało, gdyż określonych zdarzeń nie da się inaczej wytłumaczyć. Ponadto nawet gdyby przyjąć, że członkowie grupy PRD Lubartów zawarli porozumienie, to w ocenie zamawiającego, takie działanie nie zagrażało, ani nie naruszało interesów innego przedsiębiorcy lub klienta. Zamawiający zwrócił uwagę na wprowadzoną przez siebie zasadę zakazu ubiegania się przez jednego wykonawcę o więcej niż dwie części zamówienia, jednocześnie wskazał na udzieloną przez siebie odpowiedź na pytanie nr 5 z dnia 15 grudnia 2015r. i podniósł, że do ograniczenia możliwości składania ofert doszło nie w wyniku domniemanej zмовy, ale w wyniku działań samego zamawiającego, który postanowił zdywersyfikować ilość wykonawców realizujących zamówienie w poszczególnych częściach. Zdaniem zamawiającego zarzut odwołującego sprowadza się w rzeczywistości do tego, że poszczególni członkowie grupy nie złożyli ofert na te same części zamówienia i nie konkurowali ze sobą, co zgodnie z ustawą mogłoby skutkować ich wykluczeniem. Zdaniem zamawiającego nawet jeśli członkowie grupy uzgodnili, że nie mogą składać ofert na te same części zamówienia, to takie porozumienie nie miałoby na celu i nie powodowałoby skutku ograniczenia konkurencji, gdyż porozumienie takie miałoby jedynie charakter wewnętrzny. Zamawiający uważa, że takie porozumienie chroniłoby członków grupy kapitałowej przed zarzutem nieuczciwej konkurencji i nie zaburzałoby konkurencji na tzw. rynku właściwym. Nie zachodzi tu natomiast sytuacja, kiedy takie porozumienie oddziaływałoby na innych przedsiębiorców uczestników rynku. Zdaniem zamawiającego lokalny rynek robót budowlanych jest znaczący i istnieje cały szereg innych zamawiających zlecających takie roboty, zaś przedmiotowe zamówienie nie stanowi znaczącego udziału w tym rynku i również z tego względu nie można mówić o jakimkolwiek

ograniczeniu dostępu do rynku. Co do zarzutu zaniechania wezwania PDM we Włodawie do wyjaśnień w trybie art. 24b ust. 1 ustawy, to zamawiający podniósł, że nie ma możliwości zachwiania uczciwej konkurencji, gdyż każdy z członków grupy złożył ofertę na inną część zamówienia i poszczególni członkowie grupy nie konkurowali ze sobą w tym postępowaniu. W zakresie zarzutu zaniechania wezwania PDM we Włodawie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, to zamawiający podniósł, że komplet dokumentów złożonych przez tego wykonawcę – wykaz robót, poświadczenia i zobowiązanie do oddania zasobów, w sposób należyty i wystarczający dokumentuje spełnianie warunku opisanego w pkt 5.4.1. siwz. W konsekwencji zamawiający uważa, że nie dopuścił się zaniechania. Odnośnie zarzutu zaniechania wezwania PDM we Włodawie do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy, to zamawiający podkreślił, że jeśli zaoferowana cena nie kształtuje się poniżej progów wskazanych w ustawie, to decyzja o skierowaniu wezwania do złożenia wyjaśnień pozostaje w gestii zamawiającego. Z uwagi na tak, że cena PDM we Włodawie jest niższa o 29,66% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT oraz o 12,89% niższa niż średnia cena wszystkich złożonych ofert, to zamawiający stoi na stanowisku, że nie miał obowiązku wyjaśniania aspektu ceny w tej ofercie, gdyż w jego ocenie nie nosi ona znamion ceny rażąco niskiej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, siwz, wraz z załącznikami, wyjaśnień treści siwz z dnia 15 grudnia 2015r., ofert Przedsiębiorstwa Robót Drogowo-Mostowych sp.z o.o. w Janowie Lubelskim, Komunalnego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych sp. z o.o. w Lublinie, Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Lubartów SA w Lubartowie, Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowe sp. z o.o. we Włodawie, wezwania do wyjaśnień skierowanego do PDM we Włodawie i udzielonej odpowiedzi, protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, informacji internetowej PRD Lubartów o utworzeniu „Klastra Budownictwo drogowe Lubelszczyzny”, informacji o połączeniu Lubelskiego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych SA w Lublinie z Przedsiębiorstwem Robót Drogowych Lubartów SA, mapy rejonów bieżącego utrzymania ulic, umów nr 49/ZDM/12, nr 40/ZDM/12, 509/GK/CP/2005, nr 513/GK/CP/2005, nr DM/654/2008, nr DM/655/2008, umów nr DM/637/2008, nr DM/636/2008, nr 51/ZDM/12, 42/ZDM/12.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

W treści siwz w zakresie sporny zamawiający wprowadził następujące postanowienia:

W pkt 3.5 zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych na wykonanie zamówienia w poszczególnych rejonach wg podziału:

3.5.1. Część I – Rejon nr 1.

3.5.2. Część II – Rejon nr 2.

3.5.3. Część III – Rejon nr 3.

3.5.4. Część IV – Rejon nr 4.

3.5.5. Część V – Rejon nr 5.

3.5.6. Część VI – Rejon nr 6.

3.5.7. Część VII – Rejon nr 7.

Zgodnie z pkt 3.6. wykonawca składający ofertę na wykonanie więcej niż jednej części winien podać w ofercie warunki wykonania każdej części zamówienia oddzielnie, zaś w myśl pkt. 3.7. Jeden wykonawca może złożyć ofertę na wykonanie maksymalnie dwóch części przedmiotowego zamówienia.

Zgodnie z pkt. 5.2. wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Natomiast w myśl pkt. 5.4.1. w zakresie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wykonawcy mieli wykazać wykonanie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, robót budowlanych których przedmiotem było bieżące utrzymanie ulic (tj. wykonanie robót remontowych przywracających pierwotny stan drogi), o łącznej wartości wykonanych robót nie mniejszej niż 2 000 000 zł brutto. Wartość robót w walucie innej niż PLN, wykonawca powinien przeliczyć na PLN wg średniego kursu NBP z dnia publikacji ogłoszenia o niniejszym zamówieniu, natomiast w przypadku braku przeliczenia przez wykonawcę zamawiający dokona przeliczenia na PLN wg kursu średniego NBP na dzień, w którym opublikowano ogłoszenie o niniejszym zamówieniu.

Na podstawie pkt. 5.4.2. w zakresie warunku dysponowania potencjałem technicznym wykonawcy mieli wykazać dysponowanie narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi niezbędnymi do realizacji zamówienia (dla każdego rejonu oddzielnie):

5.4.2.1. minimum jednym magazynem materiałów odzyskowych i rozbiórkowych o minimalnej powierzchni 500 m² zlokalizowanym na terenie miasta Lublin,

5.4.2.2. minimum jedną rozkładarką do układania mieszanek mineralno – bitumicznych,

5.4.2.3. minimum jednym kotłem produkcyjno – transportowym do asfaltu lanego,

5.4.2.4. minimum jedną skrapiarką do nawierzchni bitumicznych,

5.4.2.5. minimum jedną szczotkę mechaniczną,

5.4.2.6. minimum jednym walcem stalowym,

5.4.2.7. minimum jednym walcem ogumionym,

5.4.2.8. minimum jedną frezarką do nawierzchni bitumicznych,

5.4.2.9. minimum jedną równiarką.

W przypadku składania oferty na dwie części przedmiotowego zamówienia wykonawca zobligowany był do wykazania dysponowania odrębnym asortymentem na potrzeby realizacji każdej z części zamówienia, z zastrzeżeniem, że w przypadku magazynu, o którym mowa w pkt. 5.4.2.1. Wykonawca może wykazać dysponowanie jednym magazynem zlokalizowanym na terenie miasta Lublin o ile jego minimalna powierzchnia będzie równa lub większa niż 1000 m².

Zgodnie z pkt. 6.3. wykonawca w sytuacji, gdy polega na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Podmiot, który zobowiąże się do udostępnienia powyższych zasobów odpowiada solidarnie z wykonawcą za szkodę zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy.

Na podstawie pkt. 6.8. w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5) ustawy należało złożyć listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej co wykonawca, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 184), albo informację o tym, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej (wg załącznika nr 6).

Zgodnie z pkt. 10.8.3. wykonawca wraz z ofertą miał złożyć oświadczenie o części zamówienia, której wykonanie, wykonawca powierzy podwykonawcom (wg załącznika nr 8) - w przypadku powierzenia przez wykonawcę części zamówienia podwykonawcom.

W pkt. 12 znajdował się opis sposobu obliczenia ceny, z którego wynika, że wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy. W uwadze w załączniku nr 8 do siwz zamawiający wskazał, że

1. Oświadczenia nie należy składać w przypadku wykonywania całości zamówienia bez udziału podwykonawców.

2. W przypadku podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy (zobowiązanie), w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, należy oprócz zakresu podać nazwę podwykonawcy.

W załączniku nr 10 do siwz w paragrafie 4 zamawiający wskazał następujące postanowienia przyszłej umowy:

1. Wykonawca oświadcza, że przedmiot umowy wykona z udziałem Podwykonawców.
2. Wykonawca oświadcza, iż powierzy Podwykonawcom następujący zakres robót:

1)

3. Wykonawca zobowiązuje się, że nie powierzy Podwykonawcom lub dalszym Podwykonawcom innych prac niż wskazane w ofercie, bez zgody Zamawiającego.

4. Wykonawca, Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca zamierzający zawrzeć umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, jest obowiązany do przedłożenia zamawiającemu projektu tej umowy, przy czym podwykonawca lub dalszy podwykonawca jest obowiązany dołączyć zgodę wykonawcy na zawarcie umowy o podwykonawstwo o treści zgodnej z projektem umowy.

7. Niezgłoszenie pisemnych zastrzeżeń do przedłożonego projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w terminie określonym w ust. 6, uważa się za akceptację projektu umowy przez Zamawiającego.

8. Wykonawca, Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca zamówienia na roboty budowlane przedkłada Zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia. Przedkładający może poświadczyć za zgodność z oryginałem kopie umowy o podwykonawstwo.

9. Zamawiający, w terminie 14 dni, zgłasza pisemny sprzeciw do przedłożonej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w przypadkach, o których mowa w ust. 6.

10. Niezgłoszenie pisemnego sprzeciwu do przedłożonej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w terminie określonym w ust. 6 uważa się za akceptację umowy przez zamawiającego.

11. Wykonawca, Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca zamówienia na roboty budowlane przedkłada Zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia, z wyłączeniem umów o podwykonawstwo o wartości mniejszej niż 0,5% wartości brutto niniejszej umowy. Obowiązek przedkładania umów o podwykonawstwo których przedmiotem są dostawy lub usługi nie dotyczy umów o wartości do 50 000,00 zł, których przedmiotem są:

- 1) usługi z zakresu badań i pomiarów,
- 2) transport materiałów budowlanych,
- 3) wynajem sprzętu budowlanego bez obsługi operatorskiej,
- 4) zakup mediów,
- 5) dostawa materiałów.

Niniejsze wyłączenie nie dotyczy umów o podwykonawstwo o wartości większej niż 50 000 zł. Przedkładający może poświadczyć za zgodność z oryginałem kopie umowy o podwykonawstwo.

24. W przypadku stwierdzenia, że:

1) Wykonawca wprowadził Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę na teren budowy i powierzył im do wykonania roboty objęte zakresem niniejszej umowy bez wiedzy i zgody Zamawiającego, lub

2) część lub całość robót realizowana jest przez innego Podwykonawcę lub dalszego Podwykonawcę niż Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca na którego Zamawiający wyraził zgodę, lub

3) Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca wykonuje roboty inne niż określone w umowie o podwykonawstwo,

Zamawiającemu przysługuje prawo do natychmiastowego wstrzymania robót oraz naliczenia kar umownych określonych w § 8 ust 2 pkt 6).

W wyjaśnieniach treści siwz z dnia 15 grudnia 2015r. zamawiający udzielił następujących odpowiedzi:

Na pytanie 2 o treści - prosimy o informację, czy w przypadku składania oferty na dwie części zamówienia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia zostanie spełniony jeżeli wykonawca wykaże się jedną robotą budowlaną, której przedmiotem było bieżące utrzymanie o wartości nie mniejszej niż 2 mln zł. brutto, zamawiający odpowiedział, że ten opis jest jednakowy dla wykonawców, którzy składają ofertę na jedną część i dla wykonawców ubiegających się o udzielenie 2 części przedmiotowego zamówienia. Tym samym wykonawca składając ofertę na dwie części zamówienia nie musi wykazywać spełniania tego warunku w zwielokrotnionym stopniu.

W odpowiedzi na pytanie 3 zamawiający wyjaśnił pojęcie bieżące utrzymanie ulic (tj. wykonanie robót remontowych przywracających pierwotny stan drogi) i wskazał, że pod tym pojęciem należy rozumieć wykonywanie robót remontowych przywracających pierwotny stan oraz robót konserwacyjnych zmierzających do zwiększenia bezpieczeństwa i wygody ruchu. Do tej kategorii nie mogą być zaliczone : prace związane z oczyszczaniem, odśnieżaniem lub zwalczaniem śliskości dróg oraz utrzymaniem zieleni przydrożnej. W przypadku wykonywania robót zgodnych z robotami wskazanymi w pkt. 5.4.1 siwz i innych wykonawca w wykazie robót powinien wyszczególnić wartość robót dotyczących samego bieżącego utrzymania ulic.

Na pytanie 4 dotyczące magazynu materiałów odzyskowych i rozbiórkowych, zamawiający wskazał, że w przypadku dysponowania jednym magazynem o minimalnej powierzchni 1000m², wykonawca ubiegający się o dwie części zamówienia nie musi przedstawiać dwóch magazynów, ale zobligowany jest do złożenia dwóch wykazów narzędzi osobno dla każdej części zamówienia.

W odpowiedzi na pytanie nr 5 o treści czy zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert przez spółki zależne (należące do grupy kapitałowej) na wybrane części zamówienia z

zachowaniem wymogu – jeden wykonawca może złożyć ofertę maksymalnie do dwóch części przedmiotowego zamówienia, zamawiający poinformował, że zastrzeżenie zawarte w pkt. 3.7. siwz dotyczy jednego wykonawcy, a nie całej grupy kapitałowej. Tym nie mniej zamawiający zwrócił uwagę, że złożenie ofert przez grupę wykonawców nie może mieć na celu ominięcia ww. zastrzeżenia i doprowadzenia do sytuacji, w której pomimo faktu złożenia ofert przez różnych wykonawców, w rzeczywistości więcej niż dwie części zamówienia wykonywać będzie ten sam wykonawca.

Z oferty Komunalnego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych sp. z o.o. w Lublinie, wynika, że wykonawca ten złożył oferty na część III i VII. Wykazał się doświadczeniem własnym na rzecz zamawiającego, przedstawił także własny potencjał techniczny dla dwóch części zamówienia. Oświadczył, że należy do grupy kapitałowej obejmującej jego oraz Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów SA w Lubartowie, Lubelskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych SA w Lublinie, Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe sp. z o.o. we Włodawie, Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych sp.z o.o. w Janowie Lubelskim, Przedsiębiorstwo Drogowo- Mostowe Międzyrzecz Podlaski SA w likwidacji, Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Puławy SA – w likwidacji. Brak oświadczenia o podwykonawstwie. W skład organów tego wykonawcy wchodzi : J. P. – prezes zarządu, Z. K., E. U., U. P., - rada nadzorcza, B. G. i G. K. – prokurenci.

Z oferty Przedsiębiorstwa Robót Drogowo-Mostowych sp.z o.o. w Janowie Lubelskim wynika, że złożyło ono ofertę na część V, wykazało się własnym doświadczeniem, w zakresie potencjału technicznego co do magazynu materiałów odzyskowych i rozbiórkowych, to korzysta z zasabu M. K. prowadzącego działalność pod firmą Kukier w Lublinie, w pozostałym zakresie posiada własny potencjał, załączyło oświadczenie, że należy do grupy kapitałowej obejmującej jego oraz Komunalne Przedsiębiorstwo Robót Drogowych sp. z o.o. w Lublinie, Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów SA w Lubartowie, Lubelskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych SA w Lublinie, Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe sp. z o.o. we Włodawie, Przedsiębiorstwo Drogowo- Mostowe Międzyrzecz Podlaski SA w likwidacji, Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Puławy SA – w likwidacji. Brak oświadczenia o podwykonawstwie. W skład organów tego wykonawcy wchodzi : R. T. – prezes zarządu, rada nadzorcza:K. Z., U. E., P. J., prokurentami są G. M., B. K.,

Z oferty PDM we Włodawie wynika, że została ona złożona na IV i VI część zamówienia, wykonawca wykazał się doświadczeniem innego podmiotu tj. Przedsiębiorstwa Robót Drogowych SA w Białej Podlaskiej, z którego zobowiązania wynika, że sposobem wykorzystania zasobów przy wykonywaniu zamówienia jest podwykonawstwo, podmiot udostępniający zobowiązał się wykonać roboty remontowe dróg, w ramach stosunku umowy o współpracę. Przedsiębiorstwo Robót Drogowych SA w Białej Podlaskiej m. in. złożyło oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej, do której oprócz niego należy PHUB

Trasa sp. z o.o. w Białej Podlaskiej, Allesta Horeglad sp. j. w Białej Podlaskiej. Na str. 64 – 78 PDM we Włodawie przedstawiło wykaz robót realizowanych przez siebie za lata 2010, 2011, 2012, 2013, 2014 podając inwestora, rodzaj robót i ich zakres, czas realizacji i wartość netto, wśród których jedna robota na rzecz GDDKiA Oddział Lublin – bieżące utrzymanie drogi krajowej nr 82 odc. Puchaczów –Włodawa w okresie od 1 stycznia do 31 grudnia 2010r. odpowiada wymogowi wartościowemu zamawiającego tj. wynosi 2 172 665,59zł. netto. Pozostałe roboty to głównie remonty, przebudowy i modernizacje dróg, a także zimowe utrzymanie dróg. Inne roboty polegające na bieżącym utrzymaniu dróg nie spełniają wymogu wartościowego. W ramach potencjału technicznego PDM we Włodawie dla części IV i VI wykazał magazyn 1000m² ul. Zawieprzycka 3b udostępniony na podstawie umowy dzierżawyprzez Betonmix sp. z o.o., który złożył oświadczenie, że nie należy do grupy kapitałowej, oraz wykazał kotły produkcyjno transportowe szt. 2 udostępnione na podstawie umowy najmu od Przedsiębiorstwa Drogowego Lambdar sp. z o.o.m w Łodzi. PDM we Włodawie złożył oświadczenie, w którym nie skreślił, czy należy czy nie do grupy kapitałowej, ale załączył wykaz członków tej grupy i oprócz niego są to te same podmioty, jak w przypadku dwóch ofert omówionych wcześniej. PDM we Włodawie złożył także oświadczenie o części zamówienia, której wykonanie wykonawca powierzy podwykonawcom, gdzie wskazał zakres prac powierzony podwykonawcom – wykonanie robót remontowych (roboty brukarskie) i nazwę powykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowych SA w Białej Podlaskiej. W skład organów PDM we Włodawie wchodzi prezes zarządu Konstany Tycyk, rada nadzorcza – K. Z., U. R., K. R. i prokurenci S. T., Ś. Z. .

Z oferty Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Lubartów wynika, że złożyło ofertę na część I i II. Wykonawca wykazał się doświadczeniem udostępnionym przez Lubelskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych SA na podstawie umowy o podwykonawstwo w zakresie realizacji części prac związanych z bieżącym utrzymaniem ulic, udostępnienia magazynu materiałów odzyskowych i rozbiórkowych oraz kotłów produkcyjno-transportowych szt. 2. W skład organów Lubelskiego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych SA wchodzi prezes zarządu G. G., rada nadzorcza – J. P., U. E., K. . prokurenci: M. R., U. A. . W skład organów Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Lubartów wchodzi :prezes zarządu – B. J., rada nadzorcza K. Z., K. J., U. E., prokurenci M. H., U. P. . Wykonawca należy do tej samej grupy kapitałowej, co wykonawcy, których oferty omówiono powyżej. Wskazał, że powierzy podwykonawstwo w zakresie części prac związanych z bieżącym utrzymaniem ulic Lubelskiemu Przedsiębiorstwu Robót Drogowych SA, w zakresie dostaw i usług wpisał nie dotyczy.

W dniu 13 stycznia 2016r. zamawiający wezwał PDM we Włodawie do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy tj. w ilu umowach realizowane były roboty podane w wykazie oraz o podanie dokładnych dat zakończenia obowiązywania tych umów, a także w zakresie

potencjału technicznego wskazanego przez PDM we Włodawie jako własny, o złożenie oświadczenia, co do ilości tego sprzętu.

W dniu 14 stycznia 2016r. PDM we Włodawie złożył wyjaśnienia oświadczając, że w wykazie robót zostały wykazane 3 roboty i na każde z tych zadań jest oddzielna umowa przy czym kontrakt z 2014r. trwa nadal tj. do 31 grudnia 2016r. Daty zakończenia obowiązywania umów pokrywają się z datami wpisanymi w wykazie. W załącznikach nr 4d i f wykazano odrębny asortyment dla każdej części zamówienia i dysponuje dwoma odrębnymi kompletami narzędzi/urządzeń.

Z protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego wynika, że wartość części IV zamówienia została ustalona na kwotę 4 065 071,52zł., a zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie tej części zamówienia kwotę 6 mln. zł. Z postępowania nie wykluczono żadnego wykonawcy, ani nie odrzucono którejkolwiek z ofert. W części I i II zamówienie uzyskało Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów SA. W części III i VII Komunalne Przedsiębiorstwo Robót Drogowych sp. z o.o., w części IV i VI PDM we Włodawie, zaś w części V Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych sp. z o.o. w Janowie Lubelskim. W części I ofertę poza wykonawcą wybranym złożyła firma Altor sp. z o.o. z Mińska Mazowieckiego, w części II poza wykonawcą wybranym – Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp.z o.o. z Mińska Mazowieckiego, w części III poza wykonawcą wybranym - Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp.z o.o. z Mińska Mazowieckiego, w części IV poza wykonawcą wybranym odwołujący oraz Konsorcjum Garden Designers Derkacz i wspólnicy sp. j. z Lublina i Zakład Drogowy T. P. sp. j. z Raciborza Długiego, w części V poza wykonawcą wybranym – Altor sp. z o.o. z Mińska Mazowieckiego i Mota Engil Central Europe SA z Krakowa, w części VI poza wykonawcą wybranym - Konsorcjum Garden Designers D. i wspólnicy sp. j. z Lublina i Zakład Drogowy T. P. sp. j. z Raciborza Długiego i Mota Engil Central Europe SA z Krakowa, na część VII ofertę złożył tylko wykonawca wybrany. W ramach części czwartej oferta odwołującego była niższa o 29,66% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT, od oferty odwołującego o 18,12%, od najdroższej z ofert o 18,23%, zaś od średniej złożonych ofert o 12,11%.

Z informacji ze strony internetowej Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Lubartów SA wynika, że została uchała zawarta w Lubartowie w dniu 10 lipca 2014 r. pomiędzy niżej wymienionymi podmiotami (w dalszej części zwanymi PARTNERAMI):

Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów SA 21-100 Lubartów ul Krańcowa 7

Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej 20-031 Lublin Curie Skłodowskiej 5

Politechnika Lubelska 20-618 Lublin Nadbystrzycka 38D

Centrum Badań Laboratoryjnych CEBEL sp. z o.o. 20-260 Lublin ul. Grygowa 23

EM TRUCK sp. z o.o. Krasienin 27B 21-025 Niemce

Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Spółka z o.o. 23-300 Janów Lubelski
Torownica 26

Lubelskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych S.A. 20-228 Lublin ul. Zawieprzycka 3

Komunalne Przedsiębiorstwo Robót Drogowych sp. z o.o. 20-260 Lublin ul. Grygowa 23

Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe sp.z o.o. 22-200 Włodawa ul. Lubelska 62

Z uchwały wynika sposób działania i cel utworzenia klastra:

Preambuła

1. Inicjatywa utworzenia Klastra jest wspólnym przedsięwzięciem podmiotów gospodarczych obejmujących producentów wyrobów budowlanych, wykonawców usługi budownictwa drogowego oraz struktury je wspierające i stanowi odpowiedź na wyzwania cywilizacyjne, środowiskowe i technologiczne stojące przed regionem Polski Wschodniej w XXI wieku.
2. Podstawą funkcjonowania Klastra będzie potencjał skupionych w województwie Lubelszczyzny Partnerów – przedsiębiorstw branży budownictwa drogowego, jednostek naukowych – w oparciu o ich wykwalifikowane laboratoria, kadry naukowe, inżynierskie i menadżerskie.
3. Konsorcjanci będą wykorzystywać możliwości stwarzane przez parki przemysłowe, inkubatory przedsiębiorczości, władze samorządowe, regionalne agencje rozwoju jak również programy wsparcia z funduszy krajowych, regionalnych oraz funduszy UE dla wzmocnienia swojego potencjału oraz zdolności konkurencyjnej.

III. Założenia Ogólne

1. Na mocy niniejszej umowy Partnerzy powołują na czas nieoznaczony Konsorcjum Partnerów pod nazwą "Klaster Budownictwo Drogowe Lubelszczyzny" stanowiące platformę współpracy podmiotów zawierających niniejszą umowę lub podmiotów do niej przystępujących.
2. Umowa nie tworzy spółki cywilnej (wspólnego majątku, ani odpowiedzialności solidarnej Partnerów).
3. Partnerami Klastra mogą być podmioty prowadzące działalność gospodarczą (w jakiegokolwiek formie), a także instytucje nauki (m.in. szkoły, uczelnie wyższe), instytucje otoczenia biznesu, w tym różnego rodzaju instytuty, fundacje, stowarzyszenia, spółdzielnie, jednostki naukowo-badawcze oraz jednostki badawczo- rozwojowe, organizacje pozarządowe i jednostki samorządu terytorialnego regionu.
4. W ramach Klastra, Partnerzy mogą się organizować w sub-partnerstwa (Zespoły Projektowe), które grupują kilku Partnerów w celu zorganizowania konkretnego przedsięwzięcia (m.in. realizacji wspólnego projektu współfinansowanego funduszami strukturalnymi UE, organizowanie szkolenia, wspólne zakupy dóbr - świadczenie usług,

wspólna promocja itp.), każdorazowo na mocy umów szczegółowo określających zasady współpracy w tej materii.

6. Wizja Klastra zawiera się w następującym stwierdzeniu: „Klaster Budownictwo Drogowe Lubelszczyzny” jest szeroko znany ze względu na swój dynamizm i siłę; tworzą go – we współpracy z sektorem naukowo-badawczym oraz organami władzy i administracji – prężne, nowoczesne firmy mówiące na forach zewnętrznych jednym głosem, dysponujące wciąż rosnącym potencjałem gospodarczym oraz wysoko wykwalifikowanymi kadrami. Klaster stanowi bazę ekspercką oraz liczącego się partnera dla decydentów wszystkich szczebli w kwestiach dotyczących budownictwa drogowego, wpływając w ten sposób również na kreowanie polityki regionu w zakresie infrastruktury drogowej Lubelszczyzny.

7. Misją Klastra jest zbudowanie trwałych więzi i wypromowanie nowego wizerunku zintegrowanego i innowacyjnego środowiska interesów podmiotów budownictwa drogowego poprzez harmonizację działań na rzecz wzmocnienia pozycji konkurencyjnej regionalnych podmiotów tej branży.

8. Wizja oraz misja Klastra są realizowane poprzez osiągnięcie celów strategicznych Klastra.

9. Celami strategicznymi Klastra są:

9.1. Budowa prężnego ośrodka usługowo-produkcyjnego branży budownictwa drogowego, będącego jednocześnie zaawansowanym technologicznie węzłem logistycznym dla wschodniego regionu Kraju.

9.2. Dążenie do połączenia w sposób zrównoważony funkcji turystyczno-rekreacyjnych regionu z masowym rozwojem transportu i komunikacji.

9.3. Cele strategiczne Klastra mogą ulegać modyfikacji lub uzupełnieniom w miarę realizacji bądź modyfikacji Strategii Klastra.

10. Cele Klastra są realizowane poprzez:

10.1. osiągnięcie masy krytycznej w celu uzyskania i utrzymania dostrzegalności Klastra i jego udziałowców,

11.2. stworzenie więzi partnerskich pomiędzy udziałowcami Klastra, budowanie kultury współpracy i eliminację barier komunikacyjnych, stymulowanie współpracy przedsiębiorców i instytucji w regionie,

11.3. stworzenie bazy danych i forum wymiany informacji pomiędzy podmiotami Klastra,

11.4. tworzenie zbiorów „najlepszych praktyk”, benchmarking, wprowadzanie rozwiązań innowacyjnych i nowych technologii,

11.5. przygotowywanie i prowadzenie wspólnych projektów badawczo-rozwojowych,

11.6. efektywne kształcenie kadr operacyjnych i zarządzających w odpowiedzi na potrzeby zgłaszane na forum Klastra,

11.7. przyciąganie interesujących firm i młodych talentów do regionu,

11.8. wykreowanie marki Klastra , budowanie marki regionu,

- 11.9. promocję firm działających w obrębie Klastra oraz wspólnych przedsięwzięć,
- 11.10. lobbing, współtworzenie polityki regionu w zakresie budownictwa drogowego i jej uregulowań prawnych.
- 11.11. realizowanie wspólnych celów Partnerów Klastra.

Z informacji o połączeniu Lubelskiego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych SA w Lublinie z Przedsiębiorstwem Robót Drogowych Lubartów SA wynika, że Lubelskie Przedsiębiorstwa Robót Drogowych SA w Lublinie zostało przejęte przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów SA z dniem 30 grudnia 2015r.

Z mapy rejonów bieżącego utrzymania ulic wynika, że obecnie rejony 1 i 2 obsługuje LPRD, rejony 7 i 3 KPRD, zaś Rejony 6 i 5 Mota – Engil a rejon 4 KOM-EKO, jednocześnie droga krajowa nr 19 przebiega wzdłuż rejonów 6 i 5.

Z umów nr 49/ZDM/12, nr 40/ZDM/12, 509/GK/CP/2005, nr 513/GK/CP/2005, nr DM/654/2008, nr DM/655/2008 wynika, że KPRD sp. z o.o. świadczy usługi od 2005 na rzecz zamawiającego w rejonach 3 i 7, a z umów nr DM/637/2008, nr DM/636/2008, nr 51/ZDM/12, 42/ZDM/12 wynika, że LPRD świadczy od 2008 roku usługi na rzecz zamawiającego w rejonie 1 i 2.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka w osobie Dyrektora Zarządu Dróg i Mostów w Lublinie Pana K. P. na okoliczność wykazania faktu, iż w poprzednio prowadzonych przez zamawiającego postępowaniach układ rynku był zupełnie inny niż ma to miejsce w niniejszym postępowaniu.

Wniósł także o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka L. H. Prezesa Zarządu Przedsiębiorstwa Robót Drogowych S.A. w Białej Podlaskiej na okoliczność wykazania faktu z zakresu udzielonego doświadczenia oraz relacji wiążących go z PDM we Włodawie na adres Przedsiębiorstwa Robót Drogowych SA w Białej Podlaskiej.

Izba postanowiła oddalić wnioski dowodowe odwołującego wskazując po pierwsze, iż Dyrektor Zarządu Dróg i Mostów jako kierownik jednostki budżetowej zamawiającego nie może być słuchany w charakterze świadka, a jedynie dopuszczalny w tym zakresie byłby dowód z przesłuchania strony, jednakże odwołujący nie wykazał, że pozostają okoliczności niewyjaśnione dla rozstrzygnięcia niniejszego postępowania, które nie mogą być ustalone za pomocą innych dowodów, a zatem nie wykazał istnienia przesłanki dla przeprowadzenia dowodu z przesłuchania strony, zwłaszcza z ograniczeniem wyłącznie do strony zamawiającej.

Natomiast co do przesłuchania w charakterze świadka prezesa zarządu podmiotu udostępniającego zasoby PDM we Włodawie, to przeprowadziny dowód nie służy udowodnieniu okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia, albowiem Izba ocenia w niniejszym postępowaniu prawidłowość czynności zamawiającego podjętych w oparciu o załączone do oferty dokumenty, a w niniejszym postępowaniu zamawiający

dokonywał swoich czynności na podstawie zobowiązania podmiotu trzeciego załączonego do oferty i podpisanego przez wnioskowanego świadka. W tym stanie rzeczy dowód ze świadka byłby dowodem ponad osnowę dokumentu i w ocenie Izby zmierzłaby do przewlekłości postępowania.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba ustaliła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody spełniając przesłanki wynikające z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 26 ust. 2b oraz art. 22 ust. 5 ustawy przez zaniechanie wykluczenia PDM we Włodawie z ubiegania się o zamówienie w części IV przedmiotu zamówienia ze względu na nie wykazanie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w stopniu zapewniającym należyte wykonanie zamówienia, wynikającego z treści oświadczenia PDM we Włodawie w świetle którego brak jest woli powierzenia podmiotowi trzeciemu zakresu zamówienia z realizacją którego wymagany poziom wiedzy i doświadczenia był związany oraz w konsekwencji zaniechanie uznania na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy złożonej przez PDM we Włodawie oferty za odrzuconą;

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z przepisem art. 22 ust. 5 ustawy warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. W postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia, którego przedmiot stanowią dostawy wymagające wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji, usługi lub roboty budowlane, zamawiający może oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia. W myśl art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w

szczegółności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Postawiony przez odwołującego zarzut w rzeczywistości sprowadza się do przyjęcia przez odwołującego, że oferta PDM we Włodawie jest wewnątrznie sprzeczna tj., że ze zobowiązania podmiotu PRD w Białej Podlaskiej wynika szerszy zakres udostępnienia zasobów – wykonanie robót remontowych dróg, niż w rzeczywistości PDM we Włodawie ma zamiar z tego zasobu korzystać – wykonanie robót brukarskich. W ocenie Izby odwołujący dokonał nadinterpretacji przepisu art. 26 ust. 2b ustawy zdanie drugie oczekując, że realność udostępnienia potencjału innego podmiotu występuje tylko wtedy, gdy podmiot ten realizuje przedmiot zamówienia w takim samym zakresie, w jakim udostępnił wiedzę i doświadczenie, podczas gdy treść art. 26 ust. 2b ustawy wskazuje, że wykonawca ma dysponować zasobami użyczanymi, ale tylko niezbędnymi do wykonania zamówienia. To też w ocenie Izby realność udostępnienia taka jakiej oczekuje odwołujący, czyli wykonywanie przez PRD w Białej Podlaskiej robót budowlanych, których przedmiotem było bieżące utrzymanie ulic (tj. wykonanie robót remontowych przywracających pierwotny stan drogi), o łącznej wartości wykonanych robót nie mniejszej niż 2 000 000 zł brutto w ramach przedmiotowego zamówienia byłoby niezbędne w sytuacji, gdy wykonawca, posiłkujący się tym zasobem, byłby podmiotem nie posiadającym żadnej wiedzy i doświadczenia w oczekiwanym przez zamawiającego zakresie i dla takiego wykonawcy za niezbędny zakres udostępnienia należałoby rzeczywiście uważać za tożsamy z użyczanym doświadczeniem. Jednak w ocenie Izby zamawiający ma prawo analizować informacje wynikające z przedłożonej mu oferty i ocenić załączone tam dowody, które wykonawca przedstawia w celu udowodnienia realności udostępnienia. Biorąc to pod uwagę Izba stwierdziła, że PRD w Białej Podlaskiej jednoznacznie wyraził gotowość podwykonawstwa w zakresie robót remontowych dróg – a więc oddał do dyspozycji całość udostępnianego zasobu, wykonawca PDM we Włodawie złożył oświadczenie o podwykonawstwie, w które sformułował w sposób niejednoznaczny, czyli wykonanie robót remontowych (roboty brukarskie) i to oświadczenie w ocenie Izby można odczytywać zarówno w sposób prezentowany przez zamawiającego jak i odwołującego. Jednak nawet jeśli przyjąć interpretację odwołującego, że zakresem podwykonawstwa są tylko roboty brukarskie, to w ocenie Izby zamawiający nie mógł pominąć dowodu dotyczącego niezbędności udostępnianego zasobu. Takim dowodem jest złożony przez PDM we Włodawie wykaz robót za lata 2010-2015, z którego wynika, że sam odwołujący ma doświadczenie własne odpowiadające zakresowi przedmiotowemu warunku – bieżącemu utrzymaniu ulic, natomiast problemem tegoż wykonawcy jest wykazanie się doświadczeniem o wymaganej wartości. Stąd biorąc pod uwagę całokształt oferty w ocenie Izby nawet w przypadku interpretacji przyjętej przez odwołującego, PDM we Włodawie wykazał, że w zakresie niezbędnym będzie dysponował udostępnionym mu zasobem

doświadczenia przez cały okres realizacji zamówienia. Izba wskazuje, że warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia, a zatem również wykładnia art. 26 ust. 2b ustawy powinna być podporządkowana temu celowi. W konsekwencji Izba z zestawienia dokumentów załączonych do oferty powzięła przekonanie, że zamawiający prawidłowo ustalił, że wykonawca PDM we Włodawie jest zdolny do należytego wykonania zamówienia. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 26 ust. 2b i art. 22 ust. 5 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, jak również naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wykluczonego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty PDM we Włodawie w części IV przedmiotu zamówienia jako oferty złożonej przez podmiot podlegający wykluczeniu

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. Przede wszystkim Izba zwraca uwagę na to, że ustawodawca dwukrotnie wskazuje na konieczność odrzucenia oferty wykonawcy wykluczonego tj. w cytowanym wcześniej art. 24 ust. 4 ustawy oraz w powołanym w niniejszym zarzucie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy. W orzecznictwie i doktrynie potrzebę takiego dualizmu wyjaśnia się w następujący sposób: przepis art. 24 ust. 4 ustawy ma zastosowanie do postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, natomiast art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy do tych postępowań prowadzonych w trybach wielostopniowych. Biorąc powyższe pod uwagę oraz stwierdzając fakt, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, to przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy nie ma tu zastosowania, w konsekwencji nie mógł być przez zamawiającego naruszony.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty PDM we Włodawie w części IV przedmiotu zamówienia z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ polegającą na:

- niezłożeniu oświadczenia o podwykonawstwie odrębnie dla każdej części udzielanego zamówienia na którą oferta była składana, pomimo obowiązku jego złożenia wynikającego z pkt 3.6. SIWZ w związku z pkt 10.8.3. SIWZ,
- niezłożeniu oświadczenia o podwykonawstwie na usługi pomimo woli PDM powierzenia takiego podwykonawstwa wynikającej z dokumentów dotyczących warunków udziału w postępowaniu dotyczących potencjału technicznego oraz pomimo obowiązku jego

złożenia wynikającego z pkt 10.8.3, załącznika nr 8 do SIWZ jak i § 4 pkt 11 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 10 do SIWZ,

- niezłożeniu oświadczenia o podwykonawstwie robót budowlanych w zakresie odpowiadającym zobowiązaniu podmiotu trzeciego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych S.A. w Białej Podlaskiej w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia, pomimo takiego obowiązku wynikającego z pkt 10.8.3 oraz załącznika nr 8 do SIWZ

Zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Zatem dla możliwości zastosowania tej normy zamawiający musi ustalić treść siwz, następnie ustalić treść ofert i obie te treści porównać badając czy sobie odpowiadają. Odwołujący upatruje obowiązku złożenia oświadczeń o podwykonawstwie w następujących postanowieniach siwz: Zgodnie z pkt 3.6. wykonawca składający ofertę na wykonanie więcej niż jednej części winien podać w ofercie warunki wykonania każdej części zamówienia oddzielnie. Zgodnie z pkt. 10.8.3. wykonawca wraz z ofertą miał złożyć oświadczenie o części zamówienia, której wykonanie, wykonawca powierzy podwykonawcom (wg załącznika nr 8) - w przypadku powierzenia przez wykonawcę części zamówienia podwykonawcom. W ocenie Izby pkt 10.8.3 siwz w ogóle nie przesądza ile oświadczeń o podwykonawstwie powinien złożyć wykonawca ubiegający się o więcej niż jedną część zamówienia. Postanowienie z pkt. 10.8.3 siwz dotyczy bowiem wyłącznie części zamówienia udzielanych podwykonawcy, a nie składaniu ofert częściowych. Tym samym z treści tego postanowienia nie da się ustalić wzorca, co do ilości oświadczeń o podwykonawstwie. Natomiast pkt. 3.6 odwołuje się ogólnie do warunków wykonania zamówienia, których przeważająca część jest ustalana w formularzu ofertowym jak choćby cena, termin wykonania, czy warunki gwarancji. Co do formularza ofertowego to nawet dla odwołującego bezsporne jest, że wystarczyło go przedłożyć w jednym egzemplarzu także w sytuacji ubiegania się o dwie części zamówienia. Natomiast, co do oświadczenia o podwykonawstwie, to w ocenie Izby również takie oświadczenie jest oświadczeniem dotyczącym wykonania zamówienia, zdaniem Izby zatem w myśl pkt. 3.6. siwz możliwe jest złożenie tego oświadczenia w jednym dokumencie, pod warunkiem podania tych warunków oddzielnie dla każdej części zamówienia. Tym samym zarzut obowiązku złożenia dwóch załączników nr 8 dla każdej z części zamówienia, o które ubiega się PDM we Włodawie należało uznać za zarzut nie mający oparcia w treści siwz. Natomiast należy rozważyć, czy wobec bezspornego faktu, że PDM we Włodawie w złożonym przez siebie oświadczeniu wyraźnie nie oznaczyło, że dotyczy ono obu części zamówienia, na które składa ofertę, można ustalić, że treść oferty nie odpowiada treści siwz. W ocenie Izby również na tak postawione pytanie należy odpowiedzieć przecząco. Bezsporne jest bowiem,

że złożone przez PDM we Włodawie oświadczenie o podwykonawstwie jest bezpośrednio powiązane z faktem korzystania z zasobu podmiotu trzeciego, a zgodnie z odpowiedzią na pytanie 2 z dnia 15 grudnia 2015r. o treści - prosimy o informację, czy w przypadku składania oferty na dwie części zamówienia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia zostanie spełniony jeżeli wykonawca wykaże się jedną robotą budowlaną, której przedmiotem było bieżące utrzymanie o wartości nie mniejszej niż 2 mln zł. brutto, zamawiający odpowiedział, że ten opis jest jednakowy dla wykonawców, którzy składają ofertę na jedną część i dla wykonawców ubiegających się o udzielenie 2 części przedmiotowego zamówienia. Tym samym wykonawca składając ofertę na dwie części zamówienia nie musi wykazywać spełniania tego warunku w zwielokrotnionym stopniu. Tym samym w ocenie Izby logiczny i uprawiony jest wniosek zamawiającego przedstawiony w odpowiedzi na odwołanie, że przy ocenie oferty PDM we Włodawie przyjęł, iż złożone oświadczenie dotyczy w jednakowym stopniu obu części postępowania, o które ubiegał się ten wykonawca. Należy zauważyć, że brak jest jednoznacznej treści siwz, która nakazywałaby wykonawcy w sposób jednoznaczny oznaczać, czym o jakie części zamówienia się ubiega, sam zamawiający wprowadził wzory dokumentów, w ramach których przewidział różne możliwości składania przez wykonawcę oświadczeń – wspólny formularz ofertowy, wspólny wykaz robót, osobne dla każdej części wykazy narzędzi, niedookreślony załącznik nr 8 do siwz, tym samym w ocenie Izby taki sposób określenia wymagań zamawiającego mógł budzić przekonanie wykonawców, że w przypadku, gdy oświadczenie o podwykonawstwie obejmuje wyłącznie podwykonawstwo związane z udostępnianym zasobem, to tak jak wykaz robót może być przedłożone w sposób niezwiłokrotniony. Tym samym Izba uznała, że brak jest jednoznacznych postanowień siwz, które pozwoliłyby w sposób nie budzący wątpliwości stwierdzić niezgodną z nimi treść oferty. W konsekwencji Izba w zakresie tego zarzutu nie dopatrywała się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zamawiającego przez zaniechanie odrzucenia oferty PDM we Włodawie z powodu nie wykazania w oświadczeniu o podwykonawstwie umowy dzierżawy magazynu i umowy najmu kotłów produkcyjno-transportowych do asfaltu lanego, w ocenie Izby nie zasługuje na uwzględnienie. Izba podziela w całości interpretację art. 2 pkt 9 b ustawy przedstawioną w odpowiedzi na odwołanie przez zamawiającego. Również zdaniem Izby z tegoż przepisu wynika, że umowa o podwykonawstwo nie dotyczy wszelkich umów, które mogą prowadzić do wykonania zamówienia, ale tylko takich, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego. Jednak Izba stwierdza, że choć pogląd zamawiającego znajduje odzwierciedlenie w przywołanym przepisie, to zamawiający jest w tym zakresie niespójny z własną siwz, gdyż jak słusznie podniósł odwołujący w § 4 pkt. 11

wzoru umowy sam zamawiający wskazał, że Wykonawca, Podwykonawca lub dalszy Podwykonawca zamówienia na roboty budowlane przedkłada Zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia, z wyłączeniem umów o podwykonawstwo o wartości mniejszej niż 0,5% wartości brutto niniejszej umowy. Obowiązek przedkładania umów o podwykonawstwo których przedmiotem są dostawy lub usługi nie dotyczy umów o wartości do 50 000,00 zł, których przedmiotem są m. in :

3) wynajem sprzętu budowlanego bez obsługi operatorskiej,

Zatem w ocenie Izby o ile pogląd zamawiającego co do dzierżawy magazynu jest słuszny i zgodny z ustawą, to tyle już wynajem sprzętu budowlanego, jakim jest bez wątpienia kocioł produkcyjno-transportowy, sam zamawiający zakwalifikował do umowy o podwykonawstwo, zatem w tym zakresie własnych postanowień przestrzegać powinien. Nie oznacza to jednak, że Izba podziela pogląd odwołującego, że w oświadczeniu o podwykonawstwie PDM we Włodawie powinno pojawić się oświadczenie o podwykonawstwie w zakresie dostawy (art. 2 pkt. 2 ustawy pod pojęciem dostawy należy także rozumieć najem) i powinien być wykazany najem kotła i firma go najmująca. W ocenie Izby przepisu art. 36b ust. 1 ustawy nie można czytać w oderwaniu od art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. b i art. 143 b ust. 8 ustawy. Skoro zamawiającemu wolno jest ustalić, jakie dostawy lub usługi będą zwolnione z obowiązku przedstawiania kopii umów o podwykonawstwo z uwagi na ich bagatelność (niską wartość w stosunku do przedmiotu zamówienia), to w ocenie Izby nieracjonalna byłby wykładnia art. 36 b ust. 1 ustawy, przyjmująca, że żądanie wykazania przez wykonawcę części zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcy dotyczy wszelkich części zamówienia objętych umowami o podwykonawstwo w zakresie dostaw i usług niezależnie od progu ich bagatelności. Tym samym w ocenie Izby PDM we Włodawie nie miał obowiązku wykazania najmu kotła produkcyjno-transportowego w oświadczeniu o podwykonawstwie, o ile wartość tej umowy nie przekraczała 50 000zł. Odwołujący zaś nie wykazał, że umowa najmu takiego kotła w okresie czterech lat realizacji przedmiotowego zamówienia będzie powyższą wartość przekraczać. Biorąc powyższe pod uwagę Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zakresie tak postawionego zarzutu.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty PDM we Włodawie pomimo niezłożenia oświadczenia o podwykonawstwie robót budowlanych w zakresie odpowiadającym zobowiązaniu podmiotu trzeciego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych S.A. w Białej Podlaskiej w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia, pomimo takiego obowiązku wynikającego z pkt 10.8.3 oraz załącznika nr 8 do SIWZ, to w ocenie Izby zarzut nie jest zasadny. W tym zakresie postanowienie pkt. 10.83. wogóle nie odnosi się do tego, w jakim zakresie podwykonawstwo powinien wykazywać wykonawca powołujący się na zasoby podmiotu trzeciego. W

konsekwencji przywołane postanowienie nie stanowi wzorca treści oferty, przez pryzmat, której należałoby oceniać treść oświadczenia o podwykonawstwie pochodzącego od wykonawcy korzystającego z zasobu innego podmiotu. Mając powyższe na uwadze, Izba nie dopatrzyła się u zamawiającego zarzucanego mu zaniechania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty PDM we Włodawie w części IV przedmiotu zamówienia z uwagi na to, iż jej złożenie nastąpiło w porozumieniu z innymi wykonawcami należącymi do tej samej grupy kapitałowej, które polegało na ustaleniu części zamówienia na które poszczególni wykonawcy mają złożyć oferty, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący upatruje czynu nieuczciwej konkurencji w fakcie braku konkurencji między członkami grupy kapitałowej PRD Lubartów o poszczególne części zamówienia oraz w fakcie, że czterej członkowie tej grupy uzyskali wszystkie części zamówienia. W jego ocenie z tego faktu oraz faktu istnienia powiązań kapitałowych i osobowych pomiędzy członkami grupy kapitałowej należy wywieść domniemanie faktyczne, że pomiędzy członkami grupy kapitałowej doszło do zawarcia porozumienia, które to porozumienie narusza interesy innych przedsiębiorców tj. odwołującego oraz w szczególności Mota Engil Central Europe SA (tak wynika z oświadczenia odwołującego na rozprawie). W ocenie Izby jednak dla wywiedzenia twierdzonego przez odwołującego domniemania faktycznego podane okoliczności nie są wystarczające zwłaszcza, że pomiędzy członkami grupy kapitałowej z samego faktu utworzenia grupy zawsze będą istnieć powiązania czy to kapitałowe, czy osobowe czy wreszcie kapitałowo – osobowe, bo grupa kapitałowa to organizm złożony z spółki/spółek dominujących (tzw. matek) i spółek powiązanych, zależnych (spółek córek). Taki organizm powinien i jest w orzecznictwie i doktrynie być taktowany jako w rzeczywistości jeden podmiot. W konsekwencji nietrudno jest przyjąć, że taki podmiot podejmie ustalenia wewnętrzne, co do sposobu podziału zadań w ramach realizacji przedsięwzięć gospodarczych, których się podejmuje czy o które się ubiega. Jednostki tworzące jeden podmiot gospodarczy nie mogą być pociągnięte do odpowiedzialności za naruszenie art. 101 TFUE, niedysponują bowiem rzeczywistą autonomią w określaniu ich zachowań rynkowych (zazwyczaj wykonując instrukcje kierowane do ich przez spółkę matkę sprawującą nad nimi kontrolę). Wyłączenie stosowania zakazów kolektywnych praktyk antykonkurencyjnych do porozumień zawieranych między podmiotem dominującym a podmiotami zależnymi

(względnie wyłącznie między tymi drugimi) dotyczy tylko tych przypadków, kiedy porozumienie to faktycznie ma charakter wewnątrzgrupowy. Tak po raz pierwszy TSUE w sprawie 15/74 Centrafarm & Peijper vs. Sterling Drug. A także patrz Wyroki TSUE z 25.10.1983 r. w sprawie 107/82, AEG (Zb.Orz. 1983, s. 3151) pkt 50; wyrok TSUE z 16.11.2000 r. w sprawie C-286/98 P, Stora, (Zb.Orz. 2000, s. I-9925) pkt 29; wyrok TSUE z 10.09.2009 r. w sprawie C-97/08 P, Akzo, (Zb.Orz. 2009, s. I-8237), pkt 60 i nas. Jego skutki nie mogą więc oddziaływać na innych przedsiębiorców (uczestników rynku), tj. tych, którzy nie należą do danej grupy kapitałowej. (tak też m.in. wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 19 stycznia 2001 r. o sygn. I CKN 1036/98). Jednak Sąd Najwyższy dostrzegł, że możliwe jest traktowanie członków grupy kapitałowej jako odrębne od grupy podmioty. W wyroku z 16 stycznia 2003 r. Sąd Najwyższy wskazał, że *„Tylko taki stopień zależności, który odbiera podporządkowanemu podmiotowi samodzielność gospodarczą i prawną na tyle, że pełni on jedynie funkcje wykonawczo-pomocnicze względem innego podmiotu, pozwala na zaakceptowanie sytuacji, w której podmiot nadrzędny – producent ustala ceny, po których mogą być sprzedawane jego towary przez podległe mu hierarchicznie jednostki organizacyjne”*(Wyrok SN, Izba Cywilna z 16 stycznia 2003 r., I CKN 1200/00, opubl. Legalis). Nie mniej jednak na gruncie prawa wspólnotowego TSUE stwierdził, że posiadanie przez spółkę dominującą 100% udziałów w spółce zależnej pozwala ustanowić domniemanie, że spółka zależna nie posiada samodzielności tak w sprawie *Viho* (sprawa T-102/92, *Viho przeciwko Komisji*, wyrok utrzymany przez ETS C-73/95 P), gdzie stwierdził, że taka sytuacja nie mieści się w zakresie porozumień antykonkurencyjnych. W świetle powyższego fakt powiązań kapitałowych i osobowych nie uprawdopodobnia jeszcze istnienia samego niedozwolonego porozumienia, które naruszałoby konkurencję poza grupą kapitałową, ale powinien być analizowany pod kątem tego, czy pomiędzy członkami grupy kapitałowej może zachodzić taka niezależność, która pozwala im na rzeczywiste konkuowanie, wówczas można byłoby rozważać możliwość zawarcia niedozwolonego porozumienia. Jednak takie porozumienie miałoby sens wtedy, gdyby podmioty mogły ze sobą konkuować, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca. Z kolei Izba dokonując analizy ofert wszystkich wykonawców członków grupy kapitałowej, którzy złożyli oferty w tym postępowaniu stwierdziła, że w znacznej części bazują oni na własnych zasobach, a (poza jednym wyjątkiem) jeśli korzystają z zasobów udostępnionych, to te udostępnienia nie pochodzą od grupy kapitałowej. Ten wyjątek (korzystanie z zasobów spółki powiązanej), o którym Izba wskazała w zdaniu poprzedzającym, też nie prowadzi bezpośrednio do ustalenia możliwości istnienia niedozwolonego porozumienia, gdyż dotyczy podmiotu w trakcie przekształcenia spółek przez przejęcie pomiędzy nim, a podmiotem udostępniającym zasób. Oferty grupy kapitałowej nie wykazują znacznych podobieństw pomiędzy sobą: nie są podpisane przez wspólnych pełnomocników, nie zawierają podobnych błędów, a istniejące podobieństwa są wynikiem sporządzania ofert na wzorach

zamawiającego, również nie da się ustalić chronologii czasowej, w której mogłoby być zawarte potencjalne porozumienie. PDM we Włodawie powołuje się na doświadczenie i wiedzę podmiotu spoza grupy kapitałowej, na udostępnienie potencjału technicznego tj. magazynu i kotłów także poza grupą kapitałową i to u dwóch różnych udostępniających, w tym nie pochodzącego z rynku lubelskiego. W ramach postępowania na część IV PDM we Włodawie spotyka się z konkurencją ze strony dwóch różnych wykonawców - odwołującego i innego konsorcjum. Tym samym jedyną rzeczywiście budzącą wątpliwości okolicznością jest fakt, że członkowie grupy kapitałowej ubiegali się o określone rejony zamawiającego pokrywając swoimi ofertami cały przedmiot zamówienia, ale tu Izba rację przyznaje zamawiającemu. To sam zamawiający wymusił niejako sposób postępowania członków grupy kapitałowej odpowiedzią na pytanie 5 z dnia 15 grudnia 2015r. (niejako, bo PDM we Włodawie mógł nie ubiegać się o dwie części, ale o jedną, zaś ta oferta wraz z oferta firmy z Janowa nie musiały dopełnić całości zamówienia). W ramach tej odpowiedzi grupa uzyskała informację, że każdy z członków grupy będzie traktowany jako samodzielny wykonawca, który może złożyć ofertę maksymalnie na 2 części zamówienia, byle nie doprowadziło to do sytuacji wykonania wszystkich części zamówienia przez jednego wykonawcę. Czyli z odpowiedzi na to pytanie wynikało, że zamawiający zakazuje jedynie tego, aby jeden członek grupy kapitałowej w efekcie wzajemnych udostępnień czy podwykonawstwa wykonywał całość przedmiotowego zamówienia. Postępowanie zamawiającego jest bliskie zasadom wypracowanym przez francuski organ ochrony konkurencji, który wskazuje, że brak zagrożenia dla konkurencji można by było zatem dowieść poprzez wykazanie, że złożone przez powiązanych przedsiębiorców oferty są niezależne, złożone przy uwzględnieniu własnych zasobów każdego z wykonawców oraz że wykonawcy ci powstrzymają się od jakichkolwiek konsultacji, czy wymiany informacji na temat warunków rynkowych i składnych ofert. Zatem zamawiający na potrzeby tegoż postępowania nie traktował grupy kapitałowej jako jednego organizmu, ale jako poszczególnych wykonawców. Na taką wykładnię autonomiczną zamawiającego nie było odwołania. W konsekwencji grupa kapitałowa mając z jednej strony potencjalną obawę przed wykluczeniem z postępowania na mocy art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy i z drugiej pozwolenie ze strony zamawiającego wynikające z odpowiedzi na pytanie 5 na ubieganie się przez swoich członków o poszczególne części zamówienia, mogła wziąć udział w niniejszym postępowaniu. Co do tego jak kształtowały się oferty członków grupy, to jeśli chodzi o zadania I, II, III i VII, to w ocenie Izby zamawiający wykazał, że w tych częściach w latach 2005, 2008 i 2012 zamówienia uzyskiwały KPRD i LPRD, a tym samym byłby na pewno zainteresowane udziałem właśnie w tych częściach i miały potencjał na ich wykonanie. Z mapy przedłożonej przez zamawiającego wynika też, że w 2012 rejon IV był powierzony odwołującemu, a pozostałe rejony tj. V i VI firmie Mota-Engil. Tym samym ubieganie się przez LPRD i KPRD o rejony I, II, III i VII, było historycznie uzasadnione, a

sam odwołujący przyznał, że również ubiega się o rejon IV, bo najlepiej go zna. W konsekwencji jedynym zaskoczeniem dla rynku mógł być udział jedynie spółki z Janowa Lubelskiego i PDM we Włodawie, jednak brak jest jakichkolwiek dowodów, że we wcześniejszych latach spółki te nie były zainteresowane udziałem w tym zamówieniu, ani na to, że ich udział wpłynął na ograniczenie dotychczasowej konkurencji. Odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu na to jak w poprzednich latach wyglądała konkurencja w tych regionach, potencjalnie bowiem mogło być tak, że udział PDM we Włodawie doprowadził do większej konkurencji w zakresie rejonu IV niż miała miejsce w latach poprzednich. W ocenie Izby zatem nie zostało uprawdopodobnione, ani to, że doszło do porozumienia pomiędzy członkami grupy kapitałowej, które miałyby oddziaływać na zewnątrz, ani że takie działanie doprowadziło do ograniczenia konkurencji na rynku lubelskim. Natomiast dowód z informacji ze strony internetowej PRD Lubartów o zawarciu klastra nie potwierdza istnienia niedozwolonego porozumienia pomiędzy członkami grupy, gdyż jest zawarty nie tylko pomiędzy członkami grupy, ale także innymi podmiotami, a ponadto uczestnictwo w klastrze ma charakter otwarty, a odwołujący nie wykazał, że mimo dopuszczenia do uczestnictwa w klastrze innych podmiotów w tym przedsiębiorców, niż założyciele, odwołującemu lub innemu przedsiębiorcy odmówiono uczestnictwa. W tym stanie rzeczy Izba uznała postawiony zarzut za gołosłowny i w konsekwencji nie dopatrzyła się u zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24b ust. 1 ustawy przez zaniechanie jego zastosowania i brak wezwania PDM we Włodawie do złożenia wyjaśnień dotyczących powiązań istniejących pomiędzy PDM we Włodawie a innymi wykonawcami którzy należą do tej samej grupy kapitałowej co PDM w Włodawie i złożyli swe oferty w tym samym postępowaniu.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 24b ust. 1 ustawy zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących powiązań, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, istniejących między przedsiębiorcami, w celu ustalenia, czy zachodzą przesłanki wykluczenia wykonawcy. Izba zwraca uwagę, że odwołujący nie domaga się wykluczenia PDM we Włodawie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy, natomiast domaga się odrzucenia oferty PDM we Włodawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy. Tym samym brak jest powiązania zarzutu zaniechania wyjaśnień w trybie art. 24b ust. 1 ustawy z żądaniami odwołania. Izba w całej rozciągłości podtrzymuje i ponawia rozważania prawne przyjęte w sprawie sygn. akt KIO 260/15, KIO 261/16, które mimo odmienności stanu faktycznego nadają się do zastosowania również w niniejszej sprawie, w której osią sporu jest odpowiedź na pytanie czy art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy ma zastosowanie

do złożenia ofert przez wykonawców z tej samej grupy kapitałowej na różne części, ale w postępowaniu, w którym zamawiający dopuściła składanie ofert częściowych. Izba podtrzymuje poczynioną w powołanej sprawie argumentację tj. zgodnie z art. 24b ust. 1 ustawy zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących powiązań, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, istniejących między przedsiębiorcami, w celu ustalenia, czy zachodzą przesłanki wykluczenia wykonawcy. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy stanowi natomiast, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.), złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Przesłanki wykluczenia z postępowania określone w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy są zatem jednocześnie przesłankami koniecznymi dla poprzedzenia takiego wykluczenia wezwaniem do wyjaśnień w trybie art. 24 b ust. 1 ustawy. Dla ziszczenia podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy konieczne jest aby:

1. Wykonawcy należeli do tej samej grupy kapitałowej – okoliczność niesporna, że obaj odwołujący do tej samej grupy kapitałowej należą,
2. Złożyli odrębne wnioski lub oferty – okoliczność niesporna obaj odwołujący złożyli odrębne wnioski,
3. Aby te wnioski lub oferty były złożone w tym samym postępowaniu – okoliczność sporna pomiędzy stronami.

Zatem dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy konieczne jest ustalenie czy na gruncie ustawy podział zamówienia publicznego na części powoduje, że mimo wspólnych elementów postępowania dokonywanych przez zamawiającego jedną czynnością postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dopuszczające możliwość składania ofert częściowych jest w rzeczywistości traktowane przez ustawodawcę jako kilka postępowań odrębnych. W ocenie Izby na tak postawione pytanie należy odpowiedzieć twierdząco z następujących względów:

1. oferta częściowa czy zamówienie publiczne udzielane w części dotyczy zawsze sytuacji, gdy przedmiot zamówienia jest podzielny – art. 83 ust. 2 ustawy. Zatem to przedmiot zamówienia publicznego decyduje, czy w ogóle możliwe jest wszczęcie osobnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i zawarcie kilku osobnych umów. Świadczenie jest bowiem podzielne wtedy, gdy może być spełnione częściowo bez istotnej zmiany przedmiotu lub wartości (art. 379 § 1 Kc)

Zgodnie z art. 2 pkt 13 ustawy zamówienie publiczne to umowa odpłatna zawarta pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą, której przedmiotem są m. in., jak w niniejszej sprawie, roboty budowlane. Skoro zamówienie publiczne to umowa, a art. 2 pkt. 7a mówi, że postępowanie o udzielenie zamówienia - to postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub - w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki - wynegocjowania postanowień takiej umowy, to należy uznać, że w postępowaniu dopuszczającym możliwość składania ofert częściowych prowadzone jest w rzeczywistości kilka postępowań o zamówienie publiczne prowadzonych w celu zawarcia umów o zamówienia udzielane w częściach. Powiązanie pomiędzy podzielnym przedmiotem zamówienia, a możliwością zawarcia umowy na wyodrębnioną część tego przedmiotu potwierdza także definicja oferty częściowej określona w art. 2 pkt 6 ustawy, zgodnie z którą przez ofertę częściową należy rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonanie części zamówienia publicznego;

2. Nadto ustawodawca w art. 45 ust. 5 i art. 93 ust. 2 przewidział szczególny sposób postępowania w przypadku składania ofert częściowych, jak również unieważniania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dopuszczającego składanie ofert częściowych. Zatem istnienie w ustawie takich regulacji szczegółowych w ocenie Izby również potwierdza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dopuszczające składanie ofert częściowych nie jest jednolite i posiada regulacje odrębne wskazujące na niezależny sposób postępowania zamawiającego w zależności od tego na jaką część zamówienia składane są oferty czy wnioski.
3. Ponadto interpretacja art. 24 ust. 2 pkt. 5 ustawy nakazująca traktowanie wykonawców w sposób jednakowy niezależnie od tego, czy postępowanie zezwala na składanie ofert częściowych prowadziaby także do różnego traktowania wykonawców znajdujących się w takiej samej sytuacji faktycznej i prawnej. Ustawodawca bowiem używa w art. 32 ust. 4 ustawy pojęć „zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych” oraz „zamawiający udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania”. Gdyby przyjąć, że w przypadku pierwszego pojęcia mamy do czynienia z jednolitym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, a w przypadku drugiego z pojęć z kilkoma odrębnymi postępowaniami, to wykonawcy w zakresie art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy byłiby odmiennie traktowani w tych samych okolicznościach, bowiem w przypadku odrębnych zamówień udzielanych na część zamówienia zakazane byłoby jedynie składanie ofert przez podmioty powiązane w tym

postępowaniu, bo sam ustawodawca wskazuje, że jest ono odrębne. Zamawiający nie miałby ani prawa ani obowiązku badać istnienia powiązań pomiędzy wykonawcami zgłaszającymi się do innych odrębnych postępowań na pozostałe części zamówienia. Natomiast w przypadku dopuszczenia do składania ofert częściowych przy koncepcji jednolitości tego postępowania wykonawca ubiegający się o daną część zamówienia musiałby wykazywać, że fakt złożenia wniosku, czy oferty w tym postępowaniu jako całości przez podmiot z nim powiązany nie prowadzi do zachwiania uczciwej konkurencji. Przyjęcie takiego dualizmu ustawy prowadzi do absurdu i nie daje się pogodzić z racjonalnością ustawodawcy. Możliwe jest zatem logicznie przyjęcie tylko dwóch koncepcji:

- a) Że ustawodawca także dla zamówień udzielanych w częściach w ramach odrębnych postępowań, także nakazuje stosowanie art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy traktując sytuację wykonawców powiązanych jako utrudniających uzyskanie danego zamówienia jako całości w warunkach niezachwianej uczciwej konkurencji
- b) Że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dopuszczające możliwość składania ofert częściowych przy dokonywaniu czynności związanych z badaniem i oceną wniosków albo ofert jest postępowaniem, które rozpada się na kilka niezależnych postępowań odnoszących się wyłącznie do danej części postępowania.

Koncepcja przedstawiona w literze a) nie daje pogodzić art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy i użytym tam pojęciu „w tym samym postępowaniu” z brzmieniem art. 6a, czy art. 32 ust. 4 czy wreszcie art. 170 ust. 3 ustawy, które to przepisy w sposób wyraźny i jednoznaczny nakazują adresatom tych norm traktować zamówienia udzielane w częściach jako odrębne postępowania.

Pozostaje zatem wyłącznie koncepcja przedstawiona w literze b, która pozwala na zachowanie sprawiedliwego traktowania na gruncie obowiązujących przepisów wykonawców znajdujących się w takiej samej sytuacji faktycznej i prawnej.

Za przyjęciem rozwiązania przedstawionego w punkcie b przemawia również cel, jaki przyświecał wprowadzeniu do ustawy przepisu art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy, za który należy uznać wyeliminowanie możliwości braku konkurowania wykonawców z tej samej grupy kapitałowej (a tym samym manipulowania wynikiem postępowania) w sytuacji, gdy konkurencja między nimi powinna mieć miejsce, tj. gdy ubiegają się o zawarcie tej samej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co w niniejszej sprawie nie ma miejsca. Ustawodawca uznał bowiem, że ubieganie się o udzielenie tego samego zamówienia wykonawców z tej samej grupy kapitałowej (a więc co do zasady realizujących wspólny cel gospodarczy) stanowi sytuację wysokiego ryzyka zakłócenia konkurencji, polegającego na

realizacji wspólnego celu w miejsce konkurowania, które powinno występować w przypadku ubiegania się o zawarcie tej samej umowy, nie ma zaś miejsca w przypadku ubiegania się o udzielenie odrębnych umów na różne części zamówienia.

Na marginesie można jedynie wskazać, że przyjęcie odmiennej koncepcji prowadziło do niesprawiedliwego stosowania prawa także z uwagi na to, że wykonawca nie ma wpływu na to czy zamawiający podzielił zamówienie na części i czy będzie jedynie dopuszczał oferty częściowe, czy też dla każdej z części prowadził odrębne postępowania. Decyzja w tym zakresie została całkowicie przez ustawodawcę powierzona zamawiającemu.

W ocenie Izby przyjęcie takiego rozumowania nie pozbawia zamawiającego prawa do oceny czy wzajemne powiązania pomiędzy wykonawcami składającymi wnioski lub oferty na odrębne części postępowania nie prowadzą do niezgodności treści tych wniosków czy ofert z postanowieniami ogłoszenia czy siwz, czy też złożenie oferty w określonych warunkach nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji.

Podsumowując powyższe rozważania Izba stoi na stanowisku, że zastosowanie art. 24b ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dopuszczeniem możliwości składania ofert częściowych musi być traktowane z uwzględnieniem specyfiki tego postępowania, a zatem interpretacja pojęcia „w tym samym postępowaniu” musi być dokonywana z uwzględnieniem rozpadu postępowania na kilka niezależnych postępowań dotyczących poszczególnych części zamówienia o upływie terminu do składania wniosków lub ofert w postępowaniu. Takie poglądy jak przedstawiony wyżej znajduje odzwierciedlenie także np. w orzeczeniu KIO 1504/15.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba nie dopatrywała się u zamawiającego zarzucanego mu zaniechania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie jego zastosowania i brak wezwania PDM we Włodawie do złożenia uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia, pomimo tego, iż zobowiązanie Przedsiębiorstwa Robót Drogowych S.A. w Białej Podlaskiej na którego wiedzę i doświadczenie Wykonawca powołał się przy wykazywaniu spełnienia tego warunku, nie gwarantuje rzeczywistego dostępu do zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożą pełnomocnictw, albo którzy złożą wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożą wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia

oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Izba oceniając zgromadzony materiał dowodowy doszła do przekonania, że PDM we Włodawie złożyło wszystkie wymagane przez zamawiającego w zakresie wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia dokumenty i oświadczenia tj. wykaz robót, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasób, oraz wymagane poświadczenia. Nie zachodzi zatem brak w ofercie odwołującego w zakresie dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy. Izba oceniła także, że złożone dokumenty nie zawierają błędów. Wykaz potwierdza spełnianie przez PDM we Włodawie (za pomocą udostępnionego zasobu) warunku z pkt. 5.4.1 siwz tak co do zakresu przedmiotowego, wartości i terminów wykonania – w tym zakresie Izba wzięła także pod uwagę wyjaśnienia wykonawcy złożone w dniu 14 stycznia 2016r., złożone poświadczenia potwierdzają, że wskazane w wykazie roboty zostały prawidłowo i zgodnie ze sztuką budowlaną ukończone. Również w ocenie Izby przedłożone zobowiązanie nie zawiera braków tj. wskazuje rodzaj udostępnianego zasobu, zakres udostępnienia, charakter stosunku jaki będzie wiązał PDM we Włodawie z udostępniającym, czas trwania udostępnienia, a także zobowiązanie zostało podpisane przez osobę uprawnioną do reprezentacji podmiotu udostępniającego zgodnie z załączonym do zobowiązania odpisem z KRS. Co do podmiotu udostępniającego wykazano brak podstaw wykluczenia, a nawet podmiot ten złożył oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatryła się zaistnienia drugiej z przesłanek zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy tj. błędów w dokumencie lub oświadczeniu. Biorąc powyższe pod uwagę Izba nie dopatryła się u zamawiającego zarzucanego mu zaniechania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy przez zaniechanie jego zastosowania i brak wezwania PDM we Włodawie do złożenia wyjaśnień dotyczących możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za oferowaną cenę pomimo obiektywnych przesłanek wskazujących, iż cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w

szczegółności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Jak wynika z ustaleń Izby, porównanie ceny oferty PDM we Włodawie do wskaźników podanych w ustawie nie osiągnęło wartości, które stanowiłyby o obowiązku zamawiającego zwrócenia się do PDM we Włodawie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Niewątpliwie stosunek ceny oferty do wartości szacunkowej zamówienia zbliżył się bardzo do granicy wyznaczonej przez ustawodawcę, jednak drugi z podanych przez ustawodawcę wskaźników był zgodny z wartością podaną przez zamawiającego tj. wynosił 12,11%. Odwołujący poza odwołaniem się do Informatora UZP ze wskazaniem jedynie stosunku ceny oferty do wartości szacunkowej, nie podjął nawet próby uprawdopodobnienia, że nie jest realne wykonanie przedmiotowego zamówienia za podaną przez PDM we Włodawie cenę. Wartość dowodowa dany z Informatora UZP dla niniejszego postępowania jest nikła, gdyż dane podane przez odwołującego dotyczą całego sektora budowlanego, a sam odwołujący na rozprawie podnosił, że rynek budownictwa inwestycyjnego i rynek usług remontowych w drogownictwie, zwłaszcza związanych z bieżącym utrzymaniem dróg, to różne rynki i nie można ich łączyć. Odwołujący nie wykazał dlaczego tj. z jakich racjonalnych okoliczności wynika, że zamawiający przy takich właśnie wskaźnikach cenowych powinien być powziąć wątpliwości co do realności wykonania przedmiotowego zamówienia za zaoferowaną przez PDM we Włodawie cenę. Zarzut zatem pozostał gołosłowny. Mając powyższe na uwadze Izba nie dopatrzyła się u zamawiającego zaniechania obrażającego przepis art. 90 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i pkt. 2 lit. b i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz nakazując odwołującemu dokonanie zwrotu na rzecz zamawiającego kosztów związanych ze świadczonym na rzecz zamawiającego zastępstwem prawnym. Izba ograniczyła wysokość zwrotu kosztów zastępstwa prawnego do kwoty 3 600zł., jako maksymalnej kwoty dopuszczonej §3 pkt. 2 lit. b cyt. rozporządzenia.

Przewodniczący:

Członkowie

.....