

WYROK

z dnia 14 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 18 września 2014 r., 19 września 2014 r., 30 września 2014 r., 1 października 2014 r., 8 października 2014 r. oraz 9 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 września 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego M. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Transportu i Budowy Dróg M. B. w Jarosławcu oraz Bridge System spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowie, w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego czynności wykonuje Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, przy udziale:

- 1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego R. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe MADROCAR R. M., ReDrog s.c. B. K. & W. K. oraz W. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ZPUH W. K. ReDrog;
- 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego FB Serwis S.A. oraz CESPА Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A.

zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w sprawie i nakazuje Zamawiającemu Skarbowi Państwa – Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego czynności wykonuje Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie - w zakresie części 2:

1) unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonanie ponownego badania i oceny ofert, obejmującego:

a) wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego R. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe MADROCAR R. M., ReDrog s.c. B. K. & W. K. oraz W. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ZPUH W. K. ReDrog - na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do uzupełnienia dokumentu na potwierdzenie spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,

b) ocenę wszystkich dokumentów, jakie w toku postępowania odwoławczego zostały złożone w przedmiocie wyjaśnienia poprawności kalkulacji ceny w ofertach wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego R. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe MADROCAR R. M., ReDrog s.c. B. K. & W. K. oraz W. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ZPUH W. K. ReDrog oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego FB Serwis S.A. oraz CESPА Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A.

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego czynności wykonuje Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr [słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy] uiszczoną przez Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego M.

B., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Transportu i Budowy Dróg M. B. w Jarosławcu oraz Bridge System spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego - Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego czynności wykonuje Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie na rzecz Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego M. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Transportu i Budowy Dróg M. B. w Jarosławcu oraz Bridge System spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowie kwotę 18 600 zł 00 gr [słownie: osiemnastu tysięcy sześćset złotych, zero groszy], stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Skład orzekający:

Sygn. akt: KIO 1833/14

UZASADNIENIE

I. Zamawiający – Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, reprezentowany przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie,

proceeds the procedure for the award of a public contract in the form of an open tender without a limit, the subject of which is „*Kompleksowe [bieżące i zimowe] utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon Kraków i Rejon Tarnów Oddziału w Krakowie GDDKiA w latach 2014-2018*” divided into two parts. The subject of the contract was divided into two parts:

- Part 1 - comprising complex [current and winter] maintenance of national roads administered by the Kraków Region, [roads administered by the Kraków Region: A-4, S-7, dk7, dk79, dk94. 1.2.2].

Part 2 - comprising complex [current and winter] maintenance of national roads administered by the Tarnów Region [roads administered by the Tarnów Region: A-4, dk4, dk73, dk75, dk79, dk94. 1.3].

The estimated value of the contract is higher than the amounts indicated in the tender specifications issued on the basis of art. 11 ust. 8 of the Public Procurement Act and amounts to 162,842,361.10 PLN for the 2 parts.

II. The tenderer, in the scope of part 2, made a selection as the most advantageous offer submitted by the contractor jointly participating in the tender for the award of a public contract R. M., conducting business activity under the name of the service and trade company MADROCAR R. M., ReDrog s.c. B. K. & W. K. and W. K. conducting business activity under the name of ZPUH W. K. ReDrog [in the further part: Consortium MADROCAR].

III. The contractor jointly participating in the tender for the award of a public contract M. B. conducting business activity under the name of the transport and construction company M. B. in Jarosławcu and Bridge System sp. z ograniczoną odpowiedzialnością in Tarnobrzeg, on 5 September 2014, submitted in the scope of part 2 of the contract, an appeal against the following actions and decisions of the tenderer:

- 1) the examination and evaluation of offers, in particular the examination of the conditions for participation in the procedure and the selection as the most advantageous offer submitted by the contractor Consortium of companies Przedsiębiorstwo Usługowo -Handlowe MADROCAR R. M., ReDrog s.c. B. K. & W. K. and ZPUH W. K. ReDrog,
- 2) the decision on the exclusion of the Consortium MADROCAR due to the lack of evidence of fulfillment by the Consortium of the conditions for participation in the procedure in the scope of necessary knowledge and experience and persons capable of performing the subject of the contract, and also the decision on the exclusion of the Consortium

z powodu złożenia w tym zakresie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania,

- 3) niewłaściwej oceny wyjaśnień złożonych wyjaśnień i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum MADROCAR z powodu złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę, a z ostrożności również z powodu złożenia oferty niezgodnej z treścią SIWZ,
- 4) zaniechania udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień Konsorcjum oraz wykonawcy konsorcjum firm FB Serwis S.A. oraz CESPА Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A. złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 w zakresie rażąco niskiej ceny, które zdaniem Odwołującego bezpodstawnie zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a Zamawiający zaniechał badania zasadności i podstaw poczynionego zastrzeżenia,
- 5) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum firm FB Serwis S.A. oraz CESPА Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A. również z powodu złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę.

Odwołujący postawili zarzuty:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt. 4 w związku z art. 22 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z przedmiotowego postępowania Konsorcjum MADROCAR, które nie potwierdziło spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum MADROCAR z przedmiotowego postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania,
- 3) art. 8 ust. 1 ustawy poprzez bezpodstawne utrzymanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień Konsorcjum MADROCAR oraz wykonawcy konsorcjum firm FB Serwis S.A. oraz CESPА Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A. złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy oraz zaniechanie badania podstaw i zasadności poczynionego zastrzeżenia,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt. 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3 ustawy poprzez błędną ocenę wyjaśnień oraz zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum MADROCAR zawierającej rażąco niską cenę przedmiotu zamówienia, a ostrożności również art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy jako oferty niezgodnej z treścią SIWZ,
- 5) z ostrożności - art. 89 ust. 1 pkt. 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum firm FB Serwis S.A. oraz CESPА Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A. zawierającej rażąco niską

cenę przedmiotu zamówienia, a związku z powyższym również art. 7 ust. 3 ustawy oraz innych przepisów ustawy, poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum MADROCAR niezgodnie z przepisami ustawy.

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

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu i wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum,
- 2) dokonania ponownego badania i poprawnej oceny oferty Konsorcjum poprzez odrzucenie jego oferty i wykluczenie z przedmiotowego postępowania, wskazania jako dodatkowej podstawy odrzucenia oferty konsorcjum firm FB Serwis S.A. oraz CESPА Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A. oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do udostępnienia wyjaśnień w/w wykonawców złożonych w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, jako informacji które nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponadto Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia dokumentów związanych z realizacją przez Poldim SA w Tarnowie na jego rzecz projektu pn „Kompleksowe utrzymanie dróg krajowych w Rejonie Tarnów” potwierdzających udział, zakres i charakter obowiązków wykonywanych przez osobę wskazaną w ofercie Konsorcjum MADROCAR na stanowisko Koordynatora bieżącego utrzymania dróg, w których jest posiadaniu jako Zamawiający, na rzecz którego było realizowane przedmiotowe zamówienie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:

[1] W zakresie zarzutu dotyczącego niewykazania przez Konsorcjum MADROCAR spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia – zarzut nierealnego udostępnienia potencjału [art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy]:

Konsorcjum MADROCAR na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnych wiedzy i doświadczenia, określonego w pkt. 7.2.2) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia [SIWZ] przedłożył wykaz zrealizowanych usług, w którym w pkt. 3 wykazał usługę pn. *Kompleksowe utrzymanie dróg krajowych na terenie województwa małopolskiego [...] administrowanych przez Rejon Kraków* w ramach umowy I/335/ZZ-Z-1/2008, wykonaną na rzecz GDDKiA oddział w Krakowie przez Podhalańskie Drogi sp. z o.o. Do wykazu zostało załączone zobowiązanie tego podmiotu [Podhalańskie Drogi sp. z o.o.] do udostępnienia zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia, przy czym, w przedmiotowym zobowiązaniu podmiot ograniczył się jedynie do wskazania, iż przekazanie tego potencjału będzie realizowane poprzez konsultacje, doradztwo, a sposób udostępnienia będzie unormowany w porozumieniu realizacyjnym zawartym w późniejszym terminie. W ocenie Odwołującego, Konsorcjum w tym względzie nie wykazało, że będzie faktycznie dysponować potencjałem podmiotu trzeciego, bowiem udostępnienie na podstawie zobowiązania Podhalańskie Drogi Sp. z o.o. ma charakter nierealny, nie dający podstaw do uznania, że Konsorcjum będzie dysponować potencjałem niezbędnym do realizacji zamówienia, a tym samym nie może wskazywać doświadczenia tego podmiotu na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego, odwołanie się przez wykonawcę do zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty w tym znaczeniu, że dane zasoby będą wykorzystywane przy wykonaniu zamówienia. Doświadczenie nie stanowi dobra, które może być przedmiotem samodzielnego obrotu. Doświadczenie stanowi składnik przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym i dzieli byt prawny takiego przedsiębiorstwa [art. 55 i art. 55 k.c.]. Nie jest zatem możliwe udostępnienie doświadczenia bez jednoczesnego udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym to doświadczenie jest związane. Z tych też względów dla wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełnienia warunków wiedzy i doświadczenia niezbędne jest powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia. Jak wynika z brzmienia art. 26 ust. 2b ustawy, przepis ten pozostawia woli i decyzji wykonawcy i podmiotu trzeciego określenie charakteru prawnego wzajemnych stosunków ich łączących. Wykonawca, zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy, musi jednak udowodnić zamawiającemu, że podmiot udostępniający dany zasób rzeczywiście go posiada, oraz że jego udostępnienie nastąpi w sposób realny na rzecz wykonawcy ubiegającego się o zamówienie na czas i w celu realizacji tego zamówienia. Podkreślić należy, że w przypadku korzystania przez wykonawcę z możliwości powołania się na zasoby innego podmiotu, obowiązek wykazania przez wykonawcę spełnienia warunku

udziału w postępowaniu został wzmocniony, poprzez obowiązek udowodnienia, że wykonawca będzie dysponował w sposób realny odpowiednimi umiejętnościami, które wyrażać się muszą wykonywaniem części przedmiotu zamówienia przez podmiot udostępniający zasoby, co powinno zostać w zobowiązaniu do udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez podmiot udostępniający wyrażone [orzeczenie ETS z dnia 2 grudnia 1999 roku w sprawie C176/98 Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari]. Doświadczenia, w przeciwieństwie do teoretycznej wiedzy, nie można nabyć [oraz przekazać] w trakcie szkolenia, konsultacji lub doradztwa [wyrok KIO z dnia 8 maja 2013 r. sygn. akt: KIO 953/13]. Wiedza i doświadczenie jest takim zasobem, który co do zasady nie jest ograniczony i wyczerpywany, tak jak może to mieć miejsce do zasobów ludzkich czy dóbr naturalnych. To ogół umiejętności organizacyjnych, zarządczych, uzyskanych w wyniku wcześniejszych realizacji doświadczeń, właściwych podmiotowi wykonawcy], których wykorzystanie jest możliwe w wielu przedsięwzięciach jednocześnie. W zakresie „wiedzy i doświadczenia” w rozumieniu przepisów prawa zamówień publicznych mieszczą się wykonane w przeszłości przez wykonawcę [względnie podmiot trzeci] przedsięwzięcia określone rezultatem: wykonane roboty budowlane, usługi lub dostawy. W takie pojęcie wiedzy i doświadczenia wpisany jest zatem całokształt procesu prowadzącego do tego rezultatu, obejmujący zaangażowanie odpowiednich pracowników, sprzęt, organizację i metodologię zarządzania przedsięwzięciem, co łącznie prowadzi do osiągnięcia skutku w postaci wykonania roboty budowlanej, usługi czy dostawy.

Każdorazowo w postawionym warunku wiedzy i doświadczenia mieszczą się takie przedsięwzięcia, które nie opisują jednostkowych czynności wykonywanych przez jedną czy nawet kilka osób, ale zadania, które agregują w swym zakresie zastosowanie różnych zasobów [środków produkcji] niezbędnych do osiągnięcia rezultatu w postaci wykonania odpowiedniego zadania. Już z tego powodu trzeba traktować wiedzę i doświadczenie jako kategorię, co do zasady, bezpośrednio związaną z przedsiębiorstwem [wykonawcą]. Złożone Zamawiającemu przez Konsorcjum MADROCARR zobowiązanie podmiotu trzeciego nie wskazuje, w jaki realny sposób nastąpi przekazanie doświadczenia nabytego przez ten podmiot, nie uczestnicząc w realizacji zamówienia, ani nie ponosząc żadnej odpowiedzialności za własne doradztwo, biorąc pod uwagę, że przedmiot zamówienia obejmuje usługi i towarzyszące im roboty budowlane. Powyższe stanowisko jest zbieżne ze stanowiskiem Zamawiającego w tym zakresie, na co wskazuje treść wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 25.07.2014 r. skierowanego do wykonawcy konsorcjum firm FB Serwis S.A. oraz CESPА Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A.,

gdzie Zamawiający wskazał: „Konieczność realnego dysponowania minimalnymi zasobami niezbędnymi do realizacji danego zamówienia, dotyczy także zasobów, które udostępnione zostały przez podmioty trzecie na zasadach wynikających z art. 26 ust 2 b ustawy, czyli tych, które nie pozostają w bezpośredniej dyspozycji Wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym odwołanie się przez Wykonawcę do zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty w tym znaczeniu; że zasoby te będą rzeczywiście wykorzystywane przy wykonywaniu danego zamówienia. Powyższe zapisy nie stanowią wystarczającego dowodu, iż Wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Oświadczenie podmiotu, iż zasoby te będą udostępnione „poprzez konsultacje, doradztwo, szkolenie personelu Wykonawcy oraz innych formach...”, bez określenia na czym będzie doradztwo, konsultacja, szkolenie polegać [jak / z jaką częstotliwością będzie zorganizowane oraz jakich obszarów będzie dotyczyć na etapie realizacji zamówienia, jest niewystarczające, biorąc pod uwagę, iż korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego winno umożliwiać egzekwowanie poprawnej realizacji zamówienia. Również oddanie do dyspozycji Wykonawcy osób zdolnych do wykonania przedmiotu zamówienia nie gwarantuje przekazania wiedzy i doświadczenia firmy Ferrovial INFRASTRUCTURAS S.A.". Zgodnie z orzecznictwem, oddelegowanie z zespołu podmiotu oddającego zasoby nawet kilku osób i włączenie ich do zespołu wykonawcy może być traktowane jedynie w kategoriach przejęcia ich indywidualnej wiedzy i doświadczenia, nie gwarantuje natomiast przejęcia wiedzy i doświadczenia podmiotu jako całości, toteż niezrozumiałym jest, dlaczego Zamawiający nie zweryfikował realności udostępnienia potencjału dla Konsorcjum, skoro wobec innego wykonawcy potrafił i uważał za konieczne wezwanie do uzupełnienia dokumentów, co może wskazywać na naruszenie art. 7 ustawy poprzez nierówne traktowanie wszystkich wykonawców w tym postępowaniu.

Dlatego, zdaniem Odwołującego, Konsorcjum MADROCAR nie potwierdziło spełnienia warunku udziału w postępowaniu i z tego względu powinno zostać wykluczone na podstawie art. 24 ust. 2 pkt .4 ustawy.

[2] W zakresie zarzutu niewykazania dotyczącego niewykazania przez Konsorcjum MADROCAR spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia – w wyniku posłużenia się usługami, z których jedynie okres 2,5 miesiąca był wykonywany w ciągu trzech lat przed upływem terminu składania ofert [art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy]:

Doświadczenie wskazane przez Konsorcjum w pkt. 3 wykazu wykonanych usług, nie potwierdza spełniania przez Konsorcjum warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 7.2.2) SIWZ, w którym Zamawiający wymagał wskazania:

„Wykonawca zdolny do należytego wykonania udzielanego zamówienia, to taki który wykaże się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował - w ramach nie więcej niż 3 umów:

a) usługi i/lub roboty z zakresu bieżącego utrzymania dróg klasy min. G - o łącznej wartości nie mniejszej niż 7.000.000,00 PLN brutto w tym:

- roboty bitumiczne o łącznej powierzchni min 10.000 m²;*
- wymiana/montaż drogowych barier ochronnych o łącznej długości min 1.000 m oraz;*
- usługi z zakresu zimowego utrzymania dróg klasy min. G o łącznej długości co najmniej 30 km i łącznej wartości wykonanych usług nie mniejszej niż 4.000.000,00 PLN brutto lub;*

b) Kompleksowe utrzymanie dróg klasy min. G o łącznej wartości nie mniejszej niż 11.000.000,00 PLN brutto obejmujące;

- usługi i/lub roboty z zakresu bieżącego utrzymania dróg klasy min. G w tym: roboty bitumiczne o łącznej powierzchni min 10.000 m² i wymiana/montaż drogowych barier ochronnych o łącznej długości min 1.000 m,*
- usługi z zakresu zimowego utrzymania dróg klasy min. G o łącznej długości co najmniej 30 km.”*

Zdaniem Odwołującego, doświadczenie wskazane przez Konsorcjum w pkt 3 [usługa realizowana przez Podhalańskie Drogi Sp. z o.o.], obejmujące m.in. wykonanie robót bitumicznych o powierzchni 10 000 m² oraz wymiana/ montaż barier drogowych o łącznej długości 1000 mb, było realizowane w okresie 01.11.2008 do 31.08.2011 r. Zamawiający wymagał posiadania doświadczenia nabytego nie wcześniej niż w ostatnich trzech latach przed terminem składania ofert, tj. przed dniem 16.06.2011 r.

Konsorcjum MADROCAR wskazało zatem usługę, której faktycznie tylko część tj. niecałe 3 miesiące, była realizowana w wymaganym przez Zamawiającego okresie. Tym niemniej, zdaniem Odwołującego, minimalne wymagane doświadczenie [roboty bitumiczne oraz wymiana barier] powinno być zrealizowane w okresie który dopuszczał zamawiający, a więc nie wcześniej niż 16.06.2011 r. Konsorcjum nie potwierdziło że to doświadczenie nabyło w tym okresie, a zatem Zamawiający bezpodstawnie uznał, że potwierdziło spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł - na marginesie - że na potwierdzenie należytego wykonania przedmiotowego zamówienia zostały przedłożone referencje, z których wynika, że wskazana usługa jest w trakcie realizacji.

[3] W zakresie zarzutu niewykazania dotyczącego złożenia nieprawdziwych informacji w ofercie Konsorcjum MADROCAR, co do doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko koordynatora utrzymania dróg [art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy]:

Zdaniem Odwołującego, Konsorcjum MADROCAR nie potwierdziło spełniania warunku udziału w postępowaniu w pkt. 7.2.3) b) i a) SIWZ, w zakresie dysponowania osobą na stanowisko Koordynatora bieżącego utrzymania dróg, dla którego Zamawiający wymagał posiadania uprawnień do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej i 36 miesięcznego doświadczenia w organizowaniu, kierowaniu i nadzorowaniu prac bieżącego utrzymania dróg, w tym co najmniej 12 miesięcy przy bieżącym utrzymaniu na drodze o długości co najmniej 30 km i klasie min. GP Konsorcjum MADROCAR w swojej ofercie wskazało na to stanowisko osobę, dla której wskazało doświadczenie na stanowisku Kierownika robót letniego i zimowego utrzymania dróg na zadaniu pn. Kompleksowe utrzymanie dróg krajowych w rejonie Tarnów. Z informacji uzyskanych przez Odwołującego wynika, że na tym zadaniu nie było przewidziane stanowisko na które wskazuje Konsorcjum dla podanej osoby, tj. *„Kierownik robót letniego i zimowego utrzymania dróg”*. Ponadto w wykazie osób nie wskazano faktycznego doświadczenia zdobytego na tym zadaniu przez wskazaną osobę, które miałyby potwierdzać spełnienie warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu określonego w pkt. 7.2.3) b) i a) SIWZ, tj. i 36 miesięcznego doświadczenia w organizowaniu, kierowaniu i nadzorowaniu prac bieżącego utrzymania dróg. Toteż Konsorcjum MADROCAR nie wykazało potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Ponieważ między informacjami posiadanymi przez Odwołującego a tym co zostało wskazane przez Konsorcjum MADROCAR w wykazie osób, istnieje poważna rozbieżność, zachodzi domniemanie, iż Konsorcjum przedstawiło w tym zakresie nieprawdziwe informacje, które miały na celu potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a co za tym idzie mogły mieć istotny wpływ na wynik przedmiotowego zamówienia. W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, wykonawca ten powinien zostać wykluczony z przedmiotowego zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy.

W związku z powyższym zarzutem, Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia dokumentów związanych z realizacją przez na jego rzecz projektu pn. „Kompleksowe utrzymanie dróg krajowych w Rejonie Tarnów” potwierdzających udział, zakres i charakter obowiązków wykonywanych przez osobę wskazaną w ofercie Konsorcjum na stanowisko Koordynatora bieżącego utrzymania dróg, w których jest posiadaniu jako jednostka zlecająca przedmiotowe zamówienie.

[4] W zakresie zarzutu bezpodstawnego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji stanowiących wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w ofertach Konsorcjum MADROCAR i Konsorcjum FB Serwis:

Zamawiający bezpodstawnie podtrzymał zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa poczynione przez Konsorcjum MADROCAR oraz wykonawcę konsorcjum firm FB Serwis S.A. oraz CESPА Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A. w zakresie wyjaśnień dotyczących ceny złożonej oferty, co do której Zamawiający wskazał domniemanie iż jest ceną rażąco niską [wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy], czym naruszył interes innych wykonawców, uniemożliwiając zapoznanie się ze złożonymi wyjaśnieniami i ewentualne odniesienie się do nich w składanych środkach ochrony prawnej. W szczególności niezrozumiałym jest okoliczność, iż Zamawiający przyjął takowe zastrzeżenie bez weryfikacji podstaw i przesłanek jego zastosowania [w dokumentacji udostępnionej Odwołującemu brak takowych wezwań i wyjaśnień]. Podkreślenia przy tym wymaga, że ciężar udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na podmiocie, który z tego działania wyciąga korzystne dla siebie skutki prawne, w tym przypadku spoczywa on na Przystępującym. Nie można przyjąć, by to na Odwołującym, który nie ma możliwości zapoznania się z treścią zastrzeżonych przez wykonawców dokumentów, winien przedstawić dowody na bezskuteczność zastrzeżeń ujętych w dokumentach składanych przez innego wykonawcę. Art. 8 ust. 1 ustawy nadał jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rangę zasady o doniosłym znaczeniu. Jak wskazuje się w doktrynie, jawność postępowania o zamówienie publiczne z jednej strony jest prawem każdego oferenta gwarantującym dostęp do informacji o toczącym się postępowaniu. Z drugiej strony jest nakazem skierowanym do zamawiających, prowadzących postępowanie, aby na każdym jego etapie zagwarantowali oferentom dostęp do informacji na temat zamówienia publicznego. Realizacja zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ustawowym priorytetem. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jednoznacznie wskazuje na konieczność wyjątkowego ograniczenia tej zasady ze względu na wszelkiego rodzaju „tajemnice”.

Wyłączenie jawności postępowania możliwe jest tylko przy wykazaniu potrzeby ochrony określonych ustawą wartości. Z tego powodu zamawiający jest zobowiązany prowadzić postępowanie wyjaśniające w celu weryfikacji zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, oferenci zaś powinni wykazać, że zastrzegli poufność danych w sposób uprawniony. Zawsze zastrzeżenie ma charakter wyjątkowy wobec jawności postępowania [tak m.in. KIO UZP z 19 lipca 2010 r., KIO/UZP 1400/10]. Wyjątek od zasady jawności postępowania wyraża przepis art. 8 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. W zakresie informacji, które nie podlegają udostępnieniu ustawa odsyła do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa ujętej w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 roku [Dz. U. z 2003 r., nr 153 poz. 1503 ze zm.]. Zgodnie z treścią art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Przyjmuje się w oparciu o ugruntowane orzecznictwo [wyrok SN z dnia 3.10.2000 r., sygn. akt I CKN 304/00], że aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki:

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

Transparentność postępowania o zamówienie publiczne pociąga za sobą konieczność ujawnienia przez wykonawców pewnych informacji o prowadzonej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób, a powyższe mieści się w charakterze obowiązków, a nie uprawnień Zamawiającego. Jeżeli, w ocenie zamawiającego, zastrzeżone

przez wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub mają charakter jawnych, wówczas zobowiązany jest on do ich ujawnienia w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Nie można przyjąć, by ciężar ten spoczywał na wykonawcy, który zarzut nieskutecznego zastrzeżenia podnosi w odwołaniu. Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać, iż podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji. Poprzestanie na ogólnej wzmiance „Oświadczam, iż poniższe wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spółek tworzących konsorcjum w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i zobowiązuję Zamawiającego do zachowania tych informacji w tajemnicy, które prawdopodobnie poczyniło Konsorcjum MADROCAR, nie jest wystarczające dla uznania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jawność postępowania jest zasadą, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie ogólnych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorącym udział w przyszłych postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji składanych w postępowaniu o zamówienie publiczne w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznałoby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i jako takie - byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W konsekwencji ograniczałoby możliwość kontroli działań i zaniechań zamawiającego, w trybie środków ochrony prawnej. Obowiązkiem Zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na obowiązek badania przez Zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, III CZP 74/05 cyt. „w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania

informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji". Wyrażony przez SN pogląd zachowuje pełną aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawa. Tak więc Zamawiający przede wszystkim powinien dokonać oceny, jaki charakter ma zastrzeżona informacja. Następnie powinien mieć pewność, że informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznane ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca - dysponent informacji wyraża wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnego kręgu odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób, a powyższe mieści się w charakterze obowiązków, a nie uprawnień Zamawiającego. Jeżeli, w ocenie zamawiającego, zastrzeżone przez wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub mają charakter jawnych, wówczas zobowiązany jest on do ich ujawnienia w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego .

W ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył wskazane przepisy ustawy poprzez podtrzymanie zastrzeżenia poczynionego przez wskazanych wykonawców oraz zaniechania badania podstaw i zasadności takowych zastrzeżeń, oddziałując tym samym na możliwość weryfikacji objętych nimi informacji przez innych wykonawców

[5] W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny w ofertach Konsorcjum MADROCAR i Konsorcjum FB Serwis, a także niezgodności oferty Konsorcjum MADROCAR z SIWZ:

Zamawiający oszacował wartość przedmiotu zamówienia na kwotę 162.842.361,10 zł. Zgodnie zaś z art. 32 ust. 1. „*Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez Zamawiającego z należytą starannością*".

Cena przedstawiona przez Konsorcjum 92.593.344,74 zł jest - w ocenie Odwołującego - ceną niewiarygodną i nierealistyczną w odniesieniu do cen rynkowych, cen

zaoferowanych przez innych wykonawców oraz do ceny oszacowanej przez Zamawiającego. Zawarcie umowy z Konsorcjum o wartości 92.593.344,74 zł grozi niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia. Oferta Konsorcjum zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia i zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy powinna zostać odrzucona. Odwołujący z uwagi na naruszenie przez Zamawiającego art. 8 ust. 1 ustawy, nie może szczegółowo odnieść się do wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum w zakresie obalenia domniemania ceny rażąco niskiej, które to zostało wskazane przez Zamawiającego w sformułowanym na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy wezwaniu do wyjaśnień, w którym zamawiający wskazał, iż oprócz szczegółowych wyjaśnień, które mają potwierdzić realność przyjętych cen, oczekiwał również przedłożenia dowodów na potwierdzenie tych wyjaśnień.

Odwołujący w oparciu o swoje doświadczenie, dokonane kalkulacje o wiedzę w zakresie cen kształtujących się na rynku usług objętych przedmiotem zamówienia, uznaje, że zaproponowana przez Konsorcjum cena jest ceną nierealną i nie daje rękojmi rzetelnego i zgodnego z SIWZ wykonania przedmiotu zamówienia.

Opierając się na wykładni językowej pojęcia rażąco niskiej ceny, użyty zwrot oznacza ofertę z ceną niewiarygodnie niską, znacząco odbiegającą od cen rynkowych. Taka cena może wskazywać na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów ponoszonych przez wykonawcę, a przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy. Zdanie to zostało podzielone m.in. przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 10 maja 2013 r. [sygn. akt KIO 961/13], gdzie wskazano: *[...] jeżeli zamawiający ma wątpliwości co prawidłowości kalkulacji ceny i wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę, to obowiązkiem wykonawcy jest udzielenie wyjaśnień szczegółowych i wyczerpujących - przekonujących, że cena oferty w odniesieniu do danego przedmiotu zamówienia została skalkulowana prawidłowo. Wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum nie pozwalają na stwierdzenie, że cena została ustalona prawidłowo z uwagi na obiektywne czynniki, wyróżniające Konsorcjum spośród innych wykonawców działających na rynku, co uzasadniałoby jej obniżenie. Odwołujący powołał się na sprzyjające warunki wykonania zamówienia. Art. 90 ust. 2 nakazuje brać pod uwagę wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy. Tymczasem Konsorcjum ani nie wykazało, że sprzyjające warunki wykonywania zamówienia są dostępne wyłącznie jemu, ani, że mają charakter wyjątkowy. Czynniki wskazywane w wyjaśnieniach nie mają charakteru wyróżniającego Konsorcjum lecz stanowią praktykę funkcjonowania podmiotów*

branży nadzoru inwestycyjnego. Nadto udzielone wyjaśnienia pozostają bez związku z kalkulacją ceny oferty, gdyż całość tabeli zawierającej kalkulację ceny oferty jest niejednoznaczna i nie uwzględnia wszystkich kosztów niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia. Izba dostrzegła, że Konsorcjum w wyjaśnieniach opisowych stwierdziło, że ma możliwość obniżenia kosztów organizacji biura, a nie że kosztów tych nie będzie ich ponosić w ogóle. Izba podzieliła również pogląd odwołującego, że pominięty został koszt personelu niezbędnego do wykonania umowy zgodnie z wymaganiami wynikającymi z wzoru umowy. Nieracjonalnym byłoby przyjęcie, że rezerwa wynikająca z tabeli w pozwala na pokrycie kosztów oczywiście niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia, których Konsorcjum nie wskazało w kalkulacji.”

Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, oferta Konsorcjum MADROCAR powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4) ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy, przy czym Odwołujący zastrzegł prawo przedłożenia podczas rozprawy przed KIO stosownych dowodów na potwierdzenie w/w zarzutu.

„Z ostrożności procesowej” Odwołujący wskazał, iż oferta Konsorcjum MADROCAR z zaproponowaną ceną może nie obejmować wszystkich elementów wymaganych w SIWZ, a to stanowi podstawę do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Odwołujący „z daleko idącej ostrożności” wskazał również że w jego ocenie Zamawiający bezpodstawnie ograniczył podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum firm FB Serwis S.A. oraz CESPА Compañia Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A., nie wskazując, że cena oferty tego wykonawcy nie jest ceną rażąco niską. Skoro wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę zostały ocenione przez Zamawiającego negatywnie, zgodnie z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Zamawiający w konsekwencji powinien uznać, że domniemanie rażąco niskiej ceny nie zostało przez tego wykonawcę obalone i z tego względu jego oferta podlega odrzuceniu.

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

Na rozprawie w dniu 19 września 2014 r., w zakresie zarzutów dotyczących bezpodstawnego objęcia przez obu przystępujących wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny tajemnicą przedsiębiorstwa, Zamawiający podał, że po wniesieniu w postępowaniu odwołań, wobec złożenia przez dwa podmioty wniosku o udostępnienie informacji na podstawie ustawy o dostępie do informacji publicznej, zwrócił się do obu Przystępujących

o ponowne uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa tych informacji. W odpowiedzi Konsorcjum FB Serwis podtrzymało wcześniejsze stanowisko, zaś konsorcjum MADROCAR wyraziło zgodę na udostępnienie informacji. W toku postępowania odwoławczego, na drugim terminie rozprawy, to jest w dniu 19 września 2014 r. konsorcjum MADROCAR wyraziło zgodę na udostępnienie Odwołującemu wnioskowanych informacji.

VI. Do postępowania odwoławczego przystąpili po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego R. M., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe MADROCAR R. M., ReDrog s.c. B. K. & W. K. oraz W. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ZPUH W. K. ReDrog; a także wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego FB Serwis S.A. oraz CESPА Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A., wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której złożone zostało przystąpienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

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

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

II. ZAKRES ROZSTRZYgniĘCIA W ZAKRESIE PODNIESIONYCH ZARZUTÓW

Na wstępie podkreślenia wymaga kilka uwag ogólnych, mających znaczenie dla wydanego rozstrzygnięcia.

[1] Stan prawny.

Do rozpoznania sprawy znajdują zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania, to jest bez uwzględnienia zmiany przepisów, wprowadzonej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych, opublikowanych w Dz. U. z 2014 r. poz.

1232, która dotyczy m.in. kwestii tajemnicy przedsiębiorstwa oraz sposobu badania rażąco niskiej ceny. Zgodnie z art. 3 tej ustawy, do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i konkursów wszczętych przed dniem wejścia jej w życie oraz do odwołań i skarg dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe, z wyjątkiem art. 24 ust. 1 pkt 1 i 1a ustawy zmienianej.

[2] Związanie zarzutami podniesionymi w odwołaniu [art. 192 ust. 7 ustawy]:

Krajowa Izba Odwoławcza związana jest zarzutami podniesionymi w odwołaniu. Każdorazowo, zakres rozstrzygnięcia – po myśli art. 192 ust. 7 ustawy wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zatem, odwołanie może podlegać rozstrzygnięciu w zakresie, jaki wynika z podniesionych zarzutów. W ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania zamawiającego [podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań], pod względem zgodności z przepisami ustawy. Powyższe oznacza, że odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. Orzecznictwo wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, *„O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”* Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: *„W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były*

zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezwartych w odwołaniu. [...] Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.”. Reasumując, odwołanie nie może mieć charakteru kadłubowego; powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań; wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów. Rozpatrzeniu podlegać zatem mogły jedynie te zarzuty, których przynajmniej podstawowy zarzys przedstawiony został w odwołaniu.

Postawiony w toku postępowania odwoławczego zarzut niezgodności oferty Konsorcjum FB Serwis z SIWZ, polegający na braku wyceny wszystkich elementów oferty nie został w odwołaniu postawiony, a dopiero sformułowany na rozprawie. Tego rodzaju stwierdzenie mogło być zawarte w odwołaniu od samego początku, niezależnie od znajomości przez Odwołującego powodów odrzucenia oferty konsorcjum FB Serwis. możliwe było więc podanie kierunku upatrywanej przez Odwołującego niezgodności oferty z SIWZ, co skutkuje uznaniem, że zarzut nie mógł być rozpatrywany.

[3] Termin na kwestionowanie czynności Zamawiającego.

W myśl art. 181 ustawy, z ograniczeniami dla postępowań o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, odwołanie przysługuje od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Term na wniesienie odwołania wynosi w tym wypadku 10 dni od dania powzięcia wiadomości, albo dnia, gdy Odwołujący mógł powziąć wiadomość o podstawie odwołania.

Odwołujący kwestionuje zaniechanie wykluczenia Konsorcjum MADROCAR oraz zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy a także Konsorcjum FB Serwis, co jest osadzone w czynności Zamawiającego rozstrzygnięcia postępowania z dnia 27 sierpnia 2014 r. W tych okolicznościach, odwołanie złożone w dniu 5 września 2014 r. jest odwołaniem w terminie.

Ponadto Odwołujący postawił zarzuty dotyczące zaniechania zbadania zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa przez obu Przystępujących informacji stanowiących wyjaśnienia dotyczące poprawności kalkulacji ceny oraz zaniechanie ujawnienia ich w postępowaniu. Zbadania wymagało zachowanie terminu na podniesienie zarzutów w tej mierze. W odniesieniu do bezzasadnego uznania za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa informacji – na co zwraca uwagę orzecznictwo – zasadniczą trudnością jest określenie daty, kiedy rozpoczyna on bieg. Należy przyjąć, że stanowi on moment, gdy Zamawiający wyartykułował w jakikolwiek sposób, że zakończył badanie zasadności zastrzeżenia informacji, zaś gdy tego wyraźnie nie uczynił, tak, że nie można stwierdzić, że zakończył czynność badania zasadności objęcia informacji zastrzeżeniem – ostatnim momentem jest rozstrzygnięcie postępowania, jako akt kończący czynności w postępowaniu [tak też w wyroku z 20 czerwca 2011 r. w spr. KIO 1172/11, w wyroku z 2 grudnia 2011 r. w spr. KIO 2470/11, KIO 2480/11].

W analizowanej sprawie Zamawiający wyraźnie nie odnotował, mimo, że postępowanie prowadzone jest w formie pisemnej, że zakończył badanie zasadności zastrzeżenia informacji przez wykonawców. Ustalono jednak na rozprawie, że Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie dokumentów i w dniu 21 sierpnia 2014 r. umożliwiono mu sporządzenie kopii [fotografii] udostępnionej dokumentacji. Nie sposób jednak przesądzić, jakie dokumenty Zamawiający w tej dacie udostępnił, i – przede wszystkim - czy i jakie dokumenty uznał na ten moment za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, artykułując wobec Odwołującego taką ocenę. Odwołujący bowiem nie wskazał, kopie których dokumentów sporządził [trudno zresztą, by tę niekorzystną dla siebie okoliczność szczególnie eksponował], zaś Zamawiający w żaden sposób nie odnotował, jakie dokumenty okazał, w tym których dokumentów okazania odmówił jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Istotnie, nie ma wyraźnego, zapisanego w przepisach, obowiązku odnotowywania tego rodzaju czynności, innego aniżeli wynikający z ogólnej zasady pisemności postępowania [art. 9 ust. 1 ustawy], niemniej rzeczą Zamawiającego jest takie prowadzenie postępowania, by istotne dla niego okoliczności, takie jak przykładowo mające znaczenie dla ustalenia, czy zachowano termin do kwestionowania czynności, dało

się w sposób uchwytny zbadać na podstawie dokumentacji postępowania. W świetle dokonanych ustaleń, to jest, że nie ma żadnego śladu w dokumentacji, wskazującego na odmowę w dacie 21 sierpnia 2014 r. udostępnienia tych dokumentów, które Zamawiający uznał za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, a także pasywnej postawy zainteresowanych takich ustaleniem uczestników postępowania [reprezentowanych przez wielu, w tym profesjonalnych pełnomocników po stronie Zamawiającego jak i obu Przystępujących], którzy w trakcie czytelnej czynności badania zachowania terminu do wniesienia odwołania na rozprawie w dniu 19 września 2014 r. [ani też w toku następnych czterech rozpraw] nie składali jakichkolwiek wniosków w tej mierze, stwierdzenia wymagało, że brak jest wystarczających przesłanek dla stwierdzenia, że ta część zarzutów postawiona została z uchybieniem terminu. Wprawdzie bowiem przesłanki do odrzucenia odwołania, określone w przepisie art. 189 ust. 2 ustawy Izba bierze pod uwagę z urzędu, jednak z uwagi na ich restrykcyjny charakter, samo wystąpienie okoliczności uzasadniających odrzucenie odwołania, alb stwierdzenie, że określone zarzuty postawiono z uchybieniem terminu, musi być ustalone w sposób nie budzący wątpliwości. W tej mierze zaś dysponujemy jedynie oświadczeniem Odwołującego wskazującym na to, że w dniu 21 sierpnia 2014 udostępniono mu dokumenty, brak jest zaś przesłanek uzasadniających twierdzenie, że w tej dacie wykonawcy odmówiono jakichkolwiek dokumentów z uwagi na uznanie ich przez Zamawiającego za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. W każdym razie, przy braku jakiegokolwiek aktywności Zamawiającego w tej mierze, takiej odmowy domniemywać nie można.

[4] Zarzuty potwierdzone w toku postępowania odwoławczego:

Na rozprawie w dniu 19 września 2014 r., w zakresie zarzutów dotyczących bezpodstawnego objęcia przez obu Przystępujących wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny tajemnicą przedsiębiorstwa, Zamawiający podał, że po wniesieniu w postępowaniu odwołań, wobec złożenia przez dwa podmioty wniosku o udostępnienie informacji na podstawie ustawy o dostępie do informacji publicznej, zwrócił się do obu przystępujących o ponowne uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa tych informacji. W odpowiedzi Konsorcjum FB Serwis podtrzymało wcześniejsze stanowisko, a Konsorcjum MADROCAR wyraziło zgodę na udostępnienie informacji. W toku postępowania odwoławczego, na drugim terminie rozprawy, to jest w dniu 19 września 2014 r. konsorcjum MADROCAR wyraziło zgodę na udostępnienie Odwołującemu wnioskowanych informacji. Powyższe oznacza, potwierdzenie w toku postępowania odwoławczego zasadności zarzutu co do bezpodstawnego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji przez tego wykonawcę.

[5] Zarzuty pozostające bez wpływu na wynik postępowania [art. 192 ust. 2 ustawy]:

Ponieważ, nie znalazły potwierdzenia zarzuty Konsorcjum FB Serwis, dotyczące wykluczenia tego wykonawcy [postępowanie w spr. KIO 1831/14], powyższe skutkuje, że zarzuty dotyczące oceny oferty tego wykonawcy, w tym postulowane przez Odwołującego dodatkowe podstawy odrzucenia tej oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę, pozostają bez wpływu na wynik postępowania, o którym stanowi art. 192 ust. 2 ustawy. Wobec potwierdzenia się zasadności wykluczenia Konsorcjum FB Service, jakiegokolwiek dalsze podstawy, zmierzające przykładowo do odrzucenia oferty tego wykonawcy, nie zmieniają wyniku postępowania, podobnie jak ewentualne ujawnienie lub nie informacji zastrzeżonych przez to Konsorcjum jako tajemnica przedsiębiorstwa. Stąd w tej mierze, potwierdzenie stawianych zarzutów skutkowało stwierdzeniem nieprawidłowości działania Zamawiającego, bez odpowiedniego nakazu w wydanym orzeczeniu.

[6] Dokumenty uzupełnione w toku postępowania odwoławczego:

Na wstępie podkreślenia wymaga uwaga ogólna, dotycząca charakteru postępowania odwoławczego. Postępowanie odwoławcze jest postępowaniem, służącym zbadaniu poprawności czynności i zaniechań zamawiającego, w takim kształcie, w jakim dokonał ich zamawiający. Postępowanie to nie zastępuje zatem działania zamawiającego, a tym samym proces dowodowy, jakkolwiek przewidziany w ustawie [art. 190 ust. 1 – 7 ustawy] ograniczony jest do funkcji postępowania odwoławczego, a zatem zbadania objętej zarzutami aktywności zamawiającego. Nie może więc być tak, że dopiero w toku postępowania odwoławczego ujawniają się okoliczności, które od początku były poza zakresem czynności Zamawiającego i jego oceny i które mogły i powinny być zbadane przez zamawiającego. W takim bowiem wypadku mielibyśmy do czynienia nie z kontrolą czynności i zaniechań zamawiającego w ramach środka ochrony prawnej, ale z samodzielnymi czynnościami Krajowej Izby Odwoławczej. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą bada natomiast poprawność zachowań zamawiającego, a nie je zastępuje.

W analizowanym postępowaniu ta kwestia ma istotne znaczenie, z uwagi na zakres argumentacji a także inicjatywy dowodowej wykazanych przez strony w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny, w odniesieniu do oferty Konsorcjum MADROCAR, a także, choć już w mniejszym zakresie, z uwagi na brak wiedzy co do treści wyjaśnień objętych zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa – do oferty FB Serwis. Tego rodzaju aktywność dowodowa wynika z bezpodstawnego uznania przez Zamawiającego, że informacje w wyjaśnieniach

dotyczących kalkulacji ceny tych wykonawców stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W rezultacie podjęcia przez Zamawiającego czynności zmierzających do ustalenia zasadności objęcia zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach obu tych wykonawców już po wniesieniu odwołań, a następnie w wyniku ujawnienia wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny w ofercie Konsorcjum MADROCAR na drugiej rozprawie [19 sierpnia 2014 r.], dopiero po zapoznaniu się z tymi dokumentami, Odwołujący sformułował rzeczywiste zastrzeżenia co do kalkulacji ceny, a także Zamawiający oraz Przystępujący zaprezentowali opozycyjne stanowiska i dowody. W konsekwencji, rzeczywiste zarzuty odnoszące się poprawności kalkulacji ceny w ofercie Konsorcjum MADROCAR a także – w mniejszym stopniu w ofercie Konsorcjum FB Serwis – zostały sformułowane po wniesieniu odwołań, co jest wynikiem bezpodstawnego objęcia zastrzeżeniem informacji i zaakceptowania tego stanu przez Zamawiającego. Stąd potwierdzenie zasadności zarzutów dotyczących bezpodstawnego objęcia zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa informacji w ofertach obu Przystępujących powodowało, że materiał złożony przez uczestników postępowania dotyczący kalkulacji ceny, nie mógł być znany wcześniej Zamawiającemu i przez niego oceniony [nie mógł być w szczególności złożony przez Odwołującego przy pierwszej czynności, to jest z odwołaniem]. W rezultacie bezpodstawnego uznania za właściwie zastrzeżone informacji, pochodne od posiadania pełnej wiedzy o treści wyjaśnień złożonych na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy postępowanie dotyczące kalkulacji ceny nie odnosi się do czynności i zaniechania Zamawiającego, ale je miałoby zastąpić. Powyższe przemawiało za nakazaniem Zamawiającemu oceny pełnego, złożonego na rozprawie [kolejnych jej terminach] materiału, i – stosownie do wyników tej oceny – rozstrzygnięcie o wyniku postępowania o zamówienie publiczne.

Nie mogły być także brane pod uwagę złożone na rozprawie przez Przystępującego konsorcjum MADROCAR dokumenty, złożone na okoliczność tych zarzutów, które zmierzały do wykazania, że w ofercie tego wykonawcy złożono nieprawidłowe zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów. Dotyczy to złożonych na posiedzeniu w dniu 18 września 2014 r. dokumentów w postaci zobowiązania Podhalańskie Drogi sp. z o.o. w Nowym Targu [dowód nr 10 i 11].

Zasadą jest, że dokumenty w postępowaniu o zamówienie publiczne składane są wobec zamawiającego i przez niego są oceniane. W ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania zamawiającego [podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań], pod względem zgodności z przepisami ustawy. Powyższe oznacza,

że Krajowa Izba Odwoławcza w ramach środków ochrony prawnej nie zastępuje zamawiającego w obowiązku dokonania badania i oceny złożonych ofert i składających się na nie dokumentów a sprawuje kontrolę poprawności czynności i zaniechań zamawiającego, przy czym czyni to w zakresie wyznaczonym treścią odwołania. Wobec powyższego, na gruncie analizowanej sprawy, dokumenty złożone przez Przystępującego mogą, i powinny być złożone wobec Zamawiającego w ramach ponownego badania i oceny ofert.

Zatem, złożone przez Przystępującego zobowiązanie podmiotu trzeciego – wobec zaniechania w postępowaniu o zamówienie publiczne wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wobec Zamawiającego – musiały być potraktowane na etapie postępowania odwoławczego z uwzględnieniem wynikającej wprost z przepisu art. 26 ust. 1 i 2 oraz art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych okoliczności, że to wobec zamawiającego następuje wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Jak wskazano, odwołanie przysługuje od czynności lub zaniechania zamawiającego, zatem ocenie - w trybie środka ochrony prawnej - podlega ta czynność, względnie zaniechanie w takim kształcie i zakresie, w jakim zostały one przez zamawiającego dokonane. Postępowanie odwoławcze nie zastępuje bowiem postępowania o zamówienie publiczne, które się toczy przez zamawiającym, a służy do kontroli poprawności jego decyzji. Konsekwencją powyższego jest, że kwestionowane w odwołaniu czynności i zaniechania Zamawiającego należało analizować wyłącznie w oparciu o złożone w ofercie Konsorcjum MADROCAR dokumenty.

III. ROZSTRZYGNIĘCIE O ZARZUTACH ODWOŁANIA

[1] W zakresie zarzutu dotyczącego nierealnego udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia.

W SIWZ [pkt 7.3 oraz 8.2 Instrukcji dla Wykonawców] , Zamawiający, za treścią art. 26 ust. 2b ustawy a także brzmieniem *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [Dz. U. z 2013 r. poz. 231]* podał:

„7.3. Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia oraz zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.”

8.2. W sytuacji, gdy Wykonawca polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zobowiązany jest udowodnić, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Zobowiązanie to winno zawierać informacje dotyczące: zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu jego wykorzystania przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem oraz zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia”.

Konsorcjum MADROCAR, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania wiedzą i doświadczeniem, zawarło w swojej ofercie zobowiązanie spółki Podhalańskie Drogi sp. z o.o. w Nowym Targu, zawierające oświadczenie, że podmiot trzeci, w związku z ogłoszonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązujemy się do udostępnienia „naszej wiedzy i doświadczenia zdobytego w ramach wykonywania dla Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddziału w Krakowie usługi kompleksowego (letniego i zimowego) utrzymania dróg krajowych na terenie województwa małopolskiego (...) administrowanych przez Rejon Kraków na podstawie umowy nr 1/335/ZZ-Z-1/2008 z dnia 22.09.2008r. którą to usługę wykonaliśmy w Konsorcjum z Poldim S.A. (...) w okresie od 01.11.2008r. do 31.10.2011 r. W zakresie wykorzystania zasobów, o których mowa wyżej, zapewniamy iż udostępnienie zasobów nastąpi na cały okres realizacji zadania na podstawie porozumienia regulującego zasady korzystania z udostępnionego potencjału i polegać będzie w szczególności na udzieleniu na żądanie Wykonawcy wsparcia w postaci niezbędnego doradztwa w zakresie realizacji inwestycji z uwzględnieniem szczególnie skomplikowanych zagadnień organizacyjno – technicznych [str. 34 oferty Konsorcjum MADROCAR].

Zamawiający uznał w oparciu o powyższe oświadczenie podmiotu trzeciego, spełnienie przez Konsorcjum MADROCAR warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający nie wyjaśniał tej kwestii z zastosowaniem art. 26 ust. 4 ustawy, nie wzywał także do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy. Na rozprawie Zamawiający, zobowiązany do wypowiedzenia się w przedmiocie podstaw pozytywnej oceny dokumentów złożonych przez Konsorcjum MADROCAR w spornym zakresie, podał, że *„wie, że konsorcjum MADROCAR oraz Podhalańskie drogi sp. z o.o. współpracują ze sobą tzn., że MADROCAR, a także spółki wchodzące w skład konsorcjum, są zawsze współwykonawcą. Konsorcjum jest zawsze podwykonawcą Podhalańskie drogi Sp. z o.o.”*.

Podkreślenia wymaga, że treść przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że posłużenie się w postępowaniu o zamówienie publiczne zasobami należącymi do podmiotu trzeciego ma służyć do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w związku z potrzebą posiadania odpowiedniego zasobu do realizacji zamówienia. Przepis stanowi, że uzyskane zasoby muszą być niezbędne dla realizacji zamówienia. Wskazany przepis stanowi: *„Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.”*

Na temat stosowania wymienionych przepisów Dyrektyw [dyrektyw je poprzedzających] wypowiedział się Europejski Trybunał Sprawiedliwości. W orzeczeniu z dnia 14 kwietnia 1994 roku w spr. C-176/98 [dostępne na stronie: <http://www.uzp.gov.pl>], Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że: *„[...] przepisy dyrektywy 92/50 dopuszczają wykazanie przez usługodawcę, że spełnia on ekonomiczne, finansowe i techniczne kryteria udziału w postępowaniu o zamówienia publiczne na usługi poprzez oparcie się na sytuacji innych podmiotów, niezależnie od prawnego charakteru powiązań z tymi podmiotami, pod warunkiem że może wykazać, iż ma faktycznie do swej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia. Ocena, czy taki wymagany dowód został przeprowadzony należy do sądu krajowego.”* Natomiast w orzeczeniu z dnia 18 listopada 2004 r. w spr. C-126/03 [dostępne na stronie: <http://www.uzp.gov.pl>], Europejski Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że *„[...] prawdą jest, iż w celu dopuszczenia*

usługodawcy do uczestnictwa w procedurze zaproszenia do składania ofert to na usługodawcy zamierzającym powołać się na zdolność techniczną instytucji lub przedsiębiorstw, z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio związany, ciąży obowiązek wykazania, że może on rzeczywiście dysponować środkami tych instytucji lub przedsiębiorstw, które jednak nie stanowią jego własności, a które są niezbędne do wykonania zamówienia.” W orzeczeniu z dnia 2 grudnia 1999 r. w spr. C-176/98 Holst Italia [orzeczenie dostępne na stronie www.uzp.gov.pl], Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał natomiast: „*Tak więc, jeśli celem wykazania swej sytuacji finansowej, ekonomicznej i technicznej po to by zostać dopuszczonym do przetargu spółka wskazuje zasoby podmiotów lub przedsiębiorstw z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio powiązana, niezależnie od prawnego charakteru takich powiązań, spółka musi wykazać, że faktycznie może korzystać z zasobów tych podmiotów lub przedsiębiorstw, które nie należą do niej samej a są niezbędne do wykonania zamówienia.”* W orzeczeniu z dnia 18 listopada 2004 r. w spr. C-126/03 [orzeczenie dostępne na stronie www.uzp.gov.pl], ETS uznał: „*w celu dopuszczenia usługodawcy do uczestnictwa w procedurze zaproszenia do składania ofert to na usługodawcy zamierzającym powołać się na zdolność techniczną instytucji lub przedsiębiorstw, z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio związany, ciąży obowiązek wykazania, że może on rzeczywiście dysponować środkami tych instytucji lub przedsiębiorstw, które jednak nie stanowią jego własności, a które są niezbędne do wykonania zamówienia.”*

Wymowa tych orzeczeń jest zatem jednoznaczna: posłużenie się zdolnościami innych podmiotów jest dopuszczalne, pod warunkiem jednak że ma ono charakter realnego – że udostępnione zasoby pozostają w dyspozycji wykonawcy w celu realizacji zamówienia.

Niektóre z tych kwestii zostały podkreślone w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, np. w art. 63 ust. 1 wskazano, że w odniesieniu do doświadczenia zawodowego poleganie na zdolności innych podmiotów może nastąpić tylko wtedy, gdy podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi. Jednocześnie przepisy te wskazują na obecne stanowisko ustawodawcy europejskiego co do pewnych instytucji, które nie zostały w sposób dostateczny opisane w dyrektywie 2004/18/WE, a jednocześnie nie stanowią odmiennego niż w dyrektywie 2004/18/WE uregulowania tych instytucji. Zatem, chociaż jeszcze nie obowiązują, przepisy te mogą być istotną przesłanką co do interpretacji przepisów dyrektywy 2004/18/WE.

Słuszność prezentowanego stanowiska potwierdza zatem wykładnia prowspólnotowa przepisów ustawy. W analizowanej sprawie mamy bowiem do czynienia z przepisami, które wdrażają przepisy prawa wspólnotowego [między innymi wskazane wcześniej dyrektywy]. Ustawa Prawo zamówień publicznych jest bowiem regulacją o charakterze nie neutralnym z punktu widzenia regulacji wspólnotowej, przez co miałyby być pozostawioną wyłącznie zainteresowaniu krajowego ustawodawcy. Przeciwnie – ustawa Prawo zamówień publicznych w przeważającym zakresie wyraża zasady i regulacje wspólnotowe. Na podmiocie obowiązującym do stosowania przepisów ciąży tym trudniejsze zadanie, gdy stosowane przepisy stanowią transpozycję przepisów prawa wspólnotowego, bowiem wymaga to uwzględnienia również prowspólnotowej wykładni stosowanych przepisów, nie tylko w zakresie odczytania ich treści, ale również dla celu oddania celu, jakiemu przepis wspólnotowy ma służyć. Na kierunek i sposób dokonywania wykładni prowspólnotowej wskazuje się w literaturze; jako przykład można jedynie podać, adresowane do sądów, ale nie tracące na aktualności wobec wszystkich podmiotów stosujących prawo, wytyczne dotyczące interpretacji prawa krajowego: „Krajowe sądy i trybunały powinny tak wyklądać prawo wewnętrzne, aby w pełni [z uwagi na *effet utile*] stosowało ono nie tylko literę, ale i ducha prawa wspólnotowego [...]” [E. Łętowska, *Między Scyllą i Charybdą – sędzia polski między Strasburgiem i Luksemburgiem*, Europejski Przegląd Sądowy, 1/2005]. Kierunek wykładni dyrektywy nadaje orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości [obecnie: Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej]. To zaś – zgodnie z wcześniej przytoczonymi tezami, wskazuje na realny charakter udostępnienia odpowiednich zasobów jak i niezbędność takich zasobów do realizacji zamówienia.

Należy też zwrócić uwagę, że ideą weryfikowania kwalifikacji wykonawców na etapie składania ofert czy wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest to, aby zamówienia udzielić podmiotowi posiadającemu dany potencjał, czyli temu, który daną wiedzę i doświadczenie już posiadał, a nie takiemu, który będzie uczył się dopiero w trakcie wykonywania zamówienia. Gdyby instytucja zamawiająca czyniła takie założenia, to nie stawiałaby wykonawcom warunku posiadania specjalnego doświadczenia jako warunku udziału w postępowaniu.

Powyższe oznacza, że treść zobowiązania, bądź innego dokumentu składanego w oparciu o przepis art. 26 ust. 2b ustawy winna opisywać taki stosunek prawny, który nie będzie miał charakteru iluzji przekazania wiedzy i doświadczenia [jedynie referencji podmiotu trzeciego], ale który będzie stwarzał taką sytuację prawną, bądź jej przyrzeczenie, w oparciu

o którą można powiedzieć, że wykonawca znajduje się w sytuacji, jakby wykonał zadania wymagane jako referencyjne w treści warunku udziału w postępowaniu.

Powyższe oznacza, że zasadą jest, przy przekazaniu zasobu, jakim jest wiedza i doświadczenie, uczestnictwo podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia. Chodzi bowiem o doprowadzenie do sytuacji, w której wykonawca jakkolwiek nie posiada odpowiedniego, wymaganego w postępowaniu zasobu, ale – z zastosowaniem art. 26 ust. 2b ustawy - udowodni zamawiającemu, że znalazł się w takiej sytuacji prawnej, odpowiedniej do charakteru udostępnianego zasobu i jego cech w konkretnej sytuacji, w której udostępnionym zasobem w momencie realizacji zamówienia dysponuje jak własnym. Odnosi się to jednak do rzeczywistego dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, co w świetle dyrektyw dotyczy stosownych sytuacji.

Powyższe determinuje wniosek, że przy udostępnieniu wiedzy i doświadczenia zasadą jest udział podmiotu trzeciego, który udostępnił wiedzy i doświadczenia, w realizacji zamówienia.

Uznano zatem, że jeżeli przedmiotem udostępnienia na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych są zasoby takie jak wiedza i doświadczenie wymagane dla realizacji zamówienia, to wskazane zobowiązanie powinno uwzględniać taki właśnie charakter tego zasobu, w tym okoliczność, że nie jest możliwe przeniesienie czy udostępnienie wiedzy lub doświadczenia bez osobistego uczestnictwa podmiotu w realizacji przyszłego zamówienia. W sytuacji, kiedy przedmiot oddania stanowią zasoby nierozzerwalnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia, jak wiedza i doświadczenie, takie przekazanie wiedzy i doświadczenia wymaga uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia.

Natura i cechy zasobu, jakim jest wiedza i doświadczenie, w rozumieniu nadanym przepisami Prawa zamówień publicznych, a także przepisami *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* wymagają, by ich udostępnienie wiązało się z uczestnictwem podmiotu je udostępniającego w realizacji zamówienia. Należy sobie bowiem postawić pytanie, jak miałyby nastąpić przekazanie wiedzy doświadczenia bez jakiegokolwiek formy uczestnictwa podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia i to w zakresie, w jakim wykonawca posłużył się cudzą wiedzą

i doświadczeniem. Odpowiedzi wymaga, czy obietnica konsultacji i doradztwa, nawet opatrzone dokumentacją i spisanyymi instrukcjami o wielkiej szczegółowości stwarzają stan, że można powiedzieć, że wykonawca wykonał w przeszłości zadanie wymagane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Uznano, że wiedza i doświadczenie, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych to kategoria traktowana łącznie, rozumiana jako ogół wiedzy teoretycznej i umiejętności praktycznych wynikających z wcześniejszych realizacji analogicznych lub zbliżonych dostaw, usług czy robót, które wyraz znajdują w treści udzielonych referencji [lub innych dokumentów – zgodnie z *Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*].

Regułą jest, że pod pojęciem „wiedza i doświadczenie”, o którym mowa w przepisie art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie można rozumieć możliwość przekazania wiedzy i doświadczenia np. poprzez proces szkoleniowy lub przekazanie know – how, instrukcji, pewnych wartości niematerialnych i prawnych, co nie wymagałoby uczestnictwa podmiotu udostępniającego. Poprzez szkolenie czy otrzymywanie porad można bowiem nabyć wiedzę, a nie doświadczenie, które ze swojej istoty musi mieć walor weryfikacji wiedzy w praktycznej realizacji.

O ile można przyjąć teoretycznie, że możliwe jest – choćby w trybie procesu szkoleniowego – przekazanie wiedzy a nawet pewnych, wybranych elementów praktyki, to jednak pojęcie „doświadczenia” jest znacząco szerszą kategorią pojęciową. Pojęcie wiedza i doświadczenie w rozumieniu przepisu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy, do którego sięga art. 26 ust. 2 b ustawy, to nie pojęcia w potocznym rozumieniu, odnoszące się do wiedzy i umiejętności osoby lub osób, ich zdolności osobistych. Udostępnienie wiadomości, fachowej wiedzy oraz doświadczeń w zakresie technologii i procesu produkcyjnego dla określonego wyrobu czy usługi [know – how] – bliskie rozumieniu niematerialnych elementów przedsiębiorstwa, także nie może mieścić w tej kategorii. Ustawodawca nadał bowiem znaczenie „wiedzy i doświadczeniu”, precyzując je w przepisach, jako wykonane w przeszłości zadania [wykonane lub wykonywane usługi, dostawy albo zrealizowane roboty budowlane].

I tak, ustawodawca w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy traktuje „wiedzę i doświadczenie” łącznie, przypisując ją do wykonawcy, zaś w przepisach *Rozporządzenia Prezesa Rady*

Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane definiuje, co kryje się pod tym pojęciem. W § 1 ust. 1 pkt 2 i 3 tego rozporządzenia wskazano bowiem, że w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, zamawiający może żądać, następujących dokumentów: wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone; a także wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. W zakresie „wiedzy i doświadczenia” w rozumieniu przepisów ustawy Prawa zamówień publicznych mieszczą się zatem wykonane w przeszłości przez wykonawcę [względnie podmiot trzeci] przedsięwzięcia określone rezultatem: wykonane roboty budowlane, usługi lub dostawy. W takie pojęcie wiedzy i doświadczenia wpisany jest zatem całokształt procesu prowadzącego do tego rezultatu, obejmujący zaangażowanie odpowiednich pracowników, sprzęt, organizację i metodologię zarządzania przedsięwzięciem, co łącznie prowadzi do osiągnięcia skutku w postaci wykonania roboty budowlanej, usługi czy dostawy. Wiedza i doświadczenie to wartości wynikające z zaangażowania do wykonania w przeszłości określonych zadań szeregu czynników z uwzględnieniem aspektu organizacyjnego, którego nie może zastąpić przekazanie jedynie niektórych elementów, jak nawet najbardziej wykwalifikowani i doświadczeni pracownicy, najbardziej czytelne i staranne dokumentacje i instrukcje, czy najbardziej szczegółowe doradztwo. Brak tu bowiem jeszcze czynnika powiązania tych elementów, który decyduje o powodzeniu przedsięwzięcia.

O ile, co do zasady można zgodzić się z tezą, że w konkretnej sytuacji uczestnictwo w realizacji zamówienia może przejawiać się przykładowo doradztwem na rzecz wykonawcy korzystającego z wiedzy i doświadczenia, to jednak każdorazowo zależy to od charakteru

udostępnianego zasobu jakim jest wiedza i doświadczenie w danym postępowaniu oraz przedmiotu postępowania, dla wykonania którego niezbędna jest wymagana wiedza i doświadczenie. Przykładowo, w odniesieniu do usług o charakterze konsultingowym, pewnych czynności w zakresie projektowania i wdrażania systemów informatycznych, ten udział w wykonaniu zamówienia może wyrażać się mniej bezpośrednią formą uczestnictwa jak np. doradztwo świadczone wykonawcy na etapie wykonywania zamówienia, co może jednak doznawać ograniczenia ze względu na przedmiot zamówienia, gdy dotyczy on zadania wymagającego umiejętności bezpośrednio wykorzystywanych przy wykonaniu zamówienia, jak roboty budowlane czy złożone dostawy lub usługi.

Uzyskanie wiedzy i doświadczenia, za pomocą substytucyjnej formy określonej w art. 26 ust. 2b ustawy dla celu spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu, oznacza zatem, że zasadą jest konieczność uczestnictwa podmiotu udostępniającego taki zasób w realizacji zamówienia. O ile fakt uczestnictwa przez podmiot trzeci w wykonaniu zamówienia co do zasady implikuje wykorzystanie wiedzy i doświadczenia podmiotu udzielającego tego zasobu, choć tylko w zakresie wynikającym z tego uczestnictwa – to nie sposób uznać, że w sytuacji, gdy podmiot trzeci składa deklarację udzielenia wiedzy i doświadczenia a jednocześnie nie jest wykazane jego uczestnictwo w realizacji zamówienia, czy to jako podwykonawca czy na innej podstawie, należy domniemywać przekazanie wiedzy i doświadczenia. Przeciwnie, w tym drugim wypadku musimy zakładać nieudowodnienie przez wykonawcę dysponowania zasobem w postaci wiedzy i doświadczenia. Można sobie wyobrazić sytuację, gdy podmiot trzeci udzielając wiedzy i doświadczenia w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, co znajdzie wyraz w przekazaniu poświadczenia należytego wykonania zadania [referencji lub innego dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie dostaw, usług lub robót] z prawem do posłużenia się nimi w postępowaniu o zamówienie, w ogóle nie będzie uczestniczył w wykonaniu tego zamówienia albo jego uczestnictwo będzie obejmować zakres całkowicie odmienny i niezwiązany zupełnie z przedmiotem oddanego zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia. Taki stan będzie stanowił niewątpliwie użyczenie jedynie dokumentu w postaci poświadczenia [lub innego tego rodzaju dokumentu] tylko dla formalnego wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, lub punktacji w przetargu ograniczonym, czemu sprzeciwia się zarówno cel wprowadzenia przepisu art. 26 ust. 2b ustawy jak i jego brzmienie [wyrażona w tym przepisie niezbędność do realizacji zamówienia oddanego przez podmiot trzeci zasobu]. Zwrócono na to uwagę w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lipca 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1333/10:

„zobowiązanie podmiotu trzeciego z dnia 7 czerwca 2010 roku do udostępnienia wyłącznie wiedzy i doświadczenia bez jednoczesnego wskazania sposobu korzystania w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia z udostępnionych zasobów jest niewystarczające dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odmiennie stanowisko i zgoda na brak udziału w realizacji zamówienia podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie, może prowadzić do tzw. „handlu referencjami” oraz stwarzać sytuacje, w której zamawiający dokona wyboru wykonawcy, który nie będzie zdolny w sposób należyty zrealizować zamówienie publiczne.”

Podzielić zatem należy podkreślane w doktrynie jak i orzecznictwie poglądy, że wiedza i doświadczenie to te elementy przedsiębiorstwa, które są związane z posiadającym je podmiotem, niezbywalne i nieprzenaszalne samodzielnie, w inny sposób aniżeli poprzez zbycie całości lub zorganizowanej części przedsiębiorstwa zdolnej do dalszego prowadzenia w niezmienionym zakresie – zbycie przedsiębiorstwa nie oznacza zbycia mienia, ale zbycie swoistego organizmu gospodarczego [orzeczenie SN z 10.1.1972 r., I CR 359/71, OSPiKA 1972, z. 12, poz. 232, wyrok Sądu najwyższego z 17.10.2000 r., w spr. I CKN 850/98, LEX Nr 50895, wyrok Sądu najwyższego z dnia 8 kwietnia 2003r. w spr. IV CKN 51/01]. W odniesieniu do kategorii „wiedzy i doświadczenia”, o której mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych akcentuje się ich nierozdzielność z podmiotem, który je posiada, wskazując na niemożność ich samodzielnego, bez zbycia przedsiębiorstwa przeniesienia na inny podmiot.

Ten silny związek wiedzy i doświadczenia z podmiotem, który je posiada podkreślono: *„Tak w doktrynie, jak i w orzecznictwie nie wyróżnia się składnika niematerialnego przedsiębiorstwa w postaci „wiedzy i doświadczenia”. Wydaje się jednak, że nie ma przeszkód, ażeby uznać, iż zwrot niedookreślony, który stanowi „wiedza i doświadczenie”, mieści w sobie wymienione powyżej składniki niematerialne przedsiębiorstwa. W szczególności pojęcie „wiedza” zawiera tak know-how, jak i tajemnice przedsiębiorstwa. Przez doświadczenie należy natomiast rozumieć wcześniejsze świadczenie usług na bazie przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym, które pokrywają się z usługami objętymi postępowaniem o zamówienie publiczne. Ściśle z wyżej wymienionym doświadczeniem łączy się goodwill czy też dobra marka przedsiębiorstwa wykonawcy.”* Wskazuje się dalej, że *„[...] organy stosujące art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy powinny ocenić każdy przypadek indywidualnie, badając in casu, czy doszło do skutecznego nabycia przedsiębiorstwa, tj. czy przeniesione zostały na nabywcę składniki materialne i niematerialne umożliwiające prowadzenie [kontynuowanie] działalności gospodarczej.*

A zatem Zespół Arbitrów czy też sąd winny w każdym przypadku badać, czy wykonawca „posiada wiedzę i doświadczenie”, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy, czyli czy doszło do zbycia składników niematerialnych przedsiębiorstwa, takich jak: tajemnica przedsiębiorstwa i dokumentacja, oraz czy wykonawca dysponuje osobami, które są zdolne nie tyle do wykonania zamówienia, gdyż o tych osobach jest mowa w dalszej części przepisu, ile osobami niezbędnymi do „kierowania” wykonaniem zamówienia. Wymóg doświadczenia będzie natomiast spełniony, jeżeli zbywca prowadził działalność gospodarczą na bazie „zbytego” przedsiębiorstwa w zakresie, który obejmuje zamówienie.” [G. Jędrsek Wymóg niezbędnej wiedzy i doświadczenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”, kwartalnik Prawo zamówień publicznych nr 3[18]2008].

*W publikacji *Dopuszczalność powołania się na zdolności innych podmiotów*, Aleksandra Sołtysińska, Grzegorz Wicik, kwartalnik Prawo zamówień publicznych nr 4/2009, str. 10-34, także wyraźnie podkreślono obowiązek uczestnictwa podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie w realizacji zamówienia: „[...] Wiedza i doświadczenie podmiotu jako całości nie mogą być przeniesione wycinkowo w wyniku oddania do dyspozycji pojedynczych zasobów, w tym pojedynczych osób. Zdolności te są nierozzerwalnie związane z zespołem osób, zorganizowanym i działającym w ramach przedsiębiorstwa. Owo połączenie jest tak silne, że oddelegowanie z zespołu podmiotu oddającego zasoby nawet kilku osób i włączenie ich do zespołu wykonawcy może być traktowane jedynie w kategoriach przejęcia ich indywidualnej wiedzy i doświadczenia, nie gwarantuje natomiast przejęcia wiedzy i doświadczenia podmiotu jako całości. Toteż wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu tylko i wyłącznie wtedy, gdy zaangażuje ten podmiot bezpośrednio, osobiście w realizację zamówienia - na zasadzie podwykonawstwa. W takim wypadku zachowanie się dłużnika będące świadczeniem będzie polegać na wykonaniu części zamówienia.”*

Tym samym, przekazanie wiedzy i doświadczenia z zastosowaniem regulacji art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, zwykle wymaga uczestnictwa podmiotu je udostępniającego w realizacji zamówienia, co wynika z zarówno z natury zasobu, jakim jest wiedza i doświadczenie jak i z akcentowanej w tym przepisie niezbędności do realizacji zamówienia. Niezbędne do realizacji zamówienia są nie dokumenty określonej treści [oświadczenia zawarte w wykazie usług oraz dopełniające je referencje], ale odpowiednie umiejętności wykonawcy, które w tym wypadku wyrażać się muszą uczestnictwem podmiotu udostępniającego zasobu w realizacji zamówienia.

Powyższe okoliczności determinują wniosek, że wykonawca jest uprawniony do posługiwania się zasobami należącymi do innych podmiotów, pod tym warunkiem, że udostępnienie tych zasobów dotyczy stosownych sytuacji - ma charakter realny, wiąże się z potrzebą posiadania zasobu do realizacji zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, powtórzenia wymaga, że zasadą jest, że dla realnego przekazania wiedzy i doświadczenia wymagane jest uczestnictwo podmiotu udostępniającego ten zasób w realizacji zamówienia, i to nie uczestnictwa w jakimkolwiek zakresie, ale w zakresie odpowiadającym zadaniu jakie wyrażone zostało w treści postawionego warunku udziału w postępowaniu. To uczestnictwo może przybrać formę podwykonawstwa.

W analizowanym postępowaniu, z treści złożonych przez Konsorcjum MADROCAR zobowiązań do udostępnienia przez Podhalańskie Drogi sp. z o.o. w Nowym Targu zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia nie wynika podwykonawstwo. Nie jest także uchwytna inna postać uczestnictwa podmiotu trzeciego.

Zasadne okazały się zatem wątpliwości formułowane przez Odwołującego, względem realności udostępnienia wiedzy i doświadczenia.

Z oświadczenia zawartego w zobowiązaniu podmiotu trzeciego wynika, że przekazanie wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego ma mieć postać doradztwa w zakresie realizacji inwestycji z uwzględnieniem szczególnie skomplikowanych zagadnień organizacyjno - technicznych. Tak opisane przekazanie wiedzy i doświadczenia musiało budzić wątpliwości, bowiem, ze wskazanych wcześniej względów, trudno dopatrywać się przekazania wiedzy i doświadczenia bez odpowiedniej formy uczestnictwa w wykonaniu zamówienia.

Wprawdzie, w analizowanej sprawie Przystępujący na posiedzeniu w dniu 18 września 2014 r. złożył zobowiązanie podmiotu Podhalańskie Drogi sp. z o.o., niemniej podkreślenia wymaga, że wykazanie przez danego wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu winno nastąpić wobec Zamawiającego. Zasadą jest także, że dokumenty w postępowaniu o zamówienie publiczne składane są wobec zamawiającego i przez niego są oceniane. W ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania zamawiającego [podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań], pod względem zgodności

z przepisami ustawy. Powyższe oznacza, że Krajowa Izba Odwoławcza w ramach środków ochrony prawnej nie zastępuje zamawiającego w obowiązku dokonania badania i oceny złożonych ofert i składających się na nie dokumentów a sprawuje kontrolę poprawności czynności i zaniechań zamawiającego, przy czym czyni to w zakresie wyznaczonym treścią odwołania.

Ponadto, realne, efektywne przekazanie wiedzy i doświadczenia w postępowaniu winno wynikać z treści złożonego dokumentu, w tym zobowiązania, które jest przykładowym dokumentem służącym wykazaniu tego rodzaju okoliczności. Temu celowi służy konieczność zamieszczenia w tym zobowiązaniu szeregu elementów charakteryzujących stosunek między wykonawcą a podmiotem udostępniającym zasoby, takich jak wskazanie zakresu i okresu udostępnienia, charakteru łączącego strony stosunku [§ 1 ust. 6 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*] – wymaganie zawarcia tych elementów w zobowiązaniu podmiotu trzeciego postawił Zamawiający w pkt 8.2. Instrukcji dla Wykonawców. Wprawdzie Odwołujący nie stawia zarzutów nawiązujących do braku w złożonym przez Konsorcjum Madrocar zobowiązaniu tych elementów, choć takie zarzuty byłyby uzasadnione, skoro to z tych elementów ma wynikać realność udostępnienia zasobów, to dostrzeżenia wymaga, że badanie realności udostępnienia zasobów odbywa się właśnie na podstawie tych elementów, to jest charakterystyki elementów relacji między podmiotem udostępniającym a tym, który posiłkuje się cudzym zasobem. Części wskazanych w przepisie § 1 ust. 6 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* oraz w pkt 8.2 Instrukcji dla Wykonawców elementów, brak jest w zobowiązaniu Podhalańskie Drogi sp. z o.o. – nie ma w nim w szczególności takiej charakterystyki relacji między tymi podmiotami, która by wskazywała na realne udostępnienie zasobów – opisywała, w jaki sposób na grunt przedmiotowego postępowania, zostaną przetransferowane wiedza i doświadczenie podmiotu trzeciego.

Lektura oferty Przystępującego prowadzi do wniosku, że złożone zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia wiedzy i doświadczenia w formule niesprecyzowanego doradztwa nie jest wystarczające dla stwierdzenia, że wykazane zostało spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W zobowiązaniu powinno być bowiem wskazane w jakiej formie wykonawczej [przykładowo podwykonawstwo] podmiot trzeci będzie uczestniczył w realizacji zamówienia.

W świetle powyższego, potwierdził się zarzut niewłaściwej oceny oferty Konsorcjum MADROCAR. W tej mierze wykonawca powinien zostać wezwany, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentu na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

[2] Zarzut niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, wobec posłużenia się przez Konsorcjum MADROCAR usługą, której okres świadczenia jedynie przez 2,5 miesiąca nastąpił w ciągu ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert.

Biorąc pod uwagę stan faktyczny sprawy, dostrzeżenia wymaga – po pierwsze – że wbrew stanowisku Odwołującego, nie ma podstaw do uznania, że dla stwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu wymagane jest, by cała usługa świadczona była w okresie ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert. Odwołujący powyższy zarzut odnosi jedynie do jednej usługi wykazanej przez Konsorcjum MADROCAR, to jest umowy nr I/335/ZZ-Z-1/2008 z 22 września 2008 r., wskazując, że jedynie krótki czas świadczenia tej usługi [odpowiadający około 2,5 miesiącom] został wykonany przed upływem określonego w SIWZ, trzyletniego okresu przed terminem składania ofert.

Postawiony w postępowaniu warunek udziału w postępowaniu ma następującą treść:
„Wykonawca zdolny do należytego wykonania udzielanego zamówienia, to taki który wykaże się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował - w ramach nie więcej niż 3 umów:

a) usługi i/lub roboty z zakresu bieżącego utrzymania dróg klasy min. G - o łącznej wartości nie mniejszej niż 7.000.000,00 PLN brutto w tym:

- roboty bitumiczne o łącznej powierzchni min 10.000 m²;*
- wymiana/montaż drogowych barier ochronnych o łącznej długości min 1.000 m oraz;*
- usługi z zakresu zimowego utrzymania dróg klasy min. G o łącznej długości co najmniej 30 km i łącznej wartości wykonanych usług nie mniejszej niż 4.000.000,00 PLN brutto lub;*

b) Kompleksowe utrzymanie dróg klasy min. G o łącznej wartości nie mniejszej niż 11.000.000,00 PLN brutto obejmujące;

- usługi i/lub roboty z zakresu bieżącego utrzymania dróg klasy min. G w tym: roboty bitumiczne o łącznej powierzchni min 10.000 m² i wymiana/montaż drogowych barier ochronnych o łącznej długości min 1.000 m,*

- usługi z zakresu zimowego utrzymania dróg klasy min. G o łącznej długości co najmniej 30 km.”

Dla oceny zarzutów postawionym przez Odwołującego znaczenie ma ta część warunku, która mówi o obowiązku wykazania się wykonaniem określonych zadań pochodzących z okresu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – z tego okresu. Sporną jest kwestia, czy przed upływem trzech lat przed terminem składania ofert, zadanie wykazywane przez wykonawcę miało być w całości wykonane, czy też dopuszczalną jest sytuacja, że jego wykonywanie rozpoczęło się wcześniej a zakończyło przed upływem owego trzyletniego okresu.

Zdaniem Odwołującego, w okresie trzech lat poprzedzających termin składania ofert wykonano jedynie część zadania [odpowiadającą okresowi ok. 2,5 miesiąca]; co nie jest wystarczające dla pozytywnej oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu

Wniosek prezentowany przez Odwołującego nie wynika z treści *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, które w § 1 ust. 1 pkt 3 mówi o tym, że w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, zamawiający może żądać wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Także z treści warunku udziału w postępowaniu, opisanego w pkt 8.2. Instrukcji dla Wykonawców nie wynika, by wykonawca nie mógł wykazać się usługą, co do której wykazywana wartość dotyczy okresu ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert i by cały okres świadczenia usługi miał nastąpić w ciągu trzech lat, poprzedzających termin składania ofert. Treść tego warunku nie prowadzi do wniosku, że Zamawiający wprowadził wymaganie, by wartość usług oraz ich przedmiot dotyczyła wyłącznie okresu ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert i by nie mogły być podane na potwierdzenie spełnienia tego warunku usługi o tej wartości, których rozpoczęcie świadczenia nastąpiło wcześniej, ale skończyło się przed upływem wskazanego, trzyletniego okresu.

Nie ma przeszkód dla uznania, że wykonawca może skutecznie wykazać się takim doświadczeniem, które wynika ze świadczenia przez niego odpowiedniej usługi, której świadczenie rozpoczęło się wcześniej a zostało zakończone przed upływem wskazanego, trzyletniego okresu. Ani wskazane rozporządzenie, ani brzmienie SIWZ nie wprowadza w tej mierze jakiegokolwiek ograniczenia.

W tej mierze podzielono poglądy wyrażane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, wyrażane w odniesieniu do analogicznego zagadnienia:

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2013 r. w spr. KIO 2325/13: *„Nie ma przeszkód dla uznania, że wykonawca może skutecznie wykazać się takim doświadczeniem, które wynika ze świadczenia przez niego odpowiedniej usługi, której świadczenie rozpoczęło się wcześniej a zostało zakończone przed upływem wskazanego, trzyletniego okresu.”*

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 sierpnia 2011 r., KIO 1725/11: *„Skoro zatem nabycie doświadczenia co do zasady następuje z chwilą ukończenia wykonywania usługi, to potwierdzenie spełnienia warunku następuje, jeśli termin zakończenia wykonywania usługi mieścił się w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Nielogiczne byłoby bowiem przyjęcie, że doświadczenie, którego nabywanie rozpoczęło się wcześniej niż ostatnie trzy lata przed upływem terminu składania ofert, a zakończyło np. w dniu poprzedzającym składanie ofert nie zostało nabyte, albo jak chce tego zamawiający, zostało nabyte jedynie w okresie mieszczącym się w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert.”;*

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 grudnia 2011 r., KIO 2563/11: *„Izba stwierdziła, że pierwszy z zarzutów dotyczący usług zrealizowanych na rzecz Zakładu Lokali i Budynków Komunalnych w Olsztynie w okresie 2007 do 2010 r. na kwotę 1.284.838 zł [poz.4 wykazu] jest niezasadny, albowiem kwestionowana w odwołaniu usługa potwierdza wymagany warunek zarówno co do wartości - minimum 1.220.000 zł, jak i co do terminu wykonania tej usługi. Tak jak bowiem słusznie stwierdził w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, dla obliczania trzyletniego terminu wymaganego przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [Dz. U. nr 226, poz. 1817] w odniesieniu do usług już wykonanych rozstrzygające znaczenie ma termin zakończenia realizacji usługi, a nie termin jej rozpoczęcia”;*

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 listopada 2010 r., KIO 2280/10: „W ocenie Izby użycie czasu przeszłego dokonanego w słowie "wykonane" jednoznacznie wskazuje, że w terminie trzech lat przed upływem składania ofert wykonanie usługi powinno zostać zakończone. Nie sposób uznać, aby intencją Rady Ministrów [a zapis SIWZ jest zgodny z brzmieniem powołanego rozporządzenia Rady Ministrów] było postawienie wymogu, aby w okresie trzech lat mieścił się cały okres od rozpoczęcia do zakończenia wykonywania usługi. Taka interpretacja spowodowałaby wykluczenie z postępowań wykonawców, wykonujących usługi długoterminowe, o okresach wykonywania dłuższych niż 3 lata, co w sposób oczywisty byłoby sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców”;

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 listopada 2010 r., KIO 2430/10: „Co do określonego przez Zamawiającego okresu trzech lat, co do którego powinno odnosić się wykazywane w ramach doświadczenia zamówienie, Izba uznała, że zarówno treść warunku określonego przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, jak również przepisy przywołanego rozporządzenia w sprawie dokumentów [§ 1 ust. 1 pkt 3] odnoszą się do prac [dostaw, czy usług] wykonanych lub wykonywanych w ciągu trzech ostatnich lat. Przyjęcie okresu dłuższego, wykraczającego poza określony czas trzech lat w odniesieniu do jednego z wykonawców ubiegających się o zamówienie prowadziłoby niewątpliwie do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Odwołujący, biorąc pod uwagę przywołane przepisy oraz zapisy warunku udziału w postępowaniu mógł powołać się na zamówienie, którego realizacja rozpoczęła się poza okresem trzech lat wymaganym w tym przypadku, jednakże dla oceny prawidłowości wykonania tych prac i weryfikacji oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu konieczne było ustalenie wartości wykonanych prac w okresie 3 lat [podobne stanowisko wyraził Sąd Okręgowy w Szczecinie w wyroku z 17 kwietnia 2009 r.; sygn. akt: II Ca 137/09].

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 sierpnia 2011 r., KIO 1777/11: „Usługa ta mogła rozpocząć się przed 3-letnim terminem liczonym do dnia składania ofert i może być nadal wykonywana po upływie terminu składania ofert. Należy tylko zważyć, że doświadczenie zdobyte przez wykonawcę przed rozpoczęciem 3-letniego terminu liczonego do dnia składania ofert jest doświadczeniem realnym, rzeczywiście zdobytym, zaś realizacją usługi po upływie terminu do składania ofert dopiero pozwoli wykonawcy na uzyskanie dalszego doświadczenia [wykonawca zdobędzie zatem to doświadczenie w przyszłości].”

Także zawarte w odwołaniu „na marginesie” zdanie, że na potwierdzenie należytego wykonania przedmiotowego zamówienia zostały przedłożone referencje, z których wynika,

że wskazana usługa jest w trakcie realizacji, nie zmienia powyższej oceny – wszak ustawodawca dopuszcza w przepisach *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* możliwość posłużenia się zadaniami ciągłymi i okresowymi, a zatem będącymi w trakcie wykonywania. Stanowisko potwierdzające taką możliwość wyrażone zostało także w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z 17 kwietnia 2009 r. w spr. o sygn. akt: II Ca 137/09.

Reasumując, zarzut wskazujący na niewykazanie spełnienia przez Konsorcjum MADROCAR warunku udziału w postępowaniu [art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy], nie znalazł potwierdzenia.

[3] Zarzut dotyczący złożenia nieprawdziwych informacji przez Konsorcjum MADROCAR w zakresie doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko koordynatora bieżącego utrzymania dróg:

Postawiony warunek udziału w postępowaniu, w zakresie dysponowania odpowiednim personelem do realizacji zamówienia, z którego to postanowienia Odwołujący wywodzi wniosek o niewykazaniu przez Konsorcjum MADROCAR dysponowania osobą na stanowisko koordynatora bieżącego utrzymania dróg, ma następujące brzmienie:

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

Jak wskazują wyniki postępowania odwoławczego w zakresie obu odwołań [w spr. KIO 1831/14 i KIO 1838/14], sporna jest interpretacja tego postanowienia SIWZ, to jest, jakie doświadczenie, jakie czynności wykonywane w ramach wcześniejszych stanowisk i zajęć należy uznać odpowiadające temu warunkowi.

W świetle powyższego warunku, chodzi tutaj o faktyczne wykonywanie czynności opisanych przez Zamawiającego, w sposób stały [nie incydentalny], nie zaś o nazwę stanowiska zajmowanego w przeszłości przez osobę dedykowaną do pełnienia funkcji. Kolejną sprawą jest, że nie chodzi tutaj o doświadczenie na stanowisku dokładnie odpowiadającym temu, na które osoba jest wskazywana [stanowisku koordynatora zimowego

utrzymania dróg]. Od kandydata na to stanowisko Zamawiający wymaga bowiem doświadczenia bardziej uniwersalnego, aniżeli na stanowisku, do którego osoba jest dedykowana: Zamawiający uznał, że osoba, która ma odpowiednio długie doświadczenie w wykonywaniu czynności związanych z organizowaniem, kierowaniem i nadzorowaniem prac odpowiednio bieżącego lub zimowego utrzymania dróg podola sprawowaniu funkcji koordynatora, nawet jeśli takiej właśnie funkcji nie sprawowała. Zamawiający położył więc akcent na faktyczne umiejętności związane z czynnościami wykonawczymi dotyczącymi zimowego utrzymania dróg, uznając, że ktoś kto stoi na froncie robót, wykonuje przez określony czas czynności organizowania, kierowania i nadzorowania zimowego utrzymania dróg będzie posiadała odpowiednie umiejętności dla sprawnego zapewnienia całej logistyki i organizacji przedsięwzięcia będącego przedmiotem zamówienia.

Z treści powyższego warunku wynika, że przedmiotem jego wymagania jest odpowiednio długie sprawowanie czynności mieszczących się w pojęciu organizowania, kierowania i nadzorowania zimowego utrzymania dróg, na które składa się szereg różnego rodzaju czynności wykonawczych. W treści warunku Zamawiający wyartykułował, by przedmiotem wcześniejszego doświadczenia było organizowanie, kierowanie i nadzorowanie pracami bieżącego utrzymania dróg [takiego zastrzeżenia, dotyczącego prac, nie ma co do zimowego utrzymania dróg], co wskazuje, że chodzi o wszelkie prace związane z utrzymaniem dróg, w tym te kwalifikowane, dla których potrzeba odpowiednich uprawnień, jak roboty drogowe jak i te bardziej prozaiczne, nie wymagające szczególnych kwalifikacji i uprawnień jak np. utrzymanie zieleni. Z tego zastrzeżenia, że chodzi o organizowanie, kierowanie i nadzorowanie pracami wynika też, że te czynności „zarządcze” [organizowanie, kierowanie, nadzorowanie] winny odnosić się bezpośrednio do prac związanych z utrzymaniem dróg, niejako na linii ich wykonywania; że nie chodzi tu o czynności koordynacyjne z wyższego poziomu zarządczego, ale wprost w odniesieniu do prozaicznych czynności związanych z wykonaniem zamówienia. Zamawiający przy tym relatywnie szeroko opisał rolę osoby - nie jako robotnika świadczącego czynności związane z bieżącym utrzymaniem dróg, ale czynności o charakterze organizatora takich prac: osoby, której zadaniem było organizowanie, kierowanie i nadzorowanie takich prac. Oznacza to, że w zakresie tego warunku mieści się relatywnie szeroki zakres prac wykonawczych, ale rozpatrywanych z poziomu bezpośredniego organizowania i zarządzania nimi. Odmienne zatem, aniżeli co do osoby wskazanej do pełnienia tej samej roli a także dodatkowo roli koordynatora zimowego utrzymania dróg, w tej mierze należało uznać, osoba posiadająca doświadczenie ze średniego szczebla zarządczego, w obszarze prac bieżącego utrzymania

dróg spełnia wymagany warunek. Nie bez znaczenia jest, że w kategorii prac bieżącego utrzymania dróg w sposób oczywisty mieszczą się roboty drogowe – stanowią one najtrudniejszy, najbardziej wymagający wycinek tych prac, skoro to w związku z tą częścią obowiązków wymagane są uprawnienia budowlane.

Konsorcjum MADROCAR na stanowisko koordynatora bieżącego utrzymania dróg wskazało osobę, której wcześniejsze doświadczenie obejmowało wykonywanie zadań kierownika robót drogowych. Na rozprawie ustalono, że zakres zadań wskazanej osoby obejmował szeroki wachlarz czynności, jak np. organizowanie interwencji w przypadku zagrożeń na drodze, nadzór nad brygadą interwencyjną, udział w czynnościach odbioru każdego elementu robót. W ramach tych czynności mieściło się też przyjmowanie zgłoszenia od Zamawiającego o potrzebie wykonania prac, pod nieobecność koordynatora, podpisywanie zlecenia wykonania robót, albo protokołu odbioru robót. W szczególności, na rozprawie w dniu 19 września 2014 r. Zamawiający podał, że z posiadanej wiedzy, wynikającej z wykonywania przez wskazaną przez Konsorcjum MADROCAR osobę czynności w aktualnym kontrakcie wynika, że większość czynności wykonywał kierownik robót drogowych – organizował współpracę. Analiza tych czynności potwierdziła, że, niezależnie od nazwy zajmowanego stanowiska, w zakresie obowiązków osoby wskazanej na stanowisko koordynatora bieżącego utrzymania dróg mieściło się organizowanie, kierowanie i nadzorowanie prac bieżącego utrzymania dróg. Sam zaś fakt, że osoba pełniła funkcję kierownika robót drogowych, w sposób oczywisty wskazuje, że zakresem zadań objęte były czynności o charakterze zarządczym, jak organizowanie, kierowanie i nadzorowanie określonych czynności. Sporną sprawą jest czy przedmiotem tych czynności były prace bieżącego utrzymania dróg. Jeśli jednak wykonywanie robót drogowych mieści się w ramach czynności bieżącego utrzymania dróg [a z pewnością w tym postępowaniu tak właśnie jest kwalifikowane], i jeśli doświadczenie osoby jako kierownika robót drogowych zdobyte zostało w ramach zadania stanowiącego „*Kompleksowe utrzymanie dróg krajowych w rejonie Tarnów.*”, to oczywistym jest, że w zakresie doświadczenia osoby mieściło się organizowanie, kierowanie i nadzorowanie prac bieżącego utrzymania dróg.

Nie potwierdził się zatem zarzut zarówno co do niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu [art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy] jak i co do złożenia przez Konsorcjum MADROCAR nieprawdziwych informacji [art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy].

[4] Zarzut bezpodstawnego uznania za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych na podstawie art. 90 ustawy, dotyczące kalkulacji ceny w ofertach Konsorcjum MADROCAR i Konsorcjum FB Service:

Podkreślenia na wstępie wymaga – po pierwsze – że zastrzeżenie informacji w kategorii tajemnicy przedsiębiorstwa jest sytuacją wyjątkową. Zasadą jest, że postępowanie o zamówienie publiczne jest jawne [art. 8 ust. 1 ustawy], zaś wykonawca, który decyduje się na uczestnictwo w postępowaniu musi liczyć się, że informacje, które go dotyczą czy też jego oferty, będą dostępne dla innych.

Zastrzeżenie jakichkolwiek informacji w postępowaniu o zamówienie publiczne musi być więc traktowane jako instytucja wyjątkowa, zaś nadużywanie tej możliwości musi być traktowane z pełną surowością i brakiem akceptacji, szczególnie, gdy poprzez wyłączenie możliwości zapoznania się ze swoimi dokumentami, wykonawca uniemożliwia kontrolę ich zawartości innym podmiotom. Nieakceptowaną jest praktyką czynienia zastrzeżenia informacji tylko po to, by uniemożliwić czy ograniczyć konkurencyjnym wykonawcom zweryfikowanie zawartości merytorycznej oferty, jej uzupełnienia, wyjaśnień czy składających się na nią dokumentów.

Tym z większą starannością winny być badane przez Zamawiającego przypadki zastrzeżenia informacji, zaś wszelkie wątpliwości co do braku uzasadnienia tego zastrzeżenia należy rozstrzygać na niekorzyść wykonawcy. To bowiem na wykonawcy, który zdecydował się na skorzystanie z instytucji mającej charakter wyjątku, ciąży obowiązek wykazania, że takie zastrzeżenie jest uzasadnione, a informacja ma charakter rzeczywistego dobra podlegającego ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Po drugie, tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi informacja a nie dokument, w którym ją zawarto. Zamieszczenie w dokumencie skrawka informacji posiadającej walor tajemnicy przedsiębiorstwa nie czyni całego dokumentu objętym tajemnicą przedsiębiorstwa. Stąd wykonawca – a za nim Zamawiający – winien z uwagą analizować dokumenty w których ewentualnie zamieszczono informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający – w razie nadużycia uprawnienia do zastrzeżenia informacji z całą konsekwencją powinien eliminować takie praktyki.

Przenosząc powyższe rozważania natury ogólnej na grunt przedmiotowej sprawy, dostrzeżenia wymaga, że wyjaśnienia dotyczące elementów kalkulacyjnych oferty, co do

zasady odnoszą się nie do wartości o charakterze generalnym, o konkretnej wartości gospodarczej, zwykle nie zawierają opisu technologii [ten bowiem powinniśmy wcześniej znaleźć w części opisującej oferowany przedmiot], ale są wytwarzane na potrzeby konkretnego postępowania, podobnie jak sama kalkulacja ceny zaafowanej w danym postępowaniu. Już więc sam charakter wyjaśnień dotyczących elementów kalkulacyjnych ceny wskazuje, że zwykle trudno będzie się w nich dopatrzeć elementów na tyle stałych, sięgających poza dane postępowanie, że poza nim będą miały jakąkolwiek wartość gospodarczą. Dodatkowe elementy, którymi opatrzone te wyjaśnienia jak np. cenniki, oferty złożone danemu wykonawcy, także mają walor jedynie ogólnych deklaracji, szczególnie, gdy wprost odniesiono je do konkretnego postępowania [a to wynika wprost np. z załączników nr 6, nr 9, nr 10 i 11 do wyjaśnień Konsorcjum FB Serwis], trudno więc w nich upatrywać wartości o charakterze wybiegającym poza dane postępowanie, które stanowiłyby względnie stały walor przedsiębiorstwa, posiadający taką lub inną wartość.

Jak się wydaje, w sytuacji takiego zastrzeżenia główną wartością jest „korzyść procesowa”, jaką osiąga wykonawca uniemożliwiając konkurentom poznanie swojej oferty i innych dokumentów na nią się składających, a przez to jej ewentualne kwestionowanie. Powyższe zresztą doskonale obrazuje stan przedmiotowego postępowania: poznanie zawartości wyjaśnień Konsorcjum MADROCAR pozwoliło Odwołującemu skierować zarzuty „mierzone” kilkoma segregatorami, zawierającymi – nie przesadzając czy zasadną – polemikę z zawartością tych wyjaśnień, podczas gdy nieustępliwa postawa drugiego wykonawcy – Konsorcjum FB Serwis, przejawiająca się nieudostępnieniem tego samego rodzaju informacji skutkowało, że Odwołujący był w stanie jedynie odpowiednio, by nie powiedzieć, blankietowo kierować analogiczne zastrzeżenia jak wobec Konsorcjum MADROCAR, do odgadywanej przez siebie treści, ale bez stawiania wyraźnych, skonkretyzowanych zarzutów co do kalkulacji.

Stąd podkreślenia z całą mocą wymaga, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa informacji powinno być przedmiotem szczególnie wnikliwej analizy Zamawiającego, przy czym to na wykonawcy dokonującym zastrzeżenia ciąży obowiązek wykazania jego zasadności.

Poddając analizie dokumenty objęte zastrzeżeniem, co do których kieruje zarzuty Odwołujący, stwierdzenia wymaga, że:

(1) w wyjaśnieniach Konsorcjum MADROCAR trudno dopatrzeć się takich informacji, które spełniałyby definicje tajemnicy przedsiębiorstwa. Potwierdził to sam ich dysponent wyrażając – już po wniesieniu odwołania – zgodę na ujawnienie tych informacji. Zwrócić w tym miejscu należy uwagę, że nie ma tu – wbrew stanowisku Przystępującego Konsorcjum FB Serwis – znaczenia, że ujawnienie nastąpiło na podstawie ustawy o dostępie do informacji publicznej. To nie źródło uprawnienia do pozyskania informacji przez zainteresowanego [art. 8 ust. 1 ustawy albo ustawa o dostępie do informacji publicznej] kwalifikuje informację jako stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, ale jej cechy pozwalające na traktowanie informacji w tej kategorii.

Jak wskazał Naczelny Sąd Administracyjny, w wyroku z dnia 14 grudnia 2012 r. w spr. o sygn. akt I OSK 2208/12: *„Do spraw wszczętych w trybie dostępu do informacji publicznej, podmiot zobowiązany do udzielenia informacji publicznej stosuje przepisy ustawy o dostępie do informacji publicznej przy uwzględnieniu szczególnych unormowań ustawy – Prawo zamówień publicznych. Nie oznacza to jednak, że ustawa – Prawo zamówień publicznych, poprzez choćby czasowe ograniczenia możliwości udostępnienia informacji, odbiera przymiot informacji publicznej innym, niż umowy i protokoły, dokumentom posiadającym taki walor, a dotyczącym postępowań przetargowych i szeroko pojętej realizacji zamówień”*.

Wykonawca Konsorcjum MADROCAR wykazał zatem zrozumienie dla obowiązujących w tym zakresie regulacji i wcześniejsze nadużycie uprawnienia do zastrzeżenia informacji własnymi działaniami [zgodą na ujawnienie] naprawił, co zasługuje na aprobatę.

(2) Nie sposób oprzeć przekonaniu, że trwanie przez obu Przystępujących w stanowisku co do zastrzeżenia informacji było wynikiem pobłażliwej postawy Zamawiającego, który po otrzymaniu wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny i zawartej w nich argumentacji wykonawców co do zastrzeżenia informacji, przyjął je, nie dociekając w żaden sposób i nie egzekwując rzetelnego wykazania podstaw tego zastrzeżenia, póki nie wpłynęły do niego – obwarowane surowszą sankcją [odpowiedzialnością karną] wnioski o udostępnienie informacji na podstawie ustawy o dostępie do informacji publicznej.

Tego rodzaju wyrozumiała postawa Zamawiającego skłaniała więc wykonawców do nadużywania instytucji zastrzeżenia.

(3) W wyjaśnieniach Konsorcjum FB Serwis trudno znaleźć takie elementy, które wyrażają wartość stanowiącą wartość gospodarczą, a przez to stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Do tego wniosku skłania już sam wynik rozprawy z dnia

19 września 2014 r. Przystępujący, zobowiązany do szczegółowego wypowiedzenia się co do informacji zawartych na pierwszych dziewięciu stronach traktowanego jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa pisma z 6 sierpnia 2014 r. miał wyraźny problem z takim uzasadnieniem. I nic dziwnego: są tam ogólne, generyczne deklaracje o uwzględnieniu wymagań stawianych w postępowaniu; przytoczenie przepisów definiujących tajemnicę przedsiębiorstwa wraz z ich interpretacją i nawiązaniem do orzecznictwa a także z obszernymi cytatami tego orzecznictwa; wyjaśnienia wprowadzające stanowiące tabelaryczne zestawienie ofert złożonych w obu częściach tego postępowania; wskazanie budżetu Zamawiającego i średnie ze wszystkich cen; wskazanie realizowanych przez wykonawcę kontraktów na rzecz podmiotów publicznych – jawnych i powszechnie znanych. Także dalsza część wyjaśnień nie ma charakteru na tyle konkretnego, by dotyczyła wartości uniwersalnych Przystępującego, nie odnoszących się wyłącznie do tego postępowania – stanowi wyszczególnienie kategorii kosztów z ich procentowym rozłożeniem a także obejmuje kalkulację cen jednostkowych realizacji zamówienia w poszczególnych grupach robót. Ta kalkulacja nie operuje jednak danymi innymi, aniżeli opracowane dla tego postępowania, także procentowe ujęcie kalkulacji kosztów w ramach wyceny świadczenia jednostki usługi nie zdradza wartości pozwalającej na poznanie know-how wykonawcy. Także załączniki do tych wyjaśnień w sposób oczywisty nie mają charakteru pozwalającego traktować je jako wartość gospodarczą – znakomita ich większość jest powszechnie, wręcz obligatoryjnie dostępna. To np. informacje o rozstrzygnięciu publicznych przetargów, w tym na rzecz oddziału Zamawiającego, [załącznik nr 1, 2, 3, 4 do wyjaśnień z 6 sierpnia 2014 r.], ogłoszenie o udzieleniu zamówienia publicznego [załącznik nr 5 do pisma], a także dokument o powszechnej dostępności na podstawie ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym, dostępny aktualnie także poprzez wyszukiwarkę internetową przedsiębiorstw na stronie internetowej [czyli po prostu odpis z KRS podmiotu z grupy kapitałowej, do której przynależy Przystępujący – załącznik nr 12]. Dalej, w wyjaśnieniach mamy cenniki wykonania dla wykonawcy określonych robót, dostaw [zał. nr 6, 7 i 8], przy czym opracowano je dla potrzeb tego postępowania, nie stanowią więc one obrazu relacji dostępnych jedynie Przystępującemu, w które inny podmiot mógłby wstąpić, szczególnie że dotyczą ofert w ramach grupy kapitałowej do której przynależy Przystępujący i co przyznał na rozprawie [wypowiedź Przystępującego, zgodnie z którą „nie jest tajemnicą, że przystępujący przynależy do grupy kapitałowej związanej z Budimex; nie jest tajemnicą fakt przynależności do

grupy kapitałowej, a także korzystanie z pewnych upustów dla całej grupy kapitałowej, ale szczegółowe warunki, związane z taką przynależnością, już stanowią tajemnicę”]. Pozostałe cenniki [zał. 9, 10 i 11] sformułowano wyraźnie na potrzeby tego postępowania, są one też ograniczone czasem ważności [zał. 9 i 11], co wynika z ich treści, zatem trudno je traktować jako wartość inną, aniżeli obrazującą współpracę w związku z tym konkretnym przedsięwzięciem.

Z tego względu, zasadnymi okazały się zarzuty co do naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 8 ust. 1 ustawy, poprzez nieuprawnione uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji w wyjaśnieniach elementów kalkulacyjnych ceny w ofercie Konsorcjum FB Serwis.

Reasumując, wyjaśnienia obu Przystępujących powinny być ujawnione. Przy czym, wobec faktu, że w odniesieniu do Konsorcjum FB Serwis uznano, że wykonawca podlega wykluczeniu [wyrok w spr. KIO 1831/14], potwierdzenie zarzutów w tej mierze pozostawało bez wpływu na wynik postępowania. Stąd ograniczono się jedynie do stwierdzenia naruszenia przepisów prawa oraz obowiązku Zamawiającego traktowania tych informacji jako nie stanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa, bez odpowiadającego tym stwierdzeniom nakazu ujawnienia dokumentu.

Analogiczne informacje zawarte w wyjaśnieniach dotyczących kalkulacji ceny w ofercie Konsorcjum MADROCAR zostały już ujawnione przez ten podmiot, zatem sam zarzut w tej mierze został zarówno potwierdzony jak i skonsumowany uzyskaniem przez Odwołującego żądanych dokumentów, co także czyni potwierdzenie tego zarzutu pozostającym bez wpływu na wynik postępowania [art. 192 ust. 2 ustawy].

[5] Zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny w ofercie Konsorcjum MADROCAR oraz Konsorcjum FB Serwis:

W postępowaniu na część 2 oferty złożyło ośmiu wykonawców z cenami od 91.968.479,73 zł do 114.593.034,20 zł:

- | | |
|--------------------------------|--------------------|
| 1) Konsorcjum FB Serwis z ceną | 91.968.479,73 zł; |
| 2) Konsorcjum MADROCAR z ceną | 92.593.344,74 zł; |
| 3) Odwołujący z ceną | 109.795.633,76 zł; |
| 4) Konsorcjum Godrom z ceną | 110.486.091,87 zł; |
| 5) Konsorcjum ParkM z ceną | 111.981.388,22 zł; |

- | | |
|------------------------------|--------------------|
| 6) Konsorcjum AVR z ceną | 113.405.945,71 zł; |
| 7) Konsorcjum Eurovia z ceną | 113.425.675,40 zł; |
| 8) Konsorcjum Poldim z ceną | 114.593.034,20 zł. |

Wartość szacunkowa wynosi 162.842.362,10 zł.

W analizowanej sprawie, w zakresie części 2 zamówienia, Zamawiający dokonał wezwania dwóch wykonawców do wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, w oparciu nie o rzeczywiste wątpliwości, ale w wyniku zastosowania się do wewnętrznego zarządzenia Dyrektora Generalnego Dróg i Autostrad [jak wskazał Zamawiający na rozprawie w dniu 19 września 2014 r.: *„w oparciu o pewną metodologię oceny elementów kalkulacyjnych ceny, prowadzoną przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad o wytyczne stosowane w innych krajach UE [system grecki, belgijski].”*], które wskazuje na konieczność ustalenia średniej z cen złożonych w postępowaniu, a następnie wystąpienia do wykonawców, opierając się na filozofii zbliżonej do regulacji zawartych w ustawie, jakie wejdą w życie 19 października 2014 r.

I tak, Zamawiający analizował ceny przez pryzmat dwóch kryteriów:

1. kryterium arytmetyczne, w którym punktem odniesienia była ustalona przez Zamawiającego, z należytą starannością, szacunkowa wartość zamówienia, uznając że ceny wszystkich ofert poza ofertą Konsorcjum Poldim odbiegają o więcej niż 30% od wartości szacunkowej określonej przez Zamawiającego.
2. kryterium cen ofert - gdzie punktem odniesienia była średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert, która wyniosła 107.322.155,83 zł.

Zamawiający uznał, że ceny dwóch ofert Konsorcjum FB Serwis i Konsorcjum MADROCAR odbiegają o więcej niż 10% średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert, w związku z czym wezwał tych wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy.

Zamawiający przy tym, w swoim wezwaniu, zwrócił uwagę na wybrane grupy robót, które w jego ocenie są szczególnie kosztochłonne i mogą być miarodajne dla analizy ceny oferty, wskazując na konieczność przedstawienia szczegółowych kalkulacji wskazanych pozycji kosztorysowych z uwzględnieniem wymogów odpowiednich specyfikacji technicznych.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że pojęcie rażąco niskiej ceny jest w pewnym sensie subiektywne, zaś ustawa Prawo zamówień publicznych nie posiada ustawowo określonego procentowego poziomu, na podstawie którego można uznać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie [tak też: postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05]. Nie można także - przeczyłoby to bowiem zasadzie wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych - przyjmować automatycznie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, iż rażąco niska cena występuje powyżej pewnego poziomu [tak też: orzeczenie ETS z dnia 22 czerwca 1989r., w sprawie C-103/88 - „Fratelli Constanzo”, wyrok ETS z dnia 18 czerwca 1991r. w sprawie C - 295/890]. Tym samym, Zamawiający nie jest w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych zobowiązany do automatycznego przystępowania do badania rażąco niskiej ceny w przypadku przekroczenia określonego progu w stosunku do wartości zamówienia. Wielokrotnie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądowe wskazywało, że: *„ustawa „prawo zamówień publicznych” nie definiuje pojęcia „rażąco niska cena” ani nie wskazuje, jakie kryteria należy brać pod uwagę, dokonując kwalifikacji pod to pojęcie”*. [Wyrok Sądu Okręgowy w Poznaniu z dnia 12.06.2008r., sygn. akt: X Ga 140/08]. *Jak zaś skonstatował Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07, „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiście jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę.”*. Sam fakt, że cena oferty jest niższa od cen innych ofert złożonych w postępowaniu nie jest jeszcze wystarczający dla uznania danej ceny za rażąco niską.

Podzielono w pełni wyrażone wyżej stanowiska, dostrzegając zarazem konieczność indywidualnego podejścia do każdej sprawy związanej z zarzutem ceny rażąco niskiej. Nie wolno bowiem zapominać, że: *„zamawiający dysponuje szerokim zakresem uznania i każdy przypadek, w którym występuje podejrzenie zaniżenia ceny, należy traktować indywidualnie”* [wyrok KIO z dnia 13 marca 2008r. sygn. akt: KIO/UZP 179/08].

Przenosząc powyższe rozważania natury ogólnej na grunt analizowanej sprawy, stwierdzić należy, że:

- (1) co do zasady istnieje domniemanie poprawności kalkulacji ceny zawartej w złożonej ofercie jak i domniemanie co do tego, że nie ma ona charakteru rażąco niskiej. To domniemanie zakłada, że oferty wskazują ceny za wykonanie zamówienia skalkulowane w sposób rynkowy, obejmujące wszystkie koszty wykonania zamówienia ponoszone przez wykonawcę a także pewien zysk. Wynika to także z faktu, że postępowanie o zamówienie publiczne jest postępowaniem w obrocie profesjonalnym, w którym wykonawcy, posiadając odpowiednie doświadczenie są w stanie w sposób adekwatny dokonać wyceny kosztu wykonania zamówienia, zaś sytuacje nieprawidłowej wyceny należą do rzadkich. Zasadą jest bowiem, że przedsiębiorca nie jest podmiotem działającym non – profit, a jego działania są nakierowane na maksymalizację zysku z prowadzonej działalności i osiągnięcie określonego wyniku finansowego. Za wyjątkiem więc sytuacji działania w sposób nie odpowiadający mechanizmom uczciwej konkurencji, kwalifikowanego jako działania z zakresu nieuczciwej konkurencji np. poprzez sprzedaż towarów i usług poniżej kosztów w celu wyeliminowania innych podmiotów z rynku, gdzie ten cel ekonomiczny realizowany jest w dłuższej perspektywie czasowej, zwykle wykonawca tak kalkuluje cenę swojej oferty, by realizacja zadania po prostu mu się opłacała. Jeśli więc doświadczony w realizacji określonych przedsięwzięć wykonawca oferuje wykonanie zamówienia za określoną cenę, złożone wyjaśnienia uprawdopodobniają poprawność tej kalkulacji, należy przyjąć, że zaoferowana cena jest ceną realną.
- (2) Nie istnieje określony, sztywny przedział ceny, za który należy oferować wykonanie zamówienia. W gospodarce wolnorynkowej, opartej na zasadzie swobody kontraktowania ustalenie ceny leży w gestii dysponenta przedmiotu sprzedaży. Ceny regulowane, charakterystyczne dla gospodarki nakazowo – rozdzielczej są, zasadniczo, kategorią historyczną a w każdym razie należą do wyjątków.
- (3) Samo porównanie cen ofert złożonych przez wykonawców w postępowaniu, do wartości szacunkowej zamówienia albo kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, nie jest wystarczające dla stwierdzenia, że Zamawiający winien poddać szczególnej analizie ceny ofert i uznać, że zostały niewłaściwie skalkulowane. Wartość szacunkowa zamówienia jest pewną projekcją zamawiającego, opartą o założenia i szacunki, która nie zawsze musi znaleźć odpowiedź w treści cen składanych w warunkach konkurencji. Oczywiście

i nie budzącą wątpliwości jest przy tym konieczność dokonywania oszacowania przez zamawiającego wartości zamówienia z uwzględnieniem zasady ostrożnej wyceny przedmiotu zamówienia, w sposób uśredniony i nie nadmiernie optymistyczny, skoro odnosi się ona do nie dających się przewidzieć zachowań wykonawców, działających w ramach rynku konkurencyjnego.

- (4) Nie ma obowiązku w ramach uczynienia zadość wezwaniu do wyjaśnienia elementów kalkulacyjnych oferty dokładnej, „co do grosza” kalkulacji ceny. Konieczne jest zaprezentowanie istotnych z perspektywy jej kalkulacji, elementów ceny. Wynika to wprost z przepisów - przepis art. 90 ust. 1 ustawy stanowi, że zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Oznacza to, że przedmiotem wezwania i wyjaśnienia są te elementy, które mają wpływ na wysokość ceny, to jest elementy istotne dla kalkulacji ceny oferty. W ten sam sposób traktuje kwestię wyjaśnienia elementów oferty ustawodawstwo unijne oraz orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości. Zgodnie z art. 55 Dyrektywy 2004/18WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. [Dz.U. L. 134 z 30.4.2004.114], *„Jeżeli w przypadku danego zamówienia, oferty wydają się rażąco niskie, instytucja zamawiająca, przed odrzuceniem tych ofert zwraca się na piśmie do oferenta o podanie szczegółów dotyczących, dotyczących tych składowych elementów ofert, które uważa za istotne. Szczegóły te mogą dotyczyć głównie: a) ekonomiczności danej metody budowania, procesu produkcyjnego lub świadczonych usług; b) technicznych lub wszelkich wyjątkowo korzystnych warunków, którymi dysponuje oferent, w celu realizacji robót budowlanych, dostawie produktów lub usług; c) oryginalności robót budowlanych, dostaw lub usług proponowanych przez oferenta; d) zgodności z obowiązującymi przepisami dotyczącymi ochrony zatrudnienia i warunków pracy, a także miejsca, w którym roboty budowlane, usługi lub dostawy te mają być realizowane; e) możliwości uzyskania przez oferenta pomocy państwowej.”*

W orzeczeniu ETS z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s. stwierdzono, że *„z przepisów Dyrektywy wynika, że zamiarem prawodawcy Unii było ustanowienie względem instytucji zamawiających wymogu, by dokonywały one weryfikacji składowych elementów rażąco niskich ofert, poprzez nałożenie na nie w tym celu obowiązku żądania od kandydatów przedstawienia*

uzasadnienia koniecznego do wykazania, że oferty te są poważne [zob. podobnie wyrok z dnia 27 listopada 2001 r. w sprawach połączonych C-285/99 i C-286/99 Lombardini i Mantovani, Rec. S. I-9233, pkt 46-49]”.

Oznacza to więc, że rzeczą wykonawcy jest zaprezentowanie tych elementów kalkulacji oferty, które są istotne dla ustalenia ceny. Oczywistym jest bowiem, że szczególnie przy złożonych przedsięwzięciach [a z takim mamy do czynienia w analizowanym postępowaniu], w ramach kalkulacji ceny uwzględniane są te najbardziej doniosłe czynniki, pozostałe zaś szacowane są w pewnym przybliżeniu, jako projekcja, uwzględniająca zarazem potencjalne ryzyka, zysk i marżę. Trudno bowiem oczekiwać, by wykonawca prezentował kalkulację ceny oferty ze szczegółowością sięgającą kosztów zakupu materiałów biurowych, czy innych elementów związanych z wykonaniem zamówienia o marginalnym znaczeniu, o niewielkim wymiarze finansowym. Istotne jest takie wyjaśnienie kalkulacji ceny, które przekona, że wykonawca przyjął racjonalne założenia co do koniecznych do poniesienia kosztów i nakładów. Chodzi tu więc o uprawdopodobnienie poprawności kalkulacji – rozwianie wątpliwości Zamawiającego, nie zaś o przedstawienie szczegółowego biznes – planu. Takiego wymagania nie stawia w każdym razie ustawodawca. Ustawodawca uznał bowiem, że dla takiego stwierdzenia jest pokazanie w ramach składanych wyjaśnień nie wszystkich, ale tych elementów oferty, które mają wpływ na wysokość ceny. Ma to szczególnie znaczenie, gdy już sama cena w postępowaniu jest prezentowana z dość dużą szczegółowością – np. w postaci kosztorysu obejmującego wycenę jednostek i tym samym, daje obraz wyceny jednostkowej różnych elementów wykonania zamówienia.

- (5) Tak też w analizowanym postępowaniu skierował wezwania do wyjaśnienia elementów oferty Zamawiający, wskazując te grupy robót, które miały być reprezentatywne dla stwierdzenia poprawności kalkulacji ceny, w szczególności bardziej kosztochłonne. Zamawiający wskazał wyraźnie, akcentując i „boldując” te grupy robót, które uznał za szczególnie istotne dla wyceny: *„Ponadto Komisja poddała szczegółowej analizie oferty w/w wykonawców, szczególnie Tabele Elementów Rozliczeniowych, celem określenia, które elementy składowe ofert są najbardziej istotne dla zamawiającego i budzą największe wątpliwości pod względem wysokości ceny. (...) W załączniku 1 do niniejszej notatki, przedstawiono zestawienie obrazujące wartości wszystkich grup robót*

w poszczególnych ofertach i odstępstwa (procentowe i kwotowe) tych wartości od odpowiednich średnich wartości za prace z danej grupy. Po przeanalizowaniu tego zestawienia, Komisja wytypowała cztery grupy robót, które mają największy wpływ na cenę oferty i które uważane są za najistotniejsze z punktu widzenia należytej realizacji zadań z zakresu zimowego i bieżącego utrzymania dróg. Zamawiający bardzo dużą wagę przypisuje do wyceny elementów z grupy robót nr 10 - Zimowe utrzymanie, gdyż grupa ta stanowi około 30 % wartości całej oferty i jest grupą najbardziej cenotwórczą. Kolejnymi grupami jest grupa nr 1 - utrzymanie nawierzchni (od 12 do 18% wartości oferty), grupa nr 3 - Odwodnienie (od 10 do ponad 17% wartości oferty), grupa nr 7 - Estetyka (od 5 do ponad 11% wartości oferty). Razem te cztery grupy stanowią ponad 70 % wartości oferty i bez wątplenia mają decydujący wpływ na cenę oferty.” [notatka komisji przetargowej z 23 lipca 2014 r.]. W wezwaniach kierowanych do wykonawców Zamawiający zwrócił się m.in. o przedstawienie szczegółowych kalkulacji wskazanych przez siebie pozycji kosztorysowych z uwzględnieniem wymogów odpowiednich specyfikacji technicznych, odnosząc powyższe do wyraźnie wskazanych grup robót.

Treść wezwania nie była przy tym kwestionowana – Odwołujący nie wskazywał, by to wezwanie wymagało ponowienia, dopełnienia o dalsze elementy kalkulacyjne, mimo, że nie ma przeszkód, [a w każdym razie żaden z przepisów takiego zakazu nie wprowadza], w ponownym, dopełniającym wezwaniu do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny [możliwość taką potwierdza orzecznictwo, w tym przykładowo wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 22 października 2013 r. w spr. XXIII Ga 1388/13]. Oznacza to, że same wezwania, w kształcie i zakresie w jakim je wystosowano, wyrażają zakres, w jakim analiza ceny obu kwestionowanych ofert ma się zamknąć. Jakikolwiek bowiem sięganie poza zakres tych wezwań i wskazanych w nich zagadnień [zaakcentowanych grup robót], wobec niepostawienia zarzutów co do ewentualnie niewystarczającego zakresu zapytania, oznaczałoby wyjście poza zarzuty odwołania, czemu sprzeciwia się art. 192 ust. 7 ustawy.

Jak wskazano wyżej, ocena ofert jest zadaniem Zamawiającego. Bezpodstawne objęcie zastrzeżeniem jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących elementów kalkulacyjnych oferty, mających wpływ na wysokość ceny, czyniło niemożliwym postawienie zarzutów wobec dokonanej oceny tych wyjaśnień. Sama treść wezwań była znana

Odwołującemu i nie jest kwestionowana. Zamawiający zatem, obowiązany jest do dokonania oceny złożonych w toku postępowania odwoławczego materiałów dotyczących kalkulacji ceny w ofertach obu Przystępujących przez pryzmat zakresu objętego wezwaniami i na ich podstawie – oceny ofert. Nie przesądzało rezultatu tej oceny, to bowiem należy do Zamawiającego, jako gospodarza prowadzonego postępowania. W ramach tej oceny Zamawiający obowiązany jest wziąć pod uwagę wskazane wyżej wytyczne.

[6] Zarzuty dotyczące niezgodności oferty Konsorcjum MADROCAR z SIWZ:

Zarzuty wskazujące na niezgodność oferty konsorcjum MADROCAR zasadały się na założeniu, że z pewnością – wobec niskiej ceny oferty tego wykonawcy, jakiś element wykonania zamówienia został pominięty. Na rozprawie Odwołujący wykazywał, że tym elementem jest m.in. zbyt mała ilość soli założona do realizacji zamówienia. Ustalenie powyższego winno być następstwem oceny wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny tego wykonawcy, co na obecnym etapie, wobec dokonanego rozstrzygnięcia, jest przedwczesne.

IV. ROZSTRZYGNĘCIE O ŻĄDANIACH ODWOŁANIA:

Opisane wyżej naruszenia przepisów ustawy mogą mieć wpływ na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy. Ponieważ zarzucane naruszenia przepisów znalazły potwierdzenie, nakazano unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonanie ponownego badania i oceny ofert, obejmującego:

- 1) wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego R. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe MADROCAR R. M., ReDrog s.c. B. K. & W. K. oraz W. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ZPUH W. K. ReDrog - na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do uzupełnienia dokumentu na potwierdzenie spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,
- 2) ocenę wszystkich dokumentów, jakie w toku postępowania odwoławczego zostały złożone w przedmiocie wyjaśnienia poprawności kalkulacji ceny w ofertach wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego R. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe MADROCAR R. M., ReDrog s.c. B. K. & W. K. oraz W. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ZPUH W. K. ReDrog oraz wykonawców

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego FB Serwis S.A. oraz CESPА Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A.

Zamawiający, w wezwaniu kierowanym do Przystępującego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, do uzupełnienia dokumentów stanowiących zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia wiedzy i doświadczenia oraz osób mających wykonywać zamówienie, powinien:

(1) wskazać, że aktualnie złożone zobowiązania do udostępnienia wiedzy i doświadczenia nie zawierają wymaganych w pkt 8.2 SIWZ oraz w § 1 ust. 6 *Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* elementów, wskazujących na realne przekazanie wiedzy i doświadczenia.

(2) poinformować, że złożone zobowiązania do udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez inne podmioty, powinny zawierać – stosownie do konieczności scharakteryzowania zasobu, jakim jest wiedza i doświadczenie – elementy, to jest określenie charakteru stosunku, jaki łączy albo będzie łączył wykonawcę i podmiot trzeci, poprzez wskazanie relacji prawnej, na podstawie, której nastąpiło udostępnienie wiedzy i doświadczenia [przykładowo, podwykonawstwo albo inna forma uczestnictwa w realizacji zamówienia, w zakresie zgodnym z zadaniami wykazywanymi dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu]. **W zobowiązaniu winno być zawarte jasne stwierdzenie co do roli wykonawczej podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie, na przykład, że przekazanie wiedzy nastąpi poprzez podwykonawstwo podmiotu trzeciego w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia, w zakresie którego udostępnione zostały te zasoby.**

W zakresie rozstrzygnięcia dotyczącego oceny wszystkich dokumentów, jakie w toku postępowania odwoławczego zostały złożone w przedmiocie wyjaśnienia poprawności kalkulacji ceny w ofertach wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego R. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe MADROCAR R. M., ReDrog s.c. B. K. & W. K. oraz W. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ZPUH W. K. ReDrog oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego FB Serwis S.A. oraz CESPА Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A., Zamawiający obowiązany jest poddać analizie złożone materiały dotyczące kalkulacji ceny w ofertach obu

Przystępujących przez pryzmat zakresu objętego wezwaniami i na ich podstawie – dokonać oceny ofert. Nie przesądzano rezultatu tej oceny, pozostawiając powyższe Zamawiającemu, stosownie do wyniku tej analizy.

Zakres nakazanej w tym zakresie analizy jest determinowany zakresem podniesionych zarzutów [art. 192 ust. 7 ustawy], te zaś skierowano wyłącznie wobec oceny wyjaśnień złożonych na wezwanie Zamawiającego i postulowanego w związku z tą oceną odrzucenia ofert obu wykonawców.

Zarzutami nie zostało objęte samo wezwanie, jego zakres oraz ewentualny postulat dalszego wezwania do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, co oznacza, że dokonywana ocena złożonych materiałów winna się zamknąć w czynności, której dotyczą zarzuty, w tym powinna odnosić się do zakresu zapytania wyartykułowanego w wezwaniach z 25 lipca 2014 r. kierowanych do obu Przystępujących. Samo wezwanie na tym etapie, wobec braku zastrzeżeń co do tej czynności ma charakter definitywnego. W odniesieniu do zapytania [zapytań] zawartych w tych wezwaniach, winny być więc poddane ocenie materiały, jakie złożyły strony i uczestnicy postępowania w toku postępowania odwoławczego, a w konsekwencji, dopiero po tej analizie właściwym będzie określone [nie przesądzając jakie] rozstrzygnięcie postępowania.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

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

Uwzględniono koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Skład orzekający: