

Sygn. akt: KIO 1637/19

WYROK

z dnia 13 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Luiza Łamejko

Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 września 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 sierpnia 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Aldesa Construcciones Polska Sp. z o. o. (pełnomocnik wykonawców) z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 18a, 02-676 Warszawa, Aldesa Construcciones S.A. z siedzibą w Madrycie (członek konsorcjum) i Aeronaval de Construcciones e Instalaciones S.A. z siedzibą w Madrycie (członek konsorcjum)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa**

przy udziale:

- A. wykonawcy **WASKO S.A., ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1637/19 po stronie odwołującego
- B. wykonawcy **Alumbrados Viarios Sociedad Anónima, Passatge de la Plásmica s/n Nave 9, Barcelona Cornellá de Llobregat, Barcelona** działającego przez oddział w Polsce **Alumbrados Viarios Sociedad Anonima S.A. Oddział w Polsce, ul. Galicyjska 22, 32-087 Zielonki** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1637/19 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Aldesa Construcciones Polska Sp. z o. o., Warszawa, ul. Postępu 18a, 02-676 Warszawa, Aldesa Construcciones S.A., Aeronaval de Construcciones e Instalaciones S.A.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Aldesa Construcciones Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, Aldesa Construcciones S.A. z siedzibą w Madrycie i Aeronaval de Construcciones e Instalaciones S.A. z siedzibą w Madrycie.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Skarb Państwa: Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Centralny Projekt Wdrożeniowy - Krajowy System Zarządzania Ruchem na sieci TEN-T Etap 1" znak sprawy: DPZ.DPZ-4.2413.7.2019 („Postępowanie”). Ogłoszenie o zamówieniu: Dz.U/SS62 144023-2019-PL. Wartość zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PZP. O wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający zawiadomił dnia 13 sierpnia 2019 r.

Odwołujący: Aldesa Construcciones Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Lider Konsorcjum), Aldesa Construcciones S.A, w Madrycie, Hiszpania (Partner Konsorcjum), Aeronaval de Construcciones e Instalaciones S.A (ACISA), Madryt, Hiszpania (Partner Konsorcjum) w związku z informacją o wyborze oferty wykonawcę Alumbrados Viarios Sociedad Anonima S.A. Oddział w Polsce z siedzibą ul. Galicyjska 22, 32-087 Zielonki („Alumbrados Viarios S.A.”) jako najkorzystniejszej, wniósł odwołanie i

Zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczeniu nieuczciwej konkurencji („UZNK”) poprzez ich niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Alumbrados Viarios SA, mimo iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku poprzez oferowanie sprzedaży usług dotyczących kosztów kontynuacji utrzymania świadczenia utrzymania systemu przez okres 60 miesięcy po zakończeniu okresu podstawowego (Formularz 2.2.c) poniżej kosztów ich świadczenia;
2. ewentualnie - na wypadek nie podzielenia przez Izbę zarzutu wskazanego w punkcie 1 powyżej - art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP w zw. z art. 3 ust. 1 UZNK poprzez ich niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Alumbrados Viarios S.A., mimo iż jej złożenie stanowiło działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami naruszający interes Odwołującego;
3. Art. 8 ust. 3 PZP poprzez jego zastosowanie i uznanie wyjaśnień złożonych przez Alumbrados Viarios S.A. za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie dotyczącym szczegółów kalkulacji zaoferowanej ceny, pomimo tego, że Alumbrados Viarios S.A., nie wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i

Zamawiający miał obowiązek odtajnić te dokumenty, z uwzględnieniem treści wyjaśnień Alumbrados Viarios SA, złożonych w wyniku wezwania Zamawiającego;

4. Art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP przez ich niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie czynności wykluczenia Wykonawcy Alumbrados Viarios S.A. jako Wykonawcy, który nie wykazał warunków spełnienia udziału w postępowaniu w zakresie opisanym szczegółowo w uzasadnieniu niniejszego odwołania;

5. Ewentualnie naruszenie art. 26 ust. 4 PZP poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji nie wezwanie Wykonawcy Alumbrados Viarios S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących informacji i dokumentów złożonych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu;

6. Art 24 ust 1 pkt 19 PZP przez jego niezastosowanie i niezbadanie, czy udział Wykonawcy Alumbrados Viarios S.A nie doprowadzi do zakłócenia konkurencji co spowodowało niewykluczenie z Postępowania Wykonawcy z tej przyczyny;

7. Art. 24 ust. 10 PZP poprzez jego nieprawidłową wykładnię i uznanie, że złożone przez Wykonawcę Alumbrados Viarios S.A wyjaśnienia odpowiadają swoją treścią dyspozycji tego przepisu i porzucenie na nich badania możliwości zakłócenia konkurencji w postępowaniu, w sytuacji gdy przepis wskazuje, iż Wykonawca ma obowiązek udowodnić, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.

8. Art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 PZP poprzez ich niezastosowanie pomimo, że informacje przedstawione przez Wykonawcę Alumbrados Viarios S.A. są nieprawdziwe oraz wprowadzają Zamawiającego w błąd co do treści przedstawionych informacji, jak również wpłynęły w sposób istotny na decyzje Zamawiającego w Postępowaniu, skutkując wyborem oferty Alumbrados Viarios S.A, jako najkorzystniejszej.

W związku z powyższym wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. Dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert;
3. Odrzucenie oferty Alumbrados Viarios na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP;
4. Uznania czynności zastrzeżenia przez Alumbrados Viarios S.A. części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jako bezskutecznego i nakazania Zamawiającemu odtajnienia tej części oferty Alumbrados Viarios S.A.;
5. Wykluczenie Wykonawcy Alumbrados Viarios S.A. z Postępowania, ewentualnie wezwanie Wykonawcy do wyjaśnień w zakresie treści złożonych dokumentów i informacji;
6. Dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje

I. Uzasadnienie zarzutów

1.1. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Alumbrados Viarios S.A.

Odwołujący wskazuje, iż w jego ocenie w Postępowaniu zachodziły podstawy dla odrzucenia oferty złożonej przez Alumbrados Viarios S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP. Zgodnie z ww. przepisem zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Celem zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej oferty. Chodzi o ofertę konkurencyjną. Wszelkie działania wykonawców zmierzające do naruszenia konkurencyjności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego muszą być eliminowane. Zamawiający - w razie uzasadnionych podejrzeń co do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji - jest zobligowany do dokonania kwalifikacji złożenia oferty pod kątem przesłanek z art. 15 ust. 1 lub art. 3 ust. 1 UZNK. W razie stwierdzenia, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP.

Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie polegające na manipulacji ceną, czy kryteriami oceny ofert, które stanowią podstawę wyboru danego wykonawcy i w sposób oczywisty wskazuje na zachowania nieuczciwe, powodujące wyeliminowanie z rynku innych przedsiębiorców (wyrok KIO z 23 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 49/18).

Zamawiający ma obowiązek odrzucenia każdej oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, niezależnie od tego, czy ma ona wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok KIO 373/17).

W ocenie Odwołującego złożenie przez Alumbrados Viarios S.A. oferty, w której koszt kontynuacji utrzymania świadczenia utrzymania systemu przez okres 60 miesięcy po zakończeniu okresu podstawowego (Formularz 2.2.c) poniżej kosztów ich świadczenia stanowiło działanie utrudniające uczestnikom Postępowania dostęp do rynku poprzez zaoferowanie ceny usługi poniżej kosztów jej realizacji, a zatem było czynem nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z pkt 19.1. („SIWZ”) koszt utrzymania stanowił kryterium dokonywania wyboru najkorzystniejszej oferty, któremu przypisano wagę 15 pkt (15%). Zamawiający przy dokonywaniu oceny ofert przyznał Alumbrados Viarios S.A. maksymalną ilość punktów (15) (podczas gdy Odwołujący uzyskał jedynie 0,92 pkt dla tego kryterium).

W ocenie Odwołującego sposób sformułowania elementów oferty dotyczących kontynuacji świadczenia usług utrzymania systemu przez okres 60 miesięcy po zakończeniu okresu podstawowego wskazał na dumpingowy charakter kosztów świadczenia usług po upływie okresu podstawowego.

Z uwagi za tak ukształtowaną kalkulację usług utrzymania Alumbrados Viarios S.A uzyskał - zdaniem Odwołującego w sposób nieuprawniony i niezgodny z prawem - przewagę konkurencyjną w stosunku do pozostałych wykonawców biorących udział w Postępowaniu.

Zamawiający określił 4 kryteria oceny ofert:

- (i) Cena brutto (C) o wadze kryterium 50% = 50 punktów
- (ii) Termin realizacji zamówienia (T) o wadze kryterium 20% = 20 punktów
- (iii) Nieinwazyjne rozwiązania techniczne (NRT) o wadze kryterium 15% = 15 punktów
- (iv) Koszt utrzymania (K) o wadze kryterium 15% = 15 punktów

Pomijając kryterium „Cena brutto (C)” na potrzeby dalszej argumentacji, należy zauważyć, że w zakresie kryterium „Termin realizacji zamówienia (T)” żaden z wykonawców biorących udział w Postępowaniu nie zadeklarował terminu krótszego, niż termin Zamawiającego i tym samym w ramach tego kryterium każdy z wykonawców otrzymał 0,00 punktów.

W kryterium „Nieinwazyjne rozwiązania techniczne (NRT)” Odwołujący i Alumbrados Viarios S.A otrzymali taką samą ilość punktów -15,00 punktów.

W kryterium „Koszt utrzymania” Alumbrados Viarios S.A otrzymał maksymalną liczbę punktów - 15,00 punktów, natomiast Odwołujący 0,92 punktu oraz wykonawca WASKO S.A. 1,97 punktów. Tak olbrzymia różnica w ilości przyznanych punktów w ramach kryterium „Koszt utrzymania” jest wynikiem zaoferowania rynkowych kosztów utrzymania przez Odwołującego oraz WASKO S.A., oraz zaniżenia tych pozycji przez Alumbrados Viarios S.A w sposób rażący i z naruszeniem wskazanych w odwołaniu przepisów - zestawienie poniżej:

- (i) WASKO S.A. - 60.094.110,04 złotych;
- (ii) Odwołujący - 128.465.865,87 złotych;
- (iii) Alumbrados Viarios S.A. - 7.884.643,47 złotych

Już pobieżne porównanie zaproponowanych kosztów utrzymania wskazuje, że tak duża dysproporcja w ofertach nie jest wynikiem oferowania różnych rozwiązań, technologii, czy sposobem zarządzania usługą utrzymaniową. Nie da się bowiem w ten sposób wytłumaczyć 17 krotnej różnicy pomiędzy tymi samymi kosztami u dwóch wykonawców, szczególnie w sytuacji, kiedy zakres i sposób prowadzenia usług utrzymaniowych został określony i sprecyzowany przez Zamawiającego.

W dalszej części odwołania wykazano zostanie sposób zaniżenia kosztów utrzymania, które w konsekwencji umożliwiło uzyskać Alumbrados Viarios S.A maksymalną liczbę punktów w praktycznie jedynym ocenianym (za wyjątkiem ceny) kryterium pozacenowym.

II.1.1. Zaniżony kosztu kontynuacji świadczenia usług utrzymania wsparcia Systemu po zakończeniu okresu podstawowego

Alumbrados Viarios S.A. w swojej ofercie wycenił świadczenie usług utrzymania i wsparcia dla okresu 60 miesięcy (okres podstawowy) na:

- 25.225.482,00 PLN brutto dla Modułów Wdrożeniowych Rozproszonych
- 18 050 001,00 PLN brutto dla KCZR, Systemu Centralnego I CPD w Strykowie

Natomiast utrzymanie i wsparcie przez kolejne 60 miesięcy wyceniono na:

- 1.137.571,00 PLN brutto dla Modułów Wdrożeniowych Rozproszonych (suma pozycji 1-27 w formularzu 2.2.C)
- 6.756.000,00 PLN brutto dla KCZR, Systemu Centralnego I CPD w Strykowie

Z porównania ww. danych wynika, iż koszt utrzymania Modułów Wdrożeniowych Rozproszonych dla pierwszych 60 miesięcy świadczenia usługi utrzymania jest ponad 22 razy większy niż koszt utrzymania tych elementów określony dla kolejnych 60 m-cy. Koszt utrzymania KCZR, Systemu Centralnego I CPD w Strykowie jest prawie 3-krotnie wyższy.

Odwołujący wskazuje, że w jego ocenie zasadnym jest przyjęcie, iż Alumbrados Viarios S.A. znacznie zaniżył estymowany koszt świadczenia usług wsparcia i utrzymania Systemu po upływie okresu podstawowego.

Odwołujący zauważa, iż koszt wsparcia i utrzymania, w szczególności w zakresie Modułów Wdrożeniowych Rozproszonych (czyli urządzeń terenowych) wzrasta wraz z czasem eksploatacji tych elementów. Urządzenia techniczne, z uwagi na postępujący proces ich amortyzacji, wymagają większej ilości napraw, nakładów oraz wymian podzespołów i części elementów poszczególnych Modułów.

W zestawieniu przedstawiono koszty wsparcia utrzymania i wsparcia dla okresu podstawowego oraz kolejnych 60 miesięcy zaoferowane przez wszystkich uczestników Postępowania.

W ocenie Odwołującego z zestawienia wynika, iż ceny wskazane dla kosztów utrzymania Systemu po upływie okresu podstawowego zostały znacznie zniżone przez Alumbrados Viarios S.A. Wystarczy zauważyć, iż cena określona dla wsparcia i utrzymania Modułów Wdrożeniowych Rozproszonych jest ponad 53-krotnie niższa niż cena zaoferowana przez kolejnego oferenta i prawie 95-krotnie niższa niż kwota wskazana przez Odwołującego.

Nie powinno także ujść uwadze, iż sam Zamawiający oszacował wartość zamówień po upływie okresu podstawowego na kwotę 84.632 985,50 zł (a więc ponad 10-krotnie wyższą od kwoty zaoferowanej przez Alumbrados Viarios S.A. dla usług utrzymania)

I.1.2. Oferowanie usług utrzymania poniżej kosztów ich świadczenia

Odwołujący wskazuje, iż wskazane przez Alumbrados Viarios S.A koszty utrzymania Systemu nie pozwalają na pokrycie kosztów pracy oraz innych kosztów towarzyszących świadczeniu tych usług.

SIWZ nakłada na wykonawcę rygorystyczne wymagania dotyczące SLA w zakresie zapewnienia prawidłowego funkcjonowania Systemu. Wystarczy wskazać, iż Dopuszczalny Czas Niedostępności dla szczególnych klas modułów waha się od 1340 do 3024 minut miesięcznie (jest to dopuszczalny czas w miesiącu, w którym klasa modułu nie funkcjonuje prawidłowo, chyba że takie zdarzenia wystąpiły nie z winy wykonawcy (np. siła wyższa). Wymagania SLA nakładają zatem na wykonawcę obowiązek podjęcia natychmiastowej reakcji na wszelkie awarie, tak aby zapewnić poziom utrzymania określony w SIWZ.

Dowód: tabela 12 w Opisie Przedmiotu Zamówienia

SIWZ określa także, iż poza czynnościami związanymi z usuwaniem usterek i awarii wykonawca jest zobowiązany do prowadzenia czynności serwisowych, które mogą być wykonywane tylko w godzinach od 23.00 do 5.00.

W Opisie Przedmiotu Zamówienia („OPZ”) wskazano także, że Wykonawca jest zobowiązany do niezwłocznego usunięcia przyczyny niewłaściwego funkcjonowania Modułu w terminie określonym przez odpowiednią Kategorię (pkt 9.5.6.11 OPZ).

Wymagania określone przez Zamawiającego powoduje, że wykonawca powinien posiadać zespół utrzymaniowy przez 24 h i 7 dni w tygodniu. Wskazane powyżej wymagania SLA definiują niejako (narzucają) możliwy minimalny zespół ludzi, przy pomocy którego można zrealizować zamówienie w sposób oczekiwany przez Zamawiającego. Zespół powinien liczyć minimum 9 osób, mimo, że wciąż może to się okazać liczba niewystarczająca.

Przedstawiono koszty pracy dla 9 pracowników w oparciu o płacę minimalną oraz średnie wynagrodzenie dla elektryków (GUS, 2016).

Wskazano, że koszty nie są w stanie pokryć nawet minimalnych kosztów obejmujących wynagrodzenia pracowników. Natomiast w ramach estymacji ceny powinny zostać przecież uwzględnione i inne jeszcze koszty związane z realizacją usług utrzymania, a więc w szczególności koszty: pojazdów, narzędzi, paliwa, napraw, części zapasowych bazy, pomieszczeń biurowych i magazynu, związane z tymczasową organizacją ruchu, BHP, zarządzania, finansowe, administracyjne.

Zaniżony koszt świadczenia usług dotyczy zasadniczo każdego modułu określonego w SIWZ. Z uwagi na znaczącą ilość modułów Odwołujący podaje 2 przykłady potwierdzające ten wniosek: 1. Moduł 102A: Sterowanie pasami ruchu z określonymi wymaganiami konserwacyjnymi, okresowymi przeglądami technicznymi, obejmującymi opisane czynności i okresy wykonywania. Wskazano wymaganą pracochłonność i przewidywany koszt wg własnej kalkulacji.

Kalkulacja oferty Alumbrados Viarios S.A. zakłada, że koszt wskazany przez Alumbrados Viarios S.A. pozwoli na alokację około 2-2,5 h pracy zespołu (4 - 5 rbg) w ciągu roku do

wykonania czynności wskazanych powyżej, co w porównaniu z zakresem konserwacyjnym jest niewystarczająca przy założeniu, że nie występują inne koszty niż koszt wynagrodzeń, co jest sytuacją niemożliwą. Na podstawie wiedzy i doświadczenia Odwołującego wskazany czas wyliczony z porównania oferty i kosztów pracy może okazać się czasem niewystarczającym nawet na czas dojazdu/powrotu/ dojazdu do następnej lokalizacji do lokalizacji (przynajmniej 4 razy w roku) nie mówiąc o realizacji właściwych czynności konserwacyjnych.

2. Moduł 114B: Pozyskiwanie danych ruchu pojazdów z dokładnością A2. Wymagania konserwacyjne, okresowe przeglądy techniczne, obejmujące wyspecyfikowane czynności oraz okres wykonywania.

Porównanie kosztów wskazuje, że w kalkulacji oferty Alumbrados Viarios S.A. zakłada, że koszt wskazany przez Alumbrados Viarios S.A. pozwoli na alokację około od 2 - 3h (4 - 6 roboczegodzin) pracy zespołu w ciągu roku do wykonania czynności wskazanych, powyżej, co w porównaniu z zakresem konserwacyjnym jest niewystarczająca przy założeniu, że nie występują inne koszty niż koszt wynagrodzeń, co jest sytuacją niemożliwą.

I.1.3. Złożenie oferty przez Alumbrados Viarios S.A. jako czyn nieuczciwej konkurencji - zaniżenie kosztów

Odwołujący wskazuje, iż w jego ocenie wyżej zaprezentowana analiza uzasadnia tezę, iż w części oferty zawierającej koszty kontynuacji utrzymania świadczenia utrzymania systemu przez okres 60 miesięcy po zakończeniu okresu podstawowego (Formularz 2.2.c) Alumbrados Viarios S.A. wskazał kwotę, która jest niższa niż koszty świadczenia tych usług. W związku z powyższym zachodzą podstawy dla stwierdzenia, że złożenia oferty przez Alumbrados Viarios S.A. utrudniało innym uczestnikom Postępowania dostęp do rynku, a zatem stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 UZNK.

Celem zastosowania art. 15 ust. 1 UZNK w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest ochrona wykonawców przez zapewnienie im dostępu do tego postępowania. W prawie zamówień publicznych termin „utrudnianie dostępu do rynku” jest rozumiany jako utrudnianie prowadzenia działalności gospodarczej innym przedsiębiorcom (wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2010 r., KIO/UZP 610/101. Jako utrudnianie dostępu do zamówienia publicznego należy kwalifikować takie zachowania, które naruszają mechanizm uczciwej konkurencji. Celem złożenia przez wykonawcę oferty jest w tej sytuacji samo zdobycie zamówienia publicznego i wyeliminowanie innych wykonawców z dostępu do zamówienia publicznego. Pojęcie dostępu do rynku zamówień publicznych należy rozumieć szeroko - jako swobodę wejścia na rynek, wyjścia z niego, a przede wszystkim jako możliwość oferowania na nim swoich towarów, usług lub robót budowlanych.

Alumbrados Viarios S.A. nie przedstawił jakiegokolwiek kalkulacji obejmującej mechanizm określenia ceny na poziomie drastycznie odbiegającym od ceny oferowanej od innych uczestników Postępowania. Natomiast brak wykazania obiektywnych przesłanek stosowania niskiej ceny umożliwia kwalifikację złożenia oferty z taką ceną jako czynu nieuczciwej konkurencji. Istotne znaczenie ma zatem realna, czyli rzeczywista kalkulacja ceny. Nieuczciwa metoda kalkulacji ceny oferty utrudnia bowiem innym wykonawcom dostęp do zamówienia publicznego, a tym samym stanowi podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy (wyrok KIO 1649/12. LEX nr 1216068).

Odwołujący podkreśla, iż złożenie oferty przez Alumbrados Viarios S.A., w której cena usługi została określona na poziomie niższym niż koszt jej świadczenia miało na celu eliminację innych wykonawców z Postępowania - kryterium kosztów utrzymania miało bowiem decydujący wpływ na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

I.1.4. Złożenie oferty przez Alumbrados Viarios S.A. jako czyn nieuczciwej konkurencji - działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami.

Odwołujący sygnalizuje także, iż w przypadku ustalenia, iż złożenie oferty nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji stypizowanego w art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK, złożenie oferty powinno być ocenione pod kątem ogólnej przesłanki, o której mowa w art. 3 ust 1.

W postępowaniu należy bowiem zatem ustalić, czy nastąpiło wystąpienie tzw. deliktu nazwanego (art. 5-17 UZNK) albo stwierdzić wystąpienie uniwersalnej postaci czynu nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1 UZNK). W wyroku z 20 marca 2013 r. (KIO 517/13) KIO stwierdziła, że ziszczenie przesłanek zawartych w art. 3 ust. 1 UZNK stanowi wystarczające uzasadnienie odrzucenia oferty, gdyż przepis ten może być samodzielną podstawą do określenia czynu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Odwołującego złożenie oferty zawierającej cenę usługi nieosiągającej poziomu kosztów jej świadczenia może być zakwalifikowane jako działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, naruszające interes Odwołującego. Złożenie oferty, w której jeden z jej elementów został określony na poziomie rażąco niskim niewątpliwie stanowi wypaczenie mechanizmu rywalizacji na warunkach konkurencyjnych, a zatem jest niezgodne z wartościami obowiązującymi przedsiębiorców w działalności gospodarczej. W konsekwencji naruszenia tych zasad nastąpiło pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia w ramach Postępowania.

Odwołujący wskazuje, iż działanie wykonawcy - profesjonalisty obowiązującego do należytego działania - polegające na przyjęciu wartości dla poszczególnych zadań, z pominięciem realności ponoszonych kosztów stanowi działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami (wyrok KIO z dnia 12 marca 2015 r. KIO 2553/15).

1.2. Zarzut uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Alumbrados Viarios.

Odwołujący wskazuje, iż Alumbrados Viarios S.A. w swoim zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa powołał się na dyspozycję przepisu nieobowiązującego - art. 11 ust. 4 UZNK. W myśl art. 11 ust. 2 UZNK przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Zamawiający utajnił otrzymane od Alumbrados Viarios S.A. informacje w zakresie szczegółów kalkulacji zaoferowanej ceny. W ocenie Odwołującego uznanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa było nieuzasadnione.

Odwołujący wskazuje, iż sposób kalkulacji ceny nie powinien zostać objęty zakresem tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż Alumbrados Viarios S.A. nie wykazał, iżby zastrzeżone informacje stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego ceny jednostkowe konkretnych usług nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, jeżeli ceny te zostają wskazane w treści oferty w postaci globalnej. Dodatkowo wyjaśnienie dotyczące ceny oraz elementów mających wpływ na jej wysokość, jako kluczowe z punktu widzenia wyboru oferty, powinny być jawne dla wszystkich uczestników każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Alumbrados Viarios S.A. nie wykazał, iż podjął wobec tych informacji działania w zakresie zachowania poufności. Mimo powołania się na fakt odebranie od osób, którym udostępniono informacje, zobowiązań do zachowania poufności tych informacji, nie zostały przedstawione chociażby przykładowe dokumenty, których przedmiot dotyczyłby sposobu kalkulacji ceny.

Alumbrados Viarios S.A. nie wykazał, iżby zastrzegał informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny w innych postępowaniach o udzielenie zamówienie publicznego. Nie ma zatem podstawy, aby uznać, że taka ocena zamawiających jest utrwalona.

Odwołujący wskazuje, iż aby spełnić przesłankę „wykazania”, o której mowa w art. 8 ust. 3 PZP, wykonawca powinien wykazać, że zastrzeżone przez niego informacje spełniają wszystkie przesłanki określone w art. 11 ust. 2 UZNK. Same ogólnikowe twierdzenia wykonawców nie wystarczą do tego, by uznać, że dana informacja stanowiła i stanowi wciąż tajemnicę przedsiębiorstwa. Dla wykazania zasadności zastrzeżenia nie wystarczy samo złożenie dokumentu, z którego wynikać będzie, że określony podmiot zastrzegł informacje jako poufne. W takim przypadku zamawiający nie ma obowiązku zachowania poufności

wskazanych w ofercie zastrzeżonych informacji (wyroki KIO 306/15, KIO 279/15). Bez wątplenia sformułowanie „wykazał” ma silniejszy walor informacyjny co do zgodności przedstawianej informacji z rzeczywistością niż wskazanie prawdopodobieństwa wystąpienia określonej okoliczności. Pojęcie „wykazał” nie jest tożsame z „udowodnił”, jednak jest bliższe temu ostatniemu niż pojęcie „uprawdopodobnił” (wyrok KIO 2267/17).

W ocenie Odwołującego Alumbrados Viarios S.A. nie spełnił przesłanek zastrzeżenia informacji dotyczącej określenia sposobu kalkulacji ceny, gdyż nie wykazał, iż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zatem informacje te powinny zostać udostępnione wszystkim uczestnikom postępowania. Zastosowanie art. 8 ust. 3 PZP było w tym przypadku całkowicie nieuzasadnione.

I.3. Zarzut zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia Wykonawcy Alumbrados Viarios S.A, z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie referencji przedstawionych w wykazie usług

1.3.1. Usługa nr 4 - pkt 7.2 pkt 3) lit. a pkt 4 SIWZ

Zgodnie z postanowieniami SIWZ Zamawiający odnośnie warunku z pkt 7.2 pkt 3) lit. a pkt 4 wymagał w ramach jednego zamówienia wykonania dokumentacji projektowej, na podstawie której zostały wykonane roboty budowlane polegające na budowie kanałów technologicznych i sieci światłowodowych w obszarze o niejednorodnej strukturze własnościowej (w tym co najmniej jeden właściciel publiczny) w infrastrukturze liniowej z minimum 15 punktami węzłowymi o łącznej długości kanałów minimum 10 km i sieci światłowodowej min. 10 km.

Wykonawca w wykazie usług załączonym do oferty opisując przedmiot zamówienia potwierdził spełnienie tego warunku. Na potwierdzenie załączył referencje, z których jednak powyższa okoliczność nie wynika. Nie było to również przedmiotem wyjaśnień w toku badania ofert przez Zamawiającego. Fakt niewykazania przez Wykonawcę Alumbrados Viarios S.A., iż spełnia warunek odnośnie niejednorodnej struktury własnościowej w zakresie referencji załączonych na potwierdzenie tego twierdzenia świadczy o nieprawidłowości załączonych do oferty referencji i niespełnienia warunków stawianych przez Wykonawcę.

Ponadto, ze SIWZ wynika, iż co najmniej jeden właściciel ma być właścicielem publicznym. Pomimo, iż znaczna część opisu w wykazie usług Wykonawcy Alumbrados Viarios S.A. powiela postanowienia specyfikacji odnośnie usługi, to Wykonawca nie zawarł w wykazie (w kolumnie Przedmiot- opis zamówienia) informacji, jakby usługa przez niego wykonywana spełniała ten warunek. Referencje załączone na potwierdzenie prawidłowego wykonania tej usługi również nie zawierają stwierdzenia, jakoby zakres zamówienia wykonywanego przez Wykonawcę pokrywał ten warunek. Należy zatem stwierdzić, iż Zamawiający zaniechał wezwania Wykonawcy Alumbrados Viarios S.A. do wyjaśnienia tej kwestii, a co za tym idzie

stwierdzić należy, że wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu i z tego powodu powinien zostać wykluczony z postępowania.

Pomimo, iż przedłożone referencje są dość obszerne, to nie został w nich wskazany opisany powyżej zakres wykonywania usługi, tzn. na jakich płaszczyznach była ona wykonywana.

Jednocześnie w ocenie odwołującego, na tym etapie brak jest możliwości uzupełniania referencji jako dołączenia nowego dokumentu na potwierdzenie spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Przepisy PZP dopuszczają jedynie wyjaśnienie treści załączonych dokumentów, bez możliwości ich modyfikacji lub poszerzania ich zakresu.

Dowód: Referencje do usługi nr 4, Wykaz usług.

1.3.2. Usługa nr 1 - 7.2 pkt 3 lit. a pkt 1 SIWZ

Zgodnie z punktem 7.2 punkt 3) lit. a pkt 1) SIWZ wykonawca powinien się wykazać zrealizowaniem jednego zamówienia polegającego na zaprojektowaniu i wdrożeniu systemu zarządzania lub sterowania ruchem drogowym, o wartości nie mniejszej niż 18 mln PLN brutto, obejmującego łącznie wszystkie niżej wymienione elementy: (...)

W zakresie usługi nr 1 z wykazu załączonego przez Wykonawcę Alumbrados Viarios S.A. do oferty, a dotyczącej pkt 7.2 pkt 3) lit. a pkt 4 SIWZ, Alumbrados Viarios S.A. posługuje się odnośnie tej usługi tymi samymi referencjami co w przypadku usługi nr 4. Podkreślenia wymaga, iż w referencjach mowa jest o etapie 1 i 2 kontraktu.

Z informacji powziętych przez Odwołującego z innego postępowania wynika, iż w zakresie tego postępowania Wykonawca posługiwał się referencjami dotyczącymi postępowania o tej samej nazwie, jednak dotyczących tylko etapu nr 1. Wynika z tego, iż zamówienie, i którego zrealizowanie Wykonawca Alumbrados Viarios S.A. wykazuje w wykazie usług jako usługę nr 1 na podstawie załączonych referencji, były w istocie dwoma odrębnymi zamówieniami. Zamawiający natomiast w SIWZ wyraźnie wskazuje, iż spełnienie tego warunku może się odbyć jedynie poprzez wskazanie jednego zamówienia obejmującego szerszy zakres, a nie dwóch czy więcej.

Odwołujący dopatruje się w tej sytuacji legitymowania się przez Alumbrados Viarios S.A. referencjami, które dotyczą kilku zamówień, co było niedopuszczalne na podstawie przywołanego punktu SIWZ. Zestawiając ze sobą referencje załączone przez Wykonawcę Alumbrados Viarios S.A. do oferty w tym Postępowaniu oraz w postępowaniu na ITS w Tychach zauważyć można, że tylko łącząc dwa zamówienia, Wykonawca spełniałby warunek udziału w niniejszym postępowaniu, a przy założeniu, że były to dwa oddzielne zamówienia nie spełnia on tego warunku w ogóle.

Dodatkowo, wskazać należy, że w ramach tego warunku udziału w postępowaniu każdy z wykonawców musiał się wykazać doświadczeniem w wykonaniu systemu pomiaru ruchu z instalacją co najmniej 10 punktów detekcji określającej stan i parametry ruchu.

W referencji przedstawionej łącznie na etap 1 i 2 jest wpisane 13 paneli informacji o ruchu drogowych (chodzi o znaki zmiennej treści). W referencji tylko na etap 1 jest wskazanych 7 paneli informacyjnych, a to oznacza, że wymóg stawiany przez Zamawiającego nie został przez Alumbrados Viarios S.A. spełniony.

Dowód: referencje do usługi nr 1, załączone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, nazwa zadania: Inteligentny System Zarządzania i sterowania Ruchem w Tychach, ogłoszonego w DUUE w dniu 18.08.2018 r., pod numerem 2018/S158-361629.

I.3.3. Usługa nr 2 - pkt 7.2 pkt 3) lit. a pkt 2 SIWZ

Odnosnie usługi nr 2, w zakresie której Zamawiający wymagał, aby Wykonawca w ramach jednego zamówienia wdrożył i uruchomił zintegrowane rozwiązanie informatyczne o wartości rozwiązania nie mniejszej niż 2 mln PLN brutto, składające się z co najmniej pięciu różnych systemów informatycznych i funkcjonujące w co najmniej dwóch niezależnych ośrodkach przetwarzania danych zlokalizowanych w dwóch różnych miejscach. Rozwiązanie musiało funkcjonować przez okres co najmniej 12 miesięcy po wdrożeniu.

Odwołujący również dopatruje się niespełnienia przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Na potwierdzenie w załączeniu do niniejszego odwołania przekazuje dokumentację z postępowania dotyczącego „Udzielenie zamówienia z sektora publicznego Autonomiczna Wspólnota Katalonii - Ogłoszenie Servicio Catalan de Trafico o zamówieniu na Obsługę Techniczną i eksploatację centrum informacji drogowej Katalonii oraz obsługę techniczną i naprawę instalacji regulacji i kontroli ruchu Katalonii”.

Alumbrados Viarios S.A w wykazie usług posługuje się opisem wykonania usług, które zgodnie z załączonymi dokumentami wykonywane były w ramach etapu 1, którego to etapu Alumbrados Viarios S.A nie wykonywała. Części wykonywane przez Alumbrados Viarios S.A dotyczyły jedynie utrzymania infrastruktury, a nie wdrożenia i uruchomienia zintegrowanego systemu zarządzania ruchem jak wymagał Zamawiający. Ta część zamówienia została powierzona innemu Wykonawcy.

Podsumowując zamówienie, którego dotyczy załączona dokumentacja dotyczyło zasadniczo trzech etapów, z których Wykonawcy Alumbrados Viarios S.A nie zostało powierzone wykonanie etapu, w którym realizowane były usługi, których wykonaniem legitymuje się w wykazie usług Alumbrados Viarios S.A.

Dowód: referencje do usługi nr 2, dokumentacja przetargowa.

I.3.4 Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 PZP

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 PZP wykluczeniu podlega wykonawca, który

(i) w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów oraz który

(ii) w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na oczywistą niezgodność z prawdą, oświadczeń złożonych przez Wykonawcę w treści wykazu usług oraz mających je potwierdzać referencji - co zostało wykazane powyżej. Biorąc pod uwagę, że Wykonawca jest profesjonalistą, ciężko uznać, iż nie działał w zamierzeniu wprowadzenia Zamawiającego w błąd, a nawet jeśli nie było to działanie zamierzone, to z całą pewnością stanowi o rażącym niedbalstwie Wykonawcy.

Jednocześnie, przedstawianie oświadczeń w sposób tak oczywisty nieprawdziwych, miało ostatecznie istotny wpływ na decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej przez Zamawiającego.

Zamawiający, jako gospodarz Postępowania i profesjonalny podmiot, powinien to wprowadzenie w błąd zauważyć i wykluczyć Wykonawcę z Postępowania. Nie sposób bowiem znaleźć wytłumaczenia, dla przedkładania dokumentów wprost sprzecznych z wymogami SIWZ i w jakikolwiek sposób tłumaczyć składanie oświadczeń, w sposób oczywiście fałszywy. W tym przypadku to nie jest bowiem kwestia błędu, niewypełnienia jakiejś wymaganej części, kiedy to można byłoby rozważyć wzywaniem Wykonawcy do wyjaśnień lub uzupełnień, ale mamy do czynienia ze składaniem oświadczeń, które celowo mają stwarzać wrażenie, spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w Postępowaniu. Właśnie takim patologicznym sytuacjom miały zapobiec nowe przesłanki wykluczenia, dotyczące wprowadzania zamawiających w błąd.

Odwołujący pragnie podkreślić, że wykluczenie, z uwagi na wprowadzanie w błąd (bez względu na to, czy wynika to z lekkomyślności czy rażącego niedbalstwa) jest ochroną, z której Zamawiający musi w takich sytuacjach korzystać. Zwłaszcza przy procedurze odwróconej. Należy bowiem pamiętać, że służy ona przyspieszeniu postępowania, a nie umożliwianiu udziału w Postępowaniu wykonawcom, którzy w terminie składania ofert nie spełniają warunków udziału w postępowaniu i podlegają wykluczeniu.

Odwołujący jest przekonany, że nie było celem ani prawodawcy unijnego, ani ustawodawcy polskiego, umożliwianie podmiotom nierzetelnym, niespełniającym wymogów umożliwiających w dniu składania ofert, ubiegania się o zamówienie i takim, które próbują w niewłaściwy sposób korzystać z zagwarantowanych uproszczeń, zwiększanie dostępu do rynku zamówień.

I.4. Niewykluczenie z Postępowania Wykonawcy z powodu niezbadania przez Zamawiającego czy udział Alumbrados nie doprowadzi do zakłócenia konkurencji

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 19 PZP, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się Wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.

W toku postępowania Zamawiający wezwał Alumbrados Viarios S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazanego w wykazie osób Pana S. Z., który jako Podwykonawca Doradcy Technicznego Zamawiającego uczestniczył w przygotowaniu części opisu przedmiotu zamówienia, a który zgodnie z ustaleniami jakie poczynił Zamawiający w toku badania i oceny dokumentów dołączonych przez Alumbrados Viarios S.A, został przez niego wskazany w wykazie osób jako Architekt integracji systemów informatycznych.

W odpowiedzi na wezwanie, Wykonawca Alumbrados Viarios S.A wyjaśnił, że z Panem S. Z. łączy go przedwstępna umowa zlecenia, która była zawarta przed dniem składania ofert oraz, że ich kontakty obejmowały jedynie czynności zmierzające do zawarcia tej umowy. Zamawiający poprzestał na tych wyjaśnieniach.

Biorąc pod uwagę treść art. 24 ust. 10 PZP, „w przypadkach, o których mowa w ust 1 pkt 19, przed wykluczeniem wykonawcy, zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Zamawiający wskazuje w protokole sposób zapewnienia konkurencji”: Brzmienie przepisu wyraźnie wskazuje na udowodnienie, które zdaniem odwołującego nie może opierać się jedynie na złożeniu wyjaśnień przez Wykonawcę, bowiem twierdzenia zmierzające do udowodnienia danej kwestii powinny być oparte na potwierdzających je dowodach-dokumentach. Na gruncie niniejszego postępowania natomiast Wykonawca nie dołączył żadnych dokumentów na potwierdzenie tej okoliczności. Takimi dokumentami z pewnością mogą być umowa z Panem S. Z., jak również umowa lub umowy, które łączą Pana Sz. Z. z doradcą technicznym w zakresie klauzul poufności, na które powołuje się w swoich wyjaśnieniach Alumbrados Viarios S.A.

Załączniki do odwołania to: informacja z dnia 13 sierpnia 2019 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej; formularz cenowy nr 1; formularz 2.2. C.; protokół Postępowania s. 2; tabela 12 w Opisie Przedmiotu Zamówienia; Referencje do usługi nr 4, Wykaz usług; Referencje do usługi nr 1; referencje załączone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, nazwa zadania: Inteligentny System Zarządzania i sterowania Ruchem w Tychach, ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18.08.2018 r., pod numerem 2018/S 158-361629; referencje do usługi nr 2; wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 5 sierpnia 2019 r.; odpowiedź na wezwanie z dnia 12 sierpnia 2019 r.; dokumentacja przetargowa z postępowania „ Udzielenie zamówienia z sektora publicznego Autonomiczna Wspólnota Katalonii - Ogłoszenie Servico Catalan de,Trafico o zamówieniu na Obsługę Techniczną i eksploatację centrum informacji drogowej Katalonii oraz obsługę techniczną i naprawę instalacji regulacji i kontroli ruchu Katalonii", Referencje załączone do oferty Alumbrados Viarios S.A.; Zawiadomienie o wyborze.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpienie zgłosił wykonawca WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach. Wniósł o uwzględnienie odwołania. Podkreślił sztuczne obniżenie wyceny, co samo w sobie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, zatem nie jest istotne, czy obniżona wycena wpłynęła w decydujący sposób na pozycję wykonawcy w rankingu ofert. Podkreślił, że określony pakiet przewidywanych zadań musi wiązać się określonymi realnymi kosztami. Wskazał, że jako podmiot uczestniczący w konsorcjum profesjonalnych wykonawców posiada wieloletnie doświadczenie w branży i realizuje kontrakty na terenie całego kraju.

Stwierdził, że zakres usług serwisowych w okresie 1-5 roku życia systemu oraz 6-10 życia systemu jest tożsamy. W jego ocenie powszechną wiedzą jest, że koszty związane z usługą utrzymania/wsparcia urządzeń zamontowanych w terenie jak i systemów z każdym kolejnym rokiem są wyższe. Każdy kolejny rok pracy urządzeń zamontowanych w terenie powoduje stopniowe zużycie się zamontowanych elementów. Niekorzystnie warunki atmosferyczne (deszcz, wiatr, słońce, wysokie ujemne/dodatnie temperatury) dodatkowo wpływają na postarzanie sprzętu. Niemożliwym i biznesowo nieuzasadnionym jest składanie oferty na serwis systemu i infrastruktury w kwocie 43.275.483 zł w okresie pierwszych 5 lat, a następnie w kwocie 7.884.643,47 zł za kolejne 5 lat. Kwota 7.884.643,47 zł stanowi jedynie 18,2% kwoty 43.275.483 zł.

Przystępujący WASKO przedstawił w ujęciu tabelarycznym ceny z oferty Alumbrados w okresie pierwszych 5 lat oraz kolejnego życia systemu. Omówione zostały poszczególne pozycje cenotwórcze i kosztowe, a następnie opracowanie własne na podstawie tych danych, które potwierdza diametralny spadek wartości usług serwisowych pomiędzy 5 a 6

rokiem życia systemu. Wskazano na pozycje z największymi spadkami cen usług utrzymania i wsparcia w wymiarze liczbowym (wartościowym) i procentowym. Przedstawiono własną wycenę kosztów dla istotnych elementów przedmiotu zamówienia uwzględniającą pracochłonność, czasochłonność i obligatoryjne czynności do wykonania przy realizacji przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania lub jego oddalenie.

Zamawiający ocenia, że odwołujący nie ma interesu w złożeniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Powołując orzecznictwo wskazał na brak materialnej przesłanki merytorycznej oceny zarzutów, co powinno skutkować oddaleniem odwołania.

Zamawiający podkreśla, że w przypadku korzystnego rozstrzygnięcia odwołania, to oferta WASKO została by wybrana jako najkorzystniejsza, a tej odwołujący nie zaskarżył.

Wskazuje na hipotetyczną liczbę punktów wykonawców, gdzie WASKO otrzymałby 76,09, a odwołujący 72,02. Ponadto cena oferty odwołującego przekracza możliwości finansowe zamawiającego; jest ponad 100 mln zł wyższa od oferty Alumbrados.

(Zarzut 1) Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Alumbrados na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp jako czyn nieuczciwej konkurencji zamawiający wskazał:

Przedmiot zamówienia dzieli się na

- realizowany w okresie podstawowym (wdrożenie oraz utrzymanie przez 5 lat od wdrożenia systemu - łącznie 80 miesięcy) oraz
- realizowany po zakończeniu okresu podstawowego (Opcja – utrzymanie maksymalnie do 5 lat – 60 miesięcy po zakończeniu okresu podstawowego).

W ramach kryterium ceny wykonawcy mieli podać wynagrodzenie za całość świadczonej usługi w okresie podstawowym, co obejmowało też utrzymanie ale jedynie w okresie podstawowym (formularz cenowy nr 1, 2 i 3).

Jednocześnie w ramach opcji nr 3 przewidziano możliwość kontynuacji świadczenia usług wsparcia utrzymania Modułów Wdrożeniowych Rozproszonych i Systemu Centralnego przez kolejne miesiące, maksymalnie do 60 miesięcy po zakończeniu okresu podstawowego świadczenia przez wykonawcę usług wsparcia i utrzymania kryterium „Koszt utrzymania (K) waga 15%, i przewidziano odrębny formularz 2.2.c. To właśnie koszt ustalony na potrzeby kryterium stanowi przedmiot zarzutu odwołującego. Koszt ten nie stanowi ceny ofertowej.

Zamawiający wskazał, z ostrożności, że skierował do Alumbrados i odwołującego wezwanie do wyjaśnień treści oferty dnia 6 czerwca 2019 r. obejmujące wyjaśnienia ukształtowania ceny, jednakże wezwanie to było wystosowane na podstawie art. 87 ust. 1 pzp, a co istotne, w treści wezwania zamawiający nie wymagał wyjaśnień w odniesieniu do kosztu kontynuacji

utrzymania systemu przez okres 60 miesięcy po zakończeniu okresu podstawowego (Opcja 3), a jedynie elementów dotyczących kryterium ceny.

Zamawiający wskazuje, że niezależnie od istnienia (czemu zamawiający zaprzecza) lub nie, podstaw do odrzucenia oferty Alumbrados, domaganie się odrzucenia oferty Alumbrados jest przedwczesne. Wykonawcy nie byli wzywani do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp. Oferty nie budziły wątpliwości zamawiającego w zakresie realności zaoferowanych cen lub kosztów. Nie zachodził też przypadek z art. 90 ust. 1a pzp. Zamawiający nie miał obowiązku wezwania co do kosztu utrzymania przez okres 60 miesięcy po zakończeniu okresu podstawowego, zwłaszcza, że koszt ten jest objęty prawem opcji (może się nie ziścić) i nie stanowi ceny oferty. Zatem bezsporne jest, że Alumbrados nie był wzywany do wyjaśnień w zakresie objętym zarzutem. Zamawiający stoi na stanowisku, że wobec kosztów utrzymania wynikających z formularza 2.2.c. nie zachodzi taka potrzeba jednakże z ostrożności wskazuje, że nie jest możliwe uczynienie zadość żądaniu odwołującego i odrzucenie oferty przed ewentualnym obowiązkowym wezwaniem do wyjaśnień.

Zamawiający podkreśla, że koszt ten nie jest elementem ceny oferty i stanowi opcję w rozumieniu art. 34 ust. 5 pzp.

Stwierdza, że nie zidentyfikował czynu nieuczciwej konkurencji, a formularz 2.2.c. i koszty w nim ujęte dotyczą opcji, a nie elementów zamówienia. Zaskarżone koszty nie stanowią ceny ofertowej, a zamawiający nie będzie miał obowiązku zlecić usługi na kolejne 12 m-cy co roku przez 5 lat. Zamawiający może zaprzestać zlecenia opcji na kolejny okres i odpowiednio zabezpieczony umową przewidującą kary umowne za niedotrzymanie wymogów SLA. Trudno mówić o utrudnianiu dostępu do rynku innym przedsiębiorcom czy naruszeniu dobrych obyczajów, gdyż decyduje cena ofertowa za okres podstawowy, a nie ta jest kwestionowana. Cena zdecydowała o pozycji w rankingu, a nie koszt opcji.

Zamawiający podkreśla, że zarzut odwołania skupia się na okoliczności, że koszt utrzymania stanowił kryterium o wadze 15%; Alumbrados otrzymała maksymalną liczbę tj. 15 pkt, a odwołujący zaledwie 0,92 pkt (WASKO 1,97), a wg odwołującego miało to rzekomo „decydujący wpływ” na wybór.

Zamawiający kwestionuje zarzut ze str. 15 odwołania, iż złożenie oferty wybranej, w której cena usługi została określona na poziomie niższym niż koszt jej świadczenia miało na celu eliminację innych – kryterium kosztów miało decydujący wpływ na dokonanie wyboru. Zamawiający podkreśla, że decydujące znaczenie odgrywa kryterium ceny (cena brutto) o wadze 50%. Nawet gdyby nie przyznać Alumbrados żadnego punktu w kryterium utrzymania, a odwołującemu lub WASKO przyznać maksymalną liczbę punktów tj. 15, to w dalszym ciągu to oferta Alumbrados pozostanie najkorzystniejszą. Wskazał symulację w tym zakresie z punktacją 65 (Alumbrados), 62,92 (Aldesa) i 60,2 (WASKO).

Pokazuje to dobitnie, że zarzut nie ma podstaw. Różnica w cenie (która nie jest kwestionowana) oraz podobny termin realizacji i nieinwazyjnych rozwiązań technicznych przez Alumbrados i odwołującego (także nie kwestionowane) powoduje, że kryterium kosztu nie ma żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia.

Zatem zaoferowanie kosztu na kwestionowanym poziomie w żaden sposób nie wpłynęło na „eliminację innych przedsiębiorców”, „utrudnienie im dostępu do rynku” i nie miało żadnego wpływu nawet na potencjalne naruszenie ich interesu.

Zamawiający zauważa także, że koszt utrzymania oferowany przez odwołującego (128.465,87 zł) jest ponad dwukrotnie wyższy od kosztu WASKO (60.094.110,04 zł), co pokazuje na możliwe znaczne różnice.

Różnice te nie stanowią dowodu na utrudnianie dostępu do rynku, lecz wskazują inną strategię realizacji zamówień, know-how, różne sposoby szacowania kosztów.

Zamawiający neguje argumentację odwołującego co do nierealności wskazanego przez Alumbrados kosztu. Odwołujący wskazał jedynie to, że on sam nie byłby zdolny do realizacji usługi utrzymania przy kosztach ustalonych na poziomie z oferty Alumbrados. Przepuszczenia i spekulacje nie poparte zostały żadnymi dowodami.

Obliczenia odwołującego wg własnych metod kalkulacji nie muszą być właściwe dla innych wykonawców. M. in. wskazano na potrzebę zespołu min. 9 ludzi powołując się doświadczenie własne i partnerów (por. s. 12 i 13 odwołania).

Zamawiający zauważa, że duże przedsiębiorstwa realizujące wiele projektów równocześnie mają stałe zespoły osób do współpracy. Realny koszt pracy rozkłada się na kilka projektów, co może obniżyć koszt przeliczeniu na jeden projekt.

Wskazał na formułę „zaprojektuj i wybuduj” i kryterium pozacenowe kosztu utrzymania po okresie podstawowym, dał możliwość szerokiej innowacji technologicznej i organizacyjnej.

Powołał treść wyjaśnień Alumbrados z 27 czerwca 2019 r. dot. kalkulacji ceny, a nie elementu spornego / wyjaśnienia zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, podobnie jak analogiczne wyjaśnienia odwołującego dotyczące ceny, a nie kosztu utrzymania z formularza 2.2.c.

(Zarzut 2) – dot. zaniechania odtajnienia wyjaśnień jako naruszenia art. 8 ust. 3 pzp.

Zamawiający stwierdza, że wykonawca prawidłowo uzasadnił objęcie wyjaśnień z 27.06.2019 r. tajemnicą przedsiębiorstwa. Wskazał, że przepis art. 11 ust. 2 uznk po zmianie, który nie budzi wątpliwości i zawiera definicję tajemnicy bez istotnych zmian elementów kluczowych.

Zauważa, że odwołujący zastrzega dokładnie takie same informacje, których odtajnienia żąda wobec Alumbrados.

(Zarzut 3) Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału.

Zauważa, że żądanie jest przedwczesne, a wykonawca wykazał spełnienie warunków.

- Ocenia, że przedstawiona usługa nr 4 z wykazu – pkt 7.2.3 a) pkt 4 siwz i referencje są prawidłowe przez wskazanie usługi dla Urzędu Miejskiego w Managui. W treści potwierdzono należyte wykonanie i ukończenie realizacji.

W ocenie zamawiającego, z całokształtu dokumentów (wykaz i referencje) wynika spełnienie warunku. Potwierdzono niejednorodną strukturę własnościową, w tym podmiot publiczny.

- usługa nr 1 z wykazu – pkt 7.2.3a pkt 1

W odwołaniu nie kwestionuje się tego, że usługa ww potwierdza spełnienie warunku.

Wystawca potwierdził wykonanie usługi, a fakt realizacji w dwóch etapach nie ma znaczenia.

Zamawiający poddaje w wątpliwość dokument przedstawiony przez odwołującego dotyczący I etapu i wystawiony w listopadzie 2016. Referencje z grudnia 2018 r. złożone przez Alumbrados są poprawne. Stwierdził, że nie ma podstaw do uznania, iż wykonawca nie zrealizował zadań opisanych w referencjach z dnia 8 grudnia 2018 r. jako dotyczących całości zadania obejmującego dwa etapy, z których tylko pierwszy opisany jest w dokumencie z 2016 r. przedstawionym przez odwołującego.

- usługa nr 2 z wykazu 7.2.3a pkt 2 siwz dot. wymogu, w ramach jednego zamówienia, wdrożenia i uruchomienia zintegrowanego rozwiązania informatycznego, składającego się z co najmniej pięciu różnych systemów informatycznych i funkcjonującego w co najmniej dwóch niezależnych ośrodkach przetwarzania danych zlokalizowanych w dwóch różnych miejscach i funkcjonowania tego rozwiązania przez okres co najmniej 12 miesięcy po wdrożeniu.

Zamawiający oceniał wykaz oraz referencje datowane na 29 kwietnia 2019 r. Wykaz i referencje potwierdzają spełnienie warunku. W treści referencji jest mowa o „usługach konserwacji i eksploatacji” oraz o tym, że umowa obejmowała również „zaprojektowanie, wdrożenie, uruchomienie i integracje rozwiązania informatycznego składającego się z 6 różnych systemów”. Powołując treść wskazanego dokumentu zamawiający podkreśla, że treść referencji jest jasna, a odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że treść referencji jest nieprawdziwa, a przynajmniej w części jej prawdziwość potwierdził treścią złożonego ogłoszenia o udzielenia zamówienia.

Nie ma podstaw kwestionować prawdziwości dokumentów potwierdzających spełnienie warunku.

(Zarzut 4) Zamawiający wskazał, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 pzp łączy się ściśle zarzutem nr 3, bowiem odwołujący uznał za nieprawdziwe informacje przedstawione w wykazie usług i referencjach, natomiast ocena zamawiającego jest odmienna.

(Zarzut 5) W ocenie zamawiającego zarzut naruszenia art. 24 ust.1 pkt 19 pzp należy oceniać w korespondencji z art. 24 ust. 10 ustawy pzp. Z ostrożności zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienie dotyczące działalności pana S. Z. (pismo z 5.08.2019 r.) związanej z postępowaniem. Otrzymane wyjaśnienie z 12.08.2019 r. uznał za właściwy dowód w sprawie, że nie zachodzą przesłanki wykluczenia na ww podstawie, w szczególności wobec faktu, że nie nastąpiło zakłócenie konkurencji, a p. Z. uczestniczył w sporządzeniu OPZ znacznie wcześniej tj. przed 17 października 2018 r., a od tego czasu całość dokumentacji jest znana wszystkim zainteresowanym przez publikację siwz z załącznikami.

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Alumbrados Viarios Sociedad Anonima S.A. Oddział w Polsce z siedzibą ul. Galicyjska 22, 32-087 Zielonki wnosząc o oddalenie odwołania.

W toku posiedzenia i rozprawy strony i uczestnicy przedstawili stanowiska.

Odwołujący podkreślił swój interes w zakresie art. 179 ust. 1 a, w szczególności z uwagi na art. 24 aa ustawy pzp, zastosowany w tym postępowaniu.

Podkreślił zarzut naruszenia uczciwej konkurencji, w tym argumenty oparte na treści formularza 2.2.C z oferty Alumbrados.

Nie podnosząc zarzutu rażąco niskiej ceny podkreślił rażące zaniżenie pozycji kosztów utrzymania w stosunku do innych wykonawców. Wskazał na przedstawione w uzasadnieniu kalkulacje i porównania szczególnie składników w ofertach. Podkreślił własne doświadczenie w branży na poparcie zasadności dokonanych wyliczeń. Zauważył, że zamawiający pomimo zaistnienia przesłanek nie żądał wyjaśnień dot. wyżej wymienionego formularza. Podkreślił naturalny wzrost kosztów używania urządzeń z upływem lat, co tym bardziej wskazuje na niedoszacowanie kosztów w odniesieniu do świadczenia usługi po okresie podstawowym. Zauważył, że pomimo prowadzenia procedury wyjaśnień Alumbrados nie przedstawił dowodów prawdziwości kalkulacji, ani zasadności zastrzeżenia tajemnicy informacji. Podtrzymał zarzuty dot. niespełnienia warunków podmiotowych, w tym co do prac referencyjnych, wykonanych na rzecz Managui przy braku dowodów o niejednolitej strukturze własnościowej i o jednym zamówieniu, a w jego ramach wymaganej liczby paneli informacji o ruchu. Złożył, wg własnego oświadczenia, fragment treści OPZ w tłumaczeniu z instytucji zamawiającej, tj. Katalonii Południowej, dotyczący usługi nr 2 z wykazu. Wskazał na treść, z której wynika brak uruchomienia i wdrożenia zintegrowanego systemu rozwiązania informatycznego. Stwierdził, że usługi te dotyczyły utrzymania i konserwacji.

Wskazał na ciężar dowodu z art. 24 ustęp 1 pkt. 10 i brak takich dowodów, co do powiązań pana Z.

z firmą Alumbrados. Zanegował wiarygodność sposobu planowania przez Alumbrados prac i kosztów, w tym co do dwóch pracowników planowanych do wykonywania zadań i potwierdził realność własnej przedstawionej kalkulacji. Podkreślił brak informacji o sposobie ustalenia kosztów przez wykonawcę, przypomniał o rażącej rozbieżności między tymi 3 wykonawcami, zauważył brak dowodu na realizację w ramach jednego zamówienia wymaganego przedmiotu.

Zamawiający podtrzymał argumentację przedstawioną w piśmie procesowym.

Zauważył, że odwołujący przedstawiając kwestionowane koszty dokonywał własnych obliczeń w oparciu o własną wiedzę i możliwości. Różnice cen i ich składowych są znane i nie powinny być sporne wobec profesjonalizmu wykonawców. Stwierdził, że tajemnica przedsiębiorstwa była zastrzeżona przez wszystkich trzech wykonawców, a dotyczącą kalkulacji ceny uznano za uzasadnioną. Stwierdził, że w wykazie przystępującego nie wymieniono podmiotu publicznego, co stanowiło warunek udziału, lecz okoliczność ta wynikała z treści referencji. Podtrzymał twierdzenia o zasadności uznania spełnienia przez wykonawcę warunków w zakresie doświadczenia przedłożonymi dokumentami w postaci wykazu i referencji, w tym uznanie realizacji zamówienia wykonywanego w 2 etapach za wykonanie jednego zamówienia. Za potwierdzenie uznał referencję z grudnia 2018 r. Złożony przez odwołującego fragment OPZ prawdopodobnie dotyczący jednej z prac referencyjnych, natomiast zawiera w pkt. 3.1.4 opis usług referencyjnych zgodnie z wymogami, a zatem nie jest ograniczony do prac konserwatorskich.

Przystępujący Alumbrados Viarios Sociedad Anónima wskazał na ciężar dowodu po stronie odwołującego i brak takiego dowodu na poparcie zarzutów. Stwierdził, że przedstawiony własny koszt świadczenia usług nie jest dowodem, a odwołujący oszacował jedynie opcję trzecią z trzech, dotyczącą okresu utrzymania ponad okres świadczenia. Podkreślił, że wykonawcom zostawiono wybór metody określenia kosztów usługi. Wskazał na stronę 12 odwołania, gdzie podano nakład czasu pracy znacznie zawyżony. Zauważył, że czynności sprawdzające w module 102a można oszacować znacznie niżej biorąc pod uwagę, że dla wielu znaków można dokonywać czynności w systemie automatycznym centralnie. Poza tym przewiduje szereg rozwiązań organizacyjnych i technicznych ułatwiających dostęp do rozwiązań drogowych. Podniósł przeszacowanie przez odwołującego kosztów utrzymania, a w tym znaczące zaniżenie kosztów pracy, które powinny być przy takich usługach przeważające. W spornym zakresie zakwestionował wyliczenia WASKO i odwołującego, jako

odbiegające od rzeczywistych i wygórowane. Nie wykluczył przy tym współpracy z innymi wykonawcami wykonującymi określone czynności na obszarze realizacji tego zamówienia. Przypomniał, że w opcji trzeciej przewiduje się ewentualną waloryzację wynagrodzeń. Wskazał na mechanizm z SIWZ regulacyjny co do ceny w realizacji ceny utrzymania w okresie podstawowym w stosunku do całości bez opcji 3. W zakresie zarzutu czynu nieuczciwej konkurencja podkreślił, iż niezbędne jest wykazanie zamiaru, co nie miało miejsca zwłaszcza, że opcja 3 stanowi założenie hipotetyczne. W odniesieniu do zarzutu spełnienia warunków udziału w zakresie usługi 4 złożył oświadczenie Zamawiającego w tej sprawie dotyczące tej usługi i zauważył, że w treści formularza wykazu nie określono potrzeby wskazania struktury własnościowej, co mogło być przyczyną nie wskazania wprost tej okoliczności w wykazie. W zakresie usługi pierwszej dot. etapów wskazał na orzeczenie ESA PROJEKT – o rzeczywistym zakresie prac świadczy oświadczenie zamawiającego sformułowanego po zakończeniu tych prac.

Przystępujący WASKO S.A. poparł odwołującego i podtrzymał własne stanowisko z pisma, w którym prawidłowo przedstawił przewidywane koszty. Odnośnie stanowiska Alumbrados zauważył, że prawdopodobnie podmiot ten nie przewidział wszystkich wymaganych przez SIWZ prac. Zauważył też ogólnikową argumentację Alumbrados i brak dowodów na przedstawione metody wykonania prac za kwotę deklarowaną.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując sprawę na posiedzeniu, a następnie na rozprawie, z udziałem stron i uczestników ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności dokonano rozstrzygnięcia wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp z uwagi na wniesienie odwołania po upływie terminu określonego w ustawie. Skład orzekający ustalił, iż odwołanie wniesione w dniu 23 sierpnia 2019 r. tj. w terminie ustawowym, w postaci elektronicznej za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej Izby opatrzone zostało podpisem – Profilem Zaufanym, a zatem nie spełniającym wymogu formalnego określonego w art. 180 ust. 4 ustawy pzp. Jednak do wyżej wymienionego odwołania załączony został plik stanowiący treść odwołania, który został podpisany przez uprawnioną osobę – radcę prawnego R. M. zgodnie z wymogami formalnymi tj. kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Dowód na tę okoliczność oraz, w tym co do poprawności podpisu na odwołaniu włączono do akt postępowania odwoławczego. Tym samym ustalono, że spełniony został

wymóg z art. 180 ust. 4 ustawy pzp stanowiący, iż „Odwołanie wnosi się do Prezesa Izby w formie pisemnej w postaci papierowej albo w postaci elektronicznej, opatrzone odpowiednio własnoręcznym podpisem albo kwalifikowanym podpisem elektronicznym”.

Złożenie w dniu 29 sierpnia pozostałych dokumentów stanowiących załączniki do odwołania w formie wymaganej, w terminie wyznaczonym, uznać należy w tym stanie za dopuszczalne uzupełnienie braków formalnych, nie mające znaczenia przy ocenie zachowania terminu wniesienia odwołania.

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia. Odmienna ocena zamawiającego wskazująca, że w przypadku korzystnego rozstrzygnięcia odwołania, to nie oferta odwołującego lecz oferta przystępującego WASKO S.A. zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, nie jest zasadna. Zamawiający słusznie zauważył, że wskazanie liczby punktów, jakie otrzymaliby wykonawcy w razie korzystnego dla odwołującego rozstrzygnięcia, jest wyliczeniem jedynie hipotetycznym, zatem przyszłym i nieznanym. Za spełnianiem przesłanki materialnoprawnej z art. 179 ust. 1 ustawy pzp przemawia przede wszystkim fakt, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w procedurze przewidzianej w art. 24aa ustawy pzp, z której wynika, że na moment wyboru oferty najkorzystniejszej nie jest ostatecznie oceniony i rozstrzygnięty status pozostałych, poza wybranym wykonawcą, podmiotów, które złożyły oferty. Każdy z nich zatem, niezależnie od pierwotnego miejsca zajmowanego w rankingu ofert, potencjalnie może, w wyniku prowadzonego postępowania przez zamawiającego, również w następstwie orzeczenia Izby, ubiegać się o udzielenie mu zamówienia.

Stosując przyjętą przez strony kolejność postawionych zarzutów, skład orzekający stwierdził, co następuje.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Alumbrados na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp jako mającego stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, należy zauważyć, że przy mającym miejsce w sprawie wielorodzajowym przedmiocie zamówienia, który dzieli się na realizowanie usług w okresie podstawowym, gdzie należy zrealizować wdrożenie oraz utrzymanie przez określony czas oraz realizowane po zakończeniu okresu podstawowego opcjonalnie utrzymanie systemu do 5 lat podniesiony został zarzut czynu nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu dostępu do rynku poprzez oferowanie

sprzedaży usług dotyczących kosztów kontynuacji utrzymania świadczenia utrzymania systemu poniżej kosztów ich świadczenia. W tym zakresie wyliczony koszt utrzymania nie był oceniany w ramach ceny, lecz kryterium pozacenowego ocenianego z wagą 15%. Przewidziano dla tego elementu odrębny formularz 2.2.c. To właśnie koszt ustalony na potrzeby przedmiotowego kryterium stanowi przedmiot zarzutu odwołującego, natomiast nie wchodzi on w skład ceny ofertowej.

Kalkulacja tego elementu nie była, w odróżnieniu od kalkulacji ceny oferty, przedmiotem postępowania wyjaśniającego; zamawiający nie wymagał wyjaśnień w odniesieniu do kosztu kontynuacji utrzymania systemu przez okres 60 miesięcy po zakończeniu okresu podstawowego (Opcja 3), a jedynie elementów dotyczących kryterium ceny.

Przypomnieć należy, że koszt ten nie jest elementem ceny oferty i stanowi opcję przewidzianą w siwz, co oznacza, że usługa ta może nie być zlecona wykonawcy na kolejne 12 m-cy co roku przez 5 lat. Wobec powyższych ustaleń, niezasadne jest stwierdzenie, że niska wysokość planowanego kosztu, a nawet znacząco niższa w porównaniu z przedstawionymi w dwóch pozostałych ofertach, świadczy o utrudnianiu dostępu do rynku innym przedsiębiorcom czy naruszeniu dobrych obyczajów. Można przy tym zauważyć, że różnice w oferowanym koszcie mają miejsce także między pozostałymi ofertami, gdzie stwierdzono ponad dwukrotnie wyższy koszt w ofercie odwołującego w stosunku do oferty przystępującego po jego stronie. To również może wskazywać na możliwą znaczną elastyczność w kalkulowaniu kosztu przyszłej usługi i fakt, że metoda wyceny dokonana przez odwołującego nie jest jedyną możliwą. Porównanie i wynik oceny oferty bezspornie świadczy, iż decydujące znaczenie miała cena ofertowa za okres podstawowy, która zresztą nie była kwestionowana. Cena, jako kryterium dominujące, zdecydowała o pozycji w rankingu, natomiast koszt opcji takiego wpływu nie miał.

Wobec ustalenia, że kryterium kosztów nie miało znaczenia i wpływu na pozycję oferty w rankingu, teza odwołania, że kryterium kosztów miało decydujący wpływ na dokonanie wyboru, jest błędna. W konsekwencji i w związku z powyższym ustaleniem, że zaoferowanie kosztu na kwestionowanym poziomie nie wpłynęło na „eliminację innych przedsiębiorców”, „utrudnienie im dostępu do rynku” i nie miało wpływu nawet na potencjalne naruszenie ich interesu, zarzut został uznany przez skład orzekający za niezasadny.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy pzp nie potwierdził się. W ocenie Izby wykonawca prawidłowo uzasadnił objęcie wyjaśnień z dnia 27 czerwca 2019 r. tajemnicą przedsiębiorstwa. Sposób kalkulacji ceny usługi, której wynik może prowadzić do znaczących różnic w końcowym wyniku, niewątpliwie może być uznany za informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Stwierdzenie niniejsze jest przy tym niesporne także dla

wykonawców, w tym odwołującego, który składając wyjaśnienia zamawiającemu zastrzegł je jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Powołanie w uzasadnieniu zastrzeżenia definicji tajemnicy przedsiębiorstwa jako zawartej w innej jednostce redakcyjnej ustawy pozostaje bez wpływu na merytoryczną zawartość zastrzeżenia. Przedmiot wyjaśnień był analogiczny, a wg stwierdzenie zamawiającego obejmował „dokładnie takie same informacje, których odtajnienia żąda wobec Alumbrados”.

Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy z uwagi na niewykazanie przez niego spełnienia warunków udziału podlega oddaleniu. Przystępujący wykonawca, którego zarzut dotyczy, wykazał spełnienie warunków postawionych w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przedstawiona usługa nr 4 w wykazie dotycząca wymogu opisanego w pkt 7.2.3 a) pkt 4 siwz oraz powiązane z nią referencje są prawidłowe i potwierdzają wykonanie usługi dla Urzędu Miejskiego w Managui jako zamawiającego. W treści potwierdzono należyte wykonanie i ukończenie realizacji. Z treści złożonych dokumentów tj. opisu w wykazie oraz referencji wynika spełnienie warunku. Potwierdzono niejednorodną strukturę własnościową, w tym wykazano, zgodnie z wymogiem, podmiot publiczny. Potwierdzeniem spornej okoliczności jest oświadczenie zamawiającego inwestora w tej sprawie dotyczące usługi z dnia 3 września 2019 r. złożone na rozprawie i zaliczone w poczet dowodów. Brak informacji w treści formularza co do potrzeby wskazania struktury własnościowej mógł być przyczyną nie wskazania wprost tej okoliczności w wykazie, potwierdzonej powołanej uprzednio w referencjach i potwierdzonej we wskazanym dokumencie.

Odnosnie usługi nr 1 z wykazu wskazanej na potwierdzenie spełnienia warunku z pkt 7.2.3a pkt 1 siwz należy zauważyć, że w odwołaniu nie kwestionuje się tego, że przedstawiona usługa potwierdza spełnienie warunku. Wystawca referencji potwierdził wykonanie usługi, a fakt realizacji w dwóch etapach nie ma znaczenia. Dokument przedstawiony przez odwołującego dotyczący I etapu prac, wystawiony w listopadzie 2016 nie jest kwestionowany i nie jest sprzeczny z treścią referencji z grudnia 2018 r., złożonymi przez Alumbrados. Te ostatnie są poprawne i uzasadnione jest uznanie, iż wykonawca zrealizował zadania opisane w referencjach z dnia 8 grudnia 2018 r. jako dotyczących całości zadania obejmującego dwa etapy, z których tylko pierwszy opisany jest w dokumencie z 2016 r. przedstawionym przez odwołującego.

Odnosnie usługi nr 2 z wykazu przedstawionej na potwierdzenie wymogu z pkt 7.2.3a pkt 2 siwz, a dotyczącej wymogu wykazania, w ramach jednego zamówienia, wdrożenia i

uruchomienia zintegrowanego rozwiązania informatycznego, składającego się z co najmniej pięciu różnych systemów informatycznych i funkcjonującego w co najmniej dwóch niezależnych ośrodkach przetwarzania danych zlokalizowanych w dwóch różnych miejscach i funkcjonowania tego rozwiązania przez okres co najmniej 12 miesięcy po wdrożeniu podstawą oceny jest złożony wykaz oraz referencje datowane na 29 kwietnia 2019 r. Wykaz i referencje potwierdzają spełnienie warunku. W treści referencji jest mowa o „usługach konserwacji i eksploatacji” oraz o tym, że umowa obejmowała również „zaprojektowanie, wdrożenie, uruchomienie i integracje rozwiązania informatycznego składającego się z 6 różnych systemów”. Powołując treść wskazanego dokumentu należy zauważyć, że treść referencji jest jasna, a odwołujący nie udowodnił, że treść referencji jest nieprawdziwa, a przynajmniej w części jej prawdziwość potwierdził treścią złożonego na rozprawie ogłoszenia o udzielenia przedmiotowego zamówienia.

Biorąc pod uwagę, że zarzut powyższy uznany został za niezasadny wobec braku dowodów ze strony odwołującego na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu przez przystępującego po stronie zamawiającego, zarzut kolejny tj. zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy jest bezprzedmiotowy, jako oparty na okolicznościach, które nie zostały udowodnione. Wobec potwierdzenia informacji zawartych w dokumentacji ofertowej, twierdzenie o ich wadach, nieprawdziwości lub wprowadzeniu w błąd zamawiającego, jest bezprzedmiotowe.

W ocenie składu orzekającego zarzut naruszenia art. 24 ust.1 pkt 19 ustawy pzp należy oceniać w powiązaniu z art. 24 ust. 10 ustawy pzp. Czynności wyjaśniające przeprowadzone przez zamawiającego dotyczące działalności pana S. Z. związanej z postępowaniem zakończone wyjaśnieniem z dnia 12 sierpnia 2019 r. uznać należy za właściwy dowód w sprawie, wskazujący na fakt, że nie zachodzą przesłanki wykluczenia wykonawcy na wyżej wskazanej podstawie prawnej, mając na uwadze, że nie nastąpiło zakłócenie konkurencji, a p. Z. uczestniczył w sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia przed dniem 17 października 2018 r. Od tego czasu całość dokumentacji jest dostępna i znana wszystkim zainteresowanym przez publikację siwz z załącznikami. Wobec powyższego żaden z wykonawców nie ma przewagi konkurencyjnej w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze dokonane ustalenia odwołanie zostało ocenione jako niezasadne.

W takim stanie rzeczy, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

.....

.....