

Sygn. akt: KIO 382/17

WYROK
z dnia 20 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 marca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2017 r. przez wykonawcę **SKANSKA S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** (adres do korespondencji: SKANSKA S.A. Oddział Wrocław, ul. Ks. Piotra Skargi 1, 50-082 Wrocław) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gmina Wrocław, Wrocławskie Inwestycje Spółka z o.o., ul. Ofiar Oświęcimskich 36, 50-059 Wrocław** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa trasy tramwajowej w ul. Hubskiej na odcinku od ul. Glinianej do ul. Dyrekcyjnej we Wrocławiu” – (postępowanie znak ZP/43/PN/2016)

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Balzola Polska Spółka z o.o., Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa** oraz **Construcciones y Promociones Balzola S.A. Av. Sabino Arana, 20 3, 48013 Bilbao, Hiszpania** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1 zamówienia, nakazuje wykluczenie z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Balzola Polska Spółka z o.o., Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa oraz Construcciones y Promociones Balzola S.A. Av. Sabino Arana, 20 3, 48013 Bilbao, Hiszpania w zakresie części 1 zamówienia oraz nakazuje ponowne dokonanie w zakresie ww. części zamówienia wyboru oferty najkorzystniejszej. W pozostałym zaś zakresie oddala zarzuty podniesione w odwołaniu.

2. kosztami postępowania w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych i zero groszy) obciąża Zamawiającego - Gmina Wrocław, Wrocławskie Inwestycje Spółka z o.o., ul. Ofiar Oświęcimskich 36, 50-059 Wrocław i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę SKANSKA S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,**
- 2) zasądza od zamawiającego Gmina Wrocław, Wrocławskie Inwestycje Spółka z o.o., ul. Ofiar Oświęcimskich 36, 50-059 Wrocław na rzecz wykonawcy - SKANSKA S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa kwotę w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania.**

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 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 we Wrocławiu.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 20 marca 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 382/17

Zamawiający – Gmina Wrocław, Wrocławskie Inwestycje Spółka z o.o., ul. Ofiar Oświęcimskich 36, 50-059 Wrocław prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa trasy tramwajowej w ul. Hubskiej na odcinku od ul. Glinianej do ul. Dyrekcyjnej we Wrocławiu” – (postępowanie znak ZP/43/PN/2016).

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 27.09.2016 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji UE;

W dniu 30.09.2016 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2016/S 189 - 338014.

W dniu 17.02.2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1 zamówienia.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27.02.2017 r. w formie pisemnej przez wykonawcę SKANSKA S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa wobec ww. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzucił naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania i zaniechanie uznania jego oferty za odrzuconą pomimo tego, iż Konsorcjum co najmniej w wyniku lekkomyślności przedstawiło informacje w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dot. kierownika budowy dla Części 1 wprowadzające w błąd Zamawiającego mające istotny wpływ na decyzje Zamawiającego podjęte w postępowaniu,
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 12) w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum wobec niezasadnego przyjęcia, że Konsorcjum wykazało spełnienie warunków

udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej tj. dysponowania osobą kierownika budowy z doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy;

4) naruszenie art. 89 ust.1 pkt 4) w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo tego, iż oferta Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę,

5) naruszenie art. 90 ust. 1 i 3 Ustawy Pzp przez błędne uznanie, iż wyjaśnienia Konsorcjum w zakresie elementów mających wpływ na cenę oferty zostały sporządzone w sposób rzetelny i że Konsorcjum wykazało, iż cena jego oferty nie jest ceną rażąco niską,

6) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3) w związku z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003.153.1503 j:t.) przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo tego, iż złożenie oferty przez Konsorcjum stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z uwagi na fakt, że ww. oferta zawiera usługi oferowane poniżej kosztów ich świadczenia.

Wobec naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów ustawy Pzp Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w rezultacie:

2) wykluczenie Konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i uznanie jego oferty za odrzuconą, względnie:

3) odrzucenie oferty Konsorcjum,

4) wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Uzasadnienie odwołania:

I. Złożenie przez Konsorcjum w informacji wprowadzającej w błąd Zamawiającego mający istotnym wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu przetargowym (naruszenia opisane w pkt. 111.1-3 odwołania).

Odwołujący w ramach uzasadnienia faktycznego wskazał, że w pkt 9 Warunki udziału w postępowaniu SIWZ Zamawiający wymagał aby Wykonawcy dysponowali zdolnością techniczną i zawodową (pkt. 9.2 SIWZ. Aby Zamawiający uznał Wykonawcę za spełniającego warunek dysponowania zdolnością techniczną i zawodową, Wykonawca musi spełniać następujące warunki (w przypadku wspólnego ubiegania się dwóch lub więcej

wykonawców o udzielenie niniejszego zamówienia, oceniany będzie ich łączny potencjał techniczny i zawodowy):

9.2.11 wskazać do uczestniczenia w wykonaniu niniejszego zamówienia następujące osoby wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, wykształcenia i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywania przez nich czynności oraz podać informację o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Dla Części 1:

9.2.11.1. Kierownik budowy (1 osoba o minimalnych poziomach zdolności określonych poniżej): posiadający co najmniej 5- letnie doświadczenie na stanowisku kierownika budowy, w tym podczas realizacji co najmniej 2 zadań w terenie miejskim każde polegające na budowie lub przebudowie skrzyżowania dróg lub ulic wraz z torowiskiem i trakcją oraz budową lub przebudową sieci uzbrojenia terenu: minimum 3 branże spośród następujących: sieci wodociągowej, kanalizacji deszczowej, kanalizacji sanitarnej lub ogólnospławnej, sieci elektroenergetycznej, oświetlenia drogowego, sieci telekomunikacyjnych (przy czym Wykonawca jest zobowiązany wskazać, które branże z ww. były wykonywane) (doświadczenie Wykonawca wykaże wskazując od: miesiąc, rok - do miesiąc, rok; dopuszcza się sumowanie doświadczenia z różnych okresów nienakładających się z różnych zadań) posiadający uprawnienia budowlane uprawniające do kierowania robotami bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej drogowej, o których mowa w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2016, poz. 290 ze zm.) oraz Rozporządzeniu Ministra infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. 2014 poz. 1278) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa, lub uznane przez właściwy organ, zgodnie z ustawą z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. 2016 r., poz. 65) lub zgodnie z wcześniej obowiązującymi przepisami dotyczące uznawania kwalifikacji, oraz

Ponadto Zamawiający po pkt 9.2.11.13 w Uwadze poinformował, że w przypadku ubiegania się przez Wykonawcę o część 1 i 2 niniejszego Zamówienia, Zamawiający uzna warunki o których mowa powyżej za spełnione, jeżeli Wykonawca wykaże spełnienie warunków o których mowa w pkt 9.2.11.1-9.2.11.6 powyżej.

Zamawiający wyjaśnił również, że funkcje w zakresie Części 1, o których mowa w pkt 9.2.11.1-9.2.11.6 mogą być łączone, jednak jedna osoba nie może pełnić więcej niż 2 funkcji. W pkt 9.2. lit. g SIWZ Zamawiający wyjaśnił, że w przypadku wskazania dla osób, o których mowa w pkt 9.2.11.1 oraz 9.2.11.2 lub 9.2.11.8 oraz 9.2.11.9 IDW doświadczenia (od

miesiąc-rok do miesiąc-rok) zdobytego podczas realizacji w tym samym czasie (w tym samym okresie kalendarzowym) kilku zadań. Zamawiający podczas oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu uzna doświadczenie tych osób - z okresów nakładających się, ale wyłącznie dla jednego z ww. zadań tj. w powyższym przypadku Zamawiający nie będzie wliczał kilkakrotnie tego samego okresu kalendarzowego do obliczenia lat doświadczenia.

Zgodnie z pkt 11.1. W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienie oraz potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu Wykonawcy zobowiązują się przedłożyć Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ) odrębny dla każdej Części jako aktualne na dzień składania ofert wstępne potwierdzenie, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 9 IDW oraz że nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu. W Uwadze, Zamawiający podkreślił, że Wykonawca zobowiązany jest zamieścić wszystkie informacje niezbędne w celu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 9 IDW w JEDZ w zakresie danej części zamówienia.

Przy wypełnianiu JEDZ Zamawiający wymagał podania w części IV Kryteria kwalifikacji sekcja C Zdolność techniczna i zawodowa w pkt 2 wykaz osób o których mowa w pkt 11.4.2. IDW. W wykazie osób należało podać następujące informacje:

Dla Części 1:

a) dla osoby wskazanej w pkt 9.2.11.1. IDW (kierownik budowy): imienia i nazwiska, zakresu posiadanych uprawnień oraz wskazania co najmniej 5-letniego doświadczenia na stanowisku kierownika w tym podczas realizacji co najmniej 2 zadań w terenie miejskim polegających na budowie lub przebudowie skrzyżowania dróg lub ulic wraz z torowiskiem i trakcją oraz budową lub przebudową sieci uzbrojenia terenu: minimum 3 branże spośród następujących: sieci wodociągowe, kanalizacji deszczowej, kanalizacji sanitarnej lub ogólnospławnej, sieci elektroenergetycznej, oświetlenia drogowego, sieci telekomunikacyjnych (przy czym Wykonawca jest zobowiązany wskazać, które branże z ww. były wykonywane) (doświadczenie Wykonawca wykaże wskazując od: miesiąc, rok - do miesiąc, rok; dopuszcza się sumowanie doświadczenia z różnych okresów nienakładających się z różnych zadań), oraz

Z treści JEDZ dla Części 1 Lidera Konsorcjum złożonego przez Konsorcjum wynika, że na wykazanie spełniania zdolności technicznej i zawodowej w sekcji C pkt 2, Konsorcjum wskazało jako kierownika budowy Pana K.D.. Wykazując doświadczenie Pana K.D., Konsorcjum podało, iż posiada on doświadczenie jako kierownik budowy zdobyte w ramach

zadania: „Przebudowa ulicy Marszałka Focha w Bydgoszczy na odcinku od skrzyżowania z ul. Gdańską do mostów na rzece Brdzie wraz z przebudową torowiska, sieci trakcyjnej oświetlenia ulicznego, sygnalizacji świetlnej, sieci sanitarnej" w okresie od 16.09.2008r. do 30.10.2010r.

dowód: Jednolity Europejski Dokument Zamówień Lidera Konsorcjum dotyczący Części 1 - w aktach postępowania;

Z informacji uzyskanych przez Odwołującego od zamawiającego na ww. zadaniu tj. od Zarządu Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy wynika, że realizacja ww. zadania rozpoczęła się 16.09.2008r. (data przekazania terenu budowy), a zakończyła się w dniu 30.04.2009r. (zgodnie z zapisem w dzienniku budowy). A zatem Pan K.D. mógł pełnić funkcję kierownika budowy w rozumieniu ustawy Prawo budowlane w okresie od 16.09.2008r. do 30.04.2009r., a nie jak podało Konsorcjum do dnia 30.10.2010r.

dowód: pismo z dnia 23.02.2017r. wraz z kserokopią protokołu odbioru końcowego z zadania „Przebudowa ul. Marszałka Focha na odcinku od skrzyżowania z ul. Gdańską do Mostów na rzece Brdzie"

Z powyższego protokołu odbioru robót wynika, że Pan K.D. na tym zadaniu pełnił funkcję kierownika budowy przez okres 7 miesięcy, a nie jak podało Konsorcjum przez okres 2 lat i 2 miesięcy.

Jeżeli zsumujemy okresy pełnienia funkcji kierownika budowy przez Pana K.D. na wymienionych w JEDZ zadaniach to okazuje się, że Pan K.D. jako kierownik budowy nie posiada 5-letniego doświadczenia (7 miesięcy plus 3 lata i 2 miesiące) wymaganego przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. A co za tym idzie Konsorcjum nie spełnia warunku w zakresie zdolności technicznych i zawodowych, tj. nie dysponuje osobą kierownika budowy dla Części 1 zadania z 5-letnim doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego wskazanie w JEDZ przez Konsorcjum, iż osobą posiadającą wymagane w SIWZ doświadczenie zawodowe w zakresie warunku dotyczącego kierownika budowy dla Części 1 jest Pan K.D., stanowi przedstawienie informacji wprowadzającej w błąd Zamawiającego, mającej istotny wpływ na decyzję podejmowaną przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a to na decyzję wyboru oferty najkorzystniejszej.

Dla wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy Pzp konieczne jest wystąpienie następujących przesłanek:

- 1) przedstawienie przez wykonawcę informacji wprowadzających zamawiającego w błąd,
- 2) mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia; 1
- 3) przedstawienie informacji wprowadzających zamawiającego w błąd nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy.

Konsorcjum przedstawiając informację dotyczącą doświadczenia zawodowego Pana K.D., którego w rzeczywistości on nie posiada, wprowadziło Zamawiającego w błąd, bowiem informacja ta wywołała w świadomości Zamawiającego fałszywe wyobrażenie o rzeczywistości, a mianowicie, że Konsorcjum spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Informacja ta została przekazana przez Konsorcjum w dokumencie JEDZ, a zatem wprowadzenie Zamawiającego w błąd jest wynikiem zachowania wyłącznie Konsorcjum.

Przedstawiona przez Konsorcjum informacja miała istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Informacja dotycząca posiadanego doświadczenia przez Pana K.D. pozwoliła bowiem Zamawiającemu przyjąć, że Konsorcjum spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, a tym samym informacja ta miała wpływ na podjęcie przez Zamawiającego decyzji o uznaniu oferty Konsorcjum za najkorzystniejszą i wybór tej oferty w postępowaniu.

Wprowadzenie w błąd może nastąpić nie tylko z winy umyślnej, lecz także z winy nieumyślnej, którą charakteryzuje brak zamiaru wywołania określonego stanu.

W art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy Pzp, który przytacza Odwołujący, wina nieumyślna podlega stopniowaniu pozwalającym na wyróżnienie niedbalstwa i lekkomyślności. W przypadku winy nieumyślnej efekt zostaje osiągnięty wskutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach. Przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności.

Kwestię należytej staranności wykonawców w zakresie oświadczeń, składanych wraz z ofertą w postępowaniu przetargowym niewątpliwie należy analizować mając na względzie treść art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego, znajdującego zastosowanie poprzez odesłanie zawarte w art. 14 Ustawy Pzp. W stosunku bowiem do profesjonalistów - a za takich należy uznawać

wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - miernik należytej staranności jest podwyższony w odniesieniu do ogólnego miernika staranności dłużnika, albowiem określa się go z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej przez wykonawcę działalności. Tak określona należyta staranność wymaga od wykonawcy, by składając oświadczenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego upewnił się, że to, co oświadcza, odpowiadało prawdzie.

W wyroku z dnia 12 października 2009 r. w sprawie KIO/UZP 1223/09, zachowującym częściowo aktualność w stanie prawnym odnoszącym się do niniejszej sprawy Krajowa Izba Odwoławcza orzekła między innymi, iż „z uwagi na profesjonalny charakter działalności, wykonawca składający ofertę zobowiązany jest zgodnie z art. 355 k.c. dołożyć szczególnej staranności przy sporządzaniu oświadczeń składanych wraz z ofertą, w celu uzyskania zamówienia publicznego. Natomiast z mocy art. 329k.c. i 430 k.c. w związku z art. 14 p.z.p.. odpowiada również za działania swoich pracowników, czy osób trzecich, którym powierza przygotowanie oferty'.

W ocenie Odwołującego przenosząc powyższe rozważania na analizowany w niniejszym odwołaniu stan faktyczny stwierdzić należy, że Konsorcjum nie dochowało wymaganej od niego jako profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego staranności w działaniu i na skutek niedbalstwa złożyło informację wprowadzającą w błąd Zamawiającego w zakresie dysponowania kierownikiem budowy dla Części 1 o wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniu, mimo iż złożyło oświadczenie, w części VI JEDZ, że informacje podane w JEDZ w częściach II - V są dokładne i prawidłowe oraz że zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji poważnego wprowadzenia w błąd.

Jak wskazał Odwołujący należy zauważyć, że postanowienia SIWZ w zakresie spełniania warunku zdolności technicznej i zawodowej były jasne i jednoznaczne, a zatem nie może być w tym przypadku mowy o błędnej interpretacji SIWZ przez Konsorcjum.

Zdaniem Odwołującego skoro zatem Pan K.D. na zadaniu „Przebudowa ulicy Marszałka Focha w Bydgoszczy na odcinku od skrzyżowania z ul. Gdańską do mostów na rzece Brdzie wraz z przebudową torowiska, sieci trakcyjnej oświetlenia ulicznego, sygnalizacji świetlnej, sieci sanitarnej” pełnił funkcję kierownika budowy do dnia 30.04.2009r. to nie można powiedzieć, że informacja w ofercie o spełnianiu przez Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu jest informacją prawdziwą.

W dalszej części uzasadnienia wskazano, że nie ulega wątpliwości, iż złożenie tej informacji miało bezpośredni wpływ na wynik prowadzonego postępowania, albowiem bez podania tej informacji Konsorcjum nie wykazałoby spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej tj. dysponowania osoba kierownika budowy o doświadczeniu wymaganym przez Zamawiającego, a w konsekwencji jego oferta nie mogłaby być wybrana jako najkorzystniejsza.

Zdaniem Odwołującego, wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia winni szczególnie zwrócić uwagę na to, czy wskazywane przez nich osoby przeznaczone do pełnienia funkcji kierowniczych na budowie mają doświadczenie na wskazanych realizacjach i przez jaki okres czasu funkcje te pełnili. Konsorcjum nie może zatem powoływać się na to, iż np. pracownik zapewnił go o tym, iż posiada wymagane w tym postępowaniu doświadczenie zawodowe i zdobył je na wskazanym w oświadczeniu kontrakcie, tym bardziej że w części VI JEDZ Konsorcjum oświadczyło, że podane informacje m. in. w części VI są dokładne i prawidłowe, to albo nie zweryfikowało tych informacji albo celowo podało informacje błędne.

Podsumowując powyższe rozważania Odwołujący uznał, że Konsorcjum na skutek co najmniej lekkomyślności złożyło w ofercie informację wprowadzającą Zamawiającego w błąd, co potwierdzają załączone do niniejszego odwołania dowody. Złożenie tej informacji dało Konsorcjum możliwość uczestniczenia w postępowaniu przetargowym i w konsekwencji umożliwiło wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. W niniejszej sprawie wpływ złożenia informacji wprowadzającej w błąd Zamawiającego w ofercie na wynik postępowania jest zatem oczywisty. To powoduje, iż wykonawca ten winien być wykluczony z postępowania, a jego oferta uznana za odrzuconą.

W tym miejscu Odwołujący wskazał, iż złożenie nieprawdziwych informacji w ofercie w żaden sposób nie może być sanowane poprzez wezwanie Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu na zasadzie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp. W doktrynie słusznie przyjmuje się, że podania przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w ofercie nie można uznać za "błąd" podlegający uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy. Jednolita i zachowująca aktualność w nowym stanie prawnym w tym zakresie linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej nie pozostawia wątpliwości co do tego, iż możliwość uzupełnienia dokumentów w tym trybie w przypadku złożenia nieprawdziwych informacji jest wyłączona. W konsekwencji Zamawiający ocenia wyłącznie pierwotnie złożone wraz z ofertą dokumenty (tak KIO w wyroku z dnia 26.01.2016 r. w sprawie 1/16, jak również w sprawie KIO 526/15, KIO 177/15, KIO 1370/15). Złożone

oświadczenie w zakresie doświadczenia zawodowego osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy potwierdza spełnienie przez tę osobę warunku udziału w postępowaniu, z tym zastrzeżeniem, że na skutek zawartej w tym oświadczeniu nieprawdziwej informacji. W konsekwencji nie można przyjąć, iż oświadczenie to zawiera błędy lub braki, a tylko takie sytuacje są podstawą dla zastosowania art. 26 ust.3 Ustawy Pzp. Redakcja przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy Pzp nie pozostawia wątpliwości, co do tego, iż w przypadku, gdy wykonawca złożył w ofercie informacje wprowadzające w błąd zamawiającego mające wpływ na wynik postępowania, zamawiający ma bezwzględny obowiązek wykluczyć tego wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia. Ustawa nie przewiduje żadnej możliwości sanowania nieprawdziwej informacji i nie statuuje obowiązku zamawiającego do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe do złożenia informacji niewadliwych.

Reasumując, w ocenie Odwołującego Zamawiający nie przeprowadził postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a zamówienia udzielił wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Ustawy Pzp, a zatem takiemu który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. W ocenie Odwołującego takie działanie Zamawiającego nie może się ostać i winno zostać uznane przez Izbę za naruszające przepisy Ustawy Pzp.

II. Złożenie przez Konsorcjum oferty zawierającej rażąco niską cenę. Niezasadne przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnień Konsorcjum w zakresie ceny oferty za rzetelne i udowodnione (naruszenia opisane w pkt. IV-V1 odwołania).

W zakresie drugiego zarzutu Odwołujący podniósł, że za wykonanie przedmiotu zamówienia dla Części 1 Zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe. Wykonawcy zobowiązani byli dołączyć do oferty wykaz cen ryczałtowych dla Części 1. W postępowaniu oferty na Część 1 zadania złożyło 8 Wykonawców.

Wartość zamówienia dla Części 1 powiększona o podatek VAT ustalona przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 ustawy wynosiła 54.418.997,97 zł.

Cena oferty najkorzystniejszej na Część 1 tj. Konsorcjum wyniosła 34.274.545,87 zł brutto i była o 37% niższa od wartości zamówienia dla Części 1 ustalonej przez Zamawiającego

przed wszczęciem postępowania. Zaproponowana przez Odwołującego cena była o 4% wyższa od ceny Konsorcjum.

Jak wskazał Odwołujący analiza wykazu cen ryczałtowych dla Części 1 - załącznik nr 1a do oferty Konsorcjum pozwala przyjąć (wbrew decyzji Zamawiającego o uznaniu wyjaśnień Konsorcjum w zakresie rażąco niskiej ceny za rzetelne), iż Konsorcjum zaoferowało w niektórych pozycjach tabeli ceny tak niskie, że nie da się obronić twierdzenia, że cena oferty Konsorcjum została skalkulowana w sposób prawidłowy, w oparciu o rynkowe stawki i zawiera całość kosztów wykonania przedmiotu zamówienia.

Szczególne wątpliwości co do rażąco niskiej ceny budzi, w ocenie Odwołującego, jednak cena Konsorcjum za wykonanie robót Sieć trakcyjna wymienionych w załączniku 1a - Wykazu cen ryczałtowych dla Części 1. Cena ryczałtowa za wykonanie sieci trakcyjnej (pkt 4) podana przez Konsorcjum wynosi 1.878.976,44 zł netto. Ta sama pozycja przez Odwołującego została wyceniona na kwotę 2.523.797,27 zł netto i jest o 34% wyższa od ceny Konsorcjum.

dowód: załącznik 1a - Wykazu cen ryczałtowych dla Części 1 Konsorcjum - w aktach postępowania załącznik 1a - Wykazu cen ryczałtowych dla Części 1 Skanska - w aktach postępowania

Jak wskazał Odwołujący Konsorcjum zostało wezwane do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Ze względu jednak na utajnienie złożonej informacji w zakresie rażąco niskiej ceny Odwołujący nie mógł się zapoznać z przedmiotowymi wyjaśnieniami, natomiast w ocenie odwołującego następujące okoliczności uzasadniają postawione w odwołaniu zarzuty. Zgodnie z punktami: 23.3., 23.7., 23.8., 23.16. i 23.19. SIWZ część I - IDW - opis sposobu obliczenia ceny ofert wykonawców w niniejszym postępowaniu został określony wg szczegółowych i jasnych wymagań. Zgodnie z tym zapisem:

„23.3. Cena musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia obejmującego wszystkie prace i czynności wynikające ze wzoru umowy i jakiegokolwiek dokumentu załączonego do SIWZ w każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

23.7. Wykonawca składający ofertę na Część 1 jest zobowiązany do wypełnienia wszystkich wolnych miejsc w Załączniku nr 1a do IDW - „Wykazie cen ryczałtowych”

23.8. Wartości wymienione w poszczególnych pozycjach załącznika nr 1a dla Części 1 pn. „Wykaz cen ryczałtowych” są kwotami ryczałtowymi i obejmują wszelkie koszty i wydatki poniesione celem wykonania umowy.

Ponadto Odwołujący wskazał na pkt 23.16. SIWZ, w którym Zamawiający wymaga tam, gdzie w Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ) zostało wskazane pochodzenie (marka, znak towarowy, producent, dostawca) materiałów lub normy, aprobaty, specyfikacje i systemy, o których mowa w art. 30 ust. 1- 3 ustawy PZP, Zamawiający dopuszcza oferowanie materiałów lub rozwiązań równoważnych pod warunkiem, że zagwarantują one realizację robót w zgodzie z wydanym zezwoleniem na realizację inwestycji oraz zapewnią uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w wyżej wymienionych dokumentach. Wykonawca powołując się na rozwiązania równoważne jest zobowiązany wykazać, że oferowane przez niego usługi z użyciem tych rozwiązań spełniają wymagania Zamawiającego. Ponadto pkt 23.19. SIWZ stanowi, iż przyjmuje się, że koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których nie ujęto w odrębnych pozycjach, Wykonawca powinien ująć w poszczególnych cenach jednostkowych."

Odnosząc powyższe wymagania SIWZ do treści oferty Konsorcjum, Odwołujący podniósł, że w jego ocenie cena ryczałtowa za wykonanie sieci trakcyjnej w wysokości 1.878.976,44 zł netto wymieniona w załączniku Ia- Wykazu cen ryczałtowych dla Części 1 w punkcie 4 Wykaz cen ryczałtowych, jest kwotą zaniżoną, nie uwzględniającą wszystkich kosztów wykonania zakresu prac w nich opisanych, a w szczególności nie uwzględnia nawet kosztów zakupu samego materiału.

dowód: załącznik 1a - Wykazu cen ryczałtowych dla Części 1 -w aktach postępowania

Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający bardzo szczegółowo określił, jakie są podstawy płatności (w związku z tym i obowiązkowej wyceny przez wykonawców) za poszczególne elementy planowane do wykonania, zgodnie z treścią SST nr E-00.00.00 Wymagania Ogólne:

„9 Podstawa Płatności

9.1 Ustalenia ogólne

Podstawą płatności jest cena jednostkowa skalkulowana przez Wykonawcę za jednostkę obmiarową ustaloną dla danej pozycji kosztorysu.

Dla pozycji kosztorysowych wycenionych ryczałtowo podstawą płatności jest wartość (kwota) podana przez Wykonawcę w danej pozycji kosztorysu.

Cena jednostkowa lub kwota ryczałtowa pozycji kosztorysowej będzie uwzględniać wszystkie czynności, wymagania i badania składające się na jej wykonanie, określone dla tej roboty w ST i w dokumentacji projektowej.

Ceny jednostkowe lub kwoty ryczałtowe robót będą obejmować:

- Robociznę bezpośrednią wraz z towarzyszącymi kosztami,

- Wartość zużytych materiałów wraz z kosztami zakupu, magazynowania, ewentualnych ubytków i transportu na teren budowy,
- Wartość pracy sprzętu wraz z towarzyszącymi kosztami,
- Koszty pośrednie, zysk kalkulacyjny i ryzyko,
- Podatki obliczone zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Do cen jednostkowych nie należy wliczać podatku VAT."

Jak wskazał Odwołujący warto podkreślić, że roboty trakcyjne należą do robót specjalistycznych, których składniki składające się na punkt 4. Sieć trakcyjna kosztorysu można podzielić na następujące rodzaje robót przedstawione w załączniku nr do niniejszego Odwołania.

dowód: załącznik nr 4 - tajemnica przedsiębiorstwa

Odwołujący się skalkulował powyższą wycenę w oparciu o oferty podwykonawców - w zakresie prac specjalistycznych jak również w oparciu o kalkulację własną. Ten sposób kalkulacji pozwolił Odwołującemu przygotować najbardziej optymalną ofertę, będącą kompilacją najniższych uzyskanych cen.

W tym momencie Odwołujący pragnie zwrócić uwagę na fakt, że specjalistyczny osprzęt do budowy sieci trakcyjnej (liny trakcyjne, podwieszenia, słupy), który został określony w dokumentacji technicznej jest produkowany tylko przez kilku producentów, Dodatkowym ograniczeniem w tej kwestii jest niestandardowy rodzaj słupa (trzech producentów).

W związku z powyższym możliwe jest dokładne określenie poziomu cenowego dla samych tylko materiałów potrzebnych do budowy trakcji na przedmiotowym zadaniu. Odwołujący obliczył wartość materiałów na podstawie otrzymanych ofert i wykazał obliczenie w załączniku nr 5 do niniejszego odwołania.

dowód: załącznik nr 5 wraz z ofertami (2 szt.) - tajemnica przedsiębiorstwa

Odwołujący wskazał dodatkowo, że na terenie Wrocławia większość specjalistycznych prac związanych z budową i utrzymywaniem sieci trakcyjnej wykonuje firma Zakład Sieci i Zasilania sp. z o. o. (ZSiZ), która w konsorcjum z Elektrotim S.A. także brała udział w postępowaniu przetargowym dotyczącym przedmiotowego zadania. W Wykazie cen ryczałtowych w pozycji nr 4 Sieć trakcyjna oferta ZSiZ wynosiła 2 050 000,00 PLN, gdzie wartość samych tylko słupów trakcyjnych wraz z ozdobami wyniosła: $999\,476,46 + 174\,282,48 = 1\,173\,758,94$ PLN.

dowód: wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Konsorcjum ZSiZ i Elektrotim S.A. - w aktach postępowania

Niższa wartość oferty dla pkt 4 Sieć trakcyjna Konsorcjum ZSiZ i Elektrotim w opinii Odwołującego była możliwa dzięki, ujawnionej w toku postępowania, zmianie projektu wykonawczego dla sieci trakcyjnej - niezgodnie z warunkami SIWZ, a w konsekwencji zastosowanie znacznie tańszego specjalistycznego osprzętu sieciowego jak również wykorzystanie materiałów z własnego stanu magazynowego.

Powyższe, w ocenie Odwołującego potwierdza, że wartość pozycji w załączniku 1a - Wykazu cen ryczałtowych dla Części 1 pkt 4 Sieć trakcyjna Konsorcjum wynosząca 1878 976,44 PLN w opinii Odwołującego jest ofertą, która nie pokrywa nawet kosztu zakupu materiałów, a więc nie pokrywa wszystkich kosztów wymaganych przez SST nr E-00.00.00 Wymagania Ogólne, a więc stanowi także czyn nieuczciwej konkurencji.

Z uwagi na przyjęty w przedmiotowym postępowaniu sposób obliczania ceny oferty, jak również ustalone zgodnie z umową na potrzeby wykonania zamówienia wynagrodzenie ryczałtowe, uprawniony jest w ocenie Odwołującego zarzut, że nierzeczywista, nierynkowa i niemająca uzasadnienia biznesowego kalkulacja ceny jednostkowych ma istotne znaczenie z punktu widzenia oceny całości oferty Odwołującego jako obarczonej rażąco niską ceną i zarzutem czynu nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem Odwołującego analiza oferty Konsorcjum oraz Wykazu cen ryczałtowych dla Części 1 jest także istotna z punktu widzenia podstawy odrzucenia, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP. Oferta Konsorcjum wypełnia przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji opisanego zarówno w art. 3 ust. 1, jak i w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z dyspozycją przywołanego art. 3 ustawy z dn. 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. z 2003 r. nr 1503 poz. 153 ze zm.) (dalej: ustawa uznk) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrym obyczajem, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei stypizowanym we wskazanym art. 15 ust 1 pkt 1) ustawy uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Opisane wyżej działania Konsorcjum, w ocenie Odwołującego, wyczerpują znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. We wskazanej wyżej pozycji Wykazu cen ryczałtowych zaproponowana cena za wykonanie sieci trakcyjnej jest niewystarczająca na pokrycie ceny samego tylko materiału koniecznego do ich wykonania.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 30 maja 2016r. KIO 817/16 .. (...) nie jest prawdą, iż wykonawca przystępujący do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, składając swoją ofertę ma pełną swobodę w kreowaniu cen, w szczególności ma możliwość oferowania cen towarowi usług poniżej cen Ich zakupu: gdyż sytuacja taka może prowadzić do zarzutu oferowania cen dumpingowych, w konsekwencji do postawienia zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Odwołującego w szczególności na takie działanie wskazywać może porównanie cen za wykonanie sieci trakcyjnej przez Konsorcjum z zestawieniem wartości materiałów potrzebnych do wykonania sieci trakcyjnej przedstawionej przez Odwołującego w Załączniku nr 5. Odwołujący wskazuje, że nie obejmują nawet kosztów zakupu materiałów, nie mówiąc o innych składowych niezbędnych do wykonania tej zryczałtowanej pozycji. Kalkulacja danego asortymentu prac powinna zawierać zatem wszystkie obowiązkowe dla danej pozycji wymagania opisu przedmiotu zamówienia. Nierzeczywiste, zaniżone koszty wykonania poszczególnych prac, które nie przekładają się na ich wartość powodują że wykonawca kształtuje cenę jedynie w celu uzyskania zamówienia, a nie w odniesieniu do zakresu robót jakie powinny być wycenione.

W uzasadnieniu zostało wskazane, że powyższe naruszenia spowodowały naruszenie interesu Odwołującego, który jest zainteresowany otrzymaniem zamówienia publicznego.

W ocenie Odwołującego Konsorcjum winno podlegać wykluczeniu z postępowania z uwagi na zaistnienie przesłanki wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 17 i 12 Ustawy Pzp. Jednocześnie oferty Konsorcjum nie można skutecznie porównać z ofertami złożonymi przez innych wykonawców, którzy wykazali posiadanie wymaganego przez Zamawiającego potencjału kadrowego. Powyższe narusza zasadę równego traktowania wykonawców i jako takie jest niezgodne z art. 7 ust. 1 Ustawy. Dodatkowo w ocenie Odwołującego oferta Konsorcjum w sposób oczywisty zawiera rażąco niską cenę i również z tego względu powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe, uznając niniejsze odwołanie za konieczne i uzasadnione, wnosimy jak na wstępie.

Następnie Odwołujący przedstawił argumentację wskazującą na zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa załączników do odwołania przedłożonych na potwierdzenie argumentacji.

III. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Na podstawie art. 8 ust. 3 Ustawy Prawo zamówień publicznych zastrzegamy załączniki oznaczone numerem 4 i 5 wraz z 2 ofertami jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem Wykonawcy powyższe zastrzeżenie spełnia przesłanki uznania objętych nim informacji za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 w/w Ustawy, 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. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem.

Zatem poprzez zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa danych związanych z przygotowaniem i treścią oferty Wykonawca zapewnił poufność tych danych. Posiadają one wartość gospodarczą, gdyż stanowią samodzielną wartość handlową w stopniu uzasadniającym konieczność ochrony przedmiotowych informacji przed ich bezprawnym ujawnieniem. Ekonomiczna wartość informacji wynika z faktu, że informacje te zawierają dane, które pozwalają na uzyskanie wiedzy na temat aktywności gospodarczej przedsiębiorcy w odniesieniu do kontrahentów, jak też stosowanych technologii i rozwiązań organizacyjnych, co w przypadku ujawnienia tych informacji mogłoby negatywnie wpłynąć na możliwość efektywnego konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami.

Ich poufność jest ponadto chroniona w ramach ogólnego systemu ochrony danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy, składającego się z fizycznych środków ochrony danych, obejmujących m.in. dozór fizyczny, kontrolę dostępu do pomieszczeń i urządzeń elektronicznych, w których gromadzone są dane, monitoring, właściwy obieg dokumentacji, a także składa się on z technologii informatycznych zapewniających bezpieczeństwo danych poufnych w sieci informatycznej przedsiębiorstwa Wykonawcy oraz bezpieczeństwo danych przesyłanych za pośrednictwem Internetu.

Stosowany u Wykonawcy system ochrony danych obejmuje także środki prawne, m.in. informowanie pracowników o potrzebie ochrony informacji poufnych i obowiązku nieujawniania tajemnicy przedsiębiorstwa, funkcjonowanie wewnętrznych procedur regulujących dostęp do danych poufnych przez określone grupy pracowników, a także zamieszczanie oświadczenia o poufności dokumentów przesyłanych drogą elektroniczną.

Wykonawca z ostrożności chciałby także zwrócić Izbie uwagę na treść uchwały Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r., III CZP 74/05, w której wskazano, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177 ze zm.) - 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. Pogląd ten - pomimo uchylenia art. 96 ust. 4 ustawy PZP, zachowuje aktualność w obecnym stanie prawnym w tym znaczeniu, iż skutkiem uznania przez Zamawiającego, iż zastrzeżenie dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa nie było skuteczne, powinno być wyłącznie wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji, nie zaś odrzucenie oferty. Pogląd ten podziela również Krajowa Izba Odwoławcza, czemu dała wyraz m.in. w wyroku z dnia 19 lipca 2010 r. w sprawie KIO/UZP 1400/10; KIO/UZP 1401/10, w wyroku z dnia 27.12.2012 r. w sprawie KIO 2710/12 oraz w wyroku z dnia 23.10.2012 r. w sprawie KIO 2161/12.

Powyższe wyjaśnienia pozwalają zatem, w ocenie Wykonawcy, na przyjęcie przez Państwa, iż informacje zawarte w załącznikach nr 4 i 5 wraz z 2 ofertami do niniejszego odwołania zostały zasadnie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i podlegają ochronie przewidzianej w art. 8 Ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego prosimy Izbę o traktowanie jako tajemnicy przedsiębiorstwa załączników wymienionych pod nr 4 i 5 wraz z 3 ofertami - nie udostępnianie ich innym uczestnikom postępowania odwoławczego, w tym Konsorcjum.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych

Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Przystępującego, jak również Odwołującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę sklasyfikowaną na drugim miejscu w ramach rankingu ofert kwestionując jednocześnie wybór jako najkorzystniejszej ekonomicznie oferty Przystępującego. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Przystępującego i Odwołującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Izba dopuściła również dowody z dokumentów zawnioskowane i przedłożone przez Strony i uczestnika postępowania w trakcie rozprawy, w pismach procesowych oraz w treści odwołania:

1. Dowód z dokumentu zawnioskowany i przedłożony przez Odwołującego w postaci pisma inwestora – Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji w Bydgoszczy z dnia 23.02.2017 r. wraz z kserokopią protokołu odbioru końcowego z zadania „Przebudowa ul. Marszałka Focha na odcinku od skrzyżowania z ul. Gdańską do Mostów na rzece Brdzie”;
2. Dowód z dokumentu zawnioskowany i przedłożony przez Odwołującego w postaci pisma z dnia 08.03.2017 r. spółki Tramwaje Śląskie na okoliczność, że także w

zakresie drugiej inwestycji „Modernizacja infrastruktury tramwajowej i trolejbusowej w Aglomeracji Górnośląskiej wraz z infrastruktura towarzyszącą” wskazanej dla kierownika budowy jej termin realizacji był inny niż wskazany w ofercie przystępującego;

3. Zawnioskowany i przedłożony przez Przystępującego dowód w postaci tabeli zawierającej realizację (doświadczenie zawodowe), które dot. pana K.D. wskazujące, w ocenie Wnioskodawcy – Przystępującego, na łączne doświadczenie wynoszące 66 m-cy;
4. Dowód w postaci korespondencji mailowej dołączonej do pisma procesowego Przystępującego z 14.03.2017 r. powołanego przez Przystępującego na okoliczność, że dołożył należytej staranności dla weryfikacji dat realizacji zadań wchodzących w skład doświadczenia dla pana K.D.;
5. Oferty cenowej ze str. 14 wyjaśnień Przystępującego złożonych w związku z wezwaniem Zamawiającego skierowanym na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa wraz z całym wyjaśnieniem), na okoliczność uzyskania w zakresie robót trakcyjnych przez Przystępującego korzystniejszej ceny oraz pozostałych dokumentów (w tym korespondencji mailowej odnoszącej się do wyceny sieci trakcyjnej);
6. Zawnioskowany i przedłożony przez Przystępującego dowód z dokumentu w postaci protokołu końcowego odbioru robót i przekazania do użytkowania Nr 13/2015 wraz z uwagami komisji odbiorowej dotyczący zadania „Modernizacja infrastruktury tramwajowej i trolejbusowej w Aglomeracji Górnośląskiej wraz z infrastruktura towarzyszącą”;
7. Dowód z dokumentu zawnioskowany i przedłożony przez Odwołującego w postaci ofert handlowych stanowiących załącznik nr 4 i 5 do odwołania (tajemnica przedsiębiorstwa);
8. Dowód z dokumentu zawnioskowany i przedłożony przez Przystępującego w postaci korespondencji mailowej z dnia 24.11.2016 r. odnoszący się do robót z zakresu sieci trakcyjnej.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie w części zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że postępowanie odwoławcze odnosi się do 1 części zamówienia.

Następnie Izba ustaliła, że Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz treści SIWZ w następujący sposób określił warunki udziału w postępowaniu, ich ocenę oraz sposób potwierdzenia:

W pkt 9 SIWZ zatytułowanym „Warunki udziału w postępowaniu” Zamawiający wskazał, że: „Wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne muszą spełniać niżej wymienione warunki udziału w postępowaniu dotyczące kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, tj. muszą:

9.2. dysponować zdolnością techniczną i zawodową; aby Zamawiający uznał Wykonawcę za spełniającego warunek dysponowania zdolnością techniczną i zawodową, Wykonawca musi spełniać następujące warunki (w przypadku wspólnego ubiegania się dwóch lub więcej wykonawców o udzielenie niniejszego zamówienia, oceniany będzie ich łączny potencjał techniczny i zawodowy):

- 9.2.11 wskazać do uczestniczenia w wykonaniu niniejszego zamówienia następujące osoby wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, wykształcenia i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywania przez nich czynności oraz podać informację o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Dla Części 1:

9.2.11.1. Kierownik budowy (1 osoba o minimalnych poziomach zdolności określonych poniżej): posiadający co najmniej 5 - letnie doświadczenie na stanowisku kierownika budowy, w tym podczas realizacji co najmniej 2 zadań w terenie miejskim każde polegające na budowie lub przebudowie skrzyżowania dróg lub ulic wraz z torowiskiem i trakcją oraz budową lub przebudową sieci uzbrojenia terenu: minimum 3 branże spośród następujących: sieci wodociągowej, kanalizacji deszczowej, kanalizacji sanitarnej lub ogólnospławnej, sieci elektroenergetycznej, oświetlenia drogowego, sieci telekomunikacyjnych (przy czym Wykonawca jest zobowiązany wskazać, które branże z ww. były wykonywane) (doświadczenie Wykonawca wykaże wskazując od: miesiąc, rok - do miesiąc, rok; dopuszcza się sumowanie doświadczenia z różnych okresów nienakładających się z różnych zadań) posiadający uprawnienia budowlane uprawniające do kierowania robotami bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej drogowej, o których mowa w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo

budowlane (Dz. U. z 2016, poz. 290 ze zm.) oraz Rozporządzeniu Ministra infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. 2014 poz. 1278) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa, lub uznane przez właściwy organ, zgodnie z ustawą z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. 2016 r., poz. 65) lub zgodnie z wcześniej obowiązującymi przepisami dotyczące uznawania kwalifikacji, oraz (...)

Ponadto Zamawiający po pkt 9.2.11.13 zawarł uwagę, w której poinformował, że w przypadku ubiegania się przez Wykonawcę o część 1 i 2 niniejszego Zamówienia, Zamawiający uzna warunki o których mowa powyżej za spełnione, jeżeli Wykonawca wykaże spełnienie warunków o których mowa w pkt 9.2.11.1-9.2.11.6 powyżej.

Zamawiający wyjaśnił również, że funkcje w zakresie Części 1, o których mowa w pkt 9.2.11.1 - 9.2.11.6 mogą być łączone, jednak jedna osoba nie może pełnić więcej niż 2 funkcji.

W pkt 9.2. lit. g SIWZ Zamawiający wyjaśnił, że w przypadku wskazania dla osób, o których mowa w pkt 9.2.11.1 oraz 9.2.11.2 lub 9.2.11.8 oraz 9.2.11.9 IDW doświadczenia (od miesiąc-rok do miesiąc-rok) zdobytego podczas realizacji w tym samym czasie (w tym samym okresie kalendarzowym) kilku zadań, Zamawiający podczas oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu uzna doświadczenie tych osób - z okresów nakładających się, ale wyłącznie dla jednego z ww. zadań tj. w powyższym przypadku Zamawiający nie będzie wliczał kilkakrotnie tego samego okresu kalendarzowego do obliczenia lat doświadczenia.

Pkt 11 SIWZ zatytułowany „Wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia”

Pkt 11.1. W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia oraz potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu Wykonawcy zobowiązują się przedłożyć następujące dokumenty, przy czym w przypadku wspólnego ubiegania się dwóch lub więcej Wykonawców o udzielenie niniejszego zamówienia, żaden z Wykonawców nie może podlegać wykluczeniu i w odniesieniu do każdego z nich musi to zostać wykazane:

11.1.1. Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ) odrębny dla każdej Części jako aktualne na dzień składania ofert wstępne potwierdzenie, że wykonawca spełnia warunki

udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 9 IDW oraz że nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, sporządzony i wypełniony zgodnie z rozporządzeniem w sprawie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia w zakresie zgodnym z załącznikiem nr 2.1. – dla Części 1 lub 2.2. – dla Części 2 lub 3.2 dla Części 3 do niniejszej IDW.

W Uwadze, Zamawiający podkreślił, że: Wykonawca zobowiązany jest zamieścić wszystkie informacje niezbędne w celu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 9 IDW w JEDZ w zakresie danej części zamówienia.

Przy wypełnianiu JEDZ Zamawiający wymagał podania w części IV Kryteria kwalifikacji sekcja C Zdolność techniczna i zawodowa w pkt 2 wykaz osób o których mowa w pkt 11.4.2. IDW. W wykazie osób należało podać następujące informacje:

Dla Części 1 (str. 22 SIWZ):

a) dla osoby wskazanej w pkt 9.2.11.1. IDW (kierownik budowy): imienia i nazwiska, zakresu posiadanych uprawnień oraz wskazania co najmniej 5-letniego doświadczenia na stanowisku kierownika w tym podczas realizacji co najmniej 2 zadań w terenie miejskim polegających na budowie lub przebudowie skrzyżowania dróg lub ulic wraz z torowiskiem i trakcją oraz budową lub przebudową sieci uzbrojenia terenu: minimum 3 branże spośród następujących: sieci wodociągowe, kanalizacji deszczowej, kanalizacji sanitarnej lub ogólnospławnej, sieci elektroenergetycznej, oświetlenia drogowego, sieci telekomunikacyjnych (przy czym Wykonawca jest zobowiązany wskazać, które branże z ww. były wykonywane) (doświadczenie Wykonawca wykaże wskazując od: miesiąc, rok - do miesiąc, rok; dopuszcza się sumowanie doświadczenia z różnych okresów nienakładających się z różnych zadań), oraz (...)

Następnie Izba ustaliła, iż w ramach przedmiotowego postępowania Przystępujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Balzola Polska Spółka z o.o. oraz Construcciones y promociones Balzola S.A. złożyli dla części 1 zamówienia ofertę z ceną ofertową wynoszącą 34 274 545,87 złotych brutto. Izba ustalił ponadto, iż w tabeli na str. 6 oferty w wykazie cen ryczałtowych ww. wykonawca w kolumnie zatytułowanej „Zakres finansowany przez Gminę Wrocław” w pkt 4 zatytułowanym „Sieć trakcyjna” wskazał kwotę 1 878 976,44 złote netto.

Izba ustaliła, iż Przystępujący - Konsorcjum Balzola Polska Spółka z o.o. oraz Construcciones y promociones Balzola S.A. wraz z ofertą złożył formularz JEDZ, gdzie w części IV zatytułowanej „Kryteria kwalifikacji” w sekcji C zatytułowanej „Zdolność techniczna i zawodowa” w pkt 2 (str. 26 i 27 oferty) wskazał na stanowisko kierownika budowy p. K. D.

posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej nr MAP/0223/OWOD/06 oraz konstrukcyjno – budowlanej MAP/0357/OWOK/12. Ponadto Przystępujący w formularzu JEDZ na str. 26 i 27 dla ww. osoby zawarł następujące oświadczenia: *Doświadczenie zawodowe ponad 5 latnie w kierowaniu robotami budowlanymi na stanowisku kierownika budowy w tym na:*

1. *„Modernizacja torowiska tramwajowego wbudowanego w jezdnię ul. Kościuszki od Al. Górnośląskiej do skrzyżowania z ul. Dworcową w Katowicach” (zadanie nr 3), „Modernizacja końcowego odcinka linii nr 6 i 16 w Katowicach Brynowie” (zadanie nr 4) w ramach realizacji Projektu pn.: „Modernizacja infrastruktury tramwajowej i trolejbusowej w Aglomeracji Górnośląskiej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, w tym budowa sygnalizacji świetlnej, oświetlenia drogowego urządzeń teletechnicznych oraz kanalizacji deszczowej, wraz z Siecią trakcyjną – 02.10.2012 – 10.11.2015 – Kierownik budowy*

2. *Przebudowa Ulicy Marszałka Focha w Bydgoszczy na odcinku od skrzyżowania z ul. Gdańską do mostów na rzece Brdzie, wraz z przebudową torowiska, sieci trakcyjnej oświetlenia ulicznego, sygnalizacji świetlnej, sieci sanitarnej. 16.09.2008 – 30.10.2010 – Kierownik Budowy.*

Izba ustaliła, iż Odwołujący – Skanska S.A. złożył dla części 1 zamówienia ofertę z ceną ofertową wynoszącą 35 664 638,44 złotych brutto. Izba ustalił ponadto, iż w tabeli na str. 9 oferty w wykazie cen ryczałtowych ww. wykonawca w kolumnie zatytułowanej „Zakres finansowany przez Gminę Wrocław” w pkt 4 zatytułowanym „Sieć trakcyjna” wskazał kwotę 2 523 797,27 złote netto.

Izba ustaliła, iż Odwołujący - Skanska S.A. wraz z ofertą złożył formularz JEDZ, gdzie w części IV zatytułowanej „Kryteria kwalifikacji” w sekcji C zatytułowanej „Zdolność techniczna i zawodowa” w pkt 2 (str. 26 oferty) wskazał następujące informacje:

- *kierownik budowy, kierownik robót drogowych*

Marek S.

- *stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego nr DODP.1.120/55/36/94 do pełnienia samodzielnych funkcji kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno – inżynierskiej w zakresie dróg (bez ograniczeń) wyd. 30.12.1994;*

- *166 miesięcy doświadczenia na stanowisku kierownika budowy;*

- *doświadczenie na stanowisku kierownika budowy przy modernizacji ul. Powstańców Śląskich i ul. Karkonoskiej na odcinku od ul. Orlej do ul. Przyjaźni we Wrocławiu wraz z infrastrukturą towarzyszącą (zadanie w terenie miejskim polegające na przebudowie ulicy o długości 1404 m i skrzyżowaniu ulic wraz z wbudowanym torowiskiem tramwajowym o długości ~550 m i trakcją oraz przebudowa sieci wodociągowej, kanalizacji deszczowej,*

kanalizacji sanitarnej, sieci elektroenergetycznej, oświetlenia drogowego i sieci telekomunikacyjnej) w okresie 11.1998 – 10.2000;

- doświadczenie na stanowisku kierownika budowy przy modernizacji ul. Dubois na odcinku od ul. Kurkowej do ul. Pomorskiej i fragmentu ul. Pomorskiej we Wrocławiu – Trasa N-II wraz z całym uzbrojeniem i torowiskiem ul. Dubois (zadanie w terenie miejskim polegające na przebudowie skrzyżowania ulic wraz z torowiskiem i trakcją oraz przebudowa siec wodociągowej, kanalizacji deszczowej, kanalizacji sanitarnej, sieci elektroenergetycznej i sieci telekomunikacyjnej) w okresie 08.1997 – 12.1999.

Izba ustaliła, że w toku postępowania Zamawiający wezwał Przystępującego pismami z dnia 19.12.2016 r. i z dnia 12.01.2017 r. do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na pierwsze wezwanie Przystępujący złożył pismo z dnia 23.12.2016 r. (złożone u Zamawiającego w dniu 27.12.2016 r.) obejmujące wyjaśnienia zastrzegając ich treść jako tajemnica przedsiębiorstwa (karty 2418 – 2424) przedkładając szereg załączników w postaci ofert handlowych (karty 2428 – 2492). Całość wyjaśnień wraz z załącznikami została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W odpowiedzi na drugie wezwanie Przystępujący pismem z dnia 13.01.2017 r. (złożonym u Zamawiającego 16.01.2017 r.) złożył wyjaśnienia zastrzegając ich treść jako tajemnica przedsiębiorstwa (karty 2386 – 2391). Wraz z powyższym pismem złożył załączniki opatrzone numerami 1 – 3 (karty 2393 – 2398), które obejmowały oferty handlowe poddostawców i podwykonawców, jak również zaświadczenie o udanej współpracy wystawione przez jednego z kontrahentów.

Następnie Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 17.02.2017 r. poinformował wykonawców, że w zakresie zadania nr 1 za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Przystępującego uzyskując łącznie 100 punktów w ramach kryteriów oceny ofert. Na drugim miejscu została skalsyfikowana oferta złożona przez Odwołującego – SKANSKA S.A. uzyskując łącznie 97,66 punktów w ramach kryteriów oceny ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują w części (zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do kierownika budowy) oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

I. W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż podniesione w treści odwołania zarzuty w postaci art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy uznała za zasadne.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż wraz z implementacją do krajowego porządku prawnego w związku z nowelizacją wprowadzoną na mocy ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020), która weszła w życie z dniem 28.07.2016 r. dyrektyw zmianie uległ sposób potwierdzania przez wykonawców spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W tym celu do obrotu prawnego został wprowadzony dokument Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej: JEDZ), przy pomocy którego wykonawcy potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. Dokument ten stanowi potwierdzenie wstępne wskazanych wyżej okoliczności będąc jednocześnie własnym oświadczeniem wiedzy składanym przez wykonawców. Jak słusznie wskazał Odwołujący w toku rozprawy Zamawiający opierając się na oświadczeniach wiedzy zawartych w dokumencie JEDZ dokonuje czynności w ramach postępowania i za istotną w tym zakresie należy uznać rzetelność zawartych tam informacji. W przypadku Przystępującego wskazał on dla kierownika budowy 2 inwestycje, które swoim zakresem rzeczowym, ilością oraz okresami realizacji potwierdzały w sposób kompleksowy i całościowy spełnienie tego warunku (minimum 2 inwestycje, składające się na łączny minimalny 5 – letni okres z uwzględnieniem rzeczowego charakteru realizowanych tam robót).

Odnosząc się następnie do wskazanej przez Odwołującego przesłanki wykluczenia ujętej w treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp Izba wskazuje, że zawiera ona w swojej treści kilka elementów, których spełnienie jest wymagane do stwierdzenia naruszenia przez podmiot zamawiający tego przepisu. Po pierwsze wprowadzenie zamawiającego w błąd winny być wynikiem, co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa ze strony wykonawcy. Ich skutkiem zaś winno być pozostawanie podmiot zamawiający w błędnym przekonaniu, co do

rzeczywistego stanu rzeczy. Jednocześnie takie błędne przekonanie, choćby potencjalnie, powinno mieć przełożenie na przebieg postępowania (dosłownie: istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia).

Wskazać następnie należy, iż kwestia spełnienia warunków w postępowaniu jest jednym z najistotniejszych elementów mających wpływ na udział wykonawcy w tymże postępowaniu. Wskazać również należy, iż analiza norm prawnych uregulowanych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp pozwala na przyjęcie, iż przesłanka wykluczenia ujęta w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp jest bardziej pojemna i zawiera w sobie przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, które można uznać za kwalifikowane przypadki wprowadzenia w błąd uregulowany w pkt 17.

Aby zatem mogło dojść do podważenia ujętych i przedstawionych w dokumencie JEDZ oświadczeń winny zostać przedstawione dowody spoza dokumentacji postępowania (spoza treści wniosku lub oferty złożonej w postępowaniu, jak również spoza korespondencji pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia a podmiotem zamawiającym). Wówczas na skutek swego rodzaju „wyjścia” poza informacje dostępne w ramach postępowania dochodzi do wykazania rzeczywistego stanu rzeczy podważającego stan wiedzy dostępny w postępowaniu.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że Odwołujący przedstawionymi dowodami wykazał odmiennność rzeczywistego stanu rzeczy od zaprezentowanego w oświadczeniu złożonym w ofercie Przystępującego. Wykazał bowiem, że okres realizacji 1 inwestycji wskazanej dla kierownika budowy jest rzeczywiście krótszy niż ten wynikający z treści oświadczenia zawartego w JEDZ. Odwołujący przedkładając jak dowód pismo od Zarządu Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy wykazał, że realizacja ww. zadania rozpoczęła się 16.09.2008r. (data przekazania terenu budowy), a zakończyła się w dniu 30.04.2009r. (zgodnie z zapisem w dzienniku budowy). Z powyższego wynika zaś, że Pan K.D. mógł pełnić funkcję kierownika budowy w rozumieniu ustawy Prawo budowlane w okresie od 16.09.2008 r. do 30.04.2009 r., a nie jak podał Przystępujący do dnia 30.10.2010 r.

Już tylko ten element powoduje, że w ocenie Izby została wypełniona przesłanka wprowadzenia w błąd ujęta w treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, mając na uwadze przedstawione przez Odwołującego dowody, jak również czas i łatwość pozyskania informacji wskazujących na prawdziwy stan rzeczy, pozwalają one na przypisanie Przystępującemu choćby niedbalstwa lub braku należytej staranności. Na podstawie art. 14 ustawy Pzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 kc dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest

uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 §2 kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Zatem jeżeli Przystępujący przedstawił w złożonych przez siebie oświadczeniach informacje pozostające w sprzeczności z faktami, zaś Odwołujący w sposób nie wymagający specjalnego nakładu pracy i środków dotarł do właściwych danych uznać należy, że Przystępujący co najmniej wykazał się niedbalstwem wpisującym się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Następnie wskazać należy, odnosząc się do zaprezentowanej przez Przystępującego wykładni warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kierownika budowy, że taka wykładnia nie znajduje potwierdzenia w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ. Jest to w szczególności wynikiem faktu, w jaki sposób doszło w ofercie Przystępującego do potwierdzenia spełnienia tego warunku. W tym miejscu Izba wskazuje na postanowienia SIWZ w zakresie tego warunku dokonując wyróżnienia najistotniejszych elementów oddających zamiar Zamawiającego w jego sformułowaniu i ocenie spełnienia.

W pkt 9.2.11.1. SIWZ Zamawiający wskazał m.in Kierownik budowy (1 osoba o minimalnych poziomach zdolności określonych poniżej): posiadający **co najmniej 5 - letnie doświadczenie** na stanowisku kierownika budowy, **w tym podczas realizacji co najmniej 2 zadań** w terenie miejskim każde polegające na budowie lub przebudowie skrzyżowania dróg lub ulic wraz z torowiskiem i trakcją oraz budową lub przebudową sieci uzbrojenia terenu: minimum 3 branże spośród następujących: sieci wodociągowej, kanalizacji deszczowej, kanalizacji sanitarnej lub ogólnospławnej, sieci elektroenergetycznej, oświetlenia drogowego, sieci telekomunikacyjnych (przy czym Wykonawca jest zobowiązany wskazać, które branże z ww. były wykonywane) (doświadczenie Wykonawca wykaże wskazując od: miesiąc, rok - do miesiąc, rok; dopuszcza się sumowanie doświadczenia z różnych okresów nienakładających się z różnych zadań) (...).

Następnie w pkt 9.2. lit. g SIWZ Zamawiający wyjaśnił, że w przypadku wskazania dla osób, o których mowa w pkt **9.2.11.1** oraz 9.2.11.2 lub 9.2.11.8 oraz 9.2.11.9 IDW doświadczenia (od miesiąc-rok do miesiąc-rok) **zdobytego podczas realizacji w tym samym czasie (w tym samym okresie kalendarzowym) kilku zadań**, Zamawiający podczas oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu uzna doświadczenie tych osób - z okresów nakładających się, ale wyłącznie dla jednego z ww. zadań tj. w powyższym przypadku Zamawiający nie będzie wliczał kilkakrotnie tego samego okresu kalendarzowego do obliczenia lat doświadczenia.

W ocenie Izby takie sformułowanie przez Zamawiającego warunku i sposobu jego oceny pozwala przyjąć, że wykonawcy mieli obowiązek wykazania minimalnego łącznego 5 – letniego okresu doświadczenia, w skład którego winny wchodzić m.in. dwa zadania o określonym ściśle zakresie przedmiotowym. Świadczą o tym wymagania odnoszące się do podanego czasookresu, sposób sumowania czasu zadań realizowanych w okresach, które się nakładają, jak również użycie w treści warunku zwrotu „co najmniej” przed zwrotem (...) „2 zadań w terenie miejskim (...)”. Oznacza to ni mniej ni więcej, że łączny minimalny 5 - letni okres doświadczenia winien być sumą składową minimum 2 zadań o doprecyzowanym zakresie przedmiotowym – a nie jak twierdził Przystępujący, że dla dwóch zadań Zamawiający nie określił żadnego czasookresu określając go jedynie dla ogólnego doświadczenia na stanowisku kierownika budowy. Wszakże realizacja przez kierownika budowy po uzyskaniu uprawnień budowlanych każdego zadania wpisywałaby się w ogólny okres doświadczenia, co jednocześnie nie przesądzało o spełnieniu warunku, tj. wykazaniu się minimum dwoma realizacjami o określonym zakresie przedmiotowym.

W ocenie Izby nawet jednak przyjęcie wykładni zaprezentowanej przez Przystępującego nie skutkowałoby oddaleniem uwzględnionego zarzutu, gdyż Przystępujący wskazał dla kierownika budowy tylko dwie inwestycje z wymaganym zakresem rzeczowym, które w całości wpisywały się w ogólny wymagany okres 5 – letniego doświadczenia. Gdyby na całe wymagane doświadczenie składało się więcej inwestycji, przekraczających swoim zakresem minimalny 5 – letni okres, nieprawidłowości w podaniu dat mogłyby, w pewnych specyficznych okolicznościach, skutkować uznaniem, że nie mają one wpływu na decyzje zamawiającego i tym samym na wynik postępowania. Jednak Przystępujący wykazał w ofercie łącznie dla kierownika budowy 63,5 miesiąca doświadczenia (przy wymaganych 60 miesiącach), z którego Odwołujący zakwestionował złożonym dowodem (pismo inwestora dotyczące udostępnienia protokołu odbioru dla 1 wskazanego w JEDZ zadania) niemal 18 miesięcy – co podważa w tych okolicznościach spełnienie tego warunku przez Przystępującego, co do istoty.

Izba następnie wskazuje, iż Zamawiający swoją decyzję o spełnieniu przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu i tym samym o wyborze oferty

Przystępującego jako najkorzystniejszej mógł podjąć tylko i wyłącznie w oparciu o materiał zgromadzony w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zatem to przedstawienie przez wykonawcę w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonych informacji i ich wpływ na wynik tego postępowania, będący szeregiem działań i decyzji podejmowanych przez zamawiającego w toku tego ostatniego, jest tu kluczowym elementem podlegającym ocenie. Zamawiający na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie dysponował ani wiedzą, ani dowodami przedstawionymi przez Przystępującego na etapie postępowania odwoławczego (łącznie doświadczenie dla kierownika budowy). Zatem Izba uznała je za nieistotne dla rozstrzygnięcia odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Izba oceniając wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nieprawdziwych informacji, w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, wzięła pod uwagę materiał przedstawiony Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - a nie w toku postępowania odwoławczego. Tym samym przedmiotem oceny jest fakt, na jakich oświadczeniach i dokumentach Zamawiający oparł się podejmując decyzje zmierzające do ustalenia wyniku przedmiotowego postępowania. Wynika to z faktu, iż działanie takie, tj. przedstawienie dowodów na etapie postępowania odwoławczego celem wykazania braku wpływu złożenia nieprawdziwych informacji na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiłoby *de facto* nadużycie prawa przez zastąpienie nieprawdziwych informacji innymi informacjami na zasadach zbliżonych do instytucji uregulowanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Badanie przez Izbę wpływu na wynik, w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, następuje na moment przedstawienia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji i to tylko w oparciu o zgromadzony na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego materiał (wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oferty, wyjaśnienia, całokształt korespondencji pomiędzy wykonawcami a zamawiającym). Dowody zgromadzone w toku postępowania odwoławczego i przedstawione przez Przystępującego nie mogą mieć zatem znaczenia w ocenie wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż w niniejszym stanie faktycznym zostały przedstawione w terminie późniejszym niż podjęcie przez Zamawiającego decyzji w przedmiocie tego wyniku, gdyż to właśnie wynik tego postępowania został zaskarżony w ramach niniejszego odwołania.

Odwołujący przedstawił dowody wskazujące, że istniejący na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stan rzeczy jest odmienny od tego, jaki wynikał z oświadczeń Przystępującego. Tym samym Izba uznała, że tabela przedstawiona przez Przystępującego celem wykazania, że kierownik budowy posiada wymagane doświadczenie, po pierwsze nie wpisuje się w ustalone przez Izbę rozumienie warunku udziału w postępowaniu, po drugie stanowi tylko i wyłącznie kolejne oświadczenie własne

Przystępującego, i wreszcie po trzecie nie może stanowić swego rodzaju sanowania czynności mających miejsce w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że Przystępujący co najmniej w wyniku niedbalstwa przedstawił Zamawiającemu wprowadzające w błąd informacje, które zostały podważone w oparciu o dowody przedstawione przez Odwołującego, i które to informacje poskutkowały podjęciem przez Zamawiającego czynności w postaci uznania spełnienia przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu i uznaniem jego oferty za najkorzystniejszą.

II. W zakresie wskazanego przez Odwołującego jako trzeciego zarzutu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp Izba uznała, iż zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. W tym zakresie wskazać należy, iż mając na uwadze podniesionych przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp Zamawiający w oparciu o przedstawione przez Przystępującego w dokumencie JEDZ oświadczenie wiedzy miał prawo przyjąć, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu. Dopiero podważenie przez Odwołującego prawdziwości złożonych przez Przystępującego oświadczeń pozwoliło na wykazanie i tym samym uwzględnienie zarzutu z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Jednocześnie oddalając zarzut z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż jednym z koniecznych elementów wpisujących się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp jest istotny wpływ nieprawdziwych informacji (ściślej: informacji wprowadzających w błąd) na decyzje podejmowane przez podmiot zamawiający. Bez tego elementu, tj. bez przyjęcia przez Zamawiającego, że zostało przez Przystępującego wykazane spełnienie warunków udziału w postępowaniu, nie mogłoby dojść do uwzględnienia zarzutu związanego z nieprawdziwymi informacjami.

III. W zakresie zarzutów obejmujących art. 89 ust. 1 pkt 4) w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3) w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. 2003.153.1503) Izba uznała, że nie znajdują one potwierdzenia w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że przedstawione przez Przystępującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, jak również przedłożone w tym zakresie przez Odwołującego i Przystępującego dowody zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Izba poddała wnikliwej ocenie złożone dowody oraz wyjaśnienia uznając je za przekonujące i wystarczające dla oddalenia przedmiotowego zarzutu.

Izba uznała zaś, iż Odwołujący nie przedstawił dowodów mogących stanowić podstawę do ich uwzględnienia.

W ocenie Izby Przystępujący dokonując wyceny przedmiotu zamówienia w odniesieniu do sieci trakcyjnej dokonywał indywidualnych wycen, prowadząc w tym zakresie negocjacje handlowe z podmiotami zewnętrznymi i uzyskując w tym zakresie ostateczną wartość tych robót na podstawie własnej, indywidualnej ścieżki negocjacyjnej. W ocenie Izby samo porównanie sposobu wyceny (ofert handlowych, rabatów itp.) uzyskanego przez Odwołującego, innych wykonawców i Przystępującego jest niewystarczające dla stwierdzenia, że cena zaoferowana przez Przystępującego ma charakter ceny rażąco niskiej. Powyższe ma miejsce w szczególności, gdy Odwołujący swoją argumentację opiera, jak sam wskazał w toku rozprawy, jedynie na hipotezach - jednocześnie ograniczając się do zakwestionowania tylko jednego z elementów robót (sieć trakcyjna).

W zakresie oceny wyjaśnień Izba oparła się również na stanowisku Zamawiającego, który w toku rozprawy wskazał, że nie doszukał się nieprawidłowości w wycenie tego elementu zamówienia i uznał złożone wyjaśnienia za wyczerpujące oraz przekonujące.

W tym zakresie Izba przychyliła się do argumentacji przedstawionej w toku rozprawy przez Przystępującego, w tym dowodów znajdujących się w aktach postępowania (w szczególności wyjaśnień złożonych w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy Pzp), jak również faktu, że Zamawiający przewidział ryczałtowa formę wynagrodzenia, która odnosi się również do cen za poszczególne elementy zadania.

Dodatkowo w zakresie kwestionowania poprawności wyliczenia wynagrodzenia dla robót trakcyjnych Izba uwzględniła również argumentację Przystępującego zaprezentowaną na rozprawie, który wskazał, że taka okoliczność (tj. podważanie prawidłowości wyliczenia jedynie składników wynagrodzenia) ma zazwyczaj miejsce w przypadku tzw. inżynierii cenowej tj. kiedy cena składowa może mieć wpływ np. na kary umowne, zaliczki lub kryteria oceny oferty. Drugim takim przypadkiem, wskazanym przez Przystępującego, jest okoliczność, kiedy cena składowa ma istotne znaczenia dla budowy całego wynagrodzenia. W jego ocenie żadna z tych okoliczności nie miała miejsca, gdyż wartość wskazana dla robót trakcyjnych stanowi 6,47% wynagrodzenia ogólnego zaś, jak wskazał Odwołujący, zaniżenie tej pozycji nastąpiło na poziomie 2,32%.

Biorąc pod uwagę powyższe brak przedstawienia przez Odwołującego dowodów podważających prawidłowości wyliczenia przez Przystępującego wynagrodzenia, jak również przedstawienie w toku postępowania oraz na etapie postępowania odwoławczego przez Przystępującego dowodów uzasadniających wysokość przyjętych kosztów i cen przesądziła o oddaleniu zarzutów z art. 89 ust. 1 pkt 4) w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3) w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art.

3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003.153.1503 j:t.).

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie części zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....

