

Sygn. akt: KIO 1011/16

## WYROK

z dnia 29 czerwca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Agnieszka Trojanowska

**Protokolant:** Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 27 czerwca 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 czerwca 2016r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie konsorcjum firm: **KALPLAST M. K., A. W., A. K. Spółka jawna z siedzibą w Częstochowie, ul. Wały Dwernickiego 121, W. R. i C. B. wspólników spółki cywilnej Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „REZ-DROGPOL” z siedzibą w Jaskrowie, ul. Starowiejska 1, Z. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo-Handlowy „DET” Z. G. z siedzibą w Rędzinach, ul. Cmentarna 10 i Drog-BUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubojence, ul. Prosta 88/90 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Częstochowa – Miejski Zarząd Dróg i Transportu w Częstochowie, ul Popiełuszki 4/6**

przy udziale wykonawcy **Fenix SR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Bronikowskiego 22A/33** zgłaszającego przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1011/16 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny oferty, w tym wykluczenie wykonawcy Fenix SR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Bronikowskiego 22A/33 na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy z uwagi na nie wykazanie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia określonego w pkt. 6.2.3. siwz i odrzucenie jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy, dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.**

**2. kosztami postępowania obciąża Gminę Częstochowa – Miejski Zarząd Dróg i Transportu w Częstochowie, ul Popiełuszki 4/6 i :**

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie konsorcjum firm: KALPLAST M. K., A. W., A. K. Spółka jawna z siedzibą w Częstochowie, ul. Wały Dwernickiego 121, W. R. i C. B. wspólników spółki cywilnej Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „REZ-DROGPOL” z siedzibą w Jaskrowie, ul. Starowiejska 1, Z. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo-Handlowy „DET” Z. G. z siedzibą w Rędzinach, ul. Cmentarna 10 i Drog-BUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubojence, ul. Prosta 88/90** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **Gminy Częstochowa – Miejski Zarząd Dróg i Transportu w Częstochowie, ul Popiełuszki 4/6** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie konsorcjum firm: KALPLAST M. K., A. W., A. K. Spółka jawna z siedzibą w Częstochowie, ul. Wały Dwernickiego 121, W. R. i C. B. wspólników spółki cywilnej Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „REZ-DROGPOL” z siedzibą w Jaskrowie, ul. Starowiejska 1, Z. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo-Handlowy „DET” Z. G. z siedzibą w Rędzinach, ul. Cmentarna 10 i Drog-BUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubojence, ul. Prosta 88/90** kwotę 18 600 zł. 00 gr. (słownie : osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj.. wpisu i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 **Częstochowie**.

**Przewodniczący:** .....

## Sygn. akt KIO 1011/16

### Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na utrzymanie oznakowania poziomego, pionowego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 23 stycznia 2016r., pod numerem 2016/S 016-024289.

W dniu 1 czerwca 2016r. zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy Fenix SR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Broniewskiego 22A/33. Oferta wykonawców wspólnie biegających się o udzielenie zamówienia została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu ofert.

W dniu 10 czerwca 2016r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie podpisał wspólnik pełnomocnika lidera konsorcjum upoważniony do samodzielnej reprezentacji lidera zgodnie z odpisem z KRS dla spółki jawnej. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 24 lutego 2016r. udzielonego przez wszystkich partnerów konsorcjum i podpisanego zgodnie z zasadami reprezentacji każdego z partnerów, zgodnie z przedłożonymi do odwołania odpisami z KRS oraz zaświadczeniami z CEIDG. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 10 czerwca 2016r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie dokonania czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie powołanej ustawy, polegających na:

1. zaniechaniu wykluczenia z postępowania przystępującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.- dalej ustawy) w związku z art. 22 ust. 1 pkt. 2 i 3 ustawy, ze względu na fakt, że przystępujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu odnośnie wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
2. zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 1 i art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy ze względu na fakt, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia [dalej siwz],
3. zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy, z powodu rażąco niskiej ceny,
4. wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego,
5. zaniechaniu odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez przystępującego wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a w konsekwencji naruszeniu art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 8 ust. 1-3 ustawy oraz art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy,

6. zaniechaniu czynności dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, z naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu, by:

1. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. dokonał ponownego badania i oceny złożonych ofert,
3. dokonał wykluczenia z postępowania przystępującego,
4. dokonał odrzucenia oferty przystępującego,
5. odtajnił wyjaśnienia przystępującego, dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, złożone w celu ustalenia czy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę,
6. dokonał czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oferty,

Oraz o przyznanie kosztów postępowania odwoławczego na rzecz odwołującego od zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia, jak i do złożenia odwołania. Odwołujący zainteresowany jest udzieleniem mu niniejszego zamówienia i dlatego złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o udzielenie mu zamówienia. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana jako druga w kolejności. W związku z naruszeniem przez zamawiającego powołanych wyżej przepisów ustawy odwołujący poniósł szkodę. Oferta przystępującego bezprawnie została uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą. Gdyby zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy to wykluczyłby przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu. Ponadto właściwe zastosowanie przez zamawiającego ustawy doprowadziłoby do odrzucenia oferty przystępującego jako oferty, która nie odpowiada treści siwz oraz zawiera rażąco niską cenę. Przez kwestionowane w odwołaniu czynności i zaniechania zamawiający pozbawił odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia zysku, który odwołujący zamierzał osiągnąć w wyniku realizacji niniejszego zamówienia.

Konsekwencją naruszenia przez zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy jest zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, a zatem wpłynęło to w istotny sposób na wynik niniejszego postępowania.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt. 2 i 3 ustawy, przez zaniechanie wykluczenia przystępującego, mimo że wykonawca ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu odnośnie wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków określony został w pkt. 6 siwz.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z zapisami pkt. 6 ppkt 6.2. (Lp. 2 tabeli) o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują osobami, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia: - minimum 2 osobami z ukończonym kursem operatora urządzenia do aplikacji oznakowania poziomego, - minimum 2 osobami z uprawnieniami w zakresie kierowania ruchem drogowym.

Z postanowień siwz wynika zatem, że wykonawca ubiegający się o zamówienie winien dysponować co najmniej 4 osobami, tj. 2 osobami z ukończonym kursem operatora urządzenia do aplikacji oznakowania poziomego i 2 osobami z uprawnieniami w zakresie kierowania ruchem drogowym. W siwz brak jest uregulowań, że te same dwie osoby posiadające ukończony kurs operatora urządzenia do aplikacji oznakowania poziomego mogą posiadać również uprawnienia w zakresie kierowania ruchem drogowym. Kierując się zasadami logicznego myślenia oraz doświadczenia życiowego przyjąć należy, że ze względu na konieczność równoczesnego wykonywania czynności przez te osoby w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia nie jest możliwe łączenie przez jedną osobę obu wyżej wskazanych funkcji.

Przystępujący załączył do oferty wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (załącznik nr 2), w którym wymienione zostały trzy osoby. Zdaniem odwołującego ponieważ przystępujący nie wykazał, że dysponuje co najmniej czterema osobami o wskazanych w siwz uprawnieniach nie spełnił warunku udziału w postępowaniu odnośnie dysponowania odpowiednimi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

W związku z tym w ocenie odwołującego przystępujący winien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt. 3 ustawy ponieważ nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnośnie dysponowania odpowiednimi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Ponadto odwołujący wskazał, że zgodnie z zapisami pkt. 6 ppkt 6.2. (Lp. 3 tabeli) o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonują, główne usługi, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, przynajmniej dwie usługi w zakresie oznakowania pionowego lub poziomego lub urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego świadczone w ramach bieżącego utrzymania lub w ramach zrealizowanej inwestycji. Łączna wartość wykonanych lub wykonywanych usług wskazanych w wykazie nie może być niższa niż 1.000.000,00 PLN brutto.

Jak wynika z pkt. 6, ppkt 6.6 siwz wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić

zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie (oryginał) tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

W celu wykazania wskazanego warunku udziału w postępowaniu przystępujący załączył do oferty wykaz usług (załącznik nr 4), w którym podał iż wykonał usługi na rzecz Eurovia Polska S.A. Oddział Śląsk Północ w Mysłowicach. Z załączonych przez przystępującego do wykazu referencji od wskazanego podmiotu wynika, że usługi, na które powołuje się przystępujący wykonała inna firma, tj. Unistop A. R.-G. z siedzibą w Czeladzi. Przystępujący nie wskazał firmy Unistop ani jako podmiotu ubiegającego się o zamówienie wspólnie z przystępującym ani jako jego podwykonawca (zgodnie z oświadczeniem zawartym w druku OFERTY pkt. 9: „NIE DOTYCZY”). Stosownie do zobowiązania do udostępnienia zasobów z dnia 23 lutego 2016r. firma „UNISTOP” A. R. zobowiązała się do udostępnienia przystępującemu wiedzy i doświadczenia dla potrzeb realizacji zamówienia oraz przekazania referencji - poświadczenia za zrealizowane roboty.

Firma „UNISTOP” w okresie realizacji zamówienia w odniesieniu do udostępnianej wiedzy i doświadczenia zobowiązała się do udzielania przystępującemu wszelkich konsultacji i doradztwa niezbędnych do należytej i zgodnej ze sztuką budowlaną realizacji prac niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, udostępnienia dokumentacji i innych nośników, na których utrwalono know-how firmy „UNISTOP” dotyczące sposobu realizacji usług analogicznych do przedmiotu zamówienia., zapewnienia wszelkich potrzebnych kontaktów ze specjalistami zatrudnionymi w „UNISTOP” oraz specjalistami będącymi współpracownikami tej firmy posiadającymi doświadczenie w zakresie realizacji usług analogicznych do przedmiotu zamówienia, bieżącego konsultowania przez specjalistów Firmy „UNISTOP” problematycznych zagadnień pojawiających się w trakcie realizacji zamówienia oraz nadzoru nad realizacją zamówienia.

Zdaniem odwołującego uwzględniając powołane dokumenty przystępujący nie potwierdził, że posiada wiedzę i doświadczenie w zakresie wymaganym przez zamawiającego w siwz, a sam nie posiada doświadczenia w wykonaniu usług wymaganych w siwz. Odwołujący wskazał, że w ugruntowanym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dominuje pogląd, że funkcją art. 26 ust. 2b ustawy nie jest wyłącznie umożliwienie wykonawcom wykazania warunków udziału w postępowaniu, lecz określenie wykorzystania tych zasobów przy wykonaniu zamówienia. Nie jest więc zgodne z przepisami ustawy dopuszczenie do oceny i wyboru oferty wykonawcy, który jedynie dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu składa zobowiązanie podmiotu, którego potencjał jest mu niezbędny na etapie procedury przetargowej, natomiast na etapie realizacji zamówienia zamierza zdać się na własne siły, które z punktu widzenia wymagań zamawiającego nie byłyby wystarczającymi dla uzyskania zamówienia (wyrok KIG z 18.11.2014r. KIO 2285/14, KIO 2328/14).

Zdaniem odwołującego przystępujący nie zapewnił sobie możliwości realnego polegania na zasobach wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego, tj. firmy „UNISTOP” A. R.-G. z siedzibą w Czeladzi.

Odwołujący odwołał się do wyroków KIO z dnia 20 grudnia 2013r., KIO 2846/13 oraz z dnia 5 stycznia 2015r., KIO 2685/14, wyrok z dnia 18 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2407/10, wyrok z dnia 9 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2359/10, z 17 maja 201 Or., KIO 790/10, z dnia 23 lipca 201 Or. KIO 1439/10), czy też doktrynie (por. Janusz Dolecki, Korzystanie z doświadczenia innych podmiotów, Zamówienia publiczne Doradca Nr 3/2012, s. 55-63) i podniósł, że o ile zasób wiedzy można przenieść w drodze szkoleń, konsultacji i doradztwa, o tyle zasób doświadczenia może być przeniesiony jedynie przez osobisty udział w realizacji zamówienia.

Taka właśnie sytuacja ma, zdaniem odwołującego, miejsce w niniejszej sprawie. Przedmiotowe postępowanie jest zamówieniem na usługi ale uwzględniając zakres przedmiotu zamówienia powołane wyżej orzecznictwo i poglądy niewątpliwie winny mieć również zastosowanie. Zamawiający w sposób jednoznaczny i precyzyjny określił w siwz warunki odnośnie wiedzy i doświadczenia wykonawców ubiegających się o zamówienie. Dla zamawiającego ważnym było, aby zamówienie zostało realizowane przez podmiot posiadający konkretne doświadczenie - wymagane w pkt. 6 ppkt 6.2. siwz. Konsultacje, doradztwo, czy też specjalistyczny nadzór podmiotu trzeciego, który złożył kategoryczne oświadczenie że jako podwykonawca nie będzie uczestniczył w realizacji zamówienia w ocenie odwołującego uznać należy za niewystarczające potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowania w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego ze względu na fakt, że treść oferty nie odpowiada treści siwz, to odwołujący wskazał, że w punkcie 3.2 siwz zamawiający określił, że podane w ofercie stawki na wszystkie czynniki cenotwórcze będą używane do rozliczania wszystkich wykonywanych prac, w związku z czym w każdej kalkulacji powtarzające się składniki cenotwórcze muszą mieć stałą wartość.

Przystępujący dokonał kalkulacji niezgodnie z powołanym punktem siwz, a w konsekwencji w sposób nieprawidłowy określił cenę ofertową. W poszczególnych kalkulacjach przystępujący przyjął różne ceny dla słupka ocynkowanego fi 60:

- kosztorys 2, str. 2, str. 10 oferty, Lp. 2, M - 15,25 zł
- kosztorys 6, str. 2, str. 22 oferty, Lp. 6, M - 10,00 zł
- kosztorys 6, str. 2, str. 22 oferty, Lp. 9, M - 15,25 zł

Przytoczone powyżej rozbieżności są, w ocenie odwołującego ewidentnie sprzeczne z warunkami prawidłowej kalkulacji określonymi w punkcie 3.2 oraz 13.4 siwz.

We wskazanych wyżej pozycjach chodzi o słupek wykonany z tego samego materiału czyli o takiej samej cenie za metr bieżący. Odwołujący podkreślił, że pozostali wykonawcy, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu nie popełnili tego rodzaju błędu i nie mieli wątpliwości, że słupki-materiał określone we wskazanych wyżej pozycjach kosztorysów stanowią powtarzający się składnik cenotwórczy.

Ponadto przystępujący błędnie obliczył wartości materiałów pomocniczych (kosztorys 1, str. 2, str. 7 oferty, Lp. 2.2.), gdzie wartość tę określił jako 0,5% od M, podczas gdy zgodnie z wzorami zamawiającego załączonymi do siwz powinna zostać obliczona jako 0,5% od R. Analogiczne błędy przystępujący popełnił w kosztorysie 5, str. 2, str. 19 oferty, Lp. 2.2., w kosztorysie 8, str. 2, str. 29 oferty, Lp. 2.2. oraz w kosztorysie 9, str. 2, str. 32 oferty, Lp. 2.2..Powołane nieprawidłowości w kalkulacjach wpłynęły na błędne określenie ceny.

Dokonanie przez przystępującego kalkulacji w sposób sprzeczny z zapisami siwz spowodowało błędne określenie ceny ofertowej za wykonanie zamówienia. Odwołujący wskazał, że cena ofertowa stanowiła podstawowe kryterium wyboru oferty. Ponadto brak było podstaw do poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego z powodu rażąco niskiej ceny, odwołujący podniósł, że pismem z dnia 4 kwietnia 2016r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez odwołującego oraz o odrzuceniu oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy z powodu rażąco niskiej ceny.

Na skutek odwołania złożonego przez przystępującego wyrokiem z dnia 29 kwietnia 2016r., sygn. akt KIO 553/16, Krajowa Izba Odwoławcza nakazała dokonanie unieważnienia czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty przystępującego i ponownego badania i oceny złożonych ofert.

W ocenie Izby uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty nie miało odzwierciedlenia w dokumentacji. Izba nie przychyliła się do tłumaczenia zamawiającego, że lakoniczność zawiadomienia o odrzuceniu oferty złożonej przez przystępującego ma swoje źródło w obawie zamawiającego przed uchyceniem tajemnicy zastrzeżonej przez tego wykonawcę. W ocenie Izby zamawiający ma obowiązek zawiadomić przystępującego o wszystkich powodach odrzucenia oferty zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt. 2 ustawy. W związku z tym Izba uwzględniła zarzut odnośnie niewyczerpującego sformułowania uzasadnienia faktycznego, które nie ma właściwego odzwierciedlenia w dokumentacji postępowania.

Mając powyższe na względzie w ocenie odwołującego w postępowaniu odwoławczym prowadzonym pod sygn. akt KIO 553/16, nie zostało kategorycznie przesądzone czy oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę czy też nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wykonując orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 kwietnia 2016r. zamawiający

ponownie zwrócił się, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, do wykonawców, tj. odwołującego oraz przystępującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia czy oferty wykonawców zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Oceniając treść złożonych przez wykonawców wyjaśnień zamawiający tym razem uznał, że oferta przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odwołujący nie ma możliwości jednoznacznego odniesienia się do wyjaśnień przystępującego odnośnie rażąco niskiej ceny oferty ze względu na utajnienie przez tego wykonawcę przedmiotowych informacji.

Niezależnie od powyższego odwołujący podniósł, że ceny wskazane w poszczególnych elementach kosztorysu złożonego przystępującego budzą poważne wątpliwości co do możliwości faktycznego wykonania usługi przez przystępującego powyżej kosztów własnych. Ceny podane w ofercie określone są na bazie wieloletniego doświadczenia w realizacji umów o przedmiocie tego samego rodzaju, a także dostępności do tanich materiałów. Odwołujący z racji posiadanego doświadczenia i stałej, wieloletniej współpracy z dostawcami towarów i materiałów, posiada dostęp do tańszych materiałów i ma pełne rozeznanie w cenach w tej branży. Oceniając ofertę przystępującego przez ten pryzmat zdaniem odwołującego stwierdzić należy, że przystępujący nie posiada doświadczenia w jakimkolwiek stopniu porównywalnego z praktyką odwołującego, a w konsekwencji jako wykonawca mało znany na rynku nie może posiadać wypracowanych porozumień z dostawcami zapewniających mu materiały w bardzo niskich cenach.

W związku z powyższym ceny podane w ofercie przystępującego w ocenie odwołującego są nierealne, a tym samym rażąco niskie. Ponadto odwołujący podniósł, że przystępujący składając wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy winien złożyć wyjaśnienia odnośnie poszczególnych jednostkowych kalkulacji oferty. Uwzględniając natomiast jedynie fragmentarycznie udostępnione informacje odnośnie wyjaśnienia kalkulacji ceny oferty przystępujący złożył wyjaśnienia jedynie odnośnie całego zadania, a nie poszczególnych cen jednostkowych oferty.

Za ofertę z rażą niską ceną uznaje się ofertę z ceną niewiarygodną i nierealistyczną w porównaniu do cen tynkowych podobnych zamówień, tj. cenę, wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Punktem odniesienia dla oceny, czy cena jest rażąco niska, jest przedmiot zamówienia i jego wartość. Oczywiście nie każda oferta z ceną niższą od wartości zamówienia, powiększonej o podatek VAT, automatycznie zawiera rażąco niską cenę. Ceny te należy bowiem odnieść także do cen ofert złożonych w danym postępowaniu, gdyż to dopiero one odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, kalkulowanych w tym samym czasie, a więc w tych samych warunkach gospodarczych. Samo istnienie różnic pomiędzy składanymi

ofertami jest naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla uznania, iż zaoferowana cena jest rażąco niska.

Odwołujący podkreślił, że przystępujący jest wykonawcą krótko działającym na rynku, bo dopiero od 2014 roku. Jak wynika z treści jego oferty w niniejszym postępowaniu oświadczył, że samodzielnie realizował będzie zamówienie, tj. bez udziału podwykonawców. Jak wyżej podnosił odwołujący, przystępujący samodzielnie nie posiada doświadczenia w realizacji usług w zakresie oznakowania pionowego lub poziomego urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego świadczonych w ramach bieżącego utrzymania lub w ramach zrealizowanej inwestycji w zakresie wymaganym przez zamawiającego w siwz, Właśnie z uwagi na brak doświadczenia oraz krótki okres funkcjonowania na rynku w ocenie odwołującego kalkulacja oferty przystępującego budzi poważne wątpliwości i uzasadnione podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny.

Z powołanych względów za niewiarygodne, zdaniem odwołującego, uznać należy również złożone przez przystępującego wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, do których jednak nie sposób odnieść się w sposób bardziej jednoznaczny i precyzyjny ze względu na odmowę ujawnienia odwołującemu przedmiotowych informacji.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 8 ust. 1-3 ustawy oraz art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez przystępującego wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W toku postępowania odwołujący pismami z dnia 16 marca 2016r., 18 marca 2016r. oraz 2 czerwca 2016r. zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie akt postępowania wraz z wyjaśnieniami złożonymi przez przystępującego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy.

Pismem z dnia 6 czerwca 2016r. zamawiający poinformował odwołującego, że przystępujący dokonał prawidłowego i skutecznego zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji zawartych w jej piśmie z dnia 25 maja 2016r., stanowiącym wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. W związku z tym zamawiający odmówił odwołującemu odtajnienia i udostępnienia części akt postępowania, które zostały utajnione przez przystępującego, udostępniając jednocześnie dokumenty, które nie mogły zostać skutecznie utajnione.

Zdaniem odwołującego informacje przystępującego zawarte w wyjaśnieniach dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nie stanowią w całości tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Objęcie niemalże całości takich wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa jest możliwe jedynie w przypadku wykazania (dokonanego wraz ze złożeniem wyjaśnień) przez wykonawcę, który dokonuje takiego zastrzeżenia, łącznego ziszczenia się przesłanek określonych w art. 11 ust.

4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. wykazania, że wszystkie informacje zawarte w wyjaśnieniach mają charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności.

W przypadku pierwszego warunku powszechnie przyjmuje się, że przepis ten wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa. Co do warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Natomiast informacja ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną. Natomiast odnośnie warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) wskazać należy, że podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony. Uwzględniając powyższe dokonane przez przystępującego zastrzeżenie niemalże całości wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest bezpodstawne. Zawarte w tych wyjaśnieniach informacje nie realizują łącznie ww. przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt: III CZP 74/05) zamawiający powinien odtajnić zastrzeżone informacje, co w niniejszym postępowaniu nie miało miejsca. W konsekwencji zamawiający naruszył przepisy ustawy, w szczególności zasadę jawności postępowania oraz wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji.

Zamawiający zupełnie bezkrytycznie podszedł do faktu złożenia oświadczenia o objęciu tajemnicą wyjaśnień rażąco niskiej ceny, podczas gdy winien dokonać realnej oceny ewentualnej zawartej w nich tajemnicy.

Odwolujący podniósł, że zasadą jest jawność postępowania, natomiast zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów stanowiących dokumentację postępowania jest wyjątkiem od tej zasady. Skoro zatem objęcie danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa jest wyjątkiem od podstawowej zasady zamówień publicznych, tj. zasady jawności, to należy w tym zakresie stosować zasadę zakazu wykładni rozszerzającej. W konsekwencji każde odejście od zasady jawności postępowań o udzielenie zamówienia powinno być traktowane bardzo wąsko, z koniecznością przedstawienia przez podmiot zastrzegający jawność oferty szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego spełnienia 3 przesłanek ustawowych

dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie może mieć natomiast miejsca domniemanie tajemnicy, czy też bezwzględnie przyjmowanie przez zamawiającego, że spełnione zostały przesłanki do zastrzeżenia danej informacji.

Wykonawca winien dokładnie wykazać jakie podjął kroki celem zachowania danej informacji w tajemnicy.

W świetle art. 8 ust. 3 ustawy wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4, w tym informacji dotyczących ceny. A zatem informacje odnośnie ceny ofertowej nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie odwołującego w tym przypadku chodzi zarówno o cenę ofertową ogłaszaną w trakcie jawnego otwarcia ofert, jak również o poszczególne kalkulacje odnośnie ceny ofertowej. O ile zrozumieliśmy jest utajnienie dołączonych przez przystępującego ofert złożonych mu przez jego potencjalnych dostawców, tak nie może mieć to zastosowania do praktycznie całości wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy.

Odwołujący podniósł, że niemożliwym jest ustosunkowanie się do treści oferty złożonej przez przystępującego bez analizy wyjaśnień odnośnie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Co do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez dokonanie wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej i zaniechanie czynności dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, to w ocenie odwołującego zamawiający winien prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Ponadto zamówienie winno być udzielone wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa.

W świetle wyżej przytoczonych argumentów przystępujący winien zostać wykluczony z postępowania, zaś oferta tego Wykonawcy winna zostać odrzucona. Odwołujący natomiast spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu. Oferta złożona przez odwołującego jest ważna, odpowiada treści siwz oraz jest zgodna z ustawą. W związku z tym jako ofertę najkorzystniejszą zamawiający winien wybrać ofertę odwołującego, która jest ofertą z najniższą ceną spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, złożoną przez wykonawcę, który nie podlega wykluczeniu z postępowania.

W dniu 10 czerwca 2016r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 13 czerwca 2016r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Fenix SR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Bronikowskiego 22A/33 wnosząc o oddalenie odwołania i wskazując na interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego polegający na obronie swojej pozycji jako wykonawcy wybranego oraz możliwość powstania szkody polegającej na utracie zysku

z realizacji przedmiotowego zamówienia. Zgłaszający podniósł, że znaczna część zarzutów odwołania jest spóźniona, gdyż odwołujący miał wiedzę o podnoszonych obecnie okolicznościach: niezgodności treści oferty wybranej z treścią siwz, niespełnieniu warunku wiedzy i doświadczenia przez wykonawcę wybranego oraz zaniechaniu odtajnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa na etapie poprzedniego wyboru oferty najkorzystniejszej, tym samym uchybił 10 – dniowemu terminowi wynikającemu z art. 182 ustawy. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 12 czerwca 2016r. udzielonego przez prokurenta samoistnego ujawnionego w odpisie z KRS załączonym do odwołania. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 13 czerwca 2016r.

W dniu 27 czerwca 2016r. przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. W zakresie zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia przystępującego i odrzucenia jego oferty z powodu jej niezgodności z treścią siwz, przystępujący podniósł, że zarzuty odwołania w tym zakresie są spóźnione i mogły być podniesione w ramach kwestionowania przez odwołującego pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 4 czerwca 2016r.. Termin na wniesienie tych zarzutów upłynął w dniu 14 czerwca 2016r., a odwołujący mimo, że był przystępującym w sprawie sygn. akt KIO 553/16 nie korzystał w tym zakresie ze środków ochrony prawnej. Dla poparcia swego stanowiska przystępujący powołał wyrok KIO z dnia 1 lipca 2014r. sygn. akt KIO 1241/14 i wyrok z dnia 18 czerwca 2015r. sygn. akt KIO 1165/15.

Odnosząc się merytorycznie do zarzutu zaniechania wykluczenia go z postępowania z powodu nie wykazania potencjału kadrowego, przystępujący podniósł, że w siwz nie było zakazu łączenia uprawnień operatora urządzania do aplikacji i osoby z uprawnieniami do kierowania ruchem. Nie stoi temu na przeszkodzie także opis przedmiotu zamówienia. Tym samym odwołujący wadliwie zinterpretował treść siwz. Wskazał na wyrok z dnia 24 czerwca 2010r. sygn. akt KIO 1096/10 i wyrok z dnia 29 stycznia 2009r. sygn. akt KIO/UZP 48/09.

Co do zarzutu zaniechania wykluczenia go z postępowania z powodu nie wykazania się wymaganą wiedzą i doświadczeniem, to wskazał, że w myśl art. 26 ust. 2b ustawy może powoływać się na zasoby innego podmiotu niezależnie do charakteru prawnego łączących go z podmiotem trzecim stosunków. Nie zgodził się z odwołującym, że jedyną realną możliwością przekazania wiedzy i doświadczenia jest podwykonawstwo. Na poparcie swego stanowiska powołał wyrok z dnia 1 czerwca 2015r. sygn. akt KIO 1007/15, wyrok z dnia 11 czerwca 2015r. sygn. akt KIO 1119/15, wyrok z dnia 10 lipca 2014r. sygn. akt KIO 1267/14, orzeczenie TSUE z dnia 7 kwietnia 2016r. sygn. akt C-324/14, wyrok TSUE z dnia 2 grudnia 1999r. sygn. akt C-176/98. Podkreślił, że sam posiada wiedzę o sposobie realizacji zamówień zbliżonych do przedmiotu zamówienia i w celu wskazał na 17 zrealizowanych przez siebie zamówień. Wskazał, że wobec faktu, że podmiot udostępniający zasób będzie

nadzorował wykonanie i konsultował prace udostępnienie ma charakter realny i gwarantuje należyte wykonanie zamówienia.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, to przystępujący stwierdził, że zarzut ten jest niezasadny, gdyż wskazane przez odwołującego pozycje kosztorysowe nie dotyczą tego samego słupka, a odróżnia je sposób przyspawania kotwy, w kosztorysie nr 2 do podwójnej kotwy, w kosztorysie nr 6 do kotwy pojedynczej. Nadto poz. nr 9 kosztorysu nr 6 nie dotyczy słupka ocynkowanego.

Odnosnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego jako zawierającej cenę rażąco niską, to przystępujący podniósł, że zarzuty odwołania opierają się wyłącznie na twierdzeniu, że skoro oferta przystępującego jest tańsza, to jest rażąco niska. Przystępujący wskazał na wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach sygn. akt XIX GA 175/10 z dnia 21 czerwca 2010r. oraz na wyrok KIO z dnia 19 maja 2015r. sygn. akt KIO 932/15. Przystępujący podkreślił, że na wezwanie zamawiającego złożył wyjaśnienia zawierające szczegółową kalkulację oraz dowody z postaci ofert handlowych od dostawców materiałów.

Co do zarzutu zaniechania odtajnienia wyjaśnień dotyczących elementów oferty przystępującego mających wpływ na cenę, to przystępujący wskazał, że wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż taki walor mają kalkulacje cenowe, co potwierdza orzecznictwo KIO np. wyrok z dnia 25 maja 2015r. sygn. akt KIO 936/15 i z dnia 27 stycznia 2015r. sygn. akt KIO 95/15, z dnia 3 lutego 2014r. sygn. akt KIO 77/14. Przystępujący wskazał, że odwołujący ma wiedzę, co do zaoferowanych cen, gdyż elementy cenotwórcze zostały podane w kosztorysach szczegółowych, a obecnie próbuje uzyskać wiedzę, w których elementach przystępujący zoptymalizował swoje koszty. Przedmiotem zastrzeżenia jest informacja, a sam odwołujący nie kwestionuje utajnienia ofert od pozyskanych dostawców, a skoro tak to nie powinien kwestionować skuteczności zastrzeżenia kalkulacji, które stanowią przeniesienie informacji z ofert dostawców. Przedstawione wyjaśnienia ceny rażąco niskiej w szczegółowy sposób przedstawiają wyliczenia elementów składowych, w zakresie w jakim wymagał tego zamawiający, tym samym ewentualne uwzględnienie zarzutu zaniechania odtajnienia wyjaśnień© nie będzie miało jakiegokolwiek wpływu na wynik prowadzonego postępowania.

W dniu 27 czerwca 2016r. odwołujący złożył pismo przygotowawcze i w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy w zakresie wadium żądał przeprowadzenia dowodów na okoliczność wykazania braku wadium w okresie związania ofertą, pomimo istnienia takiego obowiązku – zarzut ten wraz z wnioskami dowodowymi został cofnięty na rozprawie.

W odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny odwołujący podniósł, że zamawiający nie wziął pod uwagę, że cena przystępującego w zakresie malowania cienkobarwnego i frezowania jest rażąco niska, gdyż koszt farby i rozpuszczalnika jest nierealny. Dokumentacja z gminy Radomsko w ocenie odwołującego uzasadnia prawidłowość

kalkulacji tej ceny na poziomie ok. 14 zł. za metr brutto. Analogiczna sytuacja dotyczy cen słupka. Słupki produkuje firma, która ma zastrzeżony wzór słupka i sprzedaje go za cenę ok. 500zł./szt., a gniazdo do słupka to koszt ok. 400zł. zaś ceny zaproponowane przez przystępującego są poniżej ceny oferowanej przez producenta, to samo dotyczy progu zwalniającego, który od producenta kosztuje ok. 100zł., a przystępujący wskazał cenę 11zł. Co do zarzutu braku posiadanego doświadczenia, to odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z zaświadczenia ZUS z dnia 24 lutego 2016r. z którego wynika, że przystępujący nie zatrudniał pracowników, a więc nie dysponował potencjałem do realizacji zamówienia. Co do tajemnicy przedsiębiorstwa odwołujący podtrzymał dotychczasową argumentację, że przedmiotem zastrzeżenia nie może być całość wyjaśnień. W tym zakresie powołał wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 czerwca 2003r. sygn. akt IV CKN 211/01.

Zamawiający nie składał pisemnej odpowiedzi na odwołanie, w toku rozprawy wniósł o uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia przystępującego z powodu nie wykazania warunku wiedzy i doświadczenia, gdyż nie ma możliwości ponownego wezwania przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, a złożone zobowiązanie podmiotu trzeciego budzi wątpliwości, co do możliwości przekazania doświadczenia we wskazany w nim sposób. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz wraz z załącznikami, oferty przystępującego, dwóch wezwań kierowanych do przystępującego przez zamawiającego i dwóch udzielonych wyjaśnień wraz z załącznikami, pisma zamawiającego z dnia 6 czerwca 2016r. do odwołującego wraz z załącznikami, zaświadczenia z ZUS da Fenix SR z dnia 24 lutego 2016r., protokołu odbioru robót z dnia 6 maja 2016r. dla Miasta Radomsko i kosztorysu powykonawczego z tego dnia.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, że:

Z pkt. 3.2. siwz -Specyfika rozliczania usług wynika, że podane w ofercie stawki na wszystkie czynniki cenotwórcze (takie jak wartości roboczogodziny, kosztów pośrednich, zysku i ceny materiałów) - będą używane do rozliczania wszystkich wykonywanych prac ( będą brane jako czynniki składowe). W związku z powyższym w każdej kalkulacji powtarzające się składniki cenotwórcze muszą mieć stałą wartość - np. środek transportowy musi mieć tą samą wartość motogodziny, woda musi mieć tą samą cenę za metr sześcienny, w każdej kalkulacji. Wszystkie kalkulacje będą służyć jako baza do rozliczania usług. Kalkulacje mogą być wykorzystywane częściowo. Zamawiający posiada magazyn depozytowy z materiałami (w tym znakami drogowymi i urządzeniami brd), które może użyć do bieżącego utrzymywania oznakowania, wówczas wykonawca będzie zobowiązany do ich wykorzystania w ramach niniejszej umowy, a rozliczenie nie uwzględni ceny tych materiałów ani ich

transportu z magazynu zamawiającego (magazyn zlokalizowany jest na terenie Częstochowy). Podane szacunkowe ilości zamawianych usług służą jedynie określeniu zakresu zamierzonych usług, które na przestrzeni 3 lat mogą ulec znacznym zmianom. Wykonawca powinien tak kalkulować, wszystkie elementy cenotwórcze, aby wykonywać powierzone usługi rzetelnie, niezależnie od tego, które elementy kalkulacji będą wykorzystywane.

Z pkt. 4.7. wynika, że zamawiający nie wprowadził zastrzeżenia wskazującego na obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, przy czym zgodnie z pkt. 4.8. w przypadku powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom, Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę w DRUKU OFERTA części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podania przez wykonawcę nazw firm podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z pkt. 6.2. siwz o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki:

Ppkt. 2 - wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia:

- minimum 2 osobami z ukończonym kursem operatora urządzenia do aplikacji oznakowania poziomego;
- minimum 2 osobami z uprawnieniami w zakresie kierowania ruchem drogowym.

Ppkt 3. Wykaz usług

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonują, główne usługi, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, przynajmniej dwie usługi w zakresie oznakowania pionowego lub poziomego lub urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego świadczone w ramach bieżącego utrzymania lub w ramach zrealizowanej inwestycji. Łączna wartość wykonanych lub wykonywanych usług wskazanych w wykazie nie może być niższa niż 1.000.000,00 PLN brutto.

Zgodnie z pkt. 6.6. siwz wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności

przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie (oryginał) tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Zgodnie z pkt. 6.7.siwz w przypadku udostępnienia zasobów o których mowa wyżej, podmiot udostępniający będzie solidarnie odpowiadać wraz z wykonawcą za szkodę zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów zgodnie z art. 26 ust.2e ustawy-.

W myśl pkt. 6.8. jeżeli wykonawca, wykazując spełnienie warunków , o którym mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający żąda od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w pkt. 7.2 siwz (lub w pkt. 7.3.1 – 7.3.4 siwz - jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej).

W ramach pkt. 7.1. Zamawiający określił wymagane dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym:

Ppkt. 2 wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia

Na potwierdzenie spełnienia warunku do oferty należy załączyć wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami podpisany przez osobę/y uprawnioną/e sporządzony na podstawie załącznika nr 2 do siwz.

Ppkt 4. Wykaz usług

Warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca załączy do oferty podpisany przez osobę/y uprawnioną wykaz wykonanych lub wykonywanych głównych usług. Wykaz ma zawierać usługi wykonane lub wykonywane w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane. Do wykazu należy załączyć dowody, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Załącznik nr 4.

Dowodami tymi mogą być:

- poświadczenie albo;
- oświadczenie wykonawcy, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa powyżej.

W przypadku gdy zamawiający jest podmiotem, na rzecz którego usługi wskazane w wykazie zostały wcześniej wykonane, wykonawca nie ma obowiązku przedkładania dowodów, o których mowa powyżej.

Przez usługi główne uważane będzie wykonanie lub wykonywanie co najmniej dwóch usług w zakresie oznakowania pionowego lub poziomego lub urządzeń bezpieczeństwa ruchu

drogowego świadczonych w ramach bieżącego utrzymania lub w ramach zrealizowanej inwestycji. Łączna wartość wykonanych lub wykonywanych usług wskazanych w wykazie nie może być niższa niż 1.000.000,00 PLN brutto.

Zamawiający wymagał w pkt. 7.4.2. złożenia wykazu cen jednostkowych netto poszczególnych asortymentów usług

Wykaz zawierający kwoty jednostkowe za poszczególne rodzaje usług wraz z kalkulacjami. Wykaz wraz z kalkulacjami należy wypełnić, podpisać przez osoby (osobę) uprawnioną i w oryginale załączyć do oferty. Załącznik nr 7 do siwz.

Zgodnie z pkt. 11.14. siwz nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane w zakresie wskazanym w osobnym oświadczeniu dołączonym do oferty, które zawiera również uzasadnienie dla zastrzeżenia tych informacji. Część oferty, która zawiera te informacje należy umieścić w odrębnej kopercie oznaczonej napisem: „Informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa - POUFNE”. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy.

W myśl pkt. 13. Siwz - opis sposobu obliczenia ceny

13.1. Ceny jednostkowe asortymentów usług należy podać w złotych polskich, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

13.2. Kalkulacje ofertowe należy wykonać w formie kosztorysu w oparciu o cenniki KNR poszczególnych asortymentów usług ujęte w załączonych kalkulacjach. Należy je wypełnić i załączyć do oferty razem z czynnikami cenotwórczymi: stawka roboczogodziny i wartości narzutów Kp., Kz, Z.

13.3. Ceny jednostkowe poszczególnych asortymentów powinny wynikać z kalkulacji dla danej pozycji oraz wskaźników cenotwórczych (Rg., M, S, Kp., Kz, Z) przy zastosowaniu których powyższe kalkulacje sporządzono.

13.4. W każdej kalkulacji powtarzające się składniki cenotwórcze muszą mieć stałą wartość - np. środek transportowy musi mieć tą samą wartość motogodziny, woda musi mieć tą samą cenę za m<sup>3</sup>, w każdej kalkulacji.

13.5. W koszty pośrednie należy wkalkulować: w szczególności w koszty pośrednie wkalkulowane są:

- 1) koszty transportu obejmujące również objazdy oznakowania raz na 6 miesięcy;
- 2) koszty przewozu materiałów związanych z wykonywaniem usługi (znaków i urządzeń brd) z i do magazynu wskazanego przez zamawiającego;
- 3) każdorazowe oznakowanie wykonywanych prac w pasie drogowym wg. zatwierdzonego projektu organizacji ruchu związanego z prowadzeniem utrzymania

oznakowania pionowego, poziomego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego wraz z kosztem ww. projektu;

4) wykonania fotografii dla wszystkich wykonywanych prac - stanu oznakowania przed przystąpieniem do robót i po ich zakończeniu (z datą zakończenia). Ich archiwizacji w postaci pliku elektronicznego. Pliki elektroniczne z ww. fotografiami należy sortować w miesięczne raporty i wraz ze szczegółowymi obmiarami robót i kosztorysami (w formie umożliwiającej jego edycję w programie „Norma”) przekazać w formie elektronicznej zamawiającemu;

5) koszty utylizacji materiałów, które nie będą wykorzystane w dalszej eksploatacji (materiały te łącznie ze złomem przejmuje na własność wykonawca).

13.6. Wykonawca nie może podawać w wykazie cen jednostkowych ceny 0 (zero), ani uwzględniać upustów.

13.7. W okresie realizacji przedmiotu zamówienia nie przewiduje się zmian cen jednostkowych zaproponowanych w wykazie cen (załącznik nr 7).

13.8. Cena oferty musi zawierać wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia.

13.9. W cenie należy uwzględnić wszystkie wymagania określone w niniejszej specyfikacji istotnych warunków oraz wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia. Między innymi cena musi zawierać następujące koszty: organizacji ruchu, wykonania oznakowania na czas prowadzonych usług i wszelkie inne koszty niezbędne do wykonania zamówienia.

Zamawiający opracował Załącznik nr 7 do siwz zawierający wykaz cen jednostkowych (ceny nie zawierające podatku VAT) z dołączonymi kalkulacjami na poszczególne rodzaje usług oraz załącznik nr 9 w którym określił jako kryterium oceny ofert m.in. Montaż z materiałem słupka ocynk. fi 60mm o wadze - 11%.

Z oferty przystępującego wynika, że w pkt. 8 formularza ofertowego nie zastrzegł tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie.

W pkt. 9 oświadczył, że nie dotyczy go realizowanie zamówienia przy udziale podwykonawców. W pkt. 10 oświadczył, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, powołuje się na zasoby podwykonawców wskazanych poniżej: Unistop A. R.- G., 41-250 Czeladź, ul. Lwowska 1.

W kosztorysie nr 1 w pkt. 2.2. M materiały pomocnicze 0,5% (od M) przystępujący obliczył na 0,00.

W kosztorysie nr 2 w pkt. 1.2 m Słupki z rur ocynk fi 60 mm 1m/mb\* 15,25zł./m koszt jednostkowy 15,25

W kosztorysie 5 w pkt. 2.2. M materiały pomocnicze 5% (od M) przystępujący obliczył na 0,00.

W kosztorysie nr 6 w pkt. 1.6 M słupki ocynkowany rozmiar fi 60mm 0,875 mb/mb 810,00zł/mb, koszt jednostkowy 8,75zł.

W kosztorysie nr 6 w pkt. 1.9. M słupek do znaków dróg. z rur stalowych 1m/mb\* 15,25zł/m, koszt jednostkowy 15,25

W kosztorysie nr 8 w pkt. 2.2.M materiały pomocnicze 0,5% (od M) przystępujący obliczył na 0,00.

W kosztorysie nr 9 w pkt. 2.2M materiały pomocnicze 5% (od M) przystępujący obliczył na 0,00.

W wykazie osób przystępujący wskazał R. C. jako kierownika robót, S. R. jako nadzór nad oznakowaniem poziomym/operator malowarki, M. M. jako operatora malowarki.

W wykazie usług przystępujący wskazał bieżące utrzymanie oznakowania pionowego , poziomego, urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego wykonane za cenę 1 181 807,30zł. w okresie 03.01.2013-30.11.2015r. na rzecz Eurovia Polska SA oraz wykonanie i montaż oznakowania docelowego za cenę 454 239,20zł. w okresie 03.03.2014-02.07.2014 na rzecz Eurovia Polska SA.

Obie usługi są doświadczeniem użyczonym od Unistop A. R.-G., która zobowiązała się do udostępnienia wiedzy i doświadczenia dla potrzeb realizacji zamówienia- przekazania referencji - poświadczenia za zrealizowane roboty-Wykonanie oznakowania pionowego, poziomego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego w okresie od 23 lutego 2016r. do 31 grudnia 2018r. Jako sposób wykorzystania zasobów wskazano wiedza, doświadczenie, doradztwo.

W dniu 3 marca 2016r. zamawiający wezwał przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, gdyż oferta jest niższa o 59,48% od wartości szacunkowej zamówienia brutto i o 31,72% od średniej arytmetycznej złożonych ofert. Wątpliwości zamawiającego budziły zarówno cena oferty ogółem jak i wycena poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego tj. poz. 1-5, 7-9 załącznika nr 7 złożonego do oferty. Nasto zamawiający wezwał w zakresie spornym do wyjaśnienia podstaw dysponowania potencjałem kadrowym, wezwał do złożenia wyjaśnień czy wykonawca zamierza zrealizować zamówienie samodzielnie czy przy udziale podwykonawców oraz oświadczył, że poprawił omyłki zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt. 3 w zakresie pozycji kosztorysu 1 i materiałów pomocniczych liczonych od M, podczas gdy powinno być liczone od R i uwzględnił konsekwencje rachunkowe takiego obliczenia w kosztorysie, w kosztorysie nr 5, 8 i 9 w takim samym zakresie oraz uwzględnił konsekwencje rachunkowe dokonanej poprawy w załączniku nr 7 załączonym do oferty. W dniu 7 marca 2016r. przystępujący wyraził zgodę na poprawienie tych omyłek.

W dniu 11 marca 2016r. przystępujący uzupełnił dokumenty oraz wyjaśnił elementy oferty mające wpływ na cenę, a także złożył inne wyjaśnienia wymagane przez zamawiającego.

W ramach wyjaśnień złożył kalkulacje cenowe co do kwestionowanych przez zamawiającego pozycji załącznika nr 7 wskazując na sposób kalkulacji i przyjęte założenia, wyjaśnił dlaczego uważa zastrzeżone informacje za tajemnicę swojego przedsiębiorstwa, a także

załączył dowody w postaci ofert handlowych mające uzasadniać prawidłowość kalkulacji i innych kosztów ponoszonych przez przystępującego. W treści wyjaśnień wskazywał na okoliczności mu sprzyjające umożliwiające wykonanie zamówienia za kalkulowaną cenę, a także wskazywał na fakt osiągnięcia zysku z realizacji zamówienia.

W dniu 19 maja 2016r. zamawiający wezwał przystępującego do wyjaśnień dotyczących treści oferty, w tym złożenia dowodów i wyjaśnienia:

- w oparciu o jakie dokumenty źródłowe przyjęto przy ustalaniu kosztów robocizny wydajność przekraczającą 40% w odniesieniu do norm KNR,
- dlaczego przyjęto w złożonych wyjaśnieniach, że roboty będą wykonywane przez dwie osoby, w sytuacji, gdy realizacja robót wymaga zabezpieczenia gotowości 24 godziny, a zakres prac (nawet przy zachowaniu ciągłości robót) wymaga wg zamawiającego zatrudnienia minimum 6 pracowników plus nadzór
- w oparciu o jakie materiały przyjęto, że dojazd do miejsca ustawienia znaku drogowego wynosić będzie średnio 2 km - biorąc pod uwagę lokalizację „bazy sprzętu” przyjęte założenia zabezpiecza ok. 15% Miasta Częstochowa,
- budzi wątpliwość przyjęta cena za 1 km pracy samochodu dostawczego w wysokości 1,00zł. (czy w tej cenie ujęto amortyzację, paliwo, naprawy, remonty, ubezpieczenie),
- w oparciu o jakie parametry ustalono wartość paliwa zużytego na 1 mg (w której pozycji ujęto amortyzację, dowóz na teren prac urzędzeń i ich ubezpieczenie)
- wyjaśnienie faktu, dlaczego wykazano inne wartości w zakresie cen jednostkowych R, S, M w załączonych do oferty kalkulacjach, a inne w złożonych wyjaśnieniach,
- wyjaśnienie wysokości kosztów ogólnych na poziomie 10% (wielokrotnie różnych od średnich w branży budowlanej na usługach wykonywanych poza siedzibą firmy) oraz kosztów zakupu 0,001% w sytuacji gdy główny dostawca firma Unistop nie zapewnia transportu na teren bazy w Częstochowie,
- potwierdzenie, że zaoferowana cena słupka ozdobnego fi 90 dotyczy słupków opisanych w siwz i że są to słupki dokładnie takie jak stosowane w Alejach NMP w Częstochowie, nadto zamawiający wskazał, że w zobowiązaniu innego podmiotu nie sprecyzowano sposobu udostępnienia wiedzy, doświadczenia, doradztwa i brak jest informacji o solidarnej odpowiedzialności z wykonawcą za szkodę zamawiającego wynikłą z nieudostępnienia zasobów.

W dniu 25 maja 2016r. przystępujący złożył wyjaśnienia w których odpowiedział na zadane przez zamawiającego pytania dokonując szczegółowych wyliczeń, jak również załączył dowody na poparcie swego stanowiska, jednocześnie załączył nowe zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów, z którego wynika, że w ramach udostępnienia wiedzy i doświadczenia zobowiązuje się do

1. udzielenia przystępującemu konsultacji i doradztwa niezbędnych do należytej i zgodnej ze sztuką budowlaną oraz niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia,
  2. udostępnienia przystępującemu dokumentacji i innych nośników na których utrwalono know-how Unistop dotyczące sposobu realizacji usług analogicznych do przedmiotu zamówienia,
  3. zapewnienia przystępującemu wszelkich potrzebnych kontaktów ze specjalistami zatrudnionymi w Unistop oraz będącymi współpracownikami Unistop posiadającymi doświadczenie w zakresie realizacji usług analogicznych do przedmiotu zamówienia,
  4. bieżącego konsultowania przez specjalistów Unistop problematycznych zagadnień pojawiających się w trakcie realizacji zamówienia,
  5. nadzoru nad realizacją zamówienia przez firmę Unistop przez cały okres realizacji.
- Unistop oświadczył, że nie będzie brał udziału w realizacji części zamówienia.

W dniu 6 czerwca 2016r. zamawiający odtajnił i udostępnił odwołującemu str. 2 i 3 wyjaśnień z dnia 25 maja 2016r. złożonych przez przystępującego oraz uzupełnione zobowiązanie firmy Unistop.

Z zaświadczenia z ZUS da Fenix SR z dnia 24 lutego 2016r. wynika, że na dzień 24 lutego 2016r. przystępujący nie był płatnikiem składek, zaś z tytułu istniejącego do dnia 28 lutego 2016r. obowiązku opłacania składek na ubezpieczenia społeczne, zdrowotne, Fundusz Pracy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych nie posiada zaległości według stanu na dzień 24 lutego 2016r. Z protokołu odbioru robót z dnia 6 maja 2016r. dla Miasta Radomsko i kosztorysu powykonawczego z tego dnia wynika, że odwołujący wykonał na rzecz Miasta Radomsko oznakowanie cienkwarstwowe poziome za cenę 14,15 zł./m<sup>2</sup>.

Izba oceniła wyjaśnienia ceny rażąco niskiej z dnia 11 marca 2016r. i 25 maja 2016r. jako spójne, niesprzeczne i wiarygodne. Przystępujący szczegółowo przedstawił kalkulację kosztów pracowniczych – str. 3-7 wyjaśnień z dnia 11 marca 2016r. rozbijając je na rodzaje prac, podając nakłady pracy i wysokość miesięcznego wynagrodzenia pracownika przyjętą do kalkulacji (wartość ta jest wyższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę), wyjaśnił także dlaczego przyjął takie a nie inne nakłady pracy i ilości pracowników oraz jaką ilość pracowników założył do wykonania zamówienia i w jaki sposób te osoby będą wykorzystywane – str. 4- 7 wyjaśnień z dnia 25 maja 2016r., wykazał także swoją kalkulację dotyczącą kosztów pracy samochodu dostawczego, paliwa – str. 8-9 wyjaśnień z dnia 11 marca 2016r. oraz wskazał założenia przyjęte do kalkulacji transportu str. 8 wyjaśnień z dnia 25 maja 2016r. , a także obliczył dodatkowe koszty związane z transportem takie jak koszty eksploatacyjne, ubezpieczenia, przeglądy techniczne – str. 8-10 wyjaśnień z dnia 25 maja 2016r. Przystępujący przedstawił także koszty zakupu materiałów popierając je dowodami, z których w zakresie kwestionowanym przez odwołującego prawidłowość kalkulacji potwierdzają załącznik nr 1 do wyjaśnień z dnia 11 marca 2016r., w tym dla gniazda słupka

ozdobnego pkt. 1, słupka do znaku drogowego 60 mm pkt. 3, słupka do ogrodzenia ocynkowanego 60 mm pkt. 10, progu zwalniającego pkt. 15, załącznik nr. 2 dla farby do znakowania dróg pkt. 4, mikrokulek pkt. 5, rozcieńczalnika pkt. 6. Załączniki te to oferty uzyskane przez przystępującego przed upływem terminu składania ofert. Przystępujący podał także koszt najmu pomieszczeń dowodząc go załącznikiem nr 4. Nadto w wyjaśnieniach z dnia 25 maja 2016r. przystępujący przedstawił także kalkulację dotyczącą pracy innych urządzeń niż samochód dostawczy. Na poparcie kosztów związanych ze sprzętem przedstawił załączniki nr 1 – 9 potwierdzające założenia przyjęte w kalkulacji. W wyjaśnieniach z dnia 25 maja 2016r. przystępujący wyjaśnił także przyjętą przez niego wysokość kosztów ogólnych i zysku, a także złożył oświadczenie poparte załącznikami nr 10-12, co do rodzaju słupka ozdobnego, który oferuje. Biorąc powyższe pod uwagę Izba oceniła, że złożone wyjaśnienia nie są gołosłowne, zostały poparte dowodami i szczegółowo przedstawiają założenia jakie przyjął przystępujący przy kalkulacji oferty. Brak jest dowodów przeciwnych pozwalających Izbie na ocenę realności złożonych przystępującemu ofert pod kątem ewentualnej ceny dumpingowej. W świetle powyższego Izba ustaliła, że przystępujący na wezwanie zamawiającego złożył wyjaśnienia i wyjaśnienia te nie potwierdzały, że zaferowana przez przystępującego cena jest ceną rażąco niską.

Izba oceniła, że wyjaśnienia z dnia 11 marca 2016r. i 25 maja 2016r. zawierają informacje przede wszystkim o charakterze organizacyjnym tj. przyjętych normach i sposobie wykonywania prac, ponoszonych kosztach związanych z wykorzystaniem sprzętu, najmem pomieszczeń, czy kosztami materiałów oraz o sposobie wyliczenia ceny, w ocenie Izby dokument ten pokazuje jak przystępujący zamierza wykonywać prace, w jaki sposób ją zorganizuje, jakie założył koszty, narzuty i zysk oraz jak je rozdzielił i dlaczego. Sam odwołujący nie widział w odwołaniu przeszkód w zastrzeżeniu informacji wynikających z dowodów załączonych do wyjaśnień, a w ocenie Izby skoro dowody stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, to również informacje zawarte w wyjaśnieniach, które przenoszą informacje zawarte w dowodach i podstawiają je do przedstawianych wyliczeń, również mają walor wartości gospodarczej, co więcej same dowody na ponoszenie określonych kosztów nie dają wiedzy co do tego, jak te koszty będą rozłożone w ramach realizacji zamówienia, dopiero w powiązaniu z założeniami przyjętymi przez wykonawcę, co do kalkulacji ceny ofertowej tworzą zbiór informacji pozwalający na ustalenie, jak wykonawca podszedł do wyceny ceny oferty, gdzie mógł skorzystać ze sprzyjających mu okoliczności, czy zastosował innowacyjne rozwiązanie. Tym samym w ocenie Izby wyjaśnienia zawierające szczegółową kalkulację ceny ofertowej zawierają informacje o charakterze organizacyjnym i mającym wartość gospodarczą, co stanowi wypełnienie pierwszej z przesłanek, o której mowa w art. 11 ust. 4 ustawy znk. Natomiast ze złożonych wyjaśnień, co do podstaw utajnienia wynikają jedynie ogólnikowe stwierdzenia, co do tego w jaki sposób przystępujący podejmuje

czynności w celu zachowania poufności tych informacji. Na okoliczność wdrożenia procedur z pracownikami, które opisał przystępujący nie przedstawiono jakichkolwiek dowodów, a w ocenie Izby sam fakt wydzielenia informacji w ramach wyjaśnień i opatrzenia ich klauzulą poufności bez wykazania, że informacje te nie mogą być znane ogółowi z uwagi na szczególny reżim obiegu informacji u przystępującego nie jest wystarczające dla wypełnienia przesłanki z art. 11 ust. 4 uzk. Również sama wola przystępującego co do zachowania poufności bez wykazania rzeczywistego jej wdrożenia nie stanowi wypełnienia tej przesłanki.

Odwołujący na rozprawie wniósł o dopuszczenie dowodu z referencji w zakresie 17 pozycji wymienionych w piśmie przygotowawczym przystępującego na okoliczność wykazania faktu, że przystępujący nie dysponuje wymaganym przez zamawiającego doświadczeniem. Wniósł o zobowiązanie przystępującego do przedłożenia tych referencji. Wniósł także o dopuszczenie dowodu z umów zlecenia i umowy o pracę zawartych przez przystępującego z osobami wskazanymi w wykazie osób zdolnych do wykonania zamówienia na okoliczność wykazania faktu, że przystępujący nie dysponuje osobami zdolnymi do wykonania przedmiotowego zamówienia, w tym także nie dysponuje ilością 3 osób, gdyż, jak oświadczył, wykonywać zamówienie będą 2 osoby. Wniósł o zobowiązanie przystępującego do przedłożenia tych umów.

Izba postanowiła, oddalić wnioski dowodowe odwołującego. W zakresie wniosku dowodowego odwołującego o przeprowadzenie dowodu z referencji w zakresie 17 pozycji wymienionych w piśmie przygotowawczym przystępującego na okoliczność wykazania faktu, że przystępujący nie dysponuje wymaganym przez zamawiającego doświadczeniem oraz o zobowiązanie przystępującego do przedłożenia tych referencji, a także o dopuszczenie dowodu z umów zlecenia i umowy o pracę zawartych przez przystępującego z osobami wskazanymi w wykazie osób zdolnych do wykonania zamówienia Izba podziela stanowisko przystępującego, że powołane dowody nie służą udowodnieniu okoliczności mieszczących się w granicach podniesionych zarzutów i mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia. Co do referencji, to przedmiotem zarzutu nie jest własne doświadczenie przystępującego, a to czy realnie jest udostępnienie doświadczenia przez przeniesienie know-how, konsultacje i doradztwo, zaś co do umów z osobami mającymi wykonywać zamówienie, to nie został postawiony zarzut nieprawdziwych informacji, a jedynie zarzut sprowadza się do ustalenia treści siwz względem której ma być ocenione spełnianie warunku udziału w postępowaniu, tj. czy siwz wymagała wykazania minimum 2 czy 4 osób do realizacji zamówienia.

W ocenie Izby wyrok w sprawie sygn. akt KIO 553/16 nie dokonał merytorycznego rozstrzygnięcia w przedmiocie bezprawnego odrzucenia oferty przystępującego z powodu złożenia oferty zawierającej cenę rażąco niska, ale skupił się na bezprawności sporządzonej informacji o podstawach faktycznych i prawnych dokonanej odrzucenia, w szczególności

na ich niedookreśleniu, a także na możliwości ponownego żądania wyjaśnień złożonych w dniu 11 marca 2016r. przez przystępującego w zakresie budzącym wątpliwości zamawiającego. W konsekwencji Izba uznała, że nie ma przeszkód do badania zasadności zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z uwagi na zaoferowanie ceny rażąco niskiej. Nadto wybór oferty przystępującego był kolejną czynnością zamawiającego dokonaną po uwzględnieniu okoliczności faktycznych wynikających z wyjaśnień przystępującego złożonych w dniu 25 maja 2016r.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszenie przystąpienia spełnia wymagania formalne wynikające z art. 185 ust. 2 ustawy

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania. Izba nie podzieliła argumentacji przystępującego, co do spóźnienia części zarzutów podniesionych w odwołaniu. Izba wzięła pod uwagę, że w dniu 4 kwietnia 2016r. zamawiający zawiadomił o wyborze oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty przystępującego. W dacie dokonywania tej czynności odwołujący nie miał interesu w kwestionowaniu zasadności odrzucenia oferty przystępującego przez zwiększenie podstaw faktycznych i prawnych tego odrzucenia, gdyż pogłębienie stanu odrzucenia oferty przystępującego nie wpływało bezpośrednio na interes odwołującego i możliwość poniesienia przez niego szkody. Nadto, nawet gdyby takie zarzuty zostały sformułowane i były uwzględnione, to nie mogłyby prowadzić do uwzględnienia odwołania, z uwagi na treść art. 192 ust. 2 ustawy, gdyż wynik postępowania nie uległby zmianie. Dodatkowo podnosząc te zarzuty odwołujący narażałby się na utratę możliwości podniesienia ich w przyszłości z uwagi na treść art. 189 ust. 2 pkt. 4 ustawy. Dodatkowo Izba wzięła pod uwagę treść art. 182 ust. 1 ustawy, zgodnie z którą podstawą wniesienia odwołania jest czynność zamawiającego, w tym przypadku ponowny wybór oferty najkorzystniejszej.

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

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt. 2 i 3 ustawy, przez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania pomimo, że przystępujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu odnośnie wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia

Zarzut zasługuje na uwzględnienie częściowo. Przepis art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy nakazuje zamawiającemu wykluczyć z postępowania wykonawcę, który nie wykazał spełniania

warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

2) posiadania wiedzy i doświadczenia;

3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Odwołujący zakwestionował wykazanie przez przystępującego warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, gdyż uznał, że z treści pkt. 6.2. tabela 2 lp. 2 wynika, że wykonawcy mieli obowiązek wykazać się minimum 4 osobami tj. minimum 2 osobami z ukończonym kursem operatora urządzenia do aplikacji oznakowania poziomego i minimum 2 osobami z uprawnieniami w zakresie kierowania ruchem drogowym. Dla oceny postawionego zarzutu w pierwszej kolejności należało ustalić treść siwz, co Izba dokonała wyżej. Z ustalonej treści wynika, że pomiędzy sformułowaniami „minimum 2 osobami z ukończonym kursem operatora urządzenia do aplikacji oznakowania poziomego”, a „minimum 2 osobami z uprawnieniami w zakresie kierowania ruchem drogowym” zamawiający nie użył spójników, ale posłużył się przecinkiem. Zamawiający opisując sposób dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu nie użył słowa „łącznie”, ani nie przewidział zakazu łączenia funkcji operatora urządzenia do aplikacji i osoby uprawnionej do kierowania ruchem drogowym. Z żadnego przepisu obowiązującego prawa również nie wynika zakaz łączenia tych funkcji. W świetle powyższego w ocenie Izby treść siwz była jednoznaczna i nie zawierała nakazu wykazania się dysponowaniem minimum 4 osobami po dwie na każdą z przewidzianych przez zamawiającego funkcji. Przeciwna interpretacja nie wynika wprost z treści siwz. W tej sytuacji brak było podstaw do uznania, że przystępujący, który wykazał trzy osoby, w tym jedną zarówno jako osobę do kierowania ruchem jak i operatora malowarki nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się u zamawiającego zaniechania zastosowania art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt. 3 ustawy. Odwołujący na rozprawie cofnął zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania z powodu braku wniesienia wadium na cały okres związania, tym samym zarzut ten nie podlegał rozpoznaniu, a jedynie na marginesie Izba zauważyła, że został sformułowany dopiero w dniu 27 czerwca 2016r. w piśmie przygotowawczym odwołującego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt. 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy zasługuje na uwzględnienie. Z ustaleń stanu faktycznego wynika, że firma UNISTOP udostępniła przystępującemu swoje doświadczenie, ale nie będzie uczestniczyć w realizacji części zamówienia, zaś udostępnienie zasobów nastąpi przez doradztwo, konsultacje, nadzór, przekazanie know-how oraz umożliwienie konsultacji ze specjalistami udostępniającego. W ocenie Izby taki sposób przekazania doświadczenia nie świadczy o

realnej możliwości korzystania z doświadczenia udostępnionego przez przystępującego w toku realizacji przedmiotowego zamówienia. Należy wskazać, iż doświadczenia nie można samodzielnie zbyć, ani w inny sposób zadysponować nim przenosząc go na określony podmiot. Wynika to z tego, iż posiadanie doświadczenia jest kwestią faktu, nie zaś prawa. Doświadczenie stanowi indywidualny dorobek przedsiębiorstwa, na który składa się ogół wiadomości oraz umiejętności zdobytych w toku prowadzonej działalności gospodarczej. W tej sytuacji doświadczenie dzieli zawsze byt prawny przedsiębiorstwa. Stąd też, dla wykazania dysponowania odpowiednimi zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełnienia warunków wiedzy i doświadczenia niezbędne może być powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonywaniu części udzielanego zamówienia. Taki sposób wykładni art. 26 ust. 2b ustawy wpisuje się zarówno w orzecznictwo TSUE, w tym w powołany przez przystępującego wyrok w sprawie D. A., gdzie wbrew stanowisku przystępującego, TSUE stanęło na stanowisku, że udział w realizacji zamówienia podmiotu udostępniającego zasoby świadczy o realnym udostępnieniu, natomiast udostępnienie zasobów w inny sposób może być dopuszczalne w szczególnych wyjątkowych okolicznościach. Taką wykładnię potwierdza także analiza nowej dyrektywy 2014/24/WE, gdzie w art. 63 ust. 1, że w odniesieniu do kryteriów dotyczących stosownego doświadczenia zawodowego wykonawcy mogą jednak polegać na zdolności innych podmiotów tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie których takie zdolności są niezbędne. Przepis ten wprowadzicie nie ma bezpośredniego zastosowania w niniejszej sprawie, gdyż postępowanie zostało wszczęte przed upływem okresu implementacji dyrektywy, jednak należy je traktować jako pewną wytyczną interpretacyjną, co do prounijnej wykładni art. 26 ust. 2b ustawy. W tym stanie rzeczy Izba nie podziela stanowiska przystępującego, że przeniesienie doświadczenia przez osobisty udział w realizacji zamówienia przez podmiot trzeci nie powinno być odnoszone do usług. Mając zatem powyższe Izba uwzględniła zarzut odwołującego i stwierdziła, że zamawiający dopuścił się naruszenia 24 ust. 2pkt 4 ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy. W ocenie Izby w dniu 19 maja 2016r. zamawiający wezwał przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy do uzupełnienia wykazu usług i dokumentu, wyraźnie wskazując, że na etap dokonanego badania wykaz i dokument nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu i żądając uzupełnienia lub wyjaśnienia w tym zakresie. Przystępujący podjął decyzję o uzupełnieniu zobowiązania innego podmiotu jako potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Tym samym ponowne zastosowanie instytucji art. 26 ust. 3 ustawy przeczyłoby wyjątkowości tegoż przepisu i stanowiło naruszenie zasady jednokrotności wzywania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 1 i art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego ze względu na fakt, że treść oferty nie odpowiada treści siwz

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy zamawiający odrzucenia ofertę jeśli jest niezgodna z ustawą, zaś w myśl ust. 2 tegoż przepisu ustawy zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści siwz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy. Co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy to odwołujący nie wskazał przepisu ustawy, z którym złożona oferta byłaby niezgodna. O niezgodności oferty z ustawą można mówić np. w sytuacji, gdy oferta nie została złożona w formie pisemnej (rygor nieważności z art. 82 ust. 2 ustawy), wykonawca złożył więcej niż jedną ofertę w tym samym postępowaniu – art. 82 ust. 1 ustawy. Natomiast w przedmiotowej sprawie zarzut nie został skonkretyzowany i w konsekwencji Izba uznała go za niepodniesiony, gdyż nie opisano stanu faktycznego, w którym odwołujący dopatruje się naruszenia konkretnego przepisu ustawy, ani nie wskazano jaki konkretnie przepis ustawy został naruszony złożeniem oferty przez przystępującego. Natomiast dla zastosowania normy art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy konieczne jest ustalenie bezspornej treści siwz i podstawienie pod ten wzorzec treści złożonej oferty. Jak wynika z kosztorysów inwestorskich ślepych nr 2 i 6 rzeczywiście oba kosztorysy dotyczą słupków ocynkowanych o fi 60 mm i rzeczywiście zgodnie z pkt. 3.2 siwz zamawiający wymagał dla tych samych materiałów zaoferowania jednakowych cen jednostkowych z racji sposobu rozliczenia oferty – kosztorysowego. Jednak jak przyznał ostatecznie na rozprawie zamawiający i jak to wynika z opisu pozycji 1 obu kosztorysów słupki rzeczywiście jest ocynkowany o fi 60 mm, ale w pierwszym przypadku jest przyspawany do podwójnej kotwy o dł. 30 cm, zaś w kosztorysie nr 6 do pojedynczej kotwy, co w ocenie Izby pozwala dać wiarę wyjaśnieniom zamawiającego i przystępującego, że obu kosztorysach występowały różne słupki, a w konsekwencji pkt. 3.2. siwz nie miał zastosowania w odniesieniu do nich. W tej sytuacji Izba stwierdziła, że różnice w cenie pomiędzy poz. 2 kosztorysu nr 2 i poz. 6 kosztorysu nr 6 nie pozostawały w sprzeczności z pkt. 3.2. siwz, zaś pkt. 9 kosztorysu nr 9 nie miał opisu identycznego jak opis materiału w poz. 2 kosztorysu nr 2 i 6 kosztorysu nr 6, stąd Izba oceniła, że również w tym przypadku nie obowiązywał nakaz z pkt. 3.2. siwz. Co więcej w ofercie pozyskanej przez przystępującego – załącznik nr 1 do wyjaśnień z dnia 11 marca 2016r. kontrahent przystępującego rozróżnia te łupki i różnicuje ich ceny (pkt. 3, 10 załącznika nr 1 do wyjaśnień z dnia 11 marca 2016r.) w sposób przekładający się następnie na kosztorysy ofertowe przystępującego, co w ocenie Izby stanowi dodatkowe potwierdzenie, że słupki w kwestionowanych przez odwołującego pozycjach nie były tożsame. Mając powyższe na uwadze Izba nie potwierdziła tezy odwołującego, że treść oferty przystępującego nie odpowiada treści siwz, a w konsekwencji nie dopatrzyła się zaniechania przez zamawiającego zastosowania art. 89 ust. 1 pkt. 2

ustawy. W zakresie dotyczącym błędnego przeliczenia podstawy materiałowej – odwołujący cofnął zarzut, a zatem nie był on przedmiotem rozpoznania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy, z powodu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W myśl art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przepis art. 90 ust. 2 ustawy określa rozkład ciężaru dowodowego i wskazuje, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Przepis art. 90 ust. 3 ustawy nakazuje zamawiającemu odrzucić wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z powołanymi przepisami art. 89 ust. 1 pkt. 4 i art. 90 ust. 3 ustawy, aby zamawiający miał podstawy do odrzucenia oferty przystępującego musiałoby dojść do ustalenia, że albo przystępujący nie złożył wyjaśnień (w tym złożone wyjaśnienia są na tyle ogólne, że nie można uznać ich za złożone) albo złożone wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdzają, że została zaoferowana cena rażąco niska (gdyż art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy nakazuje zamawiającemu ustalić istnienie ceny rażąco niskiej). Izba na podstawie ustalonego stanu faktycznego doszła do przekonania, że stan faktyczny niniejszej sprawy nie pozwala na subsumpcję pod normę art. 89 ust. 1 pkt. 4 i art. 90 ust. 3 ustawy, gdyż przystępujący złożył obszernie wyjaśnienia, w tym szczegółowe kalkulacje cenowe, zostały one poparte dowodami i z tych wyjaśnień i dowodów nie wynika, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się u zamawiającego zaniechania zastosowania art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy i art. 90 ust. 3 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 8 ust. 1-3 ustawy oraz art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez przystępującego wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny

Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 1 ustawy postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. W myśl ust. 2 tego przepisu zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Przepis art. 8 ust. 3 ustawy stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania i zastrzega, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią

tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu. Zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy znk 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.

Izba podziela stanowisko odwołującego, że art. 8 ust. 3 ustawy nakazujący wykazanie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powinien być stosowany w drodze analogii także do sposobu postępowania przez wykonawców i zamawiający w sytuacji, gdy dokumenty zawierające informacje zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa są składane na innym etapie niż etap terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo terminu składania ofert. Izba podziela w tym zakresie w całości pogląd wyrażony w wyroku z dnia 18 września 2015r. sygn. akt KIO 1947/15, zgodnie z którym jak wynika z art. 8 ust. 3 p.z.p., dla skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa niezbędne jest, aby informacje te zastrzec nie później, niż w terminie ich składania zamawiającemu. Przepis ten odnosi się do ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jednak z uwagi na okoliczność, iż zastrzegane informacje mogą znajdować się także w innych dokumentach, np. w wyjaśnieniach wykonawcy, zasadę tę należy stosować do wszystkich dokumentów składanych w postępowaniu.

Izba stoi na stanowisku, że przesłanka „wykazania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa” wskazuje, że nie składając wyjaśnień wykonawca rezygnuje w postępowaniu o udzielenie zamówienia z chronienia informacji, które uprzednio poza tym postępowaniem mogły spełniać przesłanki z art. 11 ust. 4 uznk. (wyrok z dnia 3 kwietnia 2015r. sygn. akt KIO 561/15 wyrok z dnia 28 sierpnia 2015r. sygn. akt KIO 1730/15). Pogląd ten znajduje także odzwierciedlenie w orzecznictwie sądów powszechnych - wyrok Sądu Okręgowego w Przemyślu z 11 maja 2015 r. sygn. akt I Ca 131/15. Dla owego „wykazania” często nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia, i wówczas wykonawca będzie zobowiązany nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić, czy choćby uprawdopodobnić, ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, a określonych w cytowanym powyżej art. 11 ust. 4 UZNK. Zamawiający nie ma prawa zastępować wykonawcy w takim wykazaniu, a w szczególności bezkrytycznie przyjmować, że skoro pewne informacje, co do zasady mogą być uznane za

tajemnicę przedsiębiorstwa, to pozwala to zamawiającemu zwolnić wykonawcę z obowiązku wykazania, że również stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa tego konkretnego wykonawcy. Izba stwierdza, że domaganie się dalszych wyjaśnień, czy wzywianie do złożenia wyjaśnień przez zamawiającego byłoby zaprzeczeniem celu nowelizacji i stanowiłoby naruszenie obowiązującego prawa, a dodatkowo powodowałoby uchybienie ustawowemu terminowi na składanie wyjaśnień wynikającemu z art. 8 ust. 3 ustawy, podkreśla się, że brak taki nie może być uzupełniony na późniejszym etapie postępowania - tak wyrok z dnia 2 marca 2015r. sygn. akt KIO 279/15, wyrok z dnia 2 marca 2015r. sygn. akt KIO 291/15, z dnia 26 lutego 2015r. sygn. akt KIO 306/15, wyrok z dnia 7 kwietnia 2015r. sygn. akt KIO 568/15, KIO 570/15.

Biorąc powyższe pod uwagę i nakładając to na ustalony w niniejszej sprawie stan faktyczny tj. fakt, że poza samym zastrzeżeniem wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na cenę przystępujący w dacie składania tych wyjaśnień nie wykazał przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy uzasadniających wyłączenie jawności części dokumentacji postępowania, tym samym zamawiający w tym zakresie dopuścił się zaniechania, czym naruszył zasadę jawności wynikającą z art. 8 ust. 1 ustawy.

Jednakże sam fakt potwierdzenia się naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy nie daje Izbie podstaw do uwzględnienia odwołania, gdyż Izba analizując stwierdzone naruszenia musi je poddać także ocenie przez pryzmat art. 192 ust. 2 ustawy tj. zbadać czy stwierdzone naruszenie miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. O ile co do zasady Izba wyraża pogląd, że uzyskanie przez wykonawców pełnej realizacji zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia co najmniej może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, o tyle w niniejszym postępowaniu w ocenie Izby taka sytuacja nie zaistniała. Izba stwierdziła, że odwołujący wiedział, znając kosztorysy przystępującego załączone do oferty, które pozycje są pozycjami niższymi od zaoferowanych przez innych wykonawców i mogą budzić wątpliwości, co do realności zaoferowanej ceny. Tę wiedzę odwołującego dodatkowo potwierdził zamawiający konkretyzując ponowne wezwanie do przystępującego. Odwołujący miał zatem wiedzę wystarczającą do skutecznego postawienia zarzutu odwołania i z tej wiedzy w niniejszym postępowaniu skorzystał. Tym samym zaniechanie zamawiającego nie wpłynęło i wpłynąć nie mogło na przejrzystość niniejszego postępowania, zwłaszcza, że to nie na odwołującym w zakresie zarzutu ceny rażąco niskiej ciążył obowiązek dowodowy – vide art. 190 ust. 1a ustawy. Biorąc pod uwagę okoliczności niniejszej sprawy Izba uznała, że stwierdzone naruszenie nie daje podstaw do uwzględnienia odwołania, w zakresie powyższego zarzutu w świetle art. 192 ust. 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez zaniechanie czynności dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako oferty najkorzystniejszej

Zarzut potwierdził się. Przepis art. 7 ust. 1 ustawy stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, zamówienie zaś musi być udzielone wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Biorąc pod uwagę, że zamawiający zaniechał wykluczenia przystępującego z postępowania i odrzucenia jego oferty i uznał jego ofertę za najkorzystniejszą, to dopuścił się w ocenie Izby naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy potwierdził się, gdyż zamawiający wybrał ofertę niezgodną z przepisami ustawy tj. podlegającą odrzuceniu.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 i 3 pkt. 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz nakazując zamawiającemu dokonanie zwrotu na rzecz odwołującego kosztów związanych z wniesionym wpisem oraz kosztami zastępstwa prawnego, zgodnie ze złożoną fakturą VAT.

**Przewodniczący:** .....