

Sygn. akt: KIO 802/14

WYROK

z dnia 7 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 maja 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2014 r. przez **Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynieryjnych „SANEL” Sp. z o.o., ul. 11 listopada 36, 41-705 Ruda Śląska** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Skanska S.A., ul. Gen. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórne dokonanie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, w tym zastosowanie procedury wezwania do uzupełnienia dokumentów wobec Skanska S.A. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego osoby wskazanej na stanowisko Specjalisty ds. ochrony środowiska,**
2. **kosztami postępowania obciążyć PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa i:**
 - 2.1 **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynieryjnych „SANEL” Sp. z o.o., ul. 11 listopada 36, 41-705 Ruda Śląska tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2 **zasądza od PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa na rzecz Zakładu Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynieryjnych „SANEL”**

Sp. z o.o., ul. 11 listopada 36, 41-705 Ruda Śląska kwotę 20 000 zł 00 gr
(słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania
odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień
publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni
od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby
Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie wzmocnienia podtorza kolejowego na szlaku Brzesko Okocim - Biadoliny od km 52.100 do km 59.200 oraz stacji Biadoliny od km 59.200 do km 59.943 realizowanego w ramach Projektu POIiŚ 7.1-30 „Modernizacja linii kolejowej E 30/C-E 30, odcinek Kraków - Rzeszów, etap III”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2014 r. pod nr 2014/S 019-028837.

W dniu 22 kwietnia 2014 r. wykonawca Zakład Instalacji Sanitarnych i Robot Inżynierskich „SANEL” Sp. z o.o. (dalej: „odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Skanska S.A., mimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w zakresie Kierownika Budowy oraz Specjalisty ds. ochrony środowiska,

ewentualnie:

- art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Skanska S.A. do udzielenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentu wykazu osób w ww. zakresie,

- art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Skanska S.A., mimo iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz art. 90 ust. 2 ustawy Pzp przez uznanie, że wyjaśnienia przedłożone przez Skanska S.A. potwierdzają, że cena nie jest rażąco niska, a w konsekwencji naruszenie także art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Skanska S.A.,

- art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Skanska S.A., mimo iż jej złożenie w okolicznościach przedmiotowej sprawy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Skanska S.A., mimo iż jej treść jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) w zakresie, w którym Skanska S.A. obniża koszty realizacji zamówienia poprzez stosowanie rozwiązań niedopuszczonych przez zamawiającego,

- art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Skanska S.A., mimo iż zawiera błąd w obliczeniu ceny,
- art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. t.j. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) przez zaniechanie przeprowadzenia badania zasadności zastrzeżenia oraz zaniechanie ujawnienia treści dokumentów zastrzeżonych przez Skanska S.A. w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,
- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł:

I. Zarzut braku spełniania przez Skanska S.A. warunku udziału w postępowaniu

Odwołujący stwierdził, że Skanska S.A. nie wykazała spełniania warunku opisanego przez zamawiającego w pkt 8.2.2 lit. b) SIWZ dotyczącego wymagań dla Kierownika budowy. Jak zauważył odwołujący, z wykazu przedstawionego w tym zakresie przez Skanska S.A. ocenie powinno podlegać siedem pierwszych pozycji wykazu, które zgodnie z warunkiem mieszczą się w okresie ostatnich 10 lat.

Odwołujący podniósł, że wykonawca zobowiązany był wskazać osobę, która posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy (lub robót) na zadaniach związanych z przebudową lub budową linii kolejowej. Jak zauważył odwołujący, pojęcia „budowa” i „przebudowa” są pojęciami zdefiniowanymi w ustawie Prawo budowlane.

W ocenie odwołującego, z wykazu załączonego przez Skanska S.A. dla pana J..... K..... wynika, że tylko pierwsza pozycja obejmuje „odbudowę i modernizację linii kolejowej (...)”, natomiast pozostałe pozycje wykazu dotyczą jedynie modernizacji. Modernizacja,

w przeciwieństwie do budowy i przebudowy jest pojęciem objaśnionym w ustawie o transporcie kolejowym (art. 4 pkt 43) i oznacza „większe prace modyfikacyjne wykonywane w podsystemie lub w jego części, poprawiające całkowite osiągi podsystemu.”. Biorąc pod uwagę, że pojęcia „budowa”, „przebudowa” i „modernizacja” są pojęciami odrębnymi i obejmują inny zakres prac oraz mając na uwadze treść warunku udziału w postępowaniu odwołujący stwierdził, że nie sposób uznać, że Skanska S.A. podając w wykazie prace związane z modernizacją wykazała spełnianie warunku dotyczącego budowy lub przebudowy. W opinii odwołującego, zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy do uzupełnienia wykazu w tym zakresie lub wyjaśnienia, czy rzeczywiście wskazane przez Skanska S.A. w wykazie prace odpowiadają warunkowi udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że warunek udziału w postępowaniu dotyczył także budowy lub przebudowy linii kolejowej zelektryfikowanej. Z wykazu załączonego do oferty Skanska S.A. wynika, jak zauważył odwołujący, iż tylko pierwszą pozycję można uznać za spełniającą ten wymóg. Z pozostałych prac wskazanych dla pana J..... K..... nie można, zdaniem odwołującego, ustalić, że dotyczyły one robót związanych z liniami kolejowymi zelektryfikowanymi. W pozycji trzeciej wskazano, że prace te dotyczyły m.in. elektryfikacji linii kolejowej, a nie jak w pkt. 8.2.2 lit. b) SIWZ budowy lub przebudowy linii kolejowej już zelektryfikowanej.

W ocenie odwołującego, wątpliwości budzi również wykaz osób w zakresie dotyczącym pani A..... L..... – W....., wskazanej przez Skanska S.A. na stanowisko Specjalisty ds. ochrony środowiska. Jak wskazał odwołujący, z wykazu przedstawionego dla pani A..... L..... - W..... nie wynika, że osoba ta posiada doświadczenie w nadzorze - koordynowanie projektu nie jest równoznaczne z nadzorem prac związanych z ochroną środowiska. Tym samym, nie można uznać, że wskazana osoba posiada trzyletnie (36 - miesięczne) doświadczenie odpowiadające treści warunku udziału w postępowaniu.

Osoba na stanowisko Specjalisty ds. ochrony środowiska powinna wykazać się także doświadczeniem w koordynacji prac związanych ze sporządzeniem dwóch raportów. W wykazie Skanska S.A. wskazała, że pani A..... L..... - W..... brała udział w pracach związanych z przygotowywaniem dokumentów OOŚ, czynnym udziałem w konsultacjach społecznych na etapie sporządzenia raportu OOŚ, opiniowaniem zapisów raportu, negocjacjami z zamawiającym. Taki zakres prac nie potwierdza, zdaniem odwołującego, spełniania przez Skanska S.A. warunku udziału w postępowaniu. Koordynacja oznacza organizowanie pracy wykonywanej przez wiele osób. W ocenie odwołującego, nie sposób uznać, że udział w konsultacjach społecznych, czy opiniowanie zapisów raportu odpowiada zakresowi tego pojęcia.

Odwołujący stwierdził, że wykaz osób dołączony do oferty Skanska S.A. nie potwierdza spełniania przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, wobec czego zamawiający zaniechał obowiązku zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

II. Zarzut rażąco niskiej ceny oferty Skanska S.A. oraz uznania przez zamawiającego wyjaśnień tego wykonawcy za wystarczające

Odwołujący podniósł, iż cena oferty wykonawcy Skanska S.A. - 7 390 820,56 PLN brutto - stanowi zaledwie ok. 40% kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia (18 033 595, 80 PLN). Cena oferty tego wykonawcy odbiega również od cen zaoferowanych przez innych wykonawców ubiegających się o udzielenie

przedmiotowego zamówienia. Zdaniem odwołującego, zaistniała dysproporcja wskazuje wyraźnie na nierynkowość i nierzeczywistość zaoferowanej ceny; taka różnica cen wymagałaby wystąpienia szczególnych okoliczności pozwalających Skanska S.A. nie tylko na pokrycie wszystkich kosztów świadczenia usługi, ale również zapewnienie pewnego poziomu zysku.

Odwołujący wskazał, iż zaoferowana w przedmiotowym postępowaniu cena Skanska S.A. jest ceną rażąco niską, bowiem po uwzględnieniu szeregu obiektywnych i koniecznych do poniesienia przez tego wykonawcę kosztów, ich poziom przewyższa zaoferowaną przez tego wykonawcę cenę. Odwołujący zaznaczył, iż nie może być wystarczające ogólne powoływanie się na posiadane doświadczenie i dotychczas dokonane inwestycje, gdyż w ramach niniejszego zamówienia konieczne jest uwzględnienie pewnego znacznego poziomu nakładów wspólnego wszystkim wykonawcom.

Jak wskazał odwołujący, zamawiający wymagał załączenia do oferty dokumentu pn. „Rozbicie Ceny Ofertowej” (RCO). Jednocześnie, zamawiający wskazał, że podane w RCO kwoty obejmują wszystkie prace związane z wzmocnieniami podtorza. W związku z tym, wykonawca ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia powinien w cenie uwzględnić wszystkie koszty i okoliczności oraz w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wskazać, jakie czynniki i w jaki sposób umożliwiły tak znaczne obniżenie kosztów. W przypadku, gdy wykonawca nie dopełni tego obowiązku lub okaże się, iż jego wyjaśnienia w tym zakresie budzą wątpliwości lub są nierzetelne, zamawiający powinien ofertę odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Nie ulega przy tym wątpliwości, iż w wyjaśnieniach nie jest wystarczające samo oświadczenie wykonawcy, iż uwzględnił w cenie oferty wszystkie koszty oraz zysk, ale konieczne jest przedstawienie okoliczności, które umożliwiły wykonawcy zaoferowanie ceny na znacząco niższym poziomie niż ceny rynkowe.

Odwołujący stwierdził, że wyjaśnienia Skanska S.A. z dnia 8 kwietnia 2014 r. są nierzetelne oraz niewystarczające. Pierwszym istotnym czynnikiem, który Skanska S.A. wskazała jako mający wpływ na wysokość zaoferowanej ceny to „centralna polityka zakupowa”, której zastosowanie pozwoliło uzyskać atrakcyjne ceny na materiały niezbędne do realizacji przedmiotowego zamówienia. Wskazana okoliczność nie może być, zdaniem odwołującego, uznana za czynnik obiektywny. Skanska S.A. nie jest jedynym podmiotem, który stosuje tę metodę przy zakupie materiałów, jak również nie jest jedynym podmiotem, który w związku z tym ma możliwość negocjowania cen materiałów. Nie jest to zatem czynnik generujący istotną przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia.

Skanska S.A. na dowód możliwości uzyskania niskich cen cementu załączyła fakturę, zgodnie z którą nabyła ten materiał w kwocie 265 PLN/t, natomiast jak twierdzi, w cenie oferty została skalkulowana cena 300 PLN/t. Odwołujący stwierdził, że zarówno 265 PLN/t, jak i 300 PLN/t są cenami zaniżonymi w stosunku do wartości rynkowych; ceny za zakup cementu kształtują się obecnie na poziomie około 400 PLN i więcej za tonę. Zupełnie niezrozumiałe jest zatem, w ocenie odwołującego, kalkulowanie ceny, którą Skanska S.A. pozyskała jednorazowo, tym bardziej, iż jak wynika z formularza, Skanska S.A. w zakresie dostaw cementu zamierza korzystać z podwykonawcy. W opinii odwołującego, Skanska S.A. powinna wziąć pod uwagę cenę cementu, jaką uzyskała od swojego podwykonawcy i tę cenę uwzględnić przy obliczaniu ceny oferty oraz przedstawić ją w wyjaśnieniach skierowanych do zamawiającego.

Jako czynnik obniżający koszty Skanska S.A. podała posiadanie własnego parku maszynowego i sprzętowego, jak również urządzeń niezbędnych do realizacji inwestycji. Odwołujący stwierdził, że nawet gdyby uznać posiadanie parku maszynowego i sprzętowego za czynnik mogący obniżyć koszty, to Skanska S.A. poza ogólną deklaracją zaniechała wyjaśnienia, w jaki sposób okoliczność ta realnie przekłada się na cenę oferty. Wykonawca ten powołuje się również na fakt, iż posiada w swoich zasobach wiertnicę, natomiast do kalkulacji kosztów związanych z tym urządzeniem przyjmuje ceny z I kwartału 2014 SEKOCENBUD. Odwołujący wyraził pogląd, iż ceny z SEKOCENBUD są wprawdzie wiarygodnym źródłem informacji, ale w przypadku, gdy Skanska S.A. posiada w swoich zasobach określony sprzęt (wiertnicę), to przy obliczaniu ceny w tym zakresie, nie powinna odnosić się do cen uśrednionych, a do kosztów, które faktycznie ponosi w związku z eksploatacją tego urządzenia.

W pozostałym zakresie, w jakim Skanska S.A. wskazuje na „dysponowanie sprawną organizacją”, „politykę zarządzania ryzykiem”, „własne zasoby siły roboczej”, „wieloletnie doświadczenie”, „proces doskonalenia zarządzania firmą” i „minimalne koszty zarządu”, odwołujący wskazał, że także i w tym zakresie nie są to okoliczności przynależne wyłącznie Skanska S.A. i stanowiące o przewadze konkurencyjnej nad innymi wykonawcami. Ponadto, są to sformułowania ogólne, lakoniczne i niekonkretne, które nie odpowiadają wymaganiom z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił ponadto, że podane okoliczności nie nadają się do zweryfikowania przez zamawiającego - konieczność przedstawienia w wyjaśnieniach okoliczności, które są weryfikowalne została potwierdzona w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 120/13.

Odwołujący wywiódł, że wykonawca, który oferuje ceny odbiegające od wartości rynkowych, a został wezwany do udzielenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest zobowiązany do wskazania i uwiarygodnienia okoliczności, które umożliwiły mu obniżenie

ceny w tym zakresie. W kalkulacji Skanska S.A. przedstawionej w Załączniku nr 3 istnieje co najmniej kilka pozycji, które nie odpowiadają wartościom rynkowym, a wykonawca ten nie wyjaśnił, jakie były czynniki, które wpłynęły na przyjęcie przedstawionych w dokumentacji wartości. W tym zakresie należy wskazać:

- przelicznik ton na m³ - podane przez tego wykonawcę przeliczniki, tj. 1,85 dla pospółki i 2,05 dla niesortu mogą dotyczyć materiału w stanie luźnym, natomiast w stanie zagęszczonym współczynniki są dużo wyższe, powyżej 2-2,5 (w zależności od rodzaju kruszywa). Przykładowo według KNR przyjmuje się średnio 2,12t/m³;
- cena jednostkowa w zakresie pozycji 2 Załącznika nr 3 do wyjaśnień (robocizna i sprzęt) - cena ta powinna obejmować wykop, przekopy kontrolne, zabezpieczenie kabli i wywóz ziemi i utylizację. Przy tym zakresie prac, wartość podana przez Skanska S.A. - 2,40 zł/m² i 3,20 zł/m² jest nierealna - wartości wyliczone wg KNR wynoszą ok. 8,00-10,00 zł/m²;
- rozłożenie geokraty - Skanska S.A. wskazała 0,98 zł/m², natomiast zgodnie z KNR wartość powinna wynosić 1,96 zł/m²;
- rozłożenie geowłókniny – Skanska S.A. wskazała 0,30 zł/m², natomiast zgodnie z cenami średnimi określonymi w KNR, wartość ta wynosi 1,04 zł/m².

W ocenie odwołującego, również zaoferowana przez Skanska S.A. cena w zakresie pospółki i niesortu jest znacznie zaniżona – w pobliżu miejsca wykonania zamówienia brak jest dostawcy, który mógłby zaoferować materiał zgodny z wymaganiami zamawiającego, a w konsekwencji wykonawca będzie zobowiązany ponieść wysokie koszty transportu materiału z dalszej odległości, co bez wątpliwości powinno zostać uwzględnione w kalkulacji. Biorąc pod uwagę cenę zaoferowaną przez Skanska S.A. i zaproponowane kruszywo odwołujący stwierdził, że materiał oferowany przez tego wykonawcę nie spełnia wymagań SIWZ.

W ocenie odwołującego, również cena kolumn jest znacznie zaniżona – nie jest możliwe wykonanie zamówienia bez poniesienia strat dla wykonawcy biorąc pod uwagę koszty, jakie wchodziły w zakres kalkulacji ceny za kolumny.

III. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Skanska S.A. jako niezgodnej z treścią SIWZ

W ocenie odwołującego, przedstawione w Załączniku nr 3 do wyjaśnień Skanska S.A. wyliczenia świadczą o braku zgodności zastosowanych przez tego wykonawcę materiałów z SIWZ.

Odwołujący stwierdził, że uwzględniając w poz. 1 ww. Załącznika koszt materiału „geowłóknina” Skanska S.A. zaoferowała rozwiązanie sprzeczne z SIWZ, która zakłada geotkaninę (na str. 8 PFU). Powyższe, jak zauważył odwołujący, wyczerpuje przesłanki

odrzućenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W toku postępowania zamawiający w odpowiedziach na pytania nr 93 i 94 określił minimalne parametry dla kruszyw, które mogą zostać wbudowane w warstwę transmisyjną. Wymagania te zostały również określone w dokumentacji przetargowej (Projekt Budowlany; Opinia Geotechniczna) oraz są zgodne z dokumentem – „Id-3 Warunki Techniczne utrzymania podtorza kolejowego, Warszawa 2009”. Odwołujący wskazał, że EGM sp. z o.o., na którego ofertę powołała się Skanska S.A., przedstawił na swojej stronie internetowej deklarację właściwości użytkowych niesortu wg wycofanej normy PN-EN 13242:2010, zgodnie z którą nie określa się parametrów takich, jak wskazane przez zamawiającego w odpowiedzi na pytania nr 93 i 94 (obecnie obowiązuje norma PN-EN 13242:2013-8). W związku z tym, materiał zaoferowany przez Skanska S.A. nie może zostać uznany jako spełniający wymagania stawiane kruszywom do wbudowania w podtorze.

Odwołujący zauważył, że Skanska S.A. przedstawiła bardzo zaniżoną cenę pospółki i niesortu w zakresie transportu. Cena taka mogłaby zostać uznana za wiarygodną jedynie w przypadku, gdy w pobliżu miejsca realizacji można by było nabyć materiał odpowiadający wymogom SIWZ.

- Rozwiązanie zastosowane przez wykonawcę musi osiągnąć odpowiedni moduł sprężystości na górnej powierzchni pasa transmisyjnego, tj. co najmniej 70 MPa (str. 8 PFU). Zaoferowanie innego niż wymaga zamawiający materiału nie pozwoli na osiągnięcie wskazanych parametrów;
- Tanie kruszywo (o cenach zbliżonych do wskazanych przez Skanska S.A.) oferowane przez dostawców w pobliżu miejsca wykonania zamówienia nie spełnia wymogów podanych przez zamawiającego;
- Powyższe wskazuje, że Skanska S.A. zamierza wykorzystać do realizacji przedmiotowego zamówienia materiały, które nie odpowiadają wymogom określonym w SIWZ i PFU, oraz że nie osiągnie wymaganych przez zamawiającego parametrów sprężystości.

Istotne wątpliwości odwołującego budzą również zaoferowane przez Skanska S.A. ceny jednostkowe kolumn fi 60cm, które są zróżnicowane na poszczególnych odcinkach, natomiast ceny jednostkowe fi 80cm pozostają niezmiennie. Zróżnicowanie cen dla takich samych elementów zamówienia uniemożliwia skalkulowanie ceny w przypadku zlecenia przez zamawiającego zamówień uzupełniających. Zaoferowanie różnych cen za taki sam zakres zamówienia świadczy o tym, że wykonawca błędnie skalkulował cenę oferty w tym zakresie, co powinno doprowadzić do odrzućenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp.

IV. Czyn nieuczciwej konkurencji

Odwołujący podniósł, iż złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wskazał, że zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, 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 odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, iż samo zaoferowanie rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia, jak i wykorzystywanie znaczącej pozycji rynkowej wbrew nałożonym obowiązkom regulacyjnym, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przedstawione powyżej stanowisko potwierdza także opinia Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r. „Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1, poz. 240).

Złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi osobną przesłankę odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określoną w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał na wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 13 lipca 2007 r., sygn. akt II Ca 431/07 oraz na wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 15 grudnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0- 3740/05.

V. Zarzut dotyczący zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa części wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Skanska S.A.

W wyjaśnieniach z dnia 8 kwietnia 2014 r. Skanska S.A. zastrzegła jako tajemnicę przedsiębiorstwa Załączniki 5,6,7 i 9. Zaniechanie odtajnienia ww. dokumentów uniemożliwia odwołującemu pełną weryfikację rzetelności kalkulacji ceny oferty tego wykonawcy. Brak jest okoliczności wskazujących na to, iż zamawiający wzywał Skanska S.A. do uzasadnienia, w jaki sposób każda z zastrzeżonych przez niego informacji spełnia poszczególne przesłanki określone w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji lub też, że Skanska S.A. takie wyjaśnienia w ogóle złożyła. Wykonawca, na którym wobec ogólnej zasady jawności postępowania, spoczywa ciężar wykazania, iż zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jest zobowiązany wykazać, jaki charakter mają zastrzegane przez niego informacje, na czym polega ich wartość gospodarcza oraz czy nie są lub nie były ujawnione do publicznej wiadomości i w jaki sposób objęte są ochroną. Wobec powyższego,

zamawiający nie jest uprawniony do wyłączenia jawności informacji przedstawianych w toku postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż wszystkie takie informacje są z zasady jawne, o ile wykonawca nie udowodni, iż spełniają one wszystkie przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący podkreślił, że nie jest dopuszczalne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji, których wykonawca po prostu nie chce ujawnić, chociaż nie spełniają wszystkich przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Takie stanowisko potwierdza orzecznictwo sądów i Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 297/13, 300/13. W związku z zastrzeżeniem ww. Załączników do wyjaśnień z dnia 8 kwietnia 2014 r., odwołujący nie mógł zapoznać się z ich treścią i ocenić rzetelność przedmiotowych dokumentów. Odwołujący wniósł o ich odtajnienie i udostępnienie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert,
- odtajnienia dokumentów zastrzeżonych przez Skanska S.A. jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. Załączników nr 5,6,7,9 do wyjaśnień z dnia 8 kwietnia 2014 r.,
- wykluczenia Skanska S.A. ze względu na nie potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w zakresie Kierownika Budowy oraz Specjalisty ds. ochrony środowiska,

ewentualnie:

- wezwania do uzupełnienia wykazu osób w ww. zakresie,
- odrzucenia oferty Skanska S.A.,
- dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba uznała, że podlega ono uwzględnieniu.

Izba za zasadny uznała zarzut dotyczący nie wykazania przez przystępującego spełniania warunku dotyczącego osoby wskazanej na stanowisko Specjalisty ds. ochrony środowiska. Izba przychyliła się do stanowiska odwołującego, iż ze złożonego przez Skanska S.A. wykazu osób nie wynika, iż pani A..... L..... - W..... posiada doświadczenie w zakresie nadzoru nad robotami budowlanymi w zakresie ochrony środowiska dla liniowych projektów inwestycyjnych w sektorze transportu kolejowego lub drogowego. Przystępujący wskazał w wykazie osób, że osoba ta pełniła funkcję Starszego specjalisty, Głównego specjalisty ds. jakości i środowiska czy Koordynatora projektu. Żadna z tych funkcji nie wskazuje w sposób jednoznaczny na wymagane przez zamawiającego doświadczenie. Opis wykonywanych czynności także nie wskazuje na wykonywanie nadzoru. Koordynowanie robót przez przygotowywanie dokumentów, udział w konsultacjach społecznych, opiniowanie postanowień raportu czy negocjacje z zamawiającym nie stanowią w sposób oczywisty o sprawowaniu nadzoru. Podkreślić przy tym należy, że na wykonawcy składającym ofertę spoczywa obowiązek wykazania spełniania warunku w sposób nie budzący wątpliwości. W tym zakresie zasadność zarzutu została także przyznana przez zamawiającego. Podobnie, pełnione funkcje, jak też opis podejmowanych działań nie wskazują, iż pani A..... L..... – W..... koordynowała prace związane ze sporządzaniem dwóch raportów o oddziaływaniu na środowisko.

W wyniku powyższego, niezbędne jest powtórzenie przez zamawiającego czynności badania i oceny ofert i wezwanie przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów dotyczących osoby wskazanej na stanowisko Specjalisty ds. ochrony środowiska. Złożenie przez przystępującego dokumentów w postępowaniu odwoławczym nie może skutkować pominięciem obowiązku zamawiającego wynikającego z ww. przepisu. Ponadto, ocenie przez Izbę podlegają czynności i zaniechania zamawiającego, których zamawiający nie mógł podjąć w stosunku do dokumentów złożonych przez przystępującego na rozprawie.

Za niezasadny Izba uznała zarzut zaniechania odrzucenia oferty Skanska S.A. z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Izba

zważyła, że w obowiązującym stanie prawnym brak jest sztywnych wytycznych co do poziomu różnicy zaoferowanej ceny w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia lub cen pozostałych ofert. Zasadność ewentualnego odrzucenia oferty z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny powinna być analizowana indywidualnie w każdym przypadku. Każdorazowo poddana badaniu cena powinna być odnoszona do przedmiotu zamówienia oraz sytuacji na rynku, którą obrazują złożone w danym postępowaniu oferty. Jednocześnie, niezasadne jest automatyczne przyjmowanie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską (orzeczenie ETS z dnia 22 czerwca 1989 r., w sprawie C-103/8 - Fratelli Constanzo).

Izba ustaliła, że wartość zamówienia została ustalona przez zamawiającego na kwotę 17 561 460,00 PLN, co stanowi równowartość 4 156 656,96 euro (Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, Druk ZP-PN).

W przedmiotowym postępowaniu zaoferowane zostały następujące ceny za realizację przedmiotu zamówienia:

- Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „IMB-PODBESKIDZIE” Sp. z o.o. – 17 184 096,30 PLN,
- Zakład Instalacji Sanitarnych i Robót Inżynieryjnych Sanel Sp. z o.o. – 9 804 310,32 PLN,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Trakcja PRKiI S.A. I POLBUD-POMORZE Sp. z o.o. – 11 764 600,68 PLN,
- Menard Polska Sp. z o.o. – 10 108 682,43 PLN,
- Skanska S.A. – 7 390 820,56 PLN,
- Heilit+Woerner Sp. z o.o. – 9 858 625,00 PLN,
- PKP Energetyka S.A. – 10 801 522,58 PLN.

Porównanie ceny zaoferowanej przez przystępującego do szacunkowej wartości zamówienia nie jest wystarczające do stwierdzenia, że zaoferowana przez niego cena jest rażąco niska. Wartość szacunkowa jest pewną prognozą zamawiającego, która może nie znaleźć odzwierciedlenia w cenach składanych w warunkach konkurencji. Z uwagi na okoliczność, iż w przypadku każdego zamówienia wykonawcy konkurują ze sobą zaoferowaną ceną naturalne jest, że wartość szacunkowa zamówienia nie będzie odpowiadała najniższej zaoferowanej w postępowaniu cenie. Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że dokonując analizy zaoferowanej ceny należy brać pod uwagę nie tylko szacunkową wartość zamówienia, ale również złożone w danym postępowaniu oferty, które odzwierciedlają sytuację zaistniałą na danym rynku - ceny oferowane na danym rynku są często bardziej realnym i miarodajnym wskaźnikiem w kwestii badania rażąco niskiej ceny niż szacunkowa wartość zamówienia.

W ocenie Izby, analiza cen ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, z których wszystkie były niższe od szacunkowej wartości zamówienia, również nie uzasadniała twierdzenia, że cena zaoferowana w przedmiotowym postępowaniu przez przystępującego odbiega od realiów rynkowych i nie pozwoli wykonawcy na prawidłową realizację zamówienia. Fakt, iż cena oferty jest niższa od cen innych ofert złożonych w postępowaniu nie jest wystarczający do uznania, że zaoferowana cena jest rażąco niska.

Izba stwierdziła, iż wyjaśnienia złożone przez Skanska S.A. w zakresie wysokości zaoferowanej ceny są wiarygodne i potwierdzają rzetelność dokonanej przez wykonawcę kalkulacji. Izba uznała, że takie czynniki jak centralna polityka zakupowa przy wielości realizowanych przez przystępującego projektów, własny park maszynowy czy sprzętowy, nie korzystanie z podwykonawców, jak też realizowane projekty w tej samej okolicy, a tym samym brak kosztów organizacji zaplecza budowy mają realny wpływ na wysokość ceny. Dodatkowo, przystępujący poparł swoje twierdzenia ofertami dostawców na poszczególne materiały i usługi. Izba uznała zatem, że wyjaśnienia złożone przez Skanska S.A. w zakresie wysokości zaoferowanej ceny są należycie umotywowane. Izba stwierdziła przy tym, że wykonawca jest uprawniony do kalkulowania ceny indywidualnie i nie jest zobowiązany do stosowania wartości zgodnie z KNR czy cenami Sekocenbudu.

W ocenie Izby, odwołujący nie wykazał, iż cena zaoferowana przez Skanska S.A. jest rażąco niska. Izba nie wzięła pod uwagę cen zaoferowanych przez przystępującego w innych postępowaniach - każde z zamówień ma inny zakres i inne uwarunkowania co do jego realizacji, żadne z nich nie jest takie samo, zatem nie mogą stanowić dowodu na to, że zaoferowane w postępowaniu prowadzonym obecnie przez zamawiającego ceny są rażąco niskie. Dowodu na zaoferowanie przez przystępującego rażąco niskiej ceny nie może stanowić otrzymana przez odwołującego oferta P.P.U.H. „GEOTEST” Zakład Robót Geologiczno-Inżynierskich na wykonanie kolumn czy też własna kalkulacja odwołującego, bowiem wycena dokonana przez odwołującego w żaden sposób nie odnosi się do kalkulacji dokonanej przez przystępującego. Odwołujący nie wykazał, że otrzymane przez niego oferty na poszczególne elementy przedmiotu zamówienia zawierają najniższe ceny, jakie mogą zostać zaoferowane na rynku.

W ocenie Izby, różnice między cenami ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu należy uznać za naturalny rezultat konkurencji pomiędzy wykonawcami. Brak jest zatem podstaw do stwierdzenia zaniechania zamawiającego odrzucenia oferty Skanska S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Wobec nie potwierdzenia się zarzutu zaferowania rażąco niskiej ceny brak jest również podstaw do uwzględnienia zarzutu dotyczącego zaniechania zamawiającego odrzucenia oferty Skanska S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, który odwołujący oparł na twierdzeniach o rażąco niskiej cenie. Odwołujący nie wykazał, iż zaferowana przez przystępującego cena jest rażąco niska, nie udowodnił też, że poziom zaferowanej przez Skanska S.A. ceny jest naceLOWany na utrudnienie innym wykonawcom dostępu do rynku, na ich eliminację.

Izba nie dopatrzyła się również niezgodności oferty Skanska S.A. z treścią specyfikacji. Przede wszystkim Izba stwierdziła, że zamawiający nie wymagał od wykonawców wskazania w ofercie materiałów, które zostaną użyte przy realizacji zamówienia, nie przewidział też możliwości oceny zgodności ofert z treścią specyfikacji w zakresie ww. materiałów. Brak jest zatem podstaw, aby Izba dokonywała takowej oceny. Ponadto, wziąć należy pod uwagę również charakter zamówienia i możliwość zaproponowania przez wykonawcę na etapie realizacji zamówienia zmian m.in. co do materiałów, co wynika m.in. z Tomu III SIWZ Program Funkcjonalno-Użytkowy. Podstawy do odrzucenia oferty nie może stanowić pojawienie się geowłókniny w treści wyjaśnień Skanska S.A. z dnia 8 kwietnia 2014 r. dotyczących rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia te służyły wyłącznie uzasadnieniu wysokości zaferowanej ceny, zatem wobec nieznaczonej różnicy pomiędzy ceną geowłókniny a ceną geotkaniny i brakiem wpływu na cenę oferty, złożone w tym zakresie oświadczenie należy uznać za pomyłkę, która została wyjaśniona w piśmie przystępującego z dnia 6 maja 2014 r. i w toku rozprawy.

Nie znalazł potwierdzenia również zarzut dotyczący zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa Załączników 5, 6, 7 i 9 do wyjaśnień przystępującego z dnia 8 kwietnia 2014 r. Izba zważyła, że art. 8 ust. 3 ustawy Pzp stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania ustanowionej art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten wskazuje na zakaz ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeśli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert zastrzega, że nie mogą być one udostępniane. Informacje, które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to zgodnie z art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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. Wskazówki co do interpretacji pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa można znaleźć w orzeczeniach Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2007 r. (sygn. akt V CSK 444/06) oraz z dnia 3 października 2000 r. (sygn. akt I CKN 304/00). Jak zauważył Sąd Najwyższy,

informacje nie ujawnione do wiadomości publicznej to wiadomości nieznanie ogółowi lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane ich posiadaniem. Taka informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób jest rozpoznawalna. Informacja nieujawniona traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca dowiedzieć się o niej może zwykłą i dozwoloną drogą, natomiast nie zmienia jej statusu fakt, iż jest znana pewnej ograniczonej grupie osób zobowiązanych do dyskrecji w sprawie. 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.

Izba uznała informacje o kontrahentach przystępującego, wypracowane kontakty, nazwy partnerów handlowych, dane dotyczące kwot wynikających z zawartych porozumień, ceny zaoferowane na poszczególne materiały za mogące stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Dane te niewątpliwie stanowią wartość gospodarczą i mogą mieć znaczenie dla prowadzonej działalności gospodarczej. Ich poufność może mieć znaczenie z punktu widzenia konkurencyjności wykonawcy.

Wobec wycofania przez odwołującego na rozprawie zarzutu dotyczącego wykazania przez Skanska S.A. spełniania warunku postawionego przez zamawiającego wobec osoby wskazanej na stanowisko Kierownika budowy Izba pozostawiła zarzut ten bez rozpoznania.

W tym stanie rzeczy Izba nie znalazła również podstaw do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

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

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: