

**Sygn. akt: KIO 1728/15**

**Sygn. akt: KIO 1739/15**

**WYROK**  
**z dnia 28 sierpnia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Renata Tubisz

**Protokolant:** Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2015r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

1. w dniu 13 sierpnia 2015 r. **przez odwołującego** Eurovia Polska S.A. Bielany Wrocławskie ul. Szwedzka 5; 55-040 Kobierzyce w sprawie oznaczonej Sygn. akt KIO 1728/15
2. w dniu 14 sierpnia 2015 r. **przez odwołującego** Konsorcjum VIA POLONIA S.A. z siedzibą w Poznaniu; ul. Bystra 7, 61-366 Poznań i POZBUD T& R S.A. z siedzibą w Wysogotowie; ul. Bukowska 10 A; 62-081 Przeźmierowo; w sprawie oznaczonej Sygn. akt KIO 1739/15

w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego**: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centralne Biuro Zamówień ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa

**przy udziale:**

- A. wykonawcy SKANSKA S.A. Oddział Budownictwa Inżynieryjnego w Poznaniu ul. Abpa A. Baraniaka 6; 61 - 245 Poznań zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego; w sprawie oznaczonej Sygn. akt KIO 1728/15;
- B. wykonawcy TRAKCJA PRKiL S.A. ul. Złota 59 XVIII p.; 00-120 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego; w sprawie oznaczonej Sygn. akt KIO 1739/15

**orzeka:**

1. oddała obydwa odwołania;
2. kosztami postępowania obciąża Eurovia Polska S.A. Bielany Wrocławskie ul. Szwedzka 5; 55-040 Kobierzyce oraz Konsorcjum VIA POLONIA S.A. z siedzibą w Poznaniu; ul. Bystra 7, 61-366 Poznań i POZBUD T& R S.A. z siedzibą w Wysogotowie; ul. Bukowska 10 A; 62-081 Przeźmierowo i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40.000 **zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Eurovia Polska S.A. Bielany Wrocławskie ul. Szwedzka 5; 55-040 Kobierzyce oraz Konsorcjum VIA POLONIA S.A. z siedzibą w Poznaniu; ul. Bystra 7, 61-366 Poznań i POZBUD T& R S.A. z siedzibą w Wysogotowie; ul. Bukowska 10 A; 62-081 Przeźmierowo tytułem wpisów od odwołań,

- 2.2. zasądza od Eurovia Polska S.A. Bielany Wrocławskie ul. Szwedzka 5; 55-040 Kobierzyce oraz Konsorcjum VIA POLONIA S.A. z siedzibą w Poznaniu; ul. Bystra 7, 61-366 Poznań i POZBUD T& R S.A. z siedzibą w Wysogotowie; ul. Bukowska 10 A; 62-081 Przeźmierowo na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centralne Biuro Zamówień ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa kwotę 7.200 **zł** 00 **gr** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, w tym kwotę 3.600 **zł** 00 **gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od Eurovia Polska S.A. Bielany Wrocławskie ul. Szwedzka 5; 55-040 Kobierzyce oraz kwotę 3.600 **zł** 00 **gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od Konsorcjum VIA POLONIA S.A. z siedzibą w Poznaniu; ul. Bystra 7, 61-366 Poznań i POZBUD T& R S.A. z siedzibą w Wysogotowie; ul. Bukowska 10 A; 62-081 Przeźmierowo

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

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Centralne Biuro Zamówień, ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa zwany dalej „zamawiającym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa obiektów inżynierskich w km 160,875; km 155,170 i km 145,650 linii kolejowej nr 271 Wrocław - Poznań, w ramach Projektu POIiŚ 7.1-5.1 „Modernizacja linii kolejowej E59 na odcinku Wrocław — Poznań, Etap III, odcinek Czempin — Poznań.

Ogłoszenie o zamówieniu: zamieszczono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem w dniu 4 kwietnia 2015r. pod nr: 2015/S 067-117457.

W przedmiotowym postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego złożone zostały dwa odwołania to jest Eurovia Polska S.A. Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce prowadzone pod Sygn. akt KIO 1728/15 i Konsorcjum VIA POLONIA S.A. z siedzibą w Poznaniu; ul. Bystra 7, 61-366 Poznań i POZBUD T& R S.A. z siedzibą w Wysogotowie; ul. Bukowska 10 A; 62-081 Przeźmierowo prowadzone pod Sygn. akt KIO 1739/15. Sprawy zostały połączone zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do łącznego rozpoznania.

### **Sygn. akt KIO 1728/15**

Pismem z dnia 13 sierpnia 2015r. spółka Eurovia Polska S.A. Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce zwany dalej „odwołującym Eurovia” wniosła odwołanie od czynności zamawiającego.

Na podstawie art. 180 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, ze zm.), dalej jako: „Pzp”, wniesiono odwołanie wobec czynności i zaniechania Zamawiającego dokonanych w postępowaniu, polegających na:

1. dokonaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania B oferty złożonej przez Skanska S.A. (dalej jako: „Skanska”),
2. zaniechanie odrzucenia oferty Skanska, o czym Odwołujący dowiedział się z pisma przesłanego mailem w dniu 4 sierpnia 2015r.

Zaskarżonej czynności i zaniechaniu Zamawiającego zarzucono:

1. naruszenie art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w zw. z art. 7 ust 1 Pzp oraz w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie dokonania

- oceny skuteczności zastrzeżenia przez Skanska jako tajemnicy przedsiębiorstwa całości wyjaśnień złożonych przez tego Wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, w tym wyjaśnień dodatkowych, i niezasadne wezwanie Skanska do złożenia wyjaśnień w zakresie podstaw do objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa, a w konsekwencji niezasadne utajnienie tych dokumentów;
2. naruszenie art. 90 ust. 3 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Skanska w sytuacji, gdy cena oferty tego Wykonawcy jest rażąco niską cenę w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia i w sytuacji, gdy z samej treści wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wynika, że cena ofertowa tego Wykonawcy jest rażąco niska; Zamawiający tym samym - wbrew dyspozycji art. 90 ust. 3 Pzp - jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę;
  3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Skanska z uwagi na niemożliwą do poprawienia niezgodność treści oferty tego Wykonawcy z SIWZ, polegającą na zaoferowaniu przez Skanska wykonania niektórych pozycji opisanych w Przedmiarze robót za cenę 0 zł lub nie podaniu żadnej ceny, co jednocześnie stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 oraz art 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz. U. z 2003r. nr 153 poz. 1503, ze zm.) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Skanska mimo, iż złożenie przez tego wykonawcę oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na skalkulowaniu ceny ofertowej w sposób naruszający dobre obyczaje i interes Zamawiającego oraz w sposób utrudniający dostęp innym wykonawcom do rynku.
  4. naruszenia art. 7 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej w zakresie części B oferty złożonej przez Skanska;
2. odtajnienie wyjaśnień złożonych przez Skanska w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, w tym wyjaśnień dodatkowych;
3. a następnie dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Skanska oraz w konsekwencji wybór jako najkorzystniejszej w zakresie części B oferty złożonej przez Odwołującego.

#### Interes

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych wyżej przepisów Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Skutkiem zaskarżonej czynności Zamawiającego jest bowiem pozbawienie Odwołującego możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia w sytuacji, gdy Odwołujący złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy, i która to stanowi dla Zamawiającego „ofertę najkorzystniejszą” - w znaczeniu określonym przez Pzp oraz Zamawiającego - spośród ofert nie podlegających odrzuceniu, w szczególności jest ofertą z ceną rynkową gwarantującą należyte wykonanie przedmiotu zamówienia.

W uzasadnieniu przedstawiono w szczególności następującą argumentacją formalną i prawną

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest „Budowa obiektów inżynierskich w km 160,875; km155,170i km 145,650 Unii kolejowej nr 271 Wrocław - Poznań, w ramach Projektu POIiŚ 7.1-5.1 „Modernizacja linii kolejowej E59 na

odcinku Wrocław - Poznań, Etap III, odcinek Czempień - Poznań”, przy czym w ramach Części B wykonawca wybrany w przetargu ma wykonać wiadukt drogowy w km 155,170 w m. Łęczyca, co obejmuje:

- budowę obiektu z prefabrykowanych elementów żelbetonowych wraz z podporami i ścianami oporowymi zgodnie z uzgodnioną organizacją ruchu;
  - pograżanie pali wykonywać pod nadzorem certyfikowanej jednostki badawczej;
  - wykonanie nowych konstrukcji, budowa i przebudowa istniejących fragmentów dróg,
  - roboty odwodnieniowe wiaduktu i układów drogowych wraz z infrastrukturą towarzyszącą,
  - budowę skarp nasypów,
  - budowę systemu oświetlenia i jego zasilania;
  - po oddaniu do użytkowania wiaduktu wraz z drogami - likwidację istniejącego przejazdu w poziomie szyn w km 155,249,
  - roboty torowe w rejonie obiektu i zlikwidowanego przejazdu,
  - budowę i przebudowę sieci sanitarnych i wodociągowych
  - budowę ekranów akustycznych;
  - usunięcie kolizji branżowych z istniejącymi sieciami;
  - wyniesienie i zastabilizowanie charakterystycznych punktów realizowanych obiektów wraz z wykonaniem dokumentacji powykonawczej;
  - ochronę mienia na placu budowy;
  - realizację zapisów Decyzji nr DOOS-OAI.4201.4.2012.AŁ. 17 Generalnego Dyrektora Ochrony Środowiska z dn. 04.10.2012r.;
  - roboty wynikające z technologii budowy obiektu związane z koniecznością utrzymania przejezdności linii kolejowej.
- Wartość prac niezbędnych do wykonania w ramach tej części zamówienia, Zamawiający ustalił na kwotę 74.705 221,72 PLN brutto (wartość podana przy otwarciu ofert).

W postępowaniu oferty złożyło 11 wykonawców z następującymi cenami:

Skanska	35 879 969,25 zł
Polaqua Sp. z o.o.	41 636 165,87 zł
EURO VIA Polska	42 676 708,58 zł
Budimex S.A.	43 924 219,44 zł
Konsorcjum: Trakcja PRKil S.A oraz Intop Warszawa	44 455 871,55 zł
Konsorcjum: IDS-BUD S.A oraz Banimex Sp. z o.o.	45 274 858,83 zł
Strabag Sp. z o.o.	50 117 881,07 zł
Konsorcjum: Posbud T&R S.A.oraz Via Polonia S.A	50 824 570,68 zł
Bilfinger Infrastructure S.A.	52 003 631,75 zł
Konsorcjum Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno -Torowe Sp. z o.o. oraz Poleko Budownictwo Sp. z o.o.	64 028 919,37 zł
Intercor Sp. z o.o.	66 148 249,88 zł

Jak wynika z powyższego, cena oferty Skanska stanowi ok. 48% „budżetu” Zamawiającego i 73,5% średniej arytmetycznej wyliczonej ze wszystkich złożonych ofert, przy czym nie sposób nie dostrzec, iż oferty wykonawców Polaqua Sp. z o.o. i Odwołującego są do siebie zbliżone cenowo i jednocześnie są droższe od oferty Skanska co najmniej o 6 mln zł.

W tym stanie faktycznym Zamawiający wezwał Skanska pismem z dnia 19 czerwca 2015r. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Wyjaśnienia złożone przez Skanska w odpowiedzi na to wezwanie oraz w odpowiedzi na dodatkowe wezwanie do złożenia wyjaśnień skierowane przez Zamawiającego do Skanska w dniu 15 lipca 2015r. zostały objęte przez wykonawcę zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, które Zamawiający uznał za skuteczne i odmówił Odwołującemu wglądu do tych dokumentów. Odwołujący nie ma więc szczegółowej wiedzy odnośnie treści wyjaśnień złożonych przez Skanska w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, niemniej - wobec udostępnienia mu przez Zamawiającego treści wezwania Skanska do złożenia dodatkowych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp z dnia 15 lipca 2015r. oraz treści wezwania Skanska do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp co do skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 3 lipca 2015r. i odpowiedzi udzielonej na to wezwanie przez Skanska w dniu 8 lipca 2015r. - Odwołujący może wskazać, co następuje.

I. Niezasadne objęcie zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa całości wyjaśnień, w tym wyjaśnień dodatkowych złożonych przez Skanska.

Brak zaktualizowania się zakazu udostępniania zastrzeżonych informacji

Jak wskazano powyżej Odwołujący, mimo złożonego wniosku, nie otrzymał od Zamawiającego:

(1) wyjaśnień Skanska z dnia 26 czerwca 2015r., znak pisma: 12/43/MM/2015, złożonych na wezwanie Zamawiającego z dnia 19 czerwca 2015r., znak pisma: ICZ3c-0815-02/15-POLiŚ 7.1-5.1-22/15, do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, oraz

(2) wyjaśnień Skanska złożonych na dodatkowe wezwanie Zamawiającego z dnia 15 lipca 2015r., znak pisma: ICZ3c-0815-02/15-POLiŚ 7.1.-5.1.-68/15;

zastrzeżonych przez Skanska jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający był natomiast obowiązany do udostępnienia Odwołującemu przedmiotowych wyjaśnień, gdyż zakaz ujawniania informacji zawartych w tychże dokumentach nigdy się nie zaktualizował. Z poniższych względów zastrzeżenie dokonane przez Skanska było nieskuteczne.

I tak, przed wejściem w życie nowelizacji z dnia 29 sierpnia 2014r. (Dz. U. z 2014r., poz. 1232 - dalej jako: „nowelizacja”), tj. przed dniem 19 października 2014r., zaktualizowanie się zakazu ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wymagało jedynie zastrzeżenia przez wykonawcę, że informacje nie mogą być udostępniane. To na zamawiającym, jako adresacie zakazu ujawniania informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, spoczywał obowiązek zbadania, czy w konkretnej sytuacji wystąpiły przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 4 uznk.

Od chwili wejścia w życie nowelizacji, skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest obwarowana dodatkowym warunkiem w postaci wykazania przez wykonawcę, z chwilą zastrzeżenia, że przekazywane informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Literalne brzmienie art. 8 ust. 3 Pzp wyraźnie wskazuje, że brak należytego wykazania przez wykonawcę, iż poszczególne informacje noszą walor tajemnicy przedsiębiorstwa powoduje brak zaktualizowania się zakazu ich ujawniania (w takim przypadku informacje nie nabierają charakteru poufnego i nie podlegają ochronie).

Przenosząc zaprezentowane uwagi na grunt przedmiotowej sprawy, należy wskazać, że z samej treści pisma Zamawiającego z dnia 3 lipca 2015r., znak pisma: ICZ3c-0815-02/15-POLiŚ 7.1-5.1-45/15, jasno wynika, iż Zamawiający nie miał jakichkolwiek wątpliwości co do faktu, że Skanska nie wykazała, iż zastrzeżone przez nią informacje, noszą walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk. Świadczą o tym następujące fragmenty pisma Zamawiającego cyt.: „(...) w związku z faktem, że wyżej wymienione wyjaśnienia zastrzegli Państwo jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie przedstawiając przy tym uzasadnienia, iż zastrzeżone informacje

faktycznie stanowią tajemnicą przedsiębiorstwa. Tym samym pismem Zamawiający wezwał jednak Skanska - w trybie art. 87 ust. 1 Pzp - do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie ulega wątpliwości, że takie wezwanie było nieuprawnione.

Istotnym jest przy tym, że Skanska w odpowiedzi na powyższe wezwanie w dalszym ciągu nie dopełniła spoczywającego na niej obowiązku wykazania, że zawarte w wyjaśnieniach informacje noszą walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Dowodzi temu zarówno cała treść pisma z dnia 8 lipca 2015r., w którym Skanska nie dowodzi - a nawet nie uprawdopodobnia - wystąpienia przesłanek koniecznych do objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

W uzupełnieniu powyższego wskazać należy także na okoliczność, iż Skanska nie zastrzegła jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych Zamawiającemu w trybie art. 87 ust. 1 Pzp w dniu 8 lipca 2015r., mimo, iż w treści tych wyjaśnień zawarła obszernie cytaty ze złożonych uprzednio, tj. w dniu 26 czerwca 2015r., wyjaśnień z art. 90 ust. 1 Pzp. Nie rozstrzygając w tym miejscu, czy działanie to było zamierzone przez Skanska, czy stanowiło jedynie wyraz niedochowania wymaganej od profesjonalistów staranności, wskazać należy, że wobec braku takiego zastrzeżenia Zamawiający udostępnił Odwołującemu treść tego pisma, a co za tym idzie - nawet, gdyby przyjąć, że Skanska skutecznie zastrzegła treść wyjaśnień z dnia 26 czerwca 2015r. - to znaczna część tych wyjaśnień, wobec późniejszych działań, stała się powszechnie znana i co za tym idzie nie zasługuje już na ochronę, jaką daje przepis art. 8 Pzp.

Podobnie ocenić należy informacje, które zostały udostępnione Odwołującemu poprzez udostępnienie mu treści wezwania, jakie Zamawiający wystosował do Skanska w dniu 15 lipca 2015r. Wezwanie to zawiera bowiem szereg informacji zawartych uprzednio w wyjaśnieniach Skanska złożonych w dniu 26 czerwca 2015r.

Wobec powyższego, stanowisko Zamawiającego odmawiające udostępnienia Odwołującemu całości wyjaśnień złożonych przez Skanska w dniu 26 czerwca 2015r. i w odpowiedzi na wezwanie z dnia 15 lipca 2015r. jest tym bardziej niezrozumiałe.

Brak spełnienia przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 uznk

Niezależnie od powyższego treść pisma Skanska z dnia 8 lipca 2015r. bezsprzecznie dowodzi, że zastrzeżone przez tego wykonawcę wyjaśnienia nie spełniają przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 uznk, a zatem nie mogły nawet stanowić przedmiotu skutecznego zastrzeżenia w trybie art. 8 ust. 3 Pzp. Skuteczność zastrzeżenia przez wykonawcę zakazu udostępniania informacji - w postaci zaktualizowania się ustawowego zakazu ich ujawniania - jest bowiem uwarunkowana, oprócz obowiązku wykazania przez niego, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, stwierdzeniem przez zamawiającego, że rzeczywiście zostały spełnione przesłanki z art. 11 ust. 4 uznk.

Wymaga przypomnienia, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest, co do zasady, jawne. Przepis art. 8 ust. 3 Pzp, dający wykonawcy możliwość zastrzeżenia pewnych informacji zawartych w ofercie za tajemnicę przedsiębiorstwa, jest wyjątkiem od tej zasady, a co za tym idzie powinien on być stosowany tylko w wyjątkowych i uzasadnionych okolicznościach.

Okoliczności niniejszej sprawy przemawiają natomiast za tym, że jedynym celem zastrzeżenia przez Skanska rzeczonych wyjaśnień było utrudnienie konkurencyjnym wykonawcom weryfikacji złożonych przez nich ofert. Stosownie bowiem do art. 11 ust. 4 uznk 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. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą;
- nie została ujawniona do wiadomości publicznej;
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Skanska nie uprawdopodobnia tymczasem, jaką wartość gospodarczą mają zastrzeżone przez nią informacje. W tym miejscu należy podkreślić, że nie jest możliwe automatyczne zakładanie, że informacje składane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp mają w każdym przypadku wartość gospodarczą, a ich ujawnienie może godzić w interes wykonawcy. Na marginesie trzeba zresztą wskazać, że względem informacji, które posiadałyby wartość gospodarczą, wykonawca zobowiązany jest wskazać, o jakich konkretnie wartościach mowa i je uprawdopodobnić. Wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny - poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwale zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa - może znaleźć uchwytny wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowym jako wartość niematerialna i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. W przekonaniu Izby, doniosłym jest również to, że za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem.

W większości treść tych wyjaśnień takich informacji nie zawiera zwłaszcza, że wyjaśnienia w dużej części cechują się znaczną ogólnością.

W realiach niniejszej sprawy, nie sposób przyjąć, że Skanska w swoich wyjaśnieniach wykazała, iż udostępniane przez nią informacje mają wartość gospodarczą, o której mowa powyżej.

Kolejno, mając na względzie ugruntowane orzecznictwo Izby, należy stwierdzić, że Skanska nie podjęła także niezbędnych działań mających na celu zachowanie poufności, a przynajmniej działania te są niewystarczająco wykazane w jej wyjaśnieniach.

W niedawnym wyroku z dnia 10 lipca 2015r., sygn. akt: KIO 1185/15, KIO 1189/15, KIO 1191/15, KIO 1199/15, KIO 1208/15, KIO 1209/15, KIO 1211/15, Izba wyraziła natomiast wniosek, że: „(...) zakres informacji przekazanych przez wykonawcę (...) nie był wystarczający do uznania, iż spełniona jest przesłanka poufności oraz przesłanka podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania informacji w poufności.

Jako, że w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z tożsamym stanem faktycznym uzasadnionym staje się wniosek, że zastrzeżone przez Skanska informacje nie odpowiadają przestankom, o których mowa w art. 11 ust. 4 uznk. Niemniej, jak to wykazano w poprzednim punkcie odwołania, sam brak uzasadnienia przez Skanska zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, niezależnie od faktycznego charakteru tychże informacji, stwarza - obowiązek ich udostępnienia Odwołującemu.

II. Złożenie przez Skanska ofert zawierających rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Złożenie przez Skanska wyjaśnień wskazujących, że cena zaoferowana przez Skanska ma charakter rażąco niskiej.

Cena zaoferowana przez Skanska ma charakter rażąco niski, a co za tym idzie oferta tego Wykonawcy winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Tak niska cena, jak zaoferowana przez Skanska, nie jest



uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi temu Wykonawcy na wykonanie zamówienia, bez strat finansowych.

Wobec objęcia wyjaśnień złożonych przez Skanska zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący nie ma wiedzy odnośnie tego, w jaki sposób została przygotowana przez Wykonawcę odpowiedź na wezwanie z dnia 19 czerwca 2015r. i wezwanie dodatkowe z dnia 15 lipca 2015r. Niemniej, mając na uwadze praktykę, z jaką Odwołujący spotyka się w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz uwzględniając informacje, które zostały udostępnione Odwołującemu (w tym treść pisma Skanska z dnia 8 lipca 2015r.), Odwołujący wskazuje, że wyjaśnienia te mogą być nie dość precyzyjne i szczegółowe. W szczególności należałoby postawić pytanie, czy podawane przez Skanska w wyjaśnieniach oszczędności (oszczędności związane z posiadaniem własnego sprzętu, w tym sprzętu do wykopów i inne oszczędności związane z wykonaniem tych robót, oszczędności w zakresie robót związanych z wymianą gruntów, z wykonaniem nasypów, z wykonaniem zasypki piskiem średnim wraz z zagęszczeniem, z pomiarami, z dostawą dwuteowników stalowych HEB300, z dostawą i wykonaniem zbrojenia stalowego, z tymczasową organizacją ruchu, z robotami związanymi z zabezpieczeniem wykopu ściankami szczelnymi traconymi, czy robót związanych z wykonaniem pali CFA o średnicy 520 mm), mają charakter realny, a poziom tych oszczędności został wykazany stosownymi dowodami, czy też są to tylko gołosłowne twierdzenia Skanska.

Nadto, wskazać należy, że w przypadku Skanska nie zachodzą żadne szczególne okoliczności, właściwe tylko temu Wykonawcy, które miałyby pozwolić mu wycenić przedmiot zamówienia na aż tak niskim poziomie. Wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, są wykonawcami mającymi ugruntowaną pozycję na rynku, w tym duże doświadczenie i zasoby własne niezbędne do realizacji tak skomplikowanego przedsięwzięcia. Nadto, w zasadzie wszyscy ci wykonawcy należą do międzynarodowych koncernów, które wykonują roboty budowlane na całym świecie, lub są rodzimymi wykonawcami o dużej skali działalności, co za tym idzie korzystają z tzw. efektu skali przy dokonywaniu zakupów, negocjowaniu umów dostaw itp. Regułą jest też zawieranie umów ramowych, czy stałych umów o współpracę z dostawcami kluczowych materiałów i surowców, np. paliwa, kruszywa. Nadto, nie tylko Skanska dysponuje kadrą techniczną i zasobami do wykonania zamówienia, „sprzętem do realizacji niniejszej inwestycji, „wiedzą i doświadczeniem” pomocnym przy optymalizacji kosztów. Te „szczególne” okoliczności, na które powołuje się Skanska w swoich wyjaśnieniach z dnia 26 czerwca 2015r. są okolicznościami właściwymi w zasadzie dla każdego wykonawcy ubiegającego się o niniejsze zamówienie, co z kolei potwierdza, że ta część wyjaśnień Skanska to ogólne i gołosłowne twierdzenia, które - nie tylko nie mają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa - ale przede wszystkim niewiele wnoszą do oceny charakteru ceny zaoferowanej przez Skanska. Z powyższych względów, w ocenie Odwołującego, wyjaśnienia Skanska nie zawierają elementów, które pozwoliłyby przyjąć, że Wykonawca ten rzeczywiście za zaoferowaną cenę jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia bez strat po swojej stronie, że ta cena jest adekwatna do przedmiotu zamówienia, jego wartości, wyznaczonej zakresem, rozmiarami, koniecznym do jego wykonania nakładem pracy i materiałów etc.

Nadto, analiza treści oferty Skanska oraz złożonych przez nią wyjaśnień w zakresie udostępnionym Odwołującemu wskazuje, że cena tego Wykonawcy nie pokrywa kosztów wykonania przedmiotu zamówienia. I tak:

W pierwszej kolejności, odnotowania wymaga, iż Skanska zaoferowała cenę wykonania robót opisanych w Przedmiarze robót nr 1.1, a więc prac niezbędnych do wykonania Projektów powykonawczych, na poziomie 530,70 zł. W sytuacji, gdy - po pierwsze - ceny jednostkowe pozostałych wykonawców za wykonanie tej pozycji były nawet kilkaset razy wyższe (Odwołujący wartość tych robót wycenił na 10.000 zł, zaś wykonawca, który zaoferował drugą

najniższą cenę - Polaqua na 60.000 zł), a - po drugie - koszt tych prac zdecydowanie przewyższa wskazaną przez Skanska cenę jednostkową.

Podobnie, Skanska roboty opisane w Przedmiarze robót 1.2. wyceniła na łączną cenę 3 180,36 zł, w sytuacji, gdy - po pierwsze - wartość tych robót wyceniona przez innych wykonawców jest kilkaset razy wyższa, np. w przypadku Odwołującego to kwota 964.433,33 zł, a nadto koszt wykonania tych robót, nawet przy zastosowaniu najdalej idących oszczędności, przekracza kwotę 3.180,36 zł podaną w ofercie Skanska. Rażąco niska wartość tych robót jest przy tym pochodną faktu, iż Skanska nie podała ceny za poz. 1.2.1.2. Badanie materiałów z rozbiórki pod względem zawartości materiałów szkodliwych i przydatności do celów budowlanych, poz. 1.2.1.3 Koszty utylizacji i zagospodarowania odpadów, poz. 1.2.1.6 Koszty sprawowania nadzoru archeologicznego i ratowniczych badań archeologicznych przed rozpoczęciem realizacji robót oraz poz. 1.2.1.7 Koszt rozpoznania i sprawowania nadzoru przez konserwatora.

Analogiczna sytuacja zachodzi w przypadku Przedmiaru robót 2.1. Roboty towarzyszące dla realizacji robót. Na Przedmiar ten składał się jedna pozycja - poz. 2.1.1.1. - Wyniesienie w teren współrzędnych punktów realizowanych obiektów liniowych wraz z punktami wysokościowymi. Koszt wykonania tych robót przez innych wykonawców sięgał od kilku do kilkuset tysięcy złotych. Na bardzo niskim poziomie, nieadekwatnym do kosztów wykonania robót, Skanska wyceniła także Przedmiar robót nr 2.2. Geodezyjna dokumentacja powykonawcza.

Kolejno zaznaczenia wymaga, iż Skanska w następujący sposób wyceniła Przedmiar robót 5.1.:

5.1.2.2 D- 02.00.01 D- 02.01.01 D- 02.03.01 a Usunięcie warstwy gruntu nienośnego wraz załadunkiem, transportem i wyładunkiem materiału na odkład. Wbudowanie kruszywa wraz załadunkiem, transportem. POZYCJA NIE OBEJMUJE ROBÓT W OBRĘBIE OBIEKTU INŻYNIERSKIEGO

Jak wynika tymczasem z wyjaśnień Skanska, cena Skanska za wykonanie wykopów wynosi - przy uwzględnieniu rzekomo dostępnych Skanska oszczędności - 11 zł/m<sup>3</sup>. Koszt robót związanych z wymianą gruntu (poz. 5.1.2.2) wg oświadczenia Skanska wynosi natomiast 26 zł/m<sup>3</sup>. Z kolei koszt wykonania nasypów to wg Skanska 20 zł/m<sup>3</sup>.

Sugerowany przez Skanska poziom oszczędności jest nierealny, niemniej uwzględniając oświadczenia własne Skanska koszt wykonania robót opisanych w trzech powyższych pozycjach kształtuje się na poziomie 1.232.000 zł, w sytuacji gdy wartość (cena jednostkowa x ilość) wskazana w ofercie Skanska to 56.100 zł, co daje różnicę (stratę) na poziomie 1.175.900 zł.

Kolejno wskazać należy na pozycje z Przedmiarów Robót nr 5.2.

Uwzględniając ceny podane przez samą Skanska w wyjaśnieniach (11 zł/m<sup>3</sup> wykopy, 50zł/m<sup>3</sup> wymiana podłoża gruntowego na kruszywo), Skanska z tytułu wykonania tych robót poniesie koszt rzędu 831.284,0zł. W tym miejscu, z daleko idącej ostrożności wskazać należy, iż z uwagi na brak możliwości ujęcia kosztów wykonania wskazanych robót w kosztach wykonania innych robót - o czym szerzej poniżej - nie sposób przyjąć, by Skanska miała możliwość przerzucenia kosztów wykonania wykopów i wymiany podłoża gruntowego do kosztów wykonania poz. 5.2.1.4., która w świetle oświadczeń Skanska co do wysokości ceny jednostkowej za wykonanie zasypki ścian oporowych jest wyceniona z pewną „nadwyżką”.

Podobna sytuacja ma miejsce w wycenie Przedmiaru Robót nr 6.1.

Także w przypadku wskazanych powyżej pozycji z Przedmiaru robót 6.1., koszt wykonania robót - według deklaracji Skanska - wynosi 247.796,00 zł, gdy tymczasem wynagrodzenie Skanska z jej oferty to 105.921,40 zł. Różnica (poziom niedoszacowania) to 141.874,60 zł.

Wskazać należy także na Przedmiar Robót nr 6.2.

Uwzględniając ceny podane przez Skanska (11 zł/m<sup>3</sup> wykopy, 26 zł/m<sup>3</sup> wymiana gruntu, 20 zł/m<sup>3</sup> zasypka) różnica pomiędzy rzeczywistymi kosztami Skanska związanymi z wykonaniem wskazanych powyżej pozycji Przedmiaru a wartością jej oferty wynosi 73.088,37 zł.

Uwzględniając deklarację Skanskiej, iż koszt wykonania przez nią zabezpieczenia wykopu ściankami szczelnymi to 309,76 zhn2 (załącznik nr 8 do wyjaśnień Skanska z dnia 26.06.2015r.), a deklarowany przez Skanska koszt dostawy i montażu dwuteowników to 175,50 zł (załącznik nr 1 do wyjaśnień z dnia 26.06.2015r.)> to - pomijając nawet nieznanym Odwołującemu koszty wykonania przez Skanska niektórych ze wskazanych robót (Odwołujący nie ma wiedzy o sposobie wyceny przez Skanska pozycji 6.1.1.5A i B oraz 6.2.1.4) - koszty Skanska są co najmniej na poziomie 1.741.955,45 zł, gdy tymczasem w ofercie Skanska wskazała wartość 180.645,30 zł, a więc mniejszą o ponad 1,5 mln zł.

Według wyjaśnień Skanska, poniesie ona także koszt ok. 180.000 zł za wykonanie tymczasowej organizacji ruchu, gdy tymczasem pozycja odnosząca się do tego zakresu robót (poz. 5.1.1.14) została wyceniona przez Skanska na 1.122,15 zł. Wobec braku wiedzy co do dalszych wyjaśnień Skanska, Odwołujący nie może odnieść się do rzekomych oszczędności Skanska w tym zakresie mających sięgać

140.0 zł, niemniej osiągnięcie takich oszczędności nie wydaje się być możliwe biorąc pod uwagę rzeczywiste koszty i ceny rynkowe.

Nadto, w ocenie Odwołującego, niedoszacowane mogą być również koszty wykonania przez Skanska robót związanych z betonowaniem (poz. 6.1.2.2- 6.1.2.10 oraz 6.2.2.2. - 6.2.2.9), co wynika z wyceny przez Skanska na poziomie 0 zł poz. 6.1.2.4, poz. 6.1.2.10 oraz poz. 6.2.2.5, poziomu ceny i kosztów rynkowych oraz ze sposobu wyceny tych robót przez innych wykonawców.

Dodać należy także, że z wezwania Zamawiającego z dnia 15 lipca 2015r. wynika, że Skanska w szeregu wskazanych pozycji założyła konieczność wykonania większego zakresu robót (np. poz. 6.1.1.6 dotyczyła 416,74 m, a Skanska przedstawiła w wyjaśnieniach założenie, że robót tych wykona 994,70). Odwołujący nie ma wiedzy, w jaki sposób Skanska wyjaśniła te rozbieżności, jeśli jednak rzeczywiście przyjęła konieczność wykonania większego zakresu robót niż przewidział to Zamawiający, to straty wskazane powyżej jeszcze się pogłębią.

W tym miejscu zaznaczenia wymaga, że Odwołujący nie ma wiedzy, w jaki sposób Skanska w swoich wyjaśnieniach wskazała sposób pokrycia wskazanych powyżej różnic, niemniej biorąc uwagę wysokość „niedoborów” oraz sposób wyceny przez Skanska innych pozycji kosztorysu ofertowego (tj. fakt, iż szereg pozycji kosztorysu jest wycenionych na poziomie zbliżonym do konkurentów i adekwatnym do kosztów rynkowych) - nie sposób przyjąć, że wyjaśnienia Skanska są w tym zakresie spójne i wiarygodne. W szczególności - jeśli wyjaśnienia Skanska zmierzają w tym kierunku - nie sposób zaakceptować argumentacji wskazującej na możliwość ujęcia przez Skanska kosztów wykonania wskazanych pozycji w kosztach wykonania innych, niezwiązanych z nimi robót, o czym szerzej poniżej. Powyższe prowadzi do wniosku, że Skanska nie wykazała

poprzez swoje wyjaśnienia by jej cena pokrywała koszty wykonania przedmiotu zamówienia.

W tym miejscu wymaga zaznaczenia, że z wezwaniem w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wiążą się określone konsekwencje prawne – „przerzucenie” ciężaru wykazania realnego charakteru ceny ofertowej na wykonawcę wezwanego do złożenia wyjaśnień, któremu to ciężarowi Skanska w niniejszej sprawie nie podołała.

III. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Czyn nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający, na mocy pkt. 13.3 Instrukcji dla Wykonawców („IDW”), nałożył na wykonawców biorących udział w postępowaniu wymóg, zgodnie z którym „Wykonawca musi dołączyć do oferty wypełniony Przedmiar Robót dla każdego zamówienia częściowego, na które składa ofertę. Wykonawca musi wycenić i wypełnić wszystkie pozycje Przedmiaru Robót. Przyjmuje się, że wartość każdej pozycji w wypełnionym Przedmiarze Robót, obejmuje pełen zakres prac i robót potrzebny do zrealizowania przedmiotu Zamówienia, opisanych w pkt. 2.2. niniejszych IDW, łącznie ze wszystkimi kosztami (...)”

Z kolei w akapicie drugim pkt. 13.3 IDW zostały wskazane reguły, którymi będzie kierował się Zamawiający w przypadku wpisania „0” albo niewypełnienia jakiegokolwiek pozycji Przedmiaru Robót. W tej sytuacji „(...)” pozycje takie będą uznane za. włączone do innych pozycji wypełnionego Przedmiaru Robót. W przypadku, gdy w wypełnionych przez Wykonawcę Przedmiarach Robót wystąpią inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty Zamawiający poprawi je w sposób opisany poniżej, w szczególności:

Odwołujący przedstawił wszystkie pozycje Przedmiaru Robót, w których Skanska ustaliła ceny jednostkowe na „0” zero. Łącznie według odwołującego Skanska ustaliła ceny jednostkowe wykonania robót na „0” w dwudziestu dwóch pozycjach.

Skanska nie podała nadto cen w kilku pozycjach. Przy czym biorąc pod uwagę wartości „sumy” poszczególnych Przedmiarów robót stwierdzić należy, że także te pozycje Skanska wyceniła na 0 zł.

Biorąc pod uwagę ilość pozycji, w których Skanska podała cenę 0 zł, jak i treść wyjaśnień złożonych przez Skanską, które w ocenie Odwołującego zmierzają do wykazania, że wycena na poziomie 0 zł wskazanych pozycji nie świadczy o „rażąco niskim charakterze” ceny Skanska, a jest przejawem zastosowanej przez Skanską tzw. „inżynierii ceny” polegającej na grupowaniu kosztów (a więc jest działaniem uprawnionym i zarazem zamierzonym), nie sposób przyjąć, by działanie Skanska miało charakter omyłkowy (niezamierzony, przypadkowy). Konsekwencją powyższego jest zaś to, że do działania Skanska nie można zastosować wskazanych powyżej „klauzul salwatoryjnych” przewidzianych w ID W, polegających na przyjęciu, że brak ceny jednostkowej obliguje Zamawiającego do przyjęcia, że koszty wykonania danej pozycji są w innej pozycji kosztorysu. W tej sytuacji, biorąc pod uwagę, że „istotą poprawy treści oferty wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 2 p.z-p. jest przywrócenie oświadczeniu wykonawcy, które uległo zniekształceniu skutkiem omyłki, prawidłowej i zgodnej z wolą wykonawcy treści” (wyrok KIO z dnia 18 marca 2015 r., sygn. akt KIO 441/15), ofertę należało odrzucić, bowiem wolą Skanska było ustalenie wartości ww. cen jednostkowych na „0” i uwzględnienie (przeniesienie i doliczenie) tych cen jednostkowych pod innymi pozycjami. Trudno bowiem oczekiwać, że Skanska wykonała by ww. roboty rzeczywiście za „0”. Motywem działania każdego przedsiębiorcy jest wszak zysk.

Ponadto, szczegółowa analiza każdego z Przedmiarów robót wycenianych przez Skanska, w którym znalazły się ceny jednostkowe na poziomie 0 zł prowadzi do wniosku, iż Skanska nie tyle pogrupowała koszty (rabaty) wspólne dla robót ze sobą związanych, ile ulokowała koszty wykonania pozycji wycenionych na poziomie 0 zł w wycenie pozycji odnoszących się do robót całkowicie niezwiązanych z robotami, których cena jednostkowa jest na poziomie 0 zł. Sytuacja ta dotyczy, w ocenie Odwołującego, w zasadzie każdego przypadku, gdy Skanska podała w swoim kosztorysie cenę jednostkową) zł. Przykładowo: we wskazanych powyżej grupach zadań dotyczących robót ziemnych cena jednostkowa 0 zł jest podana przez Skanska w Przedmiarze robót 5.2. dla wzmocnienia geosyntetykiem podłoża nasypu, usunięcia gruntu nienośnego, wykonania nasypów i wykonania wyrównania (poz. 5.1.2.1. - 5.1.2.5 z wyłączeniem poz. 5.1.2.3), przy czym nie sposób przyjąć - zwłaszcza w świetle wyjaśnień Skanska opisanych szczegółowo w pkt. powyżej - by koszt wykonania pozycji z ceną 0 zł mógł być ujęty w jedynej wycenionej w tym zakresie poz. 5.1.2.3 (wycena na poziomie 56.100 zł).

Uprzedzając ewentualne argumenty, wskazać także należy, że nie sposób przyjąć, by koszt wykonania pozycji z ceną 0 zł był ujęty w analogicznych pozycjach innych Przedmiarów. We wskazanym przykładzie, pozycja 5.1.2.3. (wykonanie wykopów) jest wprawdzie wyceniona na 28,05 zł/m<sup>3</sup>, ale analogiczna pozycja w Przedmiarze 5.2 (poz. 5.2.1.2) jest już z ceną 0 zł. Podobna pozycja pojawia się także w Przedmiarze robót 6.2 (poz. 6.1.1.2a i poz. 6.2.1.2a), gdzie w przypadku poz. 6.2.1.2a znów pojawia się cena 0 zł, a w poz. 6.1.1.2a jest wprawdzie cena 14,17 zł, niemniej cena ta w świetle deklaracji Skanska pozwala na uzyskanie „zysku” na poziomie 317 zł, który nie pokryje niedoborów z pozostałych pozycji z ceną 0 zł. Ponieważ ceny 0 zł pojawiają się w całej ofercie Skanska w zbliżonych zakresach robót (np. we wszystkich robotach ziemnych), koszty wykonania tych robót Skanska mogła „przerzucić” tylko do robót innych branży, co jednak prowadzi do niezgodności treści oferty Skanska z treścią SIWZ (powoduje celowy brak wyceny pozycji Przedmiarów robót), a nadto jest przejawem nierzetelności i naruszenia zasad konkurencji.

W tym miejscu zaznaczyć należy także, że niejednokrotnie problematyczne dla wykonawcy może być to, w jaki sposób uwzględnić w wycenie oszczędności wynikające np. z jednorazowej mobilizacji sprzętu i ludzi, dysponowaniem sprzętem budowlanym na własność, uzyskane rabaty etc., zwłaszcza, gdy te oszczędności” mogą dotyczyć grup pozycji kosztorysowych. W związku z tym prawidłowe jest założenie, że takie oszczędności mogą być ujęte zarówno w jednej, jak i kilku pozycjach, pod warunkiem jednak, że dotyczą wspólnego działania. Natomiast odmienna byłaby sytuacja gdyby oferent w zakres prac danej pozycji wpisał koszt wykonania robót całkowicie niezwiązanych z tymi robotami - takie działanie byłoby nierzetelne i nieprawidłowe ” (wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2015 r., sygn. akt X Ga 76/15). Zasadność argumentacji Sądu można przedstawić na następującym przykładzie, wykonawca do wykonania różnych robót używa tego samego pojazdu (np. samochodu ciężarowego), koszty związane z tym może ulokować w jednej pozycji kosztorysu lub - proporcjonalnie - w kilku. Niedopuszczalna byłaby jednak sytuacja, gdyby koszty związane z wykorzystaniem przykładowego pojazdu wykonawca umieścił w wycenie pozycji przedmiarowej, która opisuje roboty, do wykonania których ów pojazd nie jest wykorzystywany. Jak wskazano powyżej, z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Odwołujący, nie znając wyjaśnień Skanska nie może wskazać, w których pozycjach Skanska ulokowała koszty bezpośrednie wykonania robót wycenionych na 0 zł, niemniej dokonując analizy wyjaśnień Skanska należałoby postawić pytanie, czy zasady, o których mówi Sąd w przywołanym wyroku zostały w wycenie Skanska zachowane, czy Skanska rzeczywiście pokazała, jakie koszty wspólne „przerzuciła” do innych pozycji kosztorysu, czy rzeczywiście są to koszty wspólne i czy ulokowane zostały w pozycjach

podobnych? W ocenie Odwołującego, udzielenie odpowiedzi na zadane pytania prowadzi do wniosku, że Skanska „przerzuciła” koszty pozycji z wyceną 0 zł, do innych pozycji kosztorysu bez logicznego uzasadnienia, a co za tym idzie jej wycena jest nierzetelna.

Biorąc pod uwagę powyższą argumentację, w szczególności zaś ilość niewycenionych przez Skanska pozycji w Przedmiarze Robót, uprawnia ona do przyjęcia, że przeniesienie wartości cen jednostkowych miało istotne znaczenie z punktu widzenia całości oferty Skanska oraz było istotne wartościowo. W efekcie, takie działanie premiuje Skanska kosztem Odwołującego, stawiając Skanska w pozycji lepszej, bowiem to właśnie temu wykonawcy Zamawiający postanowił udzielić zamówienia. Ponadto, jak wynika z treści pkt. 13.3 IDW, rozwiązania przyjęte przez Zamawiającego stosuje się w sytuacji omyłkowego działania wykonawcy. Wskazuje na to użycie sformułowania „innych omyłek”, a także zastrzeżenie, że korekty Zamawiającego nie mogą powodować istotnych zmian w treści oferty. Postanowienia IDW są przy tym jednoznaczne, bowiem wyraźnie stanowią, że wykonawca musi wycenić i wypełnić wszystkie pozycje Przedmiaru Robót (pkt 13.3 zdanie drugie IDW). W związku z tym można powtórzyć za wyrokiem KIO, że „czytelna jest intencja zamawiającego, aby zarówno każda pozycja kosztorysu, jak i całość prac składających się na przedmiot zamówienia została wyceniona i aby cena ta była realna. Nie można obowiązkowi prawidłowego wypełnienia kosztorysu ofertowego sprowadzać wyłącznie do wymagania o charakterze formalnym. (...) Jednocześnie zamawiający mając, w ocenie Izby, na względzie sprawność przeprowadzenia postępowania oraz chcąc ograniczyć ewentualne spory postanowił, że pozycje pominięte lub niewycenione uzna za uwzględnione przez wykonawcę w innych pozycjach kosztorysu” (wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2013 r., sygn. akt 791/13). W innym wyroku, Izba orzekła, że „zgodnie z postanowieniami specyfikacji, ceny jednostkowe powinny uwzględniać wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia (Część IV, pkt 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Z uwagi na to, że to ceny jednostkowe będą stanowiły podstawę do obliczenia ostatecznego wynagrodzenia wykonawcy, każda z tych cen powinna być została obliczona w sposób realny, rynkowy. W warunkach przedmiotowego postępowania nieuzasadnione jest stanowisko odwołującego, iż zamawiający nie zobowiązał wykonawców do przyporządkowania poszczególnym cenom jednostkowym odpowiadających im faktycznych kosztów i zysku. Obowiązek ten wynika z przywołanego powyżej postanowienia Części IV pkt 5 specyfikacji. Co więcej, formułowanie przez zamawiającego wymagania, aby cena była realna jest zbędne - obowiązek wykonawcy w tym zakresie nie budzi wątpliwości. Z uwagi na powyższe Izba uznała, że analizowanie zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu cen jednostkowych pod kątem rażąco niskiej ceny jest w pełni uprawnione ” (wyrok KIO z dnia 24 września 2014 r., sygn. akt KIO 1844/14).

Opisany powyżej sposób wyceny cen jednostkowych przez Skanska prowadzi do wniosku, że składając ofertę wykonawca ten nie tylko postąpił niezgodnie z SIWZ, ale dopuścił się jednocześnie czynu nieuczciwej konkurencji.

Należy przypomnieć, iż stosownie do art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz. U. z 2003r. nr 153 poz. 1503, ze zm.), dalej jako: „uznk”, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zgodnie z wyrokiem KIO, przeliczanie kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi podstawą wypłaty wynagrodzenia w ten sposób, iż koszty realnie ponoszone w części pozycji przenoszone są do innych pozycji najczęściej wykonywanych w toku realizacji zamówienia z pewnością jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i narusza interes zamawiającego ”(wyrok KIO z dnia 24 września

2014 r., sygn. akt 1844/14).

Rozwinięciem wskazanego przepisu jest przepis art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, gdzie stwierdza się, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku w szczególności poprzez sprzedaż towarów i usług poniżej kosztów wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców z rynku. Opisane wyżej działania Skanska wyczerpują znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, bowiem wykonawca ten, „(...) przypisując poszczególnym usługom inne wartości niż rzeczywiście winny im być przypisane, co zostało stwierdzone powyżej, tak skonstruował ceną swojej oferty, że działanie to dawało mu możliwość uzyskania - pod pozorem niskiej ceny za cały przedmiot zamówienia - wysokiego wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia" (wyrok KIO z dnia 24 września 2014 r., sygn. akt 1844/14).

W tym stanie faktycznym niniejszej sprawy nie ulega wątpliwości, że przeniesienie cen jednostkowych do innych pozycji Przedmiaru Robót, spowodowała wypaczenie wyników postępowania. Takie kreatywne ustalanie cen jednostkowych umożliwiła bowiem Skanska uzyskanie zamówienia, a pozostałych wykonawców, którzy skalkulowali swoje ceny zgodnie z intencjami Zamawiającego, postawiła w znacznie gorszej sytuacji na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Wobec faktu, iż treść oferty Skanska nie odpowiada treści SIWZ w zakresie, w jakim wykonawca ten ustalił ceny jednostkowe wykonania robót na „0”, co stanowi sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, a jednocześnie przyjęta przez Skanska praktyka narusza dobre obyczaje i utrudnia dostęp do rynku pozostałym wykonawcom w związku z czym złożenie oferty przez tego wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk, oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz z art. 3 i art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk.

Mając powyższe na względzie, odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości. Wobec tego wnoszę, jak na wstępie.

#### **SKŁAD ORZEKAJACY USTALIŁ I ZWAŻYŁ CO NASTĘPUJE**

III. W związku z postawionym zarzutem niezgodności treści oferty z treścią SIWZ oraz czynem nieuczciwej konkurencji to jest naruszeniem art.89 ust.1 pkt 2 i pkt 3 ustawy Pzp.

Jak podstawę do dokonywania ingerencji w sporządzony przedmiar robót strony postępowania przywołały punkt 13 Instrukcji dla Wykonawców o treści jak poniżej.

W punkcie 13 Instrukcji dla Wykonawców zamawiający zawarł szereg regulacji na okoliczność nie wypełnienia lub błędnego wypełnienia przedmiaru robót to jest sposobów obowiązujących zamawiającego doprowadzenia do naprawienia błędów przedmiaru robót.

13.OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY.

13.1. Podana w ofercie dla każdego zamówienia częściowego cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu zamówienia oraz podatek od towarów i usług.

13.3 Wykonawca musi dołączyć do oferty wypełniony Przedmiar Robót dla każdego zamówienia częściowego, na które składa ofertę. Wykonawca musi wycenić i wypełnić wszystkie pozycje Przedmiaru Robót. Przyjmuje się, że wartość każdej pozycji w wypełnionym Przedmiarze Robót, obejmuje pełen zakres prac i robót potrzebny do zrealizowania przedmiotu Zamówienia, opisanych w pkt. 2.2. niniejszych IDW, łącznie ze wszystkimi kosztami, które są niezbędne do poniesienia dla wykonania opisanych prac i robót oraz ich zabezpieczenia i utrzymania w trakcie realizacji wraz ze wszystkimi tymczasowymi robotami i instalacjami koniecznymi do wykonania w ramach pozycji, a także nieprzewidziane koszty spowodowane przez zastosowanie się podczas wykonywania robót do wszystkich aktualnie obowiązujących przepisów i praw krajowych, lokalnych lub europejskich.

W przypadku wstawienia przez Wykonawcę w jakiegokolwiek pozycji Przedmiaru Robot cyfry „0” lub w ogóle jej niewypełnienie, pozycje takie będą uznane za. włączone do innych pozycji wypełnionego Przedmiaru Robót.

W przypadku, gdy w wypełnionych przez Wykonawcę Przedmiarach Robót. wystąpią inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty Zamawiający poprawi je w sposób opisany niżej, w szczególności:

- a) w przypadku braku pozycji – zamawiający poprawi Przedmiar Robót poprzez dopisanie treści brakującej pozycji, jednostki miary, liczby jednostek, oraz wpisanie dla tej pozycji ceny jednostkowej oraz wartości w wysokości 0(zero) i uzna tę pozycję za włączoną do innych pozycji wypełnionego Przedmiaru Robót.
- b) W przypadku błędnie wpisanej „Nazwy elementu rozliczeniowego” – (...)
- c) W przypadku błędnie wpisanej „Jednostki miary”- (...)
- d) W przypadku błędnie wpisanej ilości jednostek –(...)
- e) W przypadku braku w Przedmiarze Robót „ceny jednostkowej” – (...)
- f) W przypadku braku w Przedmiarze Robót „Ceny jednostkowej” i „wartości”- Zamawiający poprawi przedmiar Robót poprzez wpisanie dla tej pozycji ceny jednostkowej oraz wartości w wysokości 0(zero) i uzna te pozycję za włączoną do innych pozycji wypełnionego Przedmiaru Robót.

Na podstawie uregulowań SIWZ zacytowanych powyżej, w związku z treścią oferty wykonawcy wybranego Skanska, odwołujący postawił zarzut zamawiającemu nieuprawnionej korekty i przyjęcia, że wycena zawarta w ofercie tego wykonawcy odpowiada treści SIWZ. Natomiast zamawiający na rozprawie jak i w udzielonej odpowiedzi na odwołanie zaprzeczył naruszeniu zarówno postanowień SIWZ jak i ustawy w związku z dokonanymi poprawkami w kosztorysie ofertowym wykonawcy wybranego Skanska w zakresie brakujących pozycji jak i w pozycji nie wycenionych czy wycenionych na „zero”.

Izba przeprowadziła postępowanie dowodowe w sprawie o sygn. akt KIO 1728/15 z następujących dokumentów:

1. Opinia z dnia 8 lipca 2015 r. radcy prawnego - Pana Pawła Cieślika. Przedmiotem opinii było ustosunkowanie się do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz zastrzeżenia przez część wykonawców wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Powyższą opinię, znajdującą się w



dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiającego, Izba wzięta pod uwagę w związku z zarzutem odwołującego co do braku przez zamawiającego oceny złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny jak i zastrzeżenia w ofertach tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie złożonych wyjaśnień ( II. Przedmiot opinii jak i III. Wnioski i zalecenia opinii – str.1 i 2 ).

2. Pismo z dnia 3 lipca 2015 r. zamawiającego do wykonawcy Skanska S.A. w związku z wyjaśnieniami z dnia 26 czerwca 2015 r. - na okoliczność przedstawionych wyjaśnień w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz w związku z faktem, że ww. wyjaśnienia zostały zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie przedstawiając przy tym uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa. W związku z tym w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwano wykonawcę Skanska S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak wyjaśnił zamawiający na rozprawie w dniu wezwania nie stwierdził po stronie wykonawcy uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy informacji.
3. Pismo wykonawcy Skanska S.A. z dnia 8 lipca 2015 r. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 3 lipca 2015 r. – z informacją dla zamawiającego, że w wyjaśnieniach (na okoliczność przesłanek przepisu art. 90 ustawy Pzp) zostało zawarte obszernie i szczegółowe uzasadnienie zastrzeżenia informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, co znalazło się na str. 8-9 pisma wykonawcy Skanska S.A. z dnia 24 czerwca 2015 r. Wykonawca Skanska S.A. wskazuje, iż dzięki sprzętowi posiadanemu na własność zaoszczędził 1 700 000 zł netto - z tytułu braku konieczności wynajmu. Załącza wykaz sprzętu, jaki ma. Przy robotach związanych z wykonaniem wykopów brak konieczności wynajmu sprzętu daje oszczędność na poziomie 394 872,97 zł netto. Załącza wykaz sprzętu. Wykonawca Skanska S.A. uzyskał atrakcyjną cenę na materiał planowany na wbudowanie na kwotę 3. 000.238,91 zł netto. Porównuje ceny z Sekocenbud do swoich, tj. poziom 85,83 zł/1m<sup>3</sup> do jej poziomu, tj. 26 zł na wykonanie 1m<sup>3</sup>. Podnosi, iż powyższe wyjaśnienia pozwalają na przyjęcie, że informacje zawarte w wyjaśnieniach (wraz z załącznikami) zostały zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa - w myśl przepisu art. 11 ust. 4 ustawy Pzp.
4. Pismo zamawiającego z dnia 19 czerwca 2015 r. do wykonawcy Skanska S.A. (na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp) - wezwanie do szczegółowych wyjaśnień elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny. Z pisma wynika, iż wykonawca Skanska S.A. ma wykazać, że zaoferowana cena uwzględnia wszystkie elementy, związane z należyтым wykonaniem zamówienia i wykonawca ma wskazać, czy są konkretne uwarunkowania i obiektywne czynniki w realizacji zamówienia, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, wraz ze wskazaniem czynników i skali ich wpływu - zarówno merytorycznego, jak i finansowego - na wysokość zaoferowanej ceny.
5. Pismo wykonawcy Skanska S.A. do zamawiającego z dnia 26 czerwca 2015 r. (objęte tajemnicą przedsiębiorstwa), zawarte na dziewięciu stronach. Z treści pisma wynika, że Skanska S.A. - na wezwanie z dnia 19 czerwca 2015 r. - wyjaśnia, że cena uwzględnia wszystkie elementy, związane z należyтым wykonaniem zamówienia; odnosi się do kosztorysu zamawiającego, opracowanego na podstawie Sekocenbud; wskazuje, że szacunek zamawiającego oparty na cenach Secocenbudu jest zawyżony w stosunku do cen rynkowych; opisuje swoją pozycję na rynku; opisuje sprzęt, jaki posiada; pisze

- o oszczędnościach, jakie Skanska S.A. uzyskała ze względu na posiadanie własnego sprzętu bez konieczności wynajmu; pisze o oszczędnościach na pracach związanych z wykonywaniem robót inżynierskich itd.; uważa, że wszystkie koszty ujęła; załącza szereg dokumentów, w tym zdjęć; załącza porównanie cenotwórczych elementów do Sekocenbud; załącza zdjęcia sprzętu i wytwórni mas bitumicznych; załącza wykaz sprzętu w dyspozycji; załącza tabelę porównawczą; załącza katalogi wynajmu sprzętu; załącza ofertę dla dźwigów; załącza zdjęcia sprzętu Skanska S.A. stanowiącego jego własność.
6. Pismo wykonawcy wybranego Skanska z dnia 08.07.2015 roku zwraca uwagę zamawiającemu na wezwanie z dnia 3 lipca b.r., że w wyjaśnieniach przedstawionych na okoliczność art.90 ustawy Pzp zawarte zostało obszerne i szczegółowe uzasadnienie zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, które znalazły się w wyjaśnieniach na stronie 8 -9 pisma wykonawcy z dnia 26 czerwca 2015 roku. Wykonawca uważa, że w piśmie tym dokonał skutecznego zastrzeżenia złożonych informacji a nie jak stwierdza zamawiający dokonał tylko formalnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W piśmie tym wykonawca Skanska przywołał fragmenty pisma z dnia 26 czerwca 2015r., skierowanego do zamawiającego, w którym uzasadniał przyczyny jak i wysokość osiągniętych oszczędności z powodu prowadzonej polityki zakupowej jak i skutków posiadania własnego sprzętu do realizacji przedmiotowej inwestycji oraz uzyskania atrakcyjnych cen zakupu materiałów do wykonania zamówienia. Wykonawca powołując się na te okoliczności wskazuje na zasadność zastrzeżenia informacji podanych w wyjaśnieniu jak i załączonych do wyjaśnienia dokumentów.
  7. Pismo zamawiającego z dnia 15 lipca 2015 r. skierowane do Skanska S.A. zamieszczone na czterech stronach. Odnosi się do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, przekazanych przy piśmie z dnia 26 czerwca 2015 r. Podnoszone przez zamawiającego kwestie szczegółowe - niezgodności wyjaśnień w związku z podejrzeniem rażąco niskiej ceny do obowiązujących stawek pozycji przedmiarowych.
  8. Pismo z dnia 22 lipca 2015 r. (data wpływu ) od Skanska S.A. do zamawiającego - odpowiedź na wezwanie z dnia 15 lipca 2015 r., gdzie Skanska S.A. składa szczegółowe wyjaśnienia, dotyczące wskazanych przez zamawiającego nieścisłości, mieszczące się na dwunastu stronach (objęte w całości tajemnicą przedsiębiorstwa). Z przedłożonych wyjaśnień do poszczególnych pozycji przedmiarowych wynika, że cena robót związanych z np.: wykonaniem wykopów różni się od stawki podanej w wyjaśnieniach z uwagi na włączenie do stawki przedmiarowej wartości innych pozycji wypełnionego Przedmiaru Robót. Podobnie wykonawca wybrany wyjaśnił cenę robot związanych z wymiana gruntu i włączeniem do niej wartości innych pozycji wypełnionego Przedmiaru Robót. W ten sam sposób wykonawca wyjaśnił zamawiającemu dalsze pozycje, które powodowały rozbieżność pomiędzy wypełnionymi poszczególnymi pozycjami przedmiaru robót a wyjaśnieniami w związku z zarzutem rażąco niskiej ceny. W przybliżony sposób wykonawca wybrany wyjaśnił pozostałe pozycje, których wyjaśnienia zadał zamawiający, przywołując również załączone oferty podwykonawców. Wykonawca Skanska wyjaśniając wskazywał na oczywiste omyłki wynikające z błędu rachunkowego, przy czym wyliczone poprawnie oszczędności stanowiły wyższą kwotę niż pierwotnie podana kwota oszczędności. Pismo zawiera również wyjaśnienia co do podstaw utajnienia złożonych wyjaśnień.
  9. Pismo z dnia 30 lipca 2015 r. - opinia biegłego z Zespołu ds. Analiz i Weryfikacji Kosztów Inwestycyjnych P. J., który dokonał analizy otrzymanej dokumentacji, w tym: kosztorysów ofertowych oferentów ubiegających się o zamówienie; dokumentacji kosztorysowej, stanowiącej część projektu wykonawczego z roku 2011, wraz z aktualizacją cen, stanowiące podstawę opracowania budżetu przedmiotowego postępowania. W opinii tej biegły stwierdza, że wartość zamówienia jest błędnie oszacowana z

następujących powodów: przeszacowany kosztorys inwestorski z 2011 roku; brak weryfikacji dokumentacji kosztorysowej. Załączniki: zweryfikowany kosztorys inwestorski, zestawienie ofert. Biegły po przeprowadzeniu analizy otrzymanej dokumentacji (kosztorysy ofertowe oferentów ubiegających się o udzielenie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, dokumentacja kosztorysowa stanowiąca część projektu wykonawczego z 2011 roku wraz z aktualizacją cen stanowiąca podstawę opracowania budżetu przedmiotowego postępowania oraz odpowiedzi oferentów wezwanych do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny) stwierdza: wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, w świetle przedłożonych dokumentów wyjaśniających, dokonując wyceny przedmiotu zamówienia w ramach złożonych ofert nie zaoferowali rażąco niskich cen, ustalona wartość zamówienia dla poszczególnych zadań przez PKP PLK S.A. została oszacowana nieprawidłowo to jest faktyczna wartość zamówienia w ramach przedmiotowego postępowania jest niższa niż pierwotnie oszacowana.

Na rozprawie strony i przystępujący złożyli następujące wyjaśnienia i oświadczenia jak również wnioski dowodowe.

Odwołujący powołując się pismo z dnia 3 lipca 2015 r. zamawiającego do Skanska S.A. - podkreśla, że sam zamawiający przyznaje, że Skanska S.A. - składając wyjaśnienia w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - nie uzasadniła objęcia tych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający to dziś potwierdza, składając odpowiedź na odwołanie (s. 4). Odwołujący uważa, że próba uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień (z dnia 8 lipca 2015 r.) - co do rażąco niskiej ceny w piśmie Skanska S.A. - jest spóźnione, bowiem aktualny przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje, iż już w pierwszym piśmie, gdzie chce się chronić wyjaśnienia, powinno podać się przyczyny, dla których te wyjaśnienia taką ochroną powinny być objęte. Przystępujący., uzasadniając żądanie ochrony informacji, mówi tylko o ich charakterze, ale nie podaje dalszych przesłanek - wymaganych zgodnie z ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W kontekście utrwalonego orzecznictwa Izby, zamawiający bezpodstawnie odmówił odwołującemu rzekomego, pierwotnego uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa., co jest nieuprawnione, bowiem samo zastrzeżenie nie ma prawa być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Na poczet dowodu, iż brakujące pozycje wyceny nie mają charakteru marginalnego w kontekście zaoferowanej ceny, odwołujący przedstawia zestawienie pozycji, dla których Skanska S.A. przyjęła ceny jednostkowe 0 lub zostały niewycenione, wskazując, jako przykłady w pozostałych ofertach, jakie wartości te pozycje osiągnęły, zaznaczając zbiorczo wszystkie złożone 11 ofert i w porównaniu z ofertami pozostałymi niewycenione pozycje lub wycenione na 0 sięgają od prawie 5 000 000 zł do 14 000 000 zł. Na podstawie tego wykazu odwołujący uważa, że nie można tego rodzaju braków w wycenie kosztorysowej Skanska S.A. zaliczyć ewentualnych zwiększeń z tego tytułu w innych pozycjach kosztorysu Skanska S.A. Owszem odwołujący przywołuje i wnosi o przeprowadzenie dowodu z całej SIWZ, w tym z IDW - na okoliczność podnoszoną, że nie można tego zakwalifikować do postanowienia pkt 13, który mówi o umieszczeniu, czy wycenie tych braków w innych pozycjach. Ogółem nie wyceniono lub wyceniono na 0 dwadzieścia siedem pozycji. Przywołuje § 5 pkt 4 umowy oraz pkt 12 ppkt 3 szczegółowych warunków kontraktowych, gdzie mówi się o tym, że zakres zamówienia może ulec zmianie, czyli że może być np. okrojony, ale odwołujący zwraca uwagę, że wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy i podnoszone braki w wycenie dotyczą robót drogowych i mostowych. W związku z tym przywoływanie przez

Skanska S.A. tzw. *inżynierii finansowej* przy dokonywanej wycenie jest tutaj bezprzedmiotowe i nie powinno mieć miejsca i na tę okoliczność przywołuje orzecznictwo Izby, np. wyroki w sprawach o sygn. akt KIO 1271/14, czy KIO 2421/14, gdzie podnosi się konieczność wyceny wszystkich pozycji w sytuacji wynagrodzenia kosztorysowego. Stwierdza się w nich, że wycena powinna być adekwatna do każdej pozycji przedmiaru. Odwołujący przedkłada w poczet dowodu w dwóch egzemplarzach pełną wycenę pozycji niewycenionych przez Skanska S.A., z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. W związku z tym, dla Skanska S.A. tylko zbiorcze zestawienie na jednej karcie. Odrębnie zostały wycenione roboty drogowe i mostowe. Drugi dokument (nieoprawiony) obejmuje wycenę robót mostowych. Odwołujący zaznacza, że przedłożone dowody dotyczą przedmiarów robót nr 5 i nr 6, tj. obejmują roboty drogowe i roboty mostowe, które stanowią największy udział w wycenie całości robót, również w brakujących pozycjach wyceny Skanska S.A. Odwołujący uważa, że niewycenione pozycje lub wycenione na 0 nie zostały wycenione, jak przewiduje SIWZ, w pozostałych pozycjach przedmiaru. a wywodzi to z tego, że przenosząc to na wyceny odwołującego, braki wynoszą około 5 000 000 zł, a w najdroższej ofercie Intercor Sp. z o.o. około 14 000 000 zł. Ponadto odwołujący jest ciekawy, czy składając wyjaśnienia, które objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa, wykonawca Skanska S.A. wskazał pozycje, w których ujął brakujące koszty. (...).Podkreśla, że na przedstawionym zestawieniu kosztów same materiały drogowe wynoszą ponad 3 000 000 zł i w tym zestawieniu załącza dowody potwierdzające te koszty, tj. oferty najmu sprzętu, oferty na materiały i oferty podwykonawcze. Według tego samego klucza odwołujący przeprowadza postępowanie dowodowe w zakresie robót mostowych. Z tabeli wynika, że roboty mostowe wynoszą ponad 6 000 000 zł. W dziale 6.1 kolejny, drugi wiadukt drogowy, którego koszty obliczył odwołujący (rozdział przedmiaru 6.2), wynosi 4 990 575,60 zł i na potwierdzenie tej kwoty odwołujący przedkłada dowody. U Skanska S.A. rozdział 6.1 wynosi 2.631.228,04 zł, a dla rozdziału 6.2 kwota ta wynosi 5.662.501,80 zł.. Odwołujący uważa, że podawane oszczędności - z tytułu posiadania własnej masy bitumicznej - są niewiarygodne, ponieważ odwołujący też ma swoją wytwórnię mas bitumicznych. Powołuje się na wyjaśnienia z dnia 8 lipca 2015 r. Pełnomocnik odwołującego podnosi kwestię wytwórni betonu i kopalni kruszyw, które nie są podniesione w utajnionych wyjaśnieniach, natomiast są one niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia.(...)Odwołujący uważa, że element taki, jak masy bitumiczne, nie mógł doprowadzić do tak znacznych oszczędności, z uwagi na to, że w wycenie oferty odwołującego i Budimex S.A. stanowi to niespełna 5% wynagrodzenia i te pozycje znajdują się w przedmiarze nr: 5.1.2.10; 5.1.2.18; 5.1.2.25; 5.1.2.27; 5.1.2.32; 5.1.2.34. U większości wykonawców stanowi to 5% wartości robót, a u Skanska S.A. 9%. Składa w poczet dowodu dokument ze strony internetowej Skanska S.A., gdzie podane jest, iż w rejonie przewidywanych robót nie posiadają wytwórni betonu i kopalni kruszyw. Jest to znaczna część w ofercie, ujęta w przedmiarach w poz. 6.1 i poz. 6.2. Podkreśla ogólnikowość

w części udostępnianych wyjaśnień, gdzie Skanska S.A. odnosi się do posiadanych materiałów, gdzie zaoszczędzają na materiale zaoferowanym do wbudowania około 300 000 zł i jest to informacja ogólnikowa. Odwołujący podkreśla, że jako argument Skanska S.A. używa łatwość i dostępność mieszanek bitumicznych, ale z wycen Skanska S.A. wynika, że drożej je wyceniła, niż np. w ofercie odwołującego lub Budimex S.A. W tym miejscu okazuje w trzech egzemplarzach - po jednym dla zamawiającego i przystępującego - zestawienie tabelaryczne, porównanie cen jednostkowych w ofertach, jakie Skanska S.A. zawarła w innych przetargach (z uwzględnieniem Wielkopolski). Porównanie odwołującego odnosi się do nasypów, wykopów i ścianek szczelnych. Dla przykładu podaje, że z zestawienia wynika, że w innych przetargach - np. za nasypy Skanska S.A. dała wycenę na poziomie około 30 zł/1m<sup>3</sup>, a w tym postępowaniu Skanska S.A. dała 0,

natomiast wykopy wyceniała na około 9 zł, a w tym postępowaniu dała 2 zł, zaś ścianki szczelne wyceniała od 200-800 zł, a w tym postępowaniu około 35 zł. Wniosek jest taki, że ewidentnie w tym postępowaniu Skanska S.A. nie wyceniła tych robót i odwołujący uważa, że nigdzie nie ma nadwyżki, że można byłoby stwierdzić, że niewycenione roboty znajdują się w innych kosztach. Uważa, że SIWZ na takie przerzucanie kosztów nie zezwalała. Odwołujący zwraca uwagę, że sam zamawiający odkrył brak konsekwencji Skanska S.A. w zakresie wyjaśnień w stosunku do kosztorysu, ponieważ w wyjaśnieniach podawał dużo wyższe ceny, niż ceny wynikające z kosztorysu. Z pisma zamawiającego wynika, że w piśmie wyjaśniającym podaje ceny wyższe, niż faktycznie ujął w kosztorysie. Odwołujący uważa, iż wykonawca nie wyjaśnił, iż jego cena nie jest rażąco niska. W konsekwencji przywołuje argumentację, że taka *inżynieria finansowa* jest dowodem na nieuczciwą konkurencję.

Zamawiający - odnosząc się do zarzutu tajemnicy przedsiębiorstwa i czynu nieuczciwej konkurencji - co do pierwszego zarzutu, to zarówno w piśmie z dnia 19 czerwca 2015 r., jak i 15 lipca 2015 r. znajduje się uzasadnienie ze strony Skanska S.A., dlaczego informacje - co do rażąco niskiej ceny - objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający stwierdza, iż w piśmie z dnia 8 lipca 2015 r. (w odpowiedzi) nie znalazły się dodatkowe elementy, brane pod uwagę przez zamawiającego przy uwzględnieniu zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa, natomiast o tym, czy dokument jest jawny, ostatecznie decydują elementy obiektywne. W kontekście tego zamawiający uważa, że działania zamawiającego były prawidłowe. Co do zarzutu sformułowanego w oparciu o pkt 13.3 IDW (nieuczciwej konkurencji), to należy brać pod uwagę literalne brzmienie, a nie interpretacje, ponieważ wyraźnie przewidziano możliwość niewypełnienia pozycji, bądź wypełnienia 0. Wypełnienie pozycji 0 nie można traktować, jako omyłki, tylko jako sytuację, którą zamawiający przewidział w SIWZ i w konsekwencji przyjmuje się, iż pozycja 0 wyceniona jest, ale w innej pozycji. Zamawiający stosuje możliwość pozycji 0 od szeregu postępowań i nigdy nie było to traktowane, jako omyłka. Efekt - co przewiduje pkt 14.5 formularza, tj. subklauzula z warunków umowy ujęta w formularzu ofertowym - przewiduje, że „pozycje zerowe” obarczone są tylko takim skutkiem, jak brak za nie zapłaty. Zamawiający chciałby zwrócić uwagę, że przy stawianiu zarzutu nieuczciwej konkurencji należy wykazać, iż skutkiem takiego zdarzenia jest poszkodowanie innych, w tym odwołującego, a odwołujący nie wykazał szkody z tego tytułu. Co do pojęcia *inżynierii finansowej* - pojęcia zresztą niezdefiniowanego - to w kontekście istniejącego postanowienia pkt 13.3 SIWZ, to nie daje taka sytuacja prawa do żądania odrzucenia oferty.

Zamawiający podkreśla, że tym samym obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy wybranego może odnosić się jedynie do podnoszonego zarzutu rażąco niskiej ceny. Oczywiście pod warunkiem wykazania tego zarzutu. Przez cenę rażąco niską zamawiający rozumie taką cenę, która nie pokrywa kosztów realizacji zamówienia. Zamawiający był zobligowany do wystąpienia do wykonawców w kierunku wyjaśnienia podejrzenia rażąco niskiej ceny, co z resztą uczynił, natomiast odwołujący - w toku postępowania dowodowego - wykazał, że nie mógł dać tańszej oferty, ale nie odniósł się do opinii biegłego, złożonej przez zamawiającego, który dokonał ustaleń w tym postępowaniu. Zaznacza, że opinia biegłego odnosi się do ceny oferty jako całości, natomiast odwołujący odniósł się dzisiaj do poszczególnych elementów. Dowody, które przedłożył dzisiaj, wskazują jedynie

na możliwości cenowe odwołującego, czy innych wykonawców, natomiast nie ma odniesienia do czynności zamawiającego w oparciu o badanie przeprowadzone oraz opinię biegłego.

Przystępujący Skanska S.A. zwraca uwagę, że zastrzeżenie tajemnicą przedsiębiorstwa miało miejsce już w jego pierwszym piśmie z dnia 26 czerwca 2015 r., gdzie wskazano wszelkie zastrzeżenia. W kolejnym piśmie skupiono się jedynie na charakterze wyjaśnień. Uważa, że pismo zamawiającego z dnia 3 lipca 2015 r. było niefortunnym wezwaniem. Zresztą przystępujący powoływał się na ochronę prawną w przypadku odmowy uznania tajemnicy przystępującego. Przystępujący podał pewne dane w tym piśmie nie dlatego, że je chciał odtajnić, ale uważa, że są one objęte już skuteczną tajemnicą przedsiębiorstwa na mocy pierwszego pisma i osoby trzecie nie powinny mieć do niego dostępu. Co do zaoferowanej ceny to przystępujący wygrał przetarg dlatego, że jest to teren przystępującego - Wielkopolska. Przystępujący podał - przy okazji uzasadnienia ceny - szereg informacji, związanych z funkcjonowaniem na rynku wielkopolskim i gdyby pismo zostało odtajnione (w zakresie rażąco niskiej ceny), to przystępujący straciłby pozycję na rynku Wielkopolski. Chodzi o obydwa pisma - odpowiedzi na wezwania z dnia 19 czerwca 2015 r. i dnia 15 lipca 2015 r. Przystępujący jest potentatem w zakresie dostępności - jeżeli chodzi o takie materiały, jak beton, stal, asfalt. Akcentuje na lokalność w tym wypadku Wielkopolski, przy czym przystępujący jest nie tylko - jak odwołujący - tylko firmą inżynierską, ale także deweloperską, czym nie jest Eurovia Polska S.A. Przystępujący jest także potentatem w zakresie robót drogowych. Przystępujący podkreśla, że nie sam fakt posiadania wytwórni mas decyduje o pozycji, ale wolumen sprzedaży i możliwości, w związku z tym oferowania ceny. Na podstawie Decyzji Prezydenta Miasta Poznania przystępujący ma prawo przetwarzać odpady uzyskiwane w wyniku frezowania nawierzchni asfaltowej i przetworzony produkt - w postaci granulatu - można wykorzystać do produkcji nowych mieszanek i obniżyć dzięki temu koszt.

W tym miejscu - w uzupełnieniu do pisma złożonego w dniu dzisiejszym - przystępujący składa dodatkowe, graficzne opracowania - na okoliczność zestawienia danych Eurovia Polska S.A. i Skanska S.A., są sporządzone na okoliczność dzisiejszej rozprawy, gdzie chce pokazać różnice pomiędzy firmą przystępującego, a odwołującego. Przystępujący w pierwszej kolejności pokazuje liczbę uzyskanych projektów w 2015 roku na tle Polski i Wielkopolski w porównaniu z odwołującym. Podobnie przystępujący przywołuje liczbę projektów w 2014 roku. Jest to dowód na to, z jakiego pułapu negocjacyjnego może rozpocząć rozmowę Skanska S.A., a z jakiego pułapu odwołujący. Na kolejnych kartach przystępujący przedstawił udział Skanska S.A. w rynku BI (budownictwa inżynierskiego) w 2014 roku. Następnie porównanie danych finansowych przystępującego i odwołującego. Następnie dane ogólne, np. oddziały, laboratoria, wytwórnie.

#### **Izba zważyła co następuje**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba powyżej przedstawiła zarówno zarzuty, żądania odwołującego Eurovia Polska S.A. Bielany Wrocławskie jak i wybraną argumentację, która zawarta jest w odwołaniu, jak i przedstawiła wybraną argumentację odwołującego przedstawianą w toku postępowania dowodowego w trakcie rozprawy, która z kolei zawarta jest w protokole z rozprawy.

Odwołujący zaskarżył czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w zadaniu B to jest oferty przystępującej po stronie zamawiającego Skanska S.A. w Warszawie oraz zaskarżył zaniechanie zamawiającego nie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego Skanska S.A. w Warszawie.

Przedstawione powyżej zarzuty odwołania co do czynności jak i zaniechania zamawiającego wywiedzione zostały z szeregu przepisów ustawy Pzp i tak art.8 ust.3, art.90 ust.3 w związku z art. 89 ust.1 pkt 4 i art.89 ust.1 pkt 2 jak i art.7 teje ustawy. Z kolei naruszenie tych przepisów powiązano z ustawą z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji to jest art.11 ust.4 definiującym tajemnicę przedsiębiorstwa jak i art. 3 oraz art.15 ust.1 pkt 1definiującymi czyn nieuczciwej konkurencji.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący zażądał nakazania zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty w zadaniu B to jest oferty przystępującego w sprawie po stronie zamawiającego Skanska S.A. w Warszawie oraz nakazania ponownego badania i oceny ofert po uprzednim odtajnieniu wyjaśnień składanych w trybie art.90 ust.1 ustawy Pzp przez wykonawcę wybranego w konsekwencji odrzucenia oferty wykonawcy wybranego/przystępującego w sprawie oraz wybranie oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zasadniczą kwestią rozstrzygającą zasadność złożonego odwołania jest udzielenie odpowiedzi na pytanie czy oferta wykonawcy wybranego zawiera cenę zaniżoną to jest noszącą znamiona ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający ustalił wartość zamówienia na kwotę trzech zadań łącznie 150.170.129,46 zł. co stanowi równowartość 35.544.057,19 euro w tym przedmiotowego zamówienia B na kwotę 63.735.952,62 zł. co stanowi równowartość 15.085.789,63 euro. Kwota ta została ustalona na 05 lutego 2015 roku na podstawie kosztorysu inwestorskiego przygotowanego przez firmę Systra S.A. (Punkt 2 Przedmiot zamówienia. Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego). W dniu otwarcia ofert to jest w dniu 20 maja 2015 roku podano na zadanie B zamówienia kwotę jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie w wysokości 78.395.221,72 zł. brutto. Na to zamówienie częściowe B złożono 11 ofert, które wyceniono od kwoty 35.879.905,93 złotych brutto (oferta wykonawcy wybranego) do kwoty 66.148.249,88 złotych (Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. Zawiercie), powyższe ustalono według Punkt 8 i 9 Otwarcie ofert; Zestawienie ofert. Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego.

Zamawiający wobec tak zróżnicowanych kwotowo ofert oraz znacznie odbiegających od kwoty jaką podał na otwarciu ofert, pismem z dnia 19 czerwca 2015 roku zwrócił się do szeregu wykonawców w tym wykonawcy wybranego Skanska S.A. Zamawiający zwrócił się w trybie art.90 ust.1 ustawy Pzp o złożenie szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Z treści wezwań kierowanych do wykonawców w tym wykonawcy wybranego wynika, że zamawiający wezwał do złożenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaproponowanej dla zamówienia. „Wyjaśnienie winno wykazać czy zaoferowana cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należywym wykonaniem zamówienia i wskazać czy istnieją konkretne uwarunkowania i obiektywne czynniki jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, które wpłynęły na wysokość oferowanej ceny wraz ze wskazaniem opisu tych czynników i skali ich wpływu (zarówno merytorycznego jak i finansowego) na wysokość zaoferowanej ceny”. Jednocześnie zamawiający pouczył, o skutkach nie złożenia w wyznaczonym terminie wyjaśnień wynikających z art.89ust.1 pkt 4 w związku z art.90 ust.3 ustawy pzp.

Zaznaczył także, że powyższe skutki nastąpią, jeżeli dokonana przez zamawiającego ocena przedłożonych wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wezwanie zamawiający wystosował nie tylko do wykonawcy wybranego ale również do szeregu innych wykonawców spośród jedenastu, którzy złożyli oferty w na to zadanie (zadanie B).

Zanim Izba odniesie się do złożonych wyjaśnień przez wykonawcę wybranego, najpierw zwraca uwagę na charakterystyczną tendencję w pismach wykonawców odnoszących się do ustalonej przez zamawiającego kwoty jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Charakterystycznym jest to, że wszyscy wykonawcy, którzy zobowiązani byli do złożenia wyjaśnień w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny podnosili okoliczność przeszacowania budżetu zamawiającego co do wyceny zadań objętych przedmiotowym zamówieniem. I tak z dokumentacji zamawiającego tego rodzaju zastrzeżenia znalazły się w wyjaśnieniach między innymi następujących wykonawców wezwanych w trybie art.90 ust.3 ustaw Pzp. Wykonawca IDS-BUD S.A. w piśmie z dnia 26.06.2015 roku do zamawiającego stwierdza między innymi: „Z Państwa pisma wynika, iż wątpliwości wzbudza wysokość ceny w naszej ofercie, która została oszacowana na 45.274.858,83 zł. brutto, podczas gdy wartość przedmiotowego zamówienia została oszacowana przez Zamawiającego na kwotę zł. 78.395.2212,72 zł. brutto”. Dalej IDS-BUD S.A. w Warszawie wskazuje wszystkie kwoty z jedenastu złożonych ofert, które kształtowały się od 35.879.905,93zł. (oferta Skanska S.A.) poprzez 45.274.858,83zł.(oferta IDS-BUD S.A. w Warszawie) po kwotę 66.148.249,88zł. (najwyższa kwota). Wykonawca ten kwituje swoje wyjaśnienie „Cena wykonawcy co prawda odbiega od szacunkowej wartości zamawiającego, jednakże należy zwrócić uwagę na fakt, iż oferty wszystkich wykonawców są niższe niż przewidywana, szacunkowa wartość zamówienia. Średnia cen ofert wszystkich Wykonawców jest ok.38% niższa niż przewidywana przez Zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia”. Podobnie zwraca uwagę wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art.90 ustawy Pzp wykonawca BiLFINGER Infrastructure S.A. w Warszawie w piśmie z dnia 26.05.2015 roku do zamawiającego „Taka sytuacja budzi wątpliwość, czy kosztorys inwestorski nie jest przeszacowany, skoro średnia cen ofert złożonych w postępowaniu stanowi niewiele ponad 60 % kwoty przeznaczonej na realizację zadania przez Zamawiającego”. Podobnie również zauważył wezwany w trybie jak powyżej wykonawca POLAQUA Sp. z o.o. w Piasecznie cytując „Jednocześnie należy zauważyć, że dla poszczególnych zadań Zamawiający posiadał wygórowane budżety w stosunku do aktualnych cen rynkowych”. I podobnie STRABAG Sp. z o.o. Budownictwo Infrastruktury w Pruszkowie w piśmie z dnia 26.06.2015 roku do zamawiającego „W opinii firmy Strabag Sp. z o.o. kalkulacja Zamawiającego stanowi jedynie szacunek przewidywanego kosztu przyjęty przez autora opracowania oparty na cenach jednostkowych robót, aktualnych na czas sporządzania kosztorysu. Wymaga odnotowania, że w większości postępowań przetargowych prowadzonych w latach 2012-2015 cena najkorzystniejszej oferty, a także ceny większości składanych ofert, były znacząco niższe od kwot, jakie Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia.”(...) W związku z powyższym punktem odniesienia do kwalifikacji ceny, jako rażąco niskiej nie powinna być również kwota wynikająca z kosztorysu inwestorskiego.” I wreszcie sam odwołujący Eurovia Polska S.A. Bielany Wrocławskie w piśmie z dnia 24 czerwca 2015 roku do zamawiającego w trybie art.90 ustawy Pzp. „Wskazujemy, iż niewątpliwie stworzony na potrzeby realizacji niniejszego zadania kosztorys inwestorski jest istotnie zawyżony w stosunku do obowiązujących aktualnie na rynku cen(a w tym w szczególności na rynku wielkopolskim), za które jest możliwe wykonanie zaprojektowanego zadania. Zauważamy w związku z powyższym, jako potwierdzenie złożenia przez



Spółkę oferty zawierającej rażąco niską cenę, iż żadna z ofert złożonych w toku niniejszego postępowania nie oscyluje nawet w pobliżu zakładanej w kosztorysie inwestorskim ceny 74.705.221,72 zł. brutto. Średnia arytmetyczna brutto złożonych ofert wynosi 48.811.065,42 zł. i wynosi zaledwie 65% wartości zamówienia brutto szacowanego przez Zamawiającego, co potwierdza postawioną tezę, iż kosztorys inwestorski jest zawyżony.”

W związku z powyższym to jest wezwaniem wykonawców w trybie art.90 ust.1 ustawy Pzp jak i postawionymi zastrzeżeniami przez wykonawców, związanymi z wyceną przedmiotu zamówienia, zamawiający powołał biegłego w osobie Pana P. J. w celu dokonania oceny czy złożone w przedmiotowym postępowaniu oferty zawierają rażąco niskie ceny względem szacunkowej wartości zamówienia, a także w celu zweryfikowania prawidłowości ustalenia wartości zamówienia ( punkt 3 Osoby wykonujące czynności związane z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia ppkt 3 inne osoby wykonujące czynności w postępowaniu Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego).

W tym stanie rzeczy Izba, odnosząc się do argumentacji odwołującego, który podnosił kwestię braku szczegółowego zbadania złożonych wyjaśnień w tym co do podejrzenia rażąco niskiej ceny, przywołuje opinię biegłego P. J. z dnia 30 .07.2015 roku z której dowód przeprowadzono na rozprawie z urzędu w myśl art.190 ust.2 ustawy Pzp.

Wyniki przeprowadzonego postępowania dowodowego na rozprawie zaprzeczają takiemu stawianiu sprawy przez odwołującego, to jest braku szczegółowego zbadania przez zamawiającego złożonych wyjaśnień w trybie art.90 ustawy Pzp.

Na tę okoliczność Izba przywołuje kolejny dowód przeprowadzony z urzędu na rozprawie tym razem z opinii biegłego wyznaczonego w postępowaniu przez zamawiającego to jest radcy prawnego P. C. ( punkt 3 Osoby wykonujące czynności związane z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia ppkt 2 Biegli. Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego).

Z przywołanej w ustaleniach Izby opinii sporządzonej na zlecenie zamawiającego wynika, że przedmiotem badania były po pierwsze skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez zobowiązanych do złożenia wyjaśnień w kontekście art.11 ust.4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Po drugie przedmiotem opinii było ustosunkowanie się do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W tym drugim aspekcie opinia prawna jest przywoływana na okoliczność rażąco niskich cen. Opiniujący stwierdza, że na obecnym etapie postępowania udzielone wyjaśnienia nie dają podstaw do zastosowania art.90 ust.3 ustawy Pzp. Udzielone wyjaśnienia powinny zostać poddane ocenie osób zawodowo zajmujących się kosztorysowaniem poprzez ich porównanie z aktualnymi cenami rynkowymi. Jeżeli udzielone wyjaśnienia są niewystarczające należy wezwać wykonawcę o uzupełnienie, określając zakres podlegający wyjaśnieniu. Jednocześnie opiniujący wskazał trzech wykonawców (wśród nich nie znajduje się wykonawca wybrany), wobec których opiniujący stoi na stanowisku, że są niewystarczające albowiem wykonawcy ci nie odnieśli się do okoliczności mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez nich ceny a jedynie ograniczyli się do porównania zaoferowanej przez nich ceny do cen innych wykonawców.

W cytowanej, w ustaleniach Izby, opinii biegłego P. J. z Zespołu ds. Analiz i Weryfikacji Kosztów Inwestycyjnych, znajdującej się w dokumentacji zamawiającego – akta sprawy, wykonanej na zlecenie zamawiającego znaczące są jej podsumowania. Z treści tych podsumowań po pierwsze wynika, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie

zamówienia w świetle przedłożonych dokumentów wyjaśniających, nie zaoferowali rażąco niskich cen a po drugie ustalona wartość zamówienia dla poszczególnych zadań została oszacowana nieprawidłowo to jest niższa niż pierwotnie oszacowana. Biegły dokonał weryfikacji wyceny kosztorysowej zamawiającego przedstawiając zweryfikowany kosztorys inwestorski jako załącznik nr 1 do opinii gdzie zadanie B budżet skorygował do kwoty 41.879.116,24 złotych wobec pierwotnej kwoty 78.395.221,72 złotych. Z kolei według załącznika 2 do opinii uwzględniając zweryfikowaną wycenę kosztorysu zamawiającego oferta wykonawcy wybranego nie wykorzystuje budżetu inwestorskiego w granicach 30,35 procent. Przy czym na podstawie złożonych wyjaśnień przez wykonawcę wybranego biegły Pan P. J. nie stwierdza rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy wybranego. Pełnomocnik odwołującego na rozprawie oświadczył, że opinia P. P. J. nie była udostępniona i nie jest odwołującemu znana. Krajowa Izba Odwoławcza przeprowadzając dowód z opinii zarówno prawnej radcy prawnego P. P. C. jak i kosztorysanta P. P.J. na zlecenie zamawiającego przyjmuje je nie jako dowody z opinii biglach ale jako stanowisko strony to jest zamawiającego. Obydwie opinie świadczą o rzetelności i wnikliwości zamawiającego przy ocenie złożonych wyjaśnień czy to pod kątem rażąco niskiej ceny, czy to w zakresie oceny zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba dokonała badania i oceny wyjaśnień wykonawcy wybranego w zakresie rażąco niskiej ceny jak i tajemnicy przedsiębiorstwa na podstawie korespondencji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą wybranym to jest pism opisanych powyżej w ustaleniach Izby. I tak są to pisma zamawiającego z dnia 19 czerwca 2015 roku – standardowe wezwanie czy cena zawiera wszystkie elementy wymagane do należytego wykonania umowy w trybie art.87 ust.1 w związku z art.8 ust.3 ustawy Pzp.; pismo z dnia 3 lipca 2015 roku – wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa; pismo z dnia 15 lipca 2015 roku wezwanie w trybie art.90 ust.1 w związku z wyjaśnieniami wykonawcy wybranego w piśmie z dnia 26.06.2015 roku a wynikającymi nieścisłościami pomiędzy stawkami przedmiaru a stawkami podanymi w tymże piśmie. Z kolei pisma odwołującego: z dnia 26.06.2015 roku – odniesienie się do kosztorysu inwestorskiego na podstawie SEKOCENBUDU, wymienia i opisuje okoliczności mające wpływ na wysokość jego ceny, uzyskane z tych tytułów kwoty oszczędności w odniesieniu do stawek SECOCENBUDU II kw.2015 zeszyt 30/2015; wskazuje na korzystne oferty podwykonawcze; oszczędności z powodu bliskości realizowanych robót oraz załączniki (wykaz – porównanie cenotwórczych elementów oferty w stosunku do cen katalogowych SEKOCENBUD; zdjęcia sprzętu oraz wytwórni mas bitumicznych będących w dyspozycji Skanska S.A.; wykaz sprzętu w dyspozycji SKANSKA S.A.- tabela porównawcza; katalogi wynajmu sprzętu; oferta na dźwigi; umowa najmu sprzętu; zdjęcia sprzętu będącego własnością firmy Skanska S.A.; zabezpieczenie wykopu ściankami szczelnymi traconymi.); jak podaje na stronach 8-9 pisma zamieścił uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy (dokument zawierający strony 1-3-5-7-9), pismo z dnia 08.07.2015 roku – stanowiące odpowiedź na wezwanie do wyjaśnienia tajemnicy z przywołaniem stron 8-9 pisma z dnia 26. 06.2015r. oraz cytatami z tegoż pisma na udokumentowanie informacji niejawnych; pismo z dnia 26.06.2015 data wpływu 22.07.2015 odpowiedź na wezwanie zamawiającego z dnia 15 lipca 2015 roku w sprawie nieścisłości – na 12 stronach pisma wykonawca wybrany wyjaśnia rozbieżności pomiędzy stawkami na poszczególne roboty podanymi w piśmie 26.06.2015 r. a stawkami w przedmiarach ze wskazaniem na pkt 13.3., w którym zamawiający dopuścił możliwość włączenia do ceny innych pozycji te pozycje Przedmiaru Robót , gdzie wykonawca wstawił cyfry „0”. W treści wyjaśnień przedstawiał rozbicia ilościowe poszczególnych pozycji zgodnie z systematyką przyjętą przez zamawiającego w Przedmiarze Robót; wyjaśnienia zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i zawierają uzasadnienie poufności przekazanych w tym piśmie danych posiadających dla wykonawcy wartość gospodarczą ze

wskazaniem sposobów i metod ich ochrony.

W ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy w sprawie i jego ocena wskazują na brak przesłanki rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy wybranego Skanska S.A. w Warszawie.

Odnosząc się do argumentacji odwołującego zwłaszcza przedstawionych dowodów na rozprawie to wskazują one przede wszystkim na szczegółową analizę i porównywanie ofert pozostałych wykonawców w zakresie wyceny poszczególnych robót objętych zamówieniem jak i też usiłowanie wykazania, że w innych przetargach wykonawca Skanska S.A. na wyższym poziomie wycenił swoje zadania w porównywalnych przedmiotowo zamówieniach. Izba nie przyjęła w poczet dowodów dokumentów Skanska S.A. w W-wie z innych przetargów uznając, że ceny nie mają charakteru cen urzędowych tylko kontraktowych czyli umownych. Tym samym wykonawca ma prawo wycenić tę samą pracę na różnej wysokości w różnych postępowaniach, w których składa oferty. Z takiej polityki nie można jemu skutecznie czynić zarzutu. Tego rodzaju dowody nie służą wykazaniu konkurentowi rażąco niskiej ceny.

Z kolei pomimo, iż Izba dopuściła dowody z wycen pozostałych konkurentów w tym postępowaniu to oprócz wykazania, że odbiegają one od wyceny wykonawcy wybranego w pozycjach wycenionych na zero czy pominiętych w wycenie wykonawcy wybranego nie wykazano za ich pośrednictwem rażąco niskiej ceny. Sama okoliczność, że inni wykonawcy wyceniają inaczej poszczególne pozycje przedmiaru nie świadczy, że w tym przypadku wykonawca wybrany nie wycenił czy źle wycenił dane pozycje przedmiaru. Zamawiający w pkt 13.3. SIWZ dopuścił wyceny zerowe czy pominięcie wycen poszczególnych pozycji z przyjęciem zasady, że opuszczona w wycenie pozycja jest wyceniona w innej pozycji a skutek przy wynagrodzeniu kosztorysowym sprowadza się do braku zapłaty za wykonaną pozycję. W ocenie Izby formuła zawarta w SIWZ nie uzasadnia przy jej stosowaniu odnoszenia się do art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp czyli poprawiania oferty.

Oceniając zakres wezwań zamawiającego i udzielane na nie odpowiedzi przez wykonawcę wybranego w tym ocenę biegłego kosztorysanta z ramienia zamawiającego, Izba nie znajduje podstaw do stwierdzenia, że cena zaoferowana ma charakter rażąco niskiej. Natomiast analizy odwołującego bardzo obszerne, szczegółowe stanowią argumentacją odnoszącą się do jego uwarunkowań lub pozostałych wykonawców ale nie są dowodem na rażąco niską cenę w ofercie wykonawcy wybranego.

W związku z powyższym Izba nie stwierdza naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4 w związku z art.90 ust.3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy wybranego to jest Skanska S.A. w Warszawie.

W kwestii odtajnienia również Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia w tym zakresie żądania odwołującego z uwagi na to, że podawane źródła czy to zaopatrzenia, czy to podwykonawstwa nie wskazywały na jednorazowy ich charakter związany z niniejszym postępowaniem a raczej na stałą czy co najmniej okresową współpracę.

Ponadto brak uzasadnienia, do klauzuli ochrony informacji przedsiębiorstwa, przy pierwszej czynności, nie stanowi utraty ochrony dostępu do informacji. Przeoczenie zamawiającego uzasadnienia w pierwszym piśmie wykonawcy z dnia 26.06.2015 roku nie pozbawia zamawiającego prawa do wezwania złożenia wyjaśnień w trybie art.87 ust.1 ustawy Pzp w związku z klauzulą poufności zawartą w tymże piśmie. Również częściowe ujawnienie informacji zastrzeżonych, co miało miejsce poprzez udostępnienie pisma wykonawcy z dnia 08.07.2015 roku, nie powoduje utraty prawa do ochrony informacji w pozostałym zakresie.

Tym samym Izba nie stwierdza naruszenia przez zamawiającego art.8 ust.3 ustawy Pzp. w związku z nie udostępnieniem wyjaśnień rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy wybranego.

W konsekwencji braku naruszeń powyżej przywołanych przepisów ustawy Pzp Izba nie stwierdza również naruszenia przepisu art.89 ust.1 pkt 3 jak również art.87 ust.1 art.7 ustawy Pzp. i pozostałych wymienionych w odwołaniu.

Reasumując powyższe Izba nie znajduje podstaw do uwzględnienia odwołania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 3 pkt 1i pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 20.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając 3.600,00 złotych od odwołującego na rzecz zamawiającego tytułem wynagrodzenia jego pełnomocnika.

### **Sygn. akt KIO 1739/15**

#### **Sygn. akt KIO 1739/15**

**Drugie odwołanie** wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 sierpnia 2015 r. i nosi datę dnia 13 sierpnia 2015 roku.

Odwołującym jest Konsorcjum:

1. VIA POLONIA S.A. z siedzibą w Poznaniu, ul. Bystra 7, 61-366 Poznań,
2. POZBUD T&R S.A. z siedzibą w Wysogotowie, ul. Bukowska 10A, 62-081 Przeźmierowo, zwany dalej „konsorcjum VIA POLONIA” lub „odwołującym”.

Zamawiającym jest PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, Centralne Biuro Zamówień, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa zwany dalej „zamawiającym”.

**Odwołanie wniesiono** od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, podjętej w dniu 4 sierpnia 2015 r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - zamówienie Część A, w przedmiocie wyboru przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum firm w składzie Trakcja PRKil S.A. z siedzibą w Warszawie oraz INTOP Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zwany dalej także jako „konsorcjum Trakcja/Intop” lub „przystępujący” i zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Odwołujący, składając niniejsze odwołanie, powołuje się na następujące zarzuty:

1. zarzut wyboru przez Zamawiającego oferty złożonej przez konsorcjum firm w składzie Trakcja PRKil SA. z siedzibą w Warszawie oraz INTOP Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, mimo iż oferta złożona przez tego Wykonawcę winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt. 2 ustawy Pzp.;
2. zarzut wyboru przez Zamawiającego oferty złożonej przez konsorcjum firm w składzie Trakcja PRKil S.A. z siedzibą w Warszawie oraz INTOP Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, mimo iż oferta tego wykonawcy zawiera wątpliwości, które wymagają wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.;

3. zarzut wyboru przez Zamawiającego oferty złożonej przez konsorcjum firm w składzie Trakcja PRKil S.A. z siedzibą w Warszawie oraz INTOP Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, mimo iż oferta przystępującego winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.; ewentualnie naruszenie przepisu art. 26 ust 3 p.z.p. przez zaniechanie wezwania tego konsorcjum do złożenia niewadliwego pełnomocnictwa do złożenia oferty.

W świetle powyższych zarzutów odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie niniejszego odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru ofert w postępowaniu z uwzględnieniem odrzucenia oferty Konsorcjum firm w składzie Trakcja PRKil S.A. z siedzibą w Warszawie oraz INTOP Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

2. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przez pełnomocnika według norm przepisanych.

**Nadto wniesiono o:**

3 przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z dziedziny budownictwa na okoliczność konieczności użycia kafara do wykonania robót wskazanych w Przedmiarze Robót nr 6 w zakresie grupy drugiej zamówienia częściowego A zadania pn. Budowa obiektów inżynieryjnych w km 160,857; km 155,170 i km 145,650 linii kolejowej nr 271 Wrocław — Poznań, w ramach Projektu POIiŚ 7.1-5.1 Modernizacja linii kolejowej B59 na odcinku Wrocław — Poznań, Etap III, odcinek Czempień – Poznań.

**W uzasadnieniu odwołania** przedstawiono następującą argumentację formalną i prawną

Wbrew stanowisku Zamawiającego nie powinno budzić żadnych wątpliwości, że oferta złożona przez Konsorcjum jest niezgodna z warunkami wskazanymi w SIWZ — TOM I Instrukcje dla Wykonawców (IDW), co wynika z następujących okoliczności

C. Niezgodność oferty z pkt 23.1 IDW

Zgodnie z pkt 23.1 IDW Zamawiający w zakresie Zamówienia Częściowego — część A zastrzegł, iż Wykonawca zobowiązany jest do osobistego wykonania kluczowej części zamówienia polegającej na wykonaniu Prac wyszczególnionych w Przedmiarze Robót Grupa 2 „Roboty w zakresie wznoszenia kompletnych obiektów budowlanych lub ich części oraz roboty w zakresie inżynierii lądowej i wodnej Nadto w odpowiedzi na pytanie nr 252, Zamawiający pismem z dnia 13 maja 2015 r. wskazał, iż obowiązek osobistego wykonania kluczowej części zamówienia dla części A i C „dotyczy robót Grupy 2 w Przedmiarze Robót numer 6”. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 252 dokonał tym samym zmiany warunków zamówienia poprzez zawężenie zakresu robót objętych obowiązkiem osobistego wykonania zamówienia do Przedmiaru Robót nr 6, tj. obiektu inżynieryjnego — wiaduktu kolejowego w km 145.642 w m. Mosina. Pomimo, iż Zamawiający w dalszej części pisma z dnia 13 maja 2015 r. dokonał zmian treści SIWZ, nie objął nimi zmiany wynikającej z udzielenia odpowiedzi na pytanie nr 252.

Zgodnie z treścią pkt 23.1 IDW, obowiązek osobistego wykonania kluczowych części zamówienia obejmuje prace ze wszystkich przedmiarów w zakresie robót z grupy drugiej.

Przyjmując zatem literalną i nie budzącą wątpliwości treść SIWZ, z uwzględnieniem zmian dokonanych przez Zamawiającego w trybie art. 38 ust. 4 p.z.p., należy stwierdzić, iż oferta konsorcjum Trakcja/Intop, poprzez objęcie podwykonawstwem robót z grupy drugiej dla Przedmiarów Robót nr 1-3 i nr 9 jest sprzeczna z pkt 23.1 IDW. Zamawiający wyraźnie bowiem wykluczył możliwość wykonania zamówienia za przy wykorzystaniu podwykonawców w omawianym zakresie, zaś oferta konsorcjum Trakcja/Intop wskazuje, że wykonawca będzie w tym zakresie korzystał z podwykonawców.

Odwołujący wskazuje także, że instytucja wyjaśnień do treści SIWZ wskazana w art. 38 ust. 2 p.z.p, ma na celu wyeliminowanie wątpliwości, dwuznaczności lub też doprecyzowanie wymagań określonych przez zamawiającego w treści SIWZ. Przyjmuje się w orzecznictwie, że "usuwanie wątpliwości powinno następować w trybie pytań kierowanych do zamawiającego na podstawie art. 38 ust.4 Pzp gdy wykonawca uznaje, że dane wymaganie może być rozumiane, co najmniej na dwa sposoby, albowiem tylko taki tryb pozwala na obiektywne ustalenie woli zamawiającego (definitywne rozstrzygnięcie), co do danego postanowienia specyfikacji (wyrok KIO z 5 sierpnia 2013 r. Sygn. akt KIO 1795/13). W niniejszym postępowaniu Zamawiający w sposób jednoznaczny i nie budzący żadnych wątpliwości wskazał, że nie dopuszcza podwykonawstwa przy pracach ze wszystkich przedmiarów w zakresie robót z grupy drugiej (jako kluczowych). Nie istniały zatem w tym zakresie żadne wątpliwości wymagające wyjaśnienia. Wykorzystanie instytucji z art. 38 ust 2 p.z.p. nie może w żadnym wypadku zmierzać do interpretacji SIWZ sprzecznej z literalnym brzmieniem samej SIWZ, jak ma to miejsce w niniejszej sprawie. Skoro bowiem treść SIWZ w omawianym zakresie nie budziła wątpliwości a sam Zamawiający nie skorzystał z prawa do zmiany SIWZ, to niezrozumiała jest czynność Zamawiającego polegająca na udzieleniu wyjaśnień sprzecznych z treścią SIWZ i odmowa odrzucenia oferty konsorcjum Trakcja/Intop jako sprzecznej z SIWZ. Podobne stanowisko wyraża Izba w wyroku KIO z dnia 6 maja 2011 r, Sygn. akt KIO 836/11, w którym wskazano, że: " Wyjaśnienia treści SIWZ, o których mowa w art. 38 ust. 2p.zj>\*\* stanowią uszczegółowienie, ewentualnie doprecyzowanie opisu zawartego w SIWZ w zakresie przedstawionym przez wykonawców występujących z Zapytaniem Wyjaśnienie nie może stanowić podstawy wprowadzenia innego wymagania niż zawarte w treści SIWZ. Udzielenie wyjaśnień rozbieżnych z pierwotną treścią SIWZ wykracza poza możliwość wynikającą z treści przepisu art. 38 ust. 2 pzp.

Należy przy tym zauważyć, że Zamawiający skorzystał z uprawnienia wskazanego w art. 36 c p.z.p i skorzystał z wzoru umowy na udzielenie zamówienia publicznego. W tymże wzorze umowy stanowiącym część SIWZ w Warunkach Szczególnych zawarta została Subklauzula 4.4 o zmodyfikowanej treści, zgodnie z którą "Wykonawca osobiście wykona następujące Roboty: Dla Zamówienia Częściowego - CZĘŚĆ A: - Prace wyszczególnione w Przedmiarze Robót Grupa 2 "Roboty w zakresie wznoszenia kompletnych obiektów budowlanych lub ich części oraz roboty w zakresie inżynierii lądowej i wodnej". Tym samym nie ulega wątpliwości, że wolą Zamawiającego przy tworzeniu SIWZ było ustanowienie zakazu podwykonawstwa dla prac ze wszystkich przedmiarów w robót grupy drugiej. Należy zauważyć, że Zamawiający nie dokonał w tym zakresie zmiany wzoru umowy w trybie art. 38 ust. 4 p.z.p. , co dodatkowo potwierdza, że wyjaśnienia Zamawiającego zawarte w pytaniu nr 252 nie spowodowały zmiany SIWZ. Pogląd taki przyjmuje też orzecznictwo (vide: wyrok KIO z dnia 3 października 2014 r. Sygn. akt

KIO 1918/14 - "W przypadku, gdy zamawiający skorzysta z przysługującego jemu uprawnienia z art. 36 ust. 1 pkt. 16 pzp i załączy do SIWZ wzór umowy lub istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy, to stają się one częścią siwz i podlegają ograniczeniom wynikającym pzp w tym w szczególności wynikającym z art. 38 ust. 4 pzp Regulacja ta uprawnia zamawiającego do zmiany treści SIWZ w uzasadnionych wypadkach jednakże tylko i wyłącznie przed upływem terminu składania ofert. O dokonanej zmianie zamawiający ma obowiązek poinformować wszystkich wykonawców, którym przekazano SIWZ a jeśli SIWZ jest udostępniona na stronie internetowej, zamieszcza ją również na tej stronie.

Z daleko idącej ostrożności, odwołujący wskazuje, że nawet gdyby przyjąć, iż udzielenie przez Zamawiającego odpowiedzi na pytanie nr 252, stanowi dopuszczalną i wiążącą dla wykonawców zmianę treści SIWZ, należy zauważyć, iż złożony przez konsorcjum Trakcja/Intop na str. 36 oferty wykaz robót przeznaczonych do podwykonania jest niekompletny, ponieważ nie wymienia robót z grupy drugiej Przedmiaru Robót nr 6.

Oferta konsorcjum Trakcja/Intop na str. 19 zakłada, iż konsorcjum Trakcja/Intop będzie dysponowało 1 sztuką kafara, który zostanie oddany do dyspozycji konsorcjum na cały okres realizacji zamówienia przez Aarsleff Sp. z o.o., zgodnie ze zobowiązaniem z dnia 5 maja 2015 r. (strona 21 oferty). Podmiot zobowiązujący się oddać sprzęt do dyspozycji konsorcjum Trakcja/Intop oświadczył, iż wyszczególniony sprzęt będzie wykorzystywany przy realizacji zamówienia na podstawie umowy podwykonawczej. Już z charakteru zobowiązania Aarsleff Sp. z o.o. polegającego na oddaniu sprzętu na podstawie umowy podwykonawczej wynika, iż udział Aarsleff Sp. z o.o. w wykonaniu zamówienia będzie szerszy niż tylko oddanie sprzętu albowiem będzie również obejmował co najmniej wykonywanie przez Aarsleff Sp. z o.o. robót przy użyciu sprzętu oddanego do dyspozycji konsorcjum Trakcja/Intop. Konsorcjum Trakcja/Intop, na stronie 36 oferty wskazało, iż do podwykonania zamierza przeznaczyć roboty z grupy drugiej tylko w zakresie przedmiarów robót nr 1-3 i nr 9. Z istoty oraz rodzaju robót objętych Przedmiarem Robót nr 6 grupa druga wynika niezbicie, iż do ich wykonania konieczne jest posłużenie się kafarem i na tę okoliczność Odwołujący wnosi o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa. Jeżeli kafar został oddany do dyspozycji konsorcjum Trakcja/Intop na podstawie umowy podwykonawczej, to z samego charakteru stosunku prawnego łączącego konsorcjum Trakcja/Intop i Aarsleff Sp. z o.o. może wyprowadzić jednoznaczny wniosek, iż Aarsleff Sp. z o.o. będzie podwykonywała roboty objęte zamówieniem także w zakresie Przedmiaru Robót nr 6 — grupa druga. Umowa podwykonawcza, jako forma udostępnienia sprzętu, ze swej istoty determinuje szerszy zakres czynności wykonywanych przez podmiot zobowiązujący się do oddania do dyspozycji potencjału technicznego, aniżeli wynika to z treści samego zobowiązania, o którym mowa w art. 26 ust. 2b p.z.p. Udostępnienie sprzętu w ścisłym tego słowa znaczeniu może nastąpić np. poprzez jego użyczenie, najem. Nie wyklucza to oczywiście możliwości udostępnienia sprzętu w oparciu o inną podstawę w tym o umowę podwykonawczą, jednakże wybór takiej, a nie innej podstawy musi być oceniany w kontekście treści art. 36a ust. 2 p.z.p. w zw. z pkt 23.1 IDW. Podanie przez Aarsleff Sp. z o.o. umowy podwykonawczej jako podstawy oddania sprzętu do dyspozycji powoduje, iż spółka ta będzie uczestniczyć jako podwykonawca w wykonywaniu zamówienia i to w części

obejmującej grupę drugą Przedmiaru Robót nr 6, nie tylko w zakresie udostępnienia sprzętu, tj. w zakresie zobowiązania, o którym mowa w art. 26 ust. 2b p.z.p., ale także w zakresie wykonywania prac przy użyciu udostępnianego sprzętu, a więc także poza zakresem zobowiązania, o którym mowa w art. 26 ust. 2b p.z.p. Wykonywanie przez Aarsleff Sp. z o.o. prac przy użyciu udostępnianego przez siebie sprzętu wykracza zatem poza dyspozycję art. 36a ust. 3 p.z.p. albowiem pozostaje poza zakresem zobowiązania, o którym mowa w art. 26 ust. 2b p.z.p.

W ocenie Odwołującego swoboda charakteru stosunku prawnego łączącego wykonawcę z podmiotem oddającym określone zasoby do dyspozycji wykonawcy, o której mowa w art. 26 ust. 2b p.z.p. nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku badania oferty w zakresie osobistego wykonania kluczowych części zamówienia zgodnie z art. 36a ust. 2 p.z.p. w zw. z pkt 23.1 IDW. Obowiązku badania oferty w zakresie osobistego wykonania kluczowych części zamówienia nie zmienia również wyjątek, o którym mowa w treści art. 36a ust. 3 p.z.p. - swoboda charakteru stosunku prawnego pomiędzy wykonawcą a zobowiązanym do oddania zasobów nie oznacza dowolności i nie może umożliwiać obejścia art. 36a ust. 2 p.z.p. oraz pkt 23.1 IDW. Przeciwna interpretacja spowodowałaby bowiem, iż wykonawcy korzystając z możliwości jakie daje im art. 26 ust. 2b p.z.p. i art. 36a ust. 3 p.z.p. mogliby powoływać w swoich ofertach umowy podwykonawcze, które tak jak w niniejszym przypadku prowadziłyby do wykonania kluczowych części zamówienia przez podmiot niedający gwarancji ich należytego wykonania (np. w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia).

Tego rodzaju przypadek ma miejsce w niniejszej sprawie, albowiem konsorcjum Trakcja/Intop przedstawiając zobowiązanie Aarsleff Sp. z o.o. do udostępnienia sprzętu na podstawie umowy podwykonawczej będzie w istocie nie tylko dysponowało sprzętem (jak wynika to z treści zobowiązania) ale także będzie wykonywało kluczowe prace poprzez podwykonawcę, co jest niezgodne z pkt 23.1 IDW. W konsekwencji oferta konsorcjum Trakcja/Intop powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

C. [Brak umocowania pełnomocnika]

Odwołujący wskazuje nadto, że oferta konsorcjum Trakcja/Intop została złożona przez osobę do tego nieumocowaną. Oferta została podpisana przez Pana J. W., który do oferty załączył udzielone mu w dniu 6 maja 2015 r. pełnomocnictwo. Pełnomocnictwo w imieniu Trakcja PRKil S.A. zostało podpisane przez Wiceprezesa Zarządu – M. S. oraz Prokurenta – E. O. . Tym samym pełnomocnictwo zostało udzielone J. W. przez członka zarządu i prokurenta łącznego działających na zasadach tzw. prokury niewłaściwej, która jest niedopuszczalna zgodnie z obowiązującymi przepisami i jako taka niezgodna z prawem (nie wywołująca skutku w postaci złożenia oświadczenia woli przez osobę prawną).

Ustawodawca dopuścił w kodeksie cywilnym trzy rodzaje prokury: prokurę samoistną (inaczej singularną) udzieloną jednej osobie, prokurę łączną (udzieloną dwóm lub więcej osobom-prokurentom) oraz prokurę oddziałową (ograniczoną zakresem do spraw oddziału przedsiębiorstwa). W obecnym porządku prawnym nie ma podstaw do uznania, że istnieją inne rodzaje prokury, w tym w szczególności prokura niewłaściwa (inaczej zwana nieprawidłową). Należy zaznaczyć, że szeroki wywód prawny na temat niedopuszczalności prokury niewłaściwej znajduje się w uzasadnieniu uchwały Sądu Najwyższego w składzie 7 sędziów z dnia



30 stycznia 2015 r. (III CZP 34/14). Odwołujący w całej rozciągłości popiera argumentację zawartą w ww. uchwale i jej uzasadnieniu załączając do niniejszego odwołania jej treść.

Sąd Najwyższy przyjął przy tym jednoznacznie, że zasady przyjęte w uchwale nie mogą wpłynąć na ważność czynności prawnych dokonanych na zasadach prokury niewłaściwej przed podjęciem uchwały, jednakże przyjęta w uchwale SN wykładnia obowiązuje pro futuro od chwili jej podjęcia, tj. od 30 stycznia 2015 r. Skoro pełnomocnictwo udzielone zostało J. W. w dniu 6 maja 2015 r. tj. po podjęciu uchwały przez Sąd Najwyższy, to nie ulega wątpliwości, że zostało ono udzielone przez osoby do tego nieuprawnione i działające na zasadach nieprzewidzianych w polskim porządku prawnym.

Bez znaczenia pozostaje przy tym fakt, że reprezentacja wykonawcy przez członka zarządu współdziałającego z prokurentem została ujawniona w rejestrze przedsiębiorców KRS, albowiem w świetle aktualnego orzecznictwa Sądu Najwyższego (vide: cytowana uchwała) nie konwaliduje to na przyszłość czynności prawnych dokonanych na zasadach prokury niewłaściwej uznanej za niedopuszczalną w porządku prawnym.

D. [Dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia]

Zgodnie z zapisami pkt 8.3.2 lit. a) IDW, w zakresie zamówienia częściowego A, konsorcjum Trakcja/Intop, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącym dysponowania osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia, zobowiązane było przedstawić, iż dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w tym Kierownikiem Robót torowych posiadającym uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności inżynierskiej kolejowej bez ograniczeń w zakresie kolejowych obiektów budowlanych.

Ze złożonego wraz z ofertą Wykazu osób, którymi dysponuje konsorcjum Trakcja/Intop i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (strona 11-14 oferty) nie wynika jednoznacznie, że Pan A. W., wskazany na stanowisko Kierownika Robót torowych posiada uprawnienia wymagane przez Zamawiającego, w szczególności, czy wskazane uprawnienia są uprawnieniami bez ograniczeń. Pomimo rozbieżności treści oferty z wymaganiami Zamawiającego nie wezwał on konsorcjum Trakcja/Intop do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 p.z.p., wobec czego oferta konsorcjum Trakcja/Intop może być niezgodna z treścią pkt 8.3.2 lit. a) IDW i jako taka nie spełnia wymogu dysponowania przez konsorcjum Trakcja/Intop osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Wątpliwości Odwołującego są tym bardziej uzasadnione, zważywszy na fakt, iż Zamawiający w analogicznej sytuacji, występującej w zakresie zamówienia częściowego C, pismem z dnia 14 lipca 2015 r. (ICZ3c-0815-02/15-POliŚ 7.1-5.1 — 55/15) wezwał konsorcjum Trakcja/Intop do złożenia wyjaśnień dotyczących Pana J. S., wskazanego przez konsorcjum Trakcja/Intop na stanowisko Kierownika Budowy. W odpowiedzi, konsorcjum Trakcja/Intop pismem z dnia 20 lipca 2015 r. (DHPP 43/2015) wskazało, iż uprawnienia Kierownika Budowy odpowiadają uprawnieniom budowlanym w specjalności inżynierskiej kolejowej bez ograniczeń, w rozumieniu aktualnie obowiązujących przepisów. Odpowiedzi tej nie można jednakże uznać za wystarczającą w odniesieniu do zamówienia częściowego A, dla którego konsorcjum Trakcja/Intop wskazało Pana A. W. na stanowisko Kierownika Robót torowych. W szczególności Odwołujący wskazuje, iż konsorcjum Trakcja/Intop w Wykazie osób, którymi dysponuje wskazało, iż Pan

A. W. dysponuje uprawnieniami budowlanymi nr OIK1-K-7/99 bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności linie, węzły i stacje kolejowe. Numer uprawnień wskazuje, iż Pan A. W. uzyskał uprawnienia budowlane w okresie obowiązywania rozporządzenia Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 30 grudnia 1994 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. 1995 r. Nr 8, poz. 38 ze zm.). Zapisy rozporządzenia nie przewidują jednakże, aby możliwe było uzyskanie uprawnień bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności linie, węzły i stacje kolejowe. Opisane powyżej rozbieżności powodują, iż na podstawie złożonej oferty Zamawiający nie mógł dokonać właściwej oceny oferty złożonej przez konsorcjum Trakcja/Intop pod względem zgodności z treścią SIWZ. W konsekwencji czynność wyboru przez Zamawiającego, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez konsorcjum Trakcja/Intop powinna zostać powtórzona, po uprzednim wyjaśnieniu przez Zamawiającego kwestii uprawnień osoby zaproponowanej na stanowisko Kierownika Robót torowych.

Stwierdzić zatem należy, że oferta złożona przez konsorcjum Trakcja/Intop nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zatem winna zostać odrzucona, względnie Zamawiający powtarzając czynność wyboru ofert powinien wyjaśnić wątpliwości co do treści oferty konsorcjum Trakcja/Intop. Mając na uwadze powyższe niniejsze odwołanie jest konieczne i uzasadnione, a zatem wnoszę jak na wstępie.

**Do postępowania odwoławczego przystąpił** wykonawca wybrany na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej „Pzp”, po stronie Zamawiającego wnosząc o:

- a) oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego,
- b) utrzymanie w mocy czynności Zamawiającego polegającej na uznaniu za najkorzystniejszą ofertę Przystępującego.

Przystępujący oświadcza, że ma interes prawny w uzyskaniu rozstrzygnięcia niniejszego odwołania na korzyść Zamawiającego, ponieważ w wyniku prawidłowo przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferta Przystępującego została uznana za najkorzystniejszą. Ewentualne uwzględnienie odwołania może doprowadzić do zmiany decyzji Zamawiającego, a tym samym do pozbawienia Przystępującego możliwości uzyskania zamówienia. Zatem Przystępujący ma interes prawny w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

W uzasadnieniu przedstawił następującą argumentację formalną i prawną.

Odwołujący zarzuca, że oferta Przystępującego jest niezgodna z pkt 23.1 IDW, jako że przewiduje ona wykonanie robót w zakresie robót Grupy drugiej w Przedmiarach Robót 1-3 i 9 przy udziale podwykonawców. Przystępujący uznaje argumentację Odwołującego za bezzasadną i wskazuje, iż nie ma żadnych wątpliwości, że zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 252, która stanowi potwierdzenie wymagania zawartego w SIWZ, zastrzeżenie obowiązku osobistego wykonania kluczowych części zamówień A i C dotyczy wyłącznie robót w zakresie obiektów inżynierskich wyszczególnionych w Przedmiarze Robót nr 6 zatytułowanym „Obiekty inżynierskie”, a nie wszystkich przedmiarów, w których roboty z danej Grupy drugiej mogą się pojawić np. Przedmiar robót nr 3 pt. „Roboty torowe, czy też

przedmiar robót nt 5 pn. Roboty drogowe". W przeciwnym razie oferenci musieliby liczyć się z koniecznością osobistego wykonania praktycznie całego zamówienia, w tym robót branżowych tj. oświetlenia, usunięcia kolizji energetycznej, przebudowy wodociągu, przebudowy gazociągu. Ponadto Przystępujący wskazuje, że oferty innych uczestników postępowania również przewidywały powierzenie części robót podwykonawcom w taki sposób, jak to uczynił Przystępujący. Skoro Odwołujący niewłaściwie zrozumiał treść SIWZ albo postanowił zaoferować wykonanie całego zamówienia siłami własnymi, to nie ma prawa, aby na tej podstawie budować argumentację sprzeciwiającą się decyzji Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego.

Ponadto, kategoryczność zadanego pytania nr 252 w zestawieniu z treścią udzielonej odpowiedzi niewątpliwie potwierdza stanowisko Przystępującego (w załączeniu pismo Zamawiającego z 13 maja 2015 r. zawierające pytanie 252 i odpowiedź na nie). W tym miejscu warto zwrócić uwagę na orzeczenie KIO z dnia 22 marca 2011 r. (KIO 465/11), w którym KIO stwierdza, że *„Istotnie wyjaśnienia udzielane w trybie odpowiedzi na zapytania wykonawców mogą stanowić modyfikację treści SIWZ. Niemniej jednak decyduje o tym merytoryczna zawartość pisma, a więc treść udzielonej odpowiedzi. Wyjaśnienia udzielane w zakresie odnoszącym się do SIWZ -jak wynika z literatury i doktryny przedmiotu - stanowi rodzaj wykładni autentycznej wiążącej zamawiającego i uczestników przetargu, stanowiąc także rodzaj zmiany, jeżeli nie ma konieczności odmiennego lub uzupełniającego modyfikowania treści SIWZ”*. W niniejszym stanie faktycznym potrzeby modyfikacji SIWZ niewątpliwie nie było. Oferta Przystępującego pozostaje zatem w zgodzie z treścią SIWZ. Odnośnie zarzutu udostępnienia przez Aarsleff sp. o.o., do dyspozycji Przystępującego 1 sztuki kafara, Przystępujący wskazuje, że Aarsleff sp. o. o. udostępni potencjał techniczny-na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp - do wykonania przez Przystępującego robót objętych Przedmiarem Robót nr 6 Grupa druga. Tym samym powyższe wypełnia dyspozycję art. 36a ust.3 Pzp. Natomiast wspomniana w zobowiązaniu Aarsleff sp. o. o. umowa podwykonawcza dotyczy poza udostępnieniem potencjału technicznego również wykonania przez Aarsleff sp. o.o robót wymienionych w pozostałych Przedmiarach robót (z wyłączeniem Przedmiaru Robót nr 6 Grupy drugiej, które notabene nie mogą być wykonywane przy udziale podwykonawców zgodnie z zastrzeżeniem Zamawiającego) Odnośnie twierdzenia Odwołującego, iż pełnomocnictwo dla Pana J. W. zostało udzielone niezgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa - pełnomocnictwo podpisane przez wiceprezesa zarządu oraz prokurenta - należy wskazać, że zgodnie z art. 373 § 1 ksh w przypadku gdy zarząd spółki jest wieloosobowy, sposób reprezentowania spółki określa jej statut. Jeżeli statut nie zawiera żadnych postanowień w tym przedmiocie, do składania oświadczeń w imieniu Spółki jest współdziałanie dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu z prokurentem. Jako potwierdzenie wypełnienia dyspozycji art. 373 § 1 ksh oraz należytego umocowania Pana J. W., załączamy treść statutu spółki Trakcja PRKM S.A.

Natomiast w kwestii przywołanej przez Odwołującego uchwały Sądu Najwyższego w składzie 7 sędziów z dnia 30 stycznia 2015 r. (III CZP 34/14) należy wskazać, że przyjęta przez Sąd Najwyższy w niniejszej uchwale wykładania obowiązuje tylko pro futuro od chwili jej podjęcia i nie ma zastosowania do oceny skutków czynności prawnych dokonanych przez ustanowionych niezgodnie z nią prokurentów, a to

oznacza, że prokury ustanowione niewłaściwie przed datą podjęcia niniejszej uchwały pozostają w mocy. Ponadto należy wskazać, że w ocenie Sądu Najwyższego przyjęta przez niego wykładnia przepisów o prokurze i reprezentacji spółki kapitałowej nie powinna prowadzić do podważenia bezpieczeństwa obrotu i możliwości pozbawienia skuteczności wielkiej ilości czynności prawnych, dokonanych przez prokurentów ustanowionych na podstawie prokury łącznej niewłaściwej.

Odwołujący bezpodstawnie zarzucił, że w złożonym wraz z ofertą Wykazie osób, którymi dysponuje Przystępujący i które będą uczestniczyć w wykonywaniu przedmiotowego zamówienia, nie zostało uprawdopodobnione, że Pan A. W., wskazany na stanowisko Kierownika Robót, posiada odpowiednie uprawnienia budowlane bez ograniczeń. Należy wskazać, że Przystępujący w swojej ofercie na stronie 14 wykazał, że Pan A. W. posiada uprawnienia budowlane nr OIKI-K-7/99 bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności linie, węzły i stacje kolejowe (w załączeniu decyzja nr ewidencyjny OIKI-K-7/99). Tym samym wątpliwości Odwołującego odnośnie uprawnień Pana A. W. są zupełnie niezasadne. Mając powyższe na uwadze Przystępujący wnosi o oddalenie odwołania w całości.

Pismem z dnia 21 sierpnia 2015 roku odwołujący odniósł się do odpowiedzi na odwołanie w następujący sposób.

W odpowiedzi na przystąpienie uczestnika — TRAKCJA PRKil S.A. w Warszawie po stronie Zamawiającego z dnia 14 sierpnia 2015 r., wskazał jak poniżej.

A. [Niezgodność oferty z pkt 23.1 IDW]

Odpowiadając na zarzut niezgodności oferty z pkt 23.1 IDW, Przystępujący podaje, iż wbrew stanowisku Odwołującego, decydujące znaczenie dla oceny zgodności treści oferty z SIWZ ma odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 252, w której ograniczono zakres osobistego wykonania kluczowych części zamówienia z grupy drugiej wyłącznie do Przedmiaru Robót nr 6.

Odwołujący podtrzymuje w całości swoje dotychczasowe stanowisko zawarte w odwołaniu, wskazując iż udzielenie odpowiedzi przez Zamawiającego na pytanie nr 252 nie jest wystarczające do stwierdzenia, że doszło do zmiany treści SIWZ, zgodnie z treścią odpowiedzi Zamawiającego. Przystępujący nie dostrzega, że odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 252 de facto zmienia wymagania Zamawiającego stawiane Wykonawcom w pkt 23.1 IDW, prowadzące do istotnej zmiany zakresu osobistego wykonania przedmiotu zamówienia, odbiegającej od literalnego brzmienia pkt 23.1 IDW oraz Subklauzuli 4.4 wzoru umowy i jako taka nie może zostać wprowadzona przez Zamawiającego w trybie udzielenia odpowiedzi na pytanie Wykonawcy (zob. wyrok KIO z dnia 6 maja 2011 r., sygn. akt: KIO 836/11). Odwołujący przychylił się także do cytowanego przez Przystępującego wyroku KIO z dnia 22 marca 2011 r., sygn. akt: KIO 465/11. W wyroku tym Krajowa Izba Odwoławcza wyraźnie zaznaczyła, że udzielenie odpowiedzi przez Zamawiającego stanowi „rodzaj wykładni autentycznej wiążącej zamawiającego i wykonawców, stanowiąc taki rodzaj zmiany, jeżeli nie ma konieczności odmiennego lub uzupełniającego modyfikowania treści SIWZ”. Izba zatem wyraźnie zaznaczyła, że nie w każdym wypadku dopuszczalne jest uznanie odpowiedzi Zamawiającego za skutecznie

zmieniającą treść SIWZ. W ocenie Odwołującego tego rodzaju 'zmiana' nie może być skuteczna bez równoczesnego zmodyfikowania w trybie art. 38 ust. 4 p.z.p. treści SIWZ, a w szczególności treści pkt 23.1 IDW oraz Subklauzuli 4.4 wzoru umowy. Zmiana SIWZ w trybie art. 38 ust. 4 p.z.p. była w tym wypadku konieczna, ze względu na całkowicie odmienne od literalnego brzmienia SIWZ zamierzenia Zamawiającego oraz w uwagi na treść wzoru umowy, który po jego podpisaniu przez strony zawierałby postanowienia sprzeczne z treścią oferty Konsorcjum Trakcja/Intop.

W dalszej części pisma, Przystępujący potwierdza, iż Aarsleff Sp. z o.o. oddając do jego dyspozycji 1 sztukę kafara będzie jednocześnie wykonywał roboty w pozostałych przedmiarach robót wskazanych w ofercie, z wyłączeniem Przedmiaru Robót nr 6 grupy drugiej. Zważyć jednak należy, iż takie oświadczenie Konsorcjum Trakcja/Intop jest niekompletne i w swej istocie sprzeczne z treścią zobowiązania Aarsleff Sp. z o.o. z dnia 5 maja 2015 r. (strona 21 oferty). Wykonanie robót z przedmiaru robót nr 6 grupy drugiej wymaga bowiem użycia kafara, na co Odwołujący przedstawił dowód z opinii biegłego. W przypadku potwierdzenia tej tezy, zobowiązanie Aarsleff Sp. z o.o. musi tym samym obejmować również wykonanie robót przy użyciu kafara dla grupy drugiej Przedmiaru Robót nr 6, albowiem Konsorcjum Trakcja/Intop osobiście nie dysponuje kafarem. Zobowiązanie Aarsleff Sp. z o.o. byłoby prawidłowe i zgodne z treścią SIWZ, a zarazem zgodne z treścią wykazu robót przeznaczonych do podwykonania (str. 36 oferty) jedynie wówczas, gdyby podstawą udostępnienia kafara była umowa podwykonawcza z wyłączeniem robót grupy drugiej Przedmiaru Robót nr 6. Dla grupy drugiej Przedmiaru Robót nr 6, zobowiązanie Aarsleff Sp. z o.o. powinno natomiast przewidywać inną podstawę udostępnienia kafara np. umowa najmu lub umowa użyczenia. Tylko wówczas oferta Konsorcjum Trakcja/Intop byłaby spójna i nie zawierałaby sprzeczności skutkujących niezgodnością oferty z pkt 23.1 IDW.

B. [Brak umocowania pełnomocnika]

Uzasadniając należyte umocowanie Pana J. W. do złożenia oferty, Przystępujący powołuje się na treść art. 373 §1 k.s.h., który dopuszcza statutowe określenie sposobu reprezentowania spółki w przypadku gdy zarząd spółki jest wieloosobowy.

W cytowanej przez Odwołującego uchwale 7 sędziów z dnia 30 stycznia 2015 r., Sąd Najwyższy wyraźnie wskazał, że brak jest podstaw do ustanowienia prokury łącznej mieszanej (nieprawidłowej) w drodze analogicznego stosowania art. 373 k.s.h.

Odnosząc się natomiast do skutków uchwały Sądu Najwyższego, to należy zauważyć, że nieprawidłowe ustanowienie prokurenta, zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego nie ma zastosowania do czynności prawnych dokonanych przez prokurentów ustanowionych w sposób opisany powyżej. Obowiązki uchwały Sądu Najwyższego pro futuro dotyczy zatem czynności prawnych dokonywanych przez prokurentów łącznych mieszanych po dniu 30 stycznia

2015 r., a nie jak twierdzi Przystępujący samych prokur (i prokurentów) łącznych mieszanych ustanowionych po dniu 30 stycznia 2015 r. Przyjęcie sposobu rozumienia uchwały Sądu Najwyższego zaprezentowanego przez Przystępującego zagrażałoby bezpieczeństwu obrotu prawnego, albowiem w aktualnych informacjach/odpisach z rejestru przedsiębiorców KRS nie ma informacji o dacie ustanowienia prokurenta. Kontrahent takiego przedsiębiorcy, nie znając daty ustanowienia prokurenta łącznego mieszanego, nie byłby w stanie ustalić czy czynność prawna dokonywana przez tak ustanowionego prokurenta byłaby ważna czy też nie. Reasumując, uchwała Sądu Najwyższego i zaprezentowana w niej wykładnia przepisów o prokurze i reprezentacji spółki kapitałowej odnosi się do czynności prawnych podjętych przez prokurentów łącznych mieszanych po dniu 30 stycznia 2015 r. W konsekwencji pełnomocnictwo udzielone Panu Jerzemu Wójcikowi oraz oferta Konsorcjum Trakcja/Intop złożona przez tak ustanowionego pełnomocnika są nieważne.

C. [Dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia]

Odwołujący w całości podtrzymuje również swoje twierdzenia dotyczące wątpliwości, co do spełnienia przez Konsorcjum Trakcja/Intop warunku udziału w postępowaniu dotyczącym dysponowania osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia w zakresie osoby Pana A. W. .

W szczególności Odwołujący podtrzymuje swoje zarzuty, iż Przystępujący w żaden sposób nie wyjaśnił czy podane w treści oferty oraz widniejące na załączonym do pisma z dnia 14 sierpnia 2015 r. dokumencie uprawnienia budowlane Pana A. W. do kierowania robotami budowlanymi w specjalności linie, węzły i stacje kolejowe bez ograniczeń są równoważne z wymaganiami Zamawiającego sformułowanymi w pkt 8.3.2 lit. a) IDW, przewidującymi obowiązek posiadania przez Kierownika Robót torowych uprawnień

**Stanowisko zamawiającego na rozprawie.** Zamawiający przede wszystkim zwraca uwagę na pytanie zadane Sądowi Najwyższemu, które sprowadza się do tego, czy w rubryce prokurenci (w KRS) możliwy jest wpis jednego prokurenta, z zastrzeżeniem działania tylko i wyłącznie z członkiem zarządu. Sąd w tej mierze odpowiada, że taki wpis prokurenta, tj. że może on działać tylko łącznie z członkiem zarządu jest niedopuszczalny, natomiast ze s. 14 (ostatniej) tej uchwały wynika, że wykładnia zakazu wpisu prokurenta do działania tylko z członkiem zarządu obowiązuje na przyszłość od chwili jej podjęcia, czyli nie wypowiedza się do wcześniejszych wpisów. Z kolei na s. 13, tiret 2 potwierdza, że przyjęta wykładnia przepisów o prokurze i reprezentacji spółki kapitałowej nie ma zastosowania do oceny skutków czynności prawnych, dokonanych przez ustanowionych niezgodnie z nią prokurentów. Przywołując art. 373 KSH, zgodnie z którym można powoływać reprezentację członka zarządu i prokurenta, stosowana była prokura niewłaściwa. Nawet jeżeli była stosowana prokura niewłaściwa, nie było to kwestionowane przez Sąd. Prokurenci - dotychczas ustanowieni w myśl prokury niewłaściwej - mogą skutecznie podejmować czynności prawne, tj. ważne czynności, bowiem Uchwała odnosi

się tylko do ich wpisywania, a nie do skutków czynności. Owszem istnienie art. 12 ust. 3 ustawy o KRS, który umożliwia sądowi wypowiedzenie się w kwestii wpisów dokonanych, jednak takich sytuacji nie odnotowuje się. Nie ma żadnego stanowiska sądów w zakresie prokur już wpisanych, tym samym nie ma żadnej przesłanki do stwierdzenia nieważności udzielonego pełnomocnictwo panu Jerzemu Wójcikowi do podpisania oferty.

Pełnomocnik zamawiającego przede wszystkim podkreśla, że prezentowana zmiana SIWZ - w związku z odpowiedzią na pytanie nr 252 - miała miejsce w dniu 13 maja 2015 r., to jeżeli odwołujący kwestionowałby udzieloną odpowiedź, to powinien skorzystać ze środka ochrony prawnej i to w terminie od dnia 23 maja 2015 r. do dnia 24 maja 2015 r., czego nie uczynił. Natomiast zwraca uwagę na pismo przywoływane, tj. pismo z dnia 13 maja 2015 r., tj. że kończy się ono następującą formułą: *pozostałe zapisy SIWZ pozostają bez zmian, a powyższą zmianę należy traktować, jako integralną część SIWZ*. Może zgodzić się z odwołującym co do celowości sporządzania tekstów jednolitych, bo stanowiłoby to ułatwienie w związku z licznymi odpowiedziami na pytanie i wynikającymi z nich zmian, niemniej praktyka okazuje się inna. W związku z tym podtrzymuje swoje stanowisko co do zmiany SIWZ i udzieloną odpowiedź na pytanie nr 252. Powinien przyjąć optykę zaufania wykonawcy do czynności zamawiającego, to wykonawca przystępujący mógłby mieć zarzut do zamawiającego, że wprowadził go w błąd, udzielając odpowiedzi, z której wynika zakres osobistego świadczenia, natomiast takiego zarzutu nie mógłby postawić odwołujący, który postanowił wykonać całość zamówienia siłami własnymi. Odnośnie przywoływanego przez odwołującego zobowiązania oddania do dyspozycji kafara przez firmę Aarsleff Sp. z o.o., to nie ma to żadnego znaczenia i związku z wykonywaniem osobistym części zamówienia i określoną odpowiedzią nr 252. To zobowiązanie podmiotu trzeciego nie ma znaczenia dla oświadczenia wykonawcy o osobistym wykonywaniu zamówienia w części zastrzeżonej odpowiedzią nr 252 i żaden przeciwdowód nie został postawiony. W tym miejscu pełnomocnik zamawiającego przywołuje ofertę wykonawcy wybranego (s. 36 oferty), gdzie znajduje się wykaz robót przeznaczonych do wykonania.

Odwołujący podnosi, że z treści SIWZ wynika, że oczekuje się uprawnień budowlanych od kierownika robotami specjalności inżynierskiej, kolejowej bez ograniczeń w zakresie kolejowych obiektów budowlanych. Natomiast uprawnienia budowlane mgra inż. A. W. są uprawnieniami budowlanymi bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności linie, węzły i stacje kolejowe. Należałoby wyjaśnić, czy takie posiadane uprawnienia przez mgra inż. A. W. odpowiadają uprawnieniom określonym w SIWZ. W związku z tym zamawiający powinien wszcząć procedurę z przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Zamawiający wyjaśnia, że co do pana J. S. wystąpiono z pytaniem, czy ma uprawnienia bez ograniczeń, ponieważ w części zamówienia c (na s. 12) przy jego nazwisku brakowało zwrotu *bez ograniczeń*, natomiast w zamówieniu część

a (na s. 14) przy nazwisku A. W. posłużono się zwrotem *bez ograniczeń*. Zamawiający podnosi, iż dla niego podstawą jest wykaz. W wykazie określono, iż uprawnienia są zgodne.

**Izba ustaliła i zważyła co następuje**

- I. **Co do zarzutu wyboru przez Zamawiającego oferty złożonej przez konsorcjum firm w składzie Trakcja PRKil SA. z siedzibą w Warszawie oraz INTOP Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, mimo iż oferta złożona przez tego Wykonawcę winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt. 2 ustawy Pzp.;**

**Izba ustaliła**

Odwołujący oparł zarzut o następujące postanowienia SIWZ (Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia) wynikające z Tomu I Instrukcji Dla Wykonawców (IDW)

23. Podwykonawstwo 23.1 Zamawiający zastrzega, że Wykonawca zobowiązany jest do osobistego wykonania następujących kluczowych części Zamówienia: W zakresie Zamówienia Częściowego – Część A Prace wyszczególnione w Przedmiarze Robót Grupa 2 „Roboty w zakresie wznoszenia kompletnych obiektów budowlanych lub ich części oraz roboty w zakresie inżynierii lądowej i wodnej.

Zamawiający posłużył się zwrotem „kluczowe części zamówienia” a zamówienie dotyczy budowy wiaduktu kolejowego bądź drogowego. Na tle tak sformułowanego postanowienia wykonawca powziął wątpliwość, co należy rozumieć przez ten zwrot mając na uwadze zakres robót do wykonania w poszczególnych częściach zamówienia (Część A; Część B; Część C).

Dlatego też sformułował pod adresem zamawiającego następujące pytanie, które zamawiający oznaczył numerem 252, o treści: „Prosimy o wyjaśnienie czy zastrzeżenie obowiązku osobistego wykonania kluczowych części zamówienia, a w przypadku zamówień częściowych część A i C dotyczy prac wyszczególnionych tylko w Przedmiarze Robót nr 6 (obiekty inżynieryjne) Grupa 2 „Roboty w zakresie wznoszenia kompletnych obiektów budowlanych lub ich części oraz roboty w zakresie inżynierii lądowej i wodnej” czy też tyczy się wszystkich Przedmiarów Robót, w których Grupa 2 występuje, jak sugeruje zapis w SIWZ pkt 23 Podwykonawstwo ppkt 23.1?.

Z treści zadanego pytania wynika, że mimo w miarę jednoznacznego brzmienia postanowienia to wykonawca ma jednak wątpliwość co należy rozumieć przez kluczowe części zamówienia. Wątpliwość sprowadza się do tego, czy te kluczowe części zamówienia mieszczą się w każdym przedmiarze gdzie występuje grupa druga (2) to jest



„Roboty w zakresie wznoszenia kompletnych obiektów budowlanych lub ich części oraz roboty w zakresie inżynierii lądowej i wodnej” czy tylko w Przedmiarze nr 6, który nosi tytuł Obiekty Inżynieryjne.

Na tak zadane pytanie Zamawiający pismem z dnia 13 maja 2015 r. udzielił następującej odpowiedzi: „Zamawiający potwierdza. Dotyczy robót Grupy 2 w Przedmiarze Robót nr 6”.

Udzielona odpowiedź powoduje doprecyzowane numeru przedmiaru robót. Jako jedyny przedmiar robót, w którym grupa 2 robót ma być wykonana osobiście przez wykonawcę to numer 6 (Przedmiar Robót Nr 6).

Tak udzielona odpowiedź stanowi zmianę bądź co najmniej doprecyzowanie postanowień punktu 23 podpunktu 23.1. IDW, który przewidywał osobiste wykonanie robót grupy 2 w Przedmiarze Robót bez doprecyzowania numeru przedmiaru robót. Na uwadze należy mieć, że w regulacji pkt 23.ppkt 23.1. mowa jest o przedmiarze robót (liczba pojedyncza) a nie o przedmiarach robót (liczba mnoga). Stąd logicznym wydaje się pytanie, o który przedmiar chodzi, skoro jest ich kilkanaście. Natomiast sugestia pytającego wykonawcy czy chodzi o przedmiar numer 6 jest usprawiedliwiona wymogiem osobistego wykonania kluczowych części zamówienia w sytuacji gdy przedmiotem są budowy wiaduktów kolejowych, drogowych. Bowiem przedmiar numer 6 dotyczy obiektów inżynieryjnych czyli w tym postępowaniu wiaduktów kolejowych czy drogowych.

Powyższe ustalenia Izba dokonała na podstawie dokumentacji postępowania i złożonej oferty przez przystępującego.

Izba ustaliła następujące obowiązujące przedmiary Robót:

Przedmiar Robót nr 1 Wymagania ogólne

Grupa 1 przygotowanie terenu pod budowę

Przedmiar Robót nr 2 Roboty pomiarowe

Grupa 1 przygotowanie terenu pod budowę

Przedmiar Robót nr 3 Roboty torowe

Grupa 1 przygotowanie terenu pod budowę ;

Grupa 2 Roboty w zakresie wznoszenia kompletnych obiektów budowlanych lub ich części oraz roboty w zakresie inżynierii lądowej i wodnej.

Przedmiar Robót nr 5 Roboty drogowe

Grupa 1 przygotowanie terenu pod budowę;

Grupa 2 Roboty w zakresie wznoszenia kompletnych obiektów budowlanych lub ich części oraz roboty w zakresie inżynierii lądowej i wodnej.

Przedmiar Robót nr 6 Obiekty Inżynieryjne

Grupa 1 przygotowanie terenu pod budowę;

Grupa 2 Roboty w zakresie;

Grupa 4 Roboty Wykończeniowe w Zakresie Obiektów Budowlanych.

Przedmiar Robót nr 9 Elektroenergetyka nn do 1 kV

Grupa 1 przygotowanie terenu pod budowę;

Grupa 2 Roboty budowlane w zakresie wznoszenia kompletnych obiektów budowlanych lub ich części oraz roboty w zakresie inżynierii lądowej.

Grupa 4 Roboty budowlane w zakresie instalacji budowlanych

Przedmiar Robót nr 14 Roboty Sanitarne Zewnętrzne.

Grupa 1 przygotowanie terenu pod budowę;

Grupa 2 Roboty budowlane w zakresie wznoszenia kompletnych obiektów budowlanych lub ich części oraz roboty w zakresie inżynierii lądowej.

Przedmiotem postępowania jest: budowa obiektów inżynieryjnych, która dzieli się na trzy Części: Część A Wiadukt Kolejowy w km.145,650 w m. Mosina; Część B Wiadukt drogowy w km 155,170w m. Łęczycza; Część C Wiadukt kolejowy w km 160,857 w Poznaniu.

Na podstawie powyższych okoliczności należy wnioskować, że kluczowe Roboty budowlane grupy 2 to jest w zakresie wznoszenia kompletnych obiektów budowlanych lub ich części oraz roboty w zakresie inżynierii lądowej mieszczą się w przedmiarze nr 6, który nosi nazwę „Obiekty inżynieryjne” a grupa 2 nazwana tam jest jako „roboty w zakresie” należało dodać „zasadniczym” „przedmiotowym” czy „kluczowym”. Natomiast pozostałe grupy nr 2 mieszczące się w pozostałych numerach przedmiarów robót nie odnoszą się do kluczowej części robót a są nimi na przykład wyżej wymienione: Roboty torowe; Roboty drogowe; Elektroenergetyka nn do 1 kV; Roboty Sanitarne Zewnętrzne.

W tym stanie rzeczy pytanie było uprawnione a odpowiedź usprawiedliwiona wymogiem osobistego wykonania robót kluczowych zamówienia, którym jest obiekt inżynieryjny.

### **Izba zważyła**

Zarzut numer 1 odwołania nie zasługuje na uwzględnienie, przede wszystkim z powodu braku jego sformułowania. Odwołujący przedstawiając zarzut wskazuje na naruszenie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp , wskazuje podmiot to jest wykonawcę wybranego ale nie

podaje ani jakie postanowienie SIWZ zostaje naruszone ani w związku z jakim faktem to naruszenie nastąpiło. Reasumując zarzut nie został postawiony. Dopiero w uzasadnieniu podaje się niezgodność oferty z 23.1.IDW. Natomiast uwzględniając udzieloną odpowiedź na pytanie 252 Izba stwierdza, że wykonawca wybrany miał prawo sformułować tak jak sformułował oświadczenie oferty zawarte na stronie 36 oferty to jest Wykaz robót przeznaczonych do pod wykonania gdzie w przedmiarze robót nr 6 nie ma grupy robót 2 (tu nazwano "pozycje"). W tym miejscu należy odnieść się do wniosku o powołanie biegłego jako bezprzedmiotowego, ponieważ zarówno zamawiający jak i przystępujący wyjaśnili Izbie przeznaczenie kafara jako urządzenia do wbijania pali w budowie obiektów inżynierskich takich jak wiadukty, czemu odwołujący nie zaprzeczył. Izba uznaje za błędne wywodzenie odwołującego z zobowiązania AARSLEFF Sp. z o.o. w Warszawie z dnia 05.05.2015r., że firma ta będzie podwykonawcą w kluczowych robotach to jest przedmiar nr 6 grupa 2, ponieważ w zobowiązaniu mowa jest o „udostępnieniu kafarów i wiertnicy” i „wykorzystaniu sprzętu przy realizacji zamówienia” a nie o wykonaniu robót w kluczowym zakresie. Samo określenie stosunku między wykonawcą a AARSLEFF Sp. z o.o. jako „umowa podwykonawcza” nie uprawnia do wniosku, że użyczający czy wynajmujący sprzęt będzie podwykonawcą robót, ponieważ użycza potencjału technicznego a nie doświadczenia zawodowego.

Reasumując wykonawca wybrany, który sformułował ofertę w zakresie podwykonawstwa w oparciu o odpowiedź na pytanie 252 nie może ponosić z tego tytułu jakiegokolwiek odpowiedzialności, że zastosował się do jednobrzmiącego wyjaśnienia zamawiającego, doprecyzowującego pojęcie „kluczowe części zamówienia” w kontekście postanowień punktu 23 podpunktu 23.1. IDW.

Reasumując zamawiający nie naruszył art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. w związku z podnoszoną przez odwołującego niezgodnością oferty wykonawcy wybranego z pkt 23.1.Instrukcji Dla Wykonawców.

**2.Co do zarzutu wyboru przez Zamawiającego oferty złożonej przez konsorcjum firm w składzie Trakcja PRkil S.A. z siedzibą w Warszawie oraz INTOP Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, mimo iż oferta tego wykonawcy zawiera wątpliwości, które wymagają wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp;**

#### **Izba ustaliła**

Z treści uzasadnienia odwołania wynika, że zarzut ten odnosi się do dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia to jest punkt D uzasadnienia.

Odwołujący zgłasza wątpliwości, co do spełnienia przez Konsorcjum Trakcja/Intop warunku udziału w postępowaniu dotyczącym dysponowania osobami zdolnymi do

wykonania Zamówienia w zakresie osoby Pana A. W. . Zgodnie z zapisami pkt 8.3.2 lit. a) IDW, w zakresie zamówienia częściowego A, konsorcjum Trakcja/Intop, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącym dysponowania osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia, zobowiązane było przedstawić, iż dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w tym Kierownikiem Robót torowych posiadającym uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności inżynierskiej kolejowej bez ograniczeń w zakresie kolejowych obiektów budowlanych.

W szczególności Odwołujący podtrzymuje swoje zarzuty, iż Przystępujący w żaden sposób nie wyjaśnił czy podane w treści oferty oraz widniejące na załączonym do pisma z dnia 14 sierpnia 2015 r. dokumencie uprawnienia budowlane Pana A. W. do kierowania robotami budowlanymi w specjalności linie, węzły i stacje kolejowe bez ograniczeń są równoważne z wymaganiami Zamawiającego sformułowanymi w pkt 8.3.2 lit. a) IDW, przewidującymi obowiązek posiadania przez Kierownika Robót torowych uprawnień Ze złożonego wraz z ofertą Wykazu osób, w szczególności nie wynika, czy wskazane uprawnienia są uprawnieniami bez ograniczeń. Pomimo rozbieżności treści oferty z wymaganiami Zamawiającego nie wezwał on konsorcjum Trakcja/Intop do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 p.z.p., wobec czego oferta konsorcjum Trakcja/Intop może być niezgodna z treścią pkt 8.3.2 lit. a) IDW i jako taka nie spełnia wymogu dysponowania przez konsorcjum Trakcja/Intop osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Wątpliwości Odwołującego są tym bardziej uzasadnione, zważywszy na fakt, iż Zamawiający w analogicznej sytuacji, występującej w zakresie zamówienia częściowego C, pismem z dnia 14 lipca 2015 r. (ICZ3c-0815-02/15-POIiŚ 7.1-5.1 — 55/15) wezwał konsorcjum Trakcja/Intop do złożenia wyjaśnień dotyczących Pana J. S., wskazanego przez konsorcjum Trakcja/Intop na stanowisko Kierownika Budowy. Zamawiający nie mógł dokonać właściwej oceny oferty złożonej przez konsorcjum Trakcja/Intop pod względem zgodności z treścią SIWZ. W konsekwencji czynność wyboru przez Zamawiającego, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez konsorcjum Trakcja/Intop powinna zostać powtórzona, po uprzednim wyjaśnieniu przez Zamawiającego kwestii uprawnień osoby zaproponowanej na stanowisko Kierownika Robót torowych.

#### **Izba zważyła**

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący nie udowodnił braku kwestionowanych uprawnień Pana A. W. . Odwołujący bezpodstawnie zarzucił, że w złożonym wraz z ofertą Wykazie osób, którymi dysponuje Przystępujący i które będą uczestniczyć w wykonywaniu przedmiotowego zamówienia, nie zostało uprawdopodobnione, że Pan A. W., wskazany na stanowisko Kierownika Robót, posiada odpowiednie uprawnienia budowlane bez ograniczeń. Należy wskazać, że Przystępujący w swojej ofercie na stronie 14 wykazał, że Pan A. W. posiada uprawnienia budowlane nr OIKI-K-7/99 bez ograniczeń do kierowania

robotami budowlanymi w specjalności linie, węzły i stacje kolejowe (w załączeniu decyzja nr ewidencyjny OIKI-K-7/99}. Tym samym wątpliwości Odwołującego odnośnie uprawnień Pana A. W. są zupełnie niezasadne.

Izba w pełni podziela stanowisko pełnomocnika zamawiającego prezentowane na rozprawie zgodnie z którym Zamawiający wyjaśnia, że co do Pana J. S. wystąpiono z pytaniem, czy ma uprawnienia bez ograniczeń, ponieważ w części zamówienia c (na s. 12) przy jego nazwisku brakowało zwrotu *bez ograniczeń*. Natomiast w zamówieniu część a (na s. 14) przy nazwisku A. W. posłużono się zwrotem *bez ograniczeń*. Zamawiający podnosi, iż dla niego podstawą jest wykaz. W wykazie określono, iż uprawnienia są zgodne.

**3 Co do zarzutu wyboru przez Zamawiającego oferty złożonej przez konsorcjum firm w składzie Trakcja PRKil S.A. z siedzibą w Warszawie oraz INTOP Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, mimo iż oferta przystępującego winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.; ewentualnie naruszenie przepisu art. 26 ust 3 p.z.p. przez zaniechanie wezwania tego konsorcjum do złożenia niewadliwego pełnomocnictwa do złożenia oferty.**

#### **Izba ustaliła**

Odwołujący wskazał, że oferta konsorcjum Trakcja/Intop została złożona przez osobę do tego nieumocowaną. Oferta została podpisana przez Pana J. W., który do oferty załączył udzielone mu w dniu 6 maja 2015 r. pełnomocnictwo. Pełnomocnictwo w imieniu Trakcja PRKil S.A. zostało podpisane przez Wiceprezesa Zarządu – M. S. oraz Prokurenta – E. O. . Tym samym pełnomocnictwo zostało udzielone J. W. przez członka zarządu i prokurenta łącznego działających na zasadach tzw. prokury niewłaściwej, która jest niedopuszczalna zgodnie z obowiązującymi przepisami i jako taka niezgodna z prawem (nie wywołująca skutku w postaci złożenia oświadczenia woli przez osobę prawną). Należy zaznaczyć, że szeroki wywód prawny na temat niedopuszczalności prokury niewłaściwej znajduje się w uzasadnieniu uchwały Sądu Najwyższego w składzie 7 sędziów z dnia 30 stycznia 2015 r. (III CZP 34/14). Odwołujący w całej rozciągłości popiera argumentację zawartą w ww. uchwale i jej uzasadnieniu załączając do niniejszego odwołania jej treść. Sąd Najwyższy przyjął przy tym jednoznacznie, że zasady przyjęte w uchwale nie mogą wpłynąć na ważność czynności prawnych dokonanych na zasadach prokury niewłaściwej przed podjęciem uchwały, jednakże przyjęta w uchwale SN wykładnia obowiązuje pro futuro od chwili jej podjęcia, tj. od 30 stycznia 2015 r. Skoro pełnomocnictwo udzielone zostało J. W. w dniu 6 maja 2015 r. tj. po podjęciu uchwały przez Sąd Najwyższy, to nie ulega wątpliwości, że zostało ono udzielone przez osoby do tego nieuprawnione i działające na

zasadach nieprzewidzianych w polskim porządku prawnym. Bez znaczenia pozostaje przy tym fakt, że reprezentacja wykonawcy przez członka zarządu współdziałającego z prokurentem została ujawniona w rejestrze przedsiębiorców KRS, albowiem w świetle aktualnego orzecznictwa Sądu Najwyższego (vide: cytowana uchwała) nie konwaliduje to na przyszłość czynności prawnych dokonanych na zasadach prokury niewłaściwej uznanej za niedopuszczalną w porządku prawnym.

#### **Izba zważyła**

W ocenie Izby pełnomocnictwo dla Pana J. W., który podpisał ofertę jest udzielone prawidłowo.

Izba podziela stanowisko przystępującego/wykonawcy wybranego, iż pełnomocnictwo dla Pana J. W. zostało udzielone zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa - pełnomocnictwo podpisane przez wiceprezesa zarządu oraz prokurenta - należy wskazać, że zgodnie z art. 373 § 1 ksh w przypadku gdy zarząd spółki jest wieloosobowy, sposób reprezentowania spółki określa jej statut. Jeżeli statut nie zawiera żadnych postanowień w tym przedmiocie, do składania oświadczeń w imieniu Spółki jest współdziałanie dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu z prokurentem. Jako potwierdzenie wypełnienia dyspozycji art. 373 § 1 ksh oraz należytego umocowania Pana J. W., załączono treść statutu spółki Trakcja PRKM S.A. Natomiast w kwestii przywołanej przez Odwołującego uchwały Sądu Najwyższego w składzie 7 sędziów z dnia 30 stycznia 2015 r. (III CZP 34/14) należy wskazać, że przyjęta przez Sąd Najwyższy w niniejszej uchwale wykładania obowiązuje tylko pro futuro od chwili jej podjęcia i nie ma zastosowania do oceny skutków czynności prawnych dokonanych przez ustanowionych niezgodnie z nią prokurentów, a to oznacza, że prokury ustanowione niewłaściwie przed datą podjęcia niniejszej uchwały pozostają w mocy. Ponadto należy wskazać, że w ocenie Sądu Najwyższego przyjęta przez niego wykładnia przepisów o prokurze i reprezentacji spółki kapitałowej nie powinna prowadzić do podważenia bezpieczeństwa obrotu i możliwości pozbawienia skuteczności wielkiej ilości czynności prawnych, dokonanych przez prokurentów ustanowionych na podstawie prokury łącznej niewłaściwej.

Izba podziela w pełni stanowisko pełnomocnika zamawiającego zaprezentowane na rozprawie zgodnie z którym Zamawiający przede wszystkim zwraca uwagę na pytanie zadane Sądowi Najwyższemu, które sprowadza się do tego, czy w rubryce prokurenci (w KRS) możliwy jest wpis jednego prokurenta, z zastrzeżeniem działania tylko i wyłącznie z członkiem zarządu. Sąd w tej mierze odpowiada, że taki wpis prokurenta, tj. że może on działać tylko łącznie z członkiem zarządu jest niedopuszczalny, natomiast ze s. 14 (ostatniej) tej uchwały wynika, że wykładnia zakazu wpisu prokurenta do działania tylko z członkiem zarządu obowiązuje na przyszłość od chwili jej podjęcia, czyli nie wypowiada się

do wcześniejszych wpisów. Z kolei na s. 13, tiret 2 potwierdza, że przyjęta wykładnia przepisów o prokurze i reprezentacji spółki kapitałowej nie ma zastosowania do oceny skutków czynności prawnych, dokonanych przez ustanowionych niezgodnie z nią prokurentów. Przywołując art. 373 KSH, zgodnie z którym można powoływać reprezentację członka zarządu i prokurenta, stosowana była prokura niewłaściwa. Nawet jeżeli była stosowana prokura niewłaściwa, nie było to kwestionowane przez Sąd. Prokurenci - dotychczas ustanowieni w myśl prokury niewłaściwej - mogą skutecznie podejmować czynności prawne, tj. ważne czynności, bowiem Uchwała odnosi się tylko do ich wpisywania, a nie do skutków czynności. Owszem istnienie art. 12 ust. 3 ustawy o KRS, który umożliwia sądowi wypowiedzenie się w kwestii wpisów dokonanych, jednak takich sytuacji nie odnotowuje się. Nie ma żadnego stanowiska sądów w zakresie prokur już wpisanych, tym samym nie ma żadnej przesłanki do stwierdzenia nieważności udzielonego pełnomocnictwo panu J. W. do podpisania oferty.

W związku z powyższym, że żaden z rzutów nie zostali udowodniony odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Reasumując powyższe Izba nie znajduje podstaw do uwzględnienia odwołania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 3 pkt 1i pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 20.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając 3.600,00 złotych od odwołującego na rzecz zamawiającego tytułem wynagrodzenia jego pełnomocnika.

**Przewodniczący:** .....

Sygn. akt KIO 1728/15 i KIO 1739/15