

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 29 lipca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** członek Krajowej Izby Odwoławczej - **Barbara Bettman**

po rozpoznaniu w Warszawie w dniu **29 lipca 2013 r.** na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania odwoławczego odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **19 lipca 2013 r.** przez wykonawcę: **Otwarte Mazowieckie Sieci Szerokopasmowe Sp. z o.o. ul. Franciszka Nullo 2,00-486 Warszawa, adres do korespondencji: Alcatel-Lucent Polska Sp. z o.o. ul. Rzymowskiego 53,02-697 Warszawa,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Województwo Mazowieckie z siedzibą przy ul. Jagiellońskiej 26,03-719 Warszawa na rzecz, którego działa jako Pełnomocnik Zamawiającego - Agencja Rozwoju Mazowsza z siedzibą przy ul. Nowy Zjazd 1, 00-301 Warszawa, adres korespondencyjny: Agencja Rozwoju Mazowsza S.A. ul. Brechta 3,03-472 Warszawa,** przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie:

- 1) **KT Corporation (lider), 90 Buljeong-ro, Bundag-gu, Seongnam-si, Gyeonggi-do Korea, adres do korespondencji - Wardyński i Wspólnicy sp. k. ul. Odrzańska 6/4, 50-113 Wrocław.**
- 2) **Daewoo International Corporation,**
- 3) **Asseco Poland S.A.,**
- 4) **Warszawskie Przedsiębiorstwo Robót Telekomunikacyjnych S.A.,**
- 5) **BIATEL Telekomunikacja S.A.,**
- 6) **BIATEL BIT S.A.,**
- 7) **KBTO Sp. z o.o.,**

- (zwani dalej: Konsorcjum KT), zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

1. Odrzuca odwołanie wykonawcy **Otwarte Mazowieckie Sieci Szerokopasmowe Sp. z o.o. ul. Franciszka Nullo 2,00-486 Warszawa**, adres do korespondencji: **Alcatel-Lucent Polska Sp. z o.o. ul. Rzymowskiego 53,02-697 Warszawa**,
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Otwarte Mazowieckie Sieci Szerokopasmowe Sp. z o.o. ul. Franciszka Nullo 2,00-486 Warszawa**, adres do korespondencji: **Alcatel-Lucent Polska Sp. z o.o. ul. Rzymowskiego 53,02-697 Warszawa**,
  - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Otwarte Mazowieckie Sieci Szerokopasmowe Sp. z o.o. ul. Franciszka Nullo 2,00-486 Warszawa**, adres do korespondencji: **Alcatel-Lucent Polska Sp. z o.o. ul. Rzymowskiego 53,02-697 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący: .....**

**U z a s a d n i e:**

W postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego, którego przedmiotem jest „Partnerstwo Publiczno-Prywatne dla przedsięwzięcia polegającego na realizacji, utrzymaniu i zarządzaniu siecią szerokopasmową, jak również świadczeniu usług z jej wykorzystaniem, w ramach projektu "Internet dla Mazowsza" (Ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej TED z dnia 20.11.2012 r., 2012/S 223-367408) wobec powiadomienia w dniu 10 lipca 2013 r. drogą elektroniczną o wynikach przetargu, w tym o wyborze oferty wykonawców wspólne ubiegających się o zamówienie: konsorcjum firm: KT Corporation, Daewoo International Corporation, Asseco Poland S.A., Warszawskie Przedsiębiorstwo Robót Telekomunikacyjnych S.A., BIATEL Telekomunikacja S.A., BIATEL BIT S.A., KBTO Sp. z o.o., w dniu 19 lipca 2013 r. zostało złożone w formie pisemnej odwołanie, (w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie) przez wykonawcę: Otwarte Mazowieckie Sieci Szerokopasmowe Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

I. Odwołanie wniesiono od następujących, niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy:

a) od czynności wyboru oferty wykonawcy konsorcjum firm: KT Corporation, Daewoo International Corporation, Asseco Poland S.A., Warszawskie Przedsiębiorstwo Robót Telekomunikacyjnych S.A., BIATEL Telekomunikacja S.A., BIATEL BIT S.A., KBTO Sp. z o.o., (zwani dalej: Konsorcjum KT), jako najkorzystniejszej,

b) od zaniechania czynności zwrócenia się do wykonawcy Konsorcjum KT o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,

c) od zaniechania ujawnienia i udostępnienia przez Zamawiającego wyjaśnień treści oferty Konsorcjum KT złożonych przez tego wykonawcę pismem z dnia 27.06.2013 r. oraz pismem z dnia 04.07.2013 r.,

d) od zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum KT.

II. Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Województwu Mazowieckiemu z siedzibą przy ul. Jagiellońskiej 26,03-719 Warszawie na rzecz, którego działa jako Pełnomocnik Zamawiającego - Agencja Rozwoju Mazowsza z siedzibą w Warszawie naruszenie

przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej zwaną ustawą Pzp, tj.

a) art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 Ustawy, poprzez dokonanie wadliwej czynności badania i oceny ofert oraz wadliwej czynności wyboru oferty Konsorcjum KT jako najkorzystniejszej;

b) art. 90 ust. 1 Ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy, poprzez brak zwrócenia się przez Zamawiającego do Konsorcjum KT o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz poprzez brak odrzucenia oferty KT jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

c) art. 7 ust. 1 Ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1 i ust. 3 Ustawy w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie ujawnienia i udostępnienia przez Zamawiającego pełnej treści wyjaśnień Konsorcjum KT złożonych pismem z dnia 27.06.2013 r. oraz pismem z dnia 04.07.2013 r.;

a) art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum KT jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”).

III. W związku z postawionymi wyżej zarzutami, Odwołujący wnosił o unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum KT jako najkorzystniejszej oraz nakazanie Zamawiającemu:

a) dokonania ponownego badania i oceny ofert,

b) zastosowania w odniesieniu do Konsorcjum KT procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy i zwrócenia się przez zamawiającego do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a następnie - w przypadku nie złożenia przez Konsorcjum KT wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia - odrzucenie oferty Konsorcjum KT,

c) ujawnienia i udostępnienia przez Zamawiającego pełnej treści wyjaśnień Konsorcjum KT złożonych pismem z dnia 27.06.2013 r. oraz pismem z dnia 04.07.2013 r.,

d) odrzucenia oferty Konsorcjum KT jako nieodpowiadającej treści SIWZ,

e) dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

IV. Odwołujący podnosił, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego

zamówienia. W przypadku potwierdzenia się podnoszonych w niniejszym odwołaniu zarzutów, oferta Odwołującego zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, albowiem uplasowała się w rankingu oceny złożonych ofert na drugim miejscu. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy.

W uzasadnieniu zgłaszanych zarzutów żądań, odwołujący podnosił, co następuje.

1. Zarzut naruszenia przepisu art. 90 ust. 1 Ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy, poprzez brak zwrócenia się przez Zamawiającego do Konsorcjum KT o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz poprzez brak odrzucenia oferty KT jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

(i) Zgodnie z art. 90 ust. 1 Ustawy zamawiający, w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zastosowanie powołanej procedury jest czynnością Zamawiającego, od której niewątpliwie odstąpić nie może, w przypadku podejrzenia złożenia oferty z rażąco niską ceną.

(ii) Z wykładni literalnej przepisu art. 90 ust. 1 Ustawy, potwierdzonej jednoznacznie w orzecznictwie Izby, wynika, że Zamawiający musi dokonać czynności wezwania do wyjaśnień. Wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy ustanawia domniemanie prawne [praesumptio iuris) zaproponowania w ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy mają doprowadzić do obalenia tego domniemania. Art. 90 ust. 3 ustawy nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeśli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Procedura, o której zastosowanie wnosi Odwołujący, ma na celu przeciwdziałanie złym praktykom rynkowym i eliminowanie ofert z ceną dumpingową, ale również ma na celu ochronę Zamawiającego i uzyskanie przez Niego pewności, że w związku z zaferowaniem niskiej ceny nie zachodzi niebezpieczeństwo nienależytego wykonania zamówienia lub też niewykonania zamówienia.

(iii) Starając się określić granicę wyznaczającą konieczność odwołania się do art. 90 ustawy, powołał się na dorobek orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów, a także na literaturę przedmiotu w tym zakresie. Wskazuje ona na kluczowe elementy pozwalające zdecydować o podjęciu zażądania wyjaśnień w trybie art. 90 Ustawy:

- 1) szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia przygotowana przez zamawiającego jest znacznie wyższa niż zaoferowana przez wykonawcę,
- 2) porównanie z innymi złożonymi ofertami wskazuje znaczne różnice w wysokości cen,
- 3) wartość oferty znacznie odbiegająca od cen rynkowych.

Wystarczające jest przy tym, że wystąpi którakolwiek z przesłanek powodująca powstanie wątpliwości, aby powyższy przepis stał się dla Zamawiającego nakazem. Powyższe zostało potwierdzone w wyroku KIO z dnia 03.03.2011r. sygn. akt KIO 358/11, w którym Izba stwierdziła, że „w przypadku powzięcia przez zamawiającego jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności skalkulowania ceny oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma on obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. Za wystarczające uzasadnienie do wezwania należy uznać wątpliwości powstałe na skutek np. porównania ceny danej oferty do cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu lub średnich cen rynkowych lub też wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego”.

(iv) W niniejszym postępowaniu Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 386 646 203,00 zł netto, zaś bezpośrednio przed otwarciem ofert podał, iż zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 475 574 829,69 brutto. Cena oferty Konsorcjum KT wynosi 458 359 020,85 zł brutto, zaś cena oferty Odwołującego 491 815 500,00 zł brutto.

(v) Zgodnie z postanowieniami SIWZ Zamawiający ustalił następujące kryteria oceny ofert:

- 1) Zaktualizowana wartość netto wydatków inwestycyjnych i wydatków operacyjnych, obejmująca wynagrodzenie partnera prywatnego - waga 65%.
- 2) Kryteria odnoszące się bezpośrednio do sieci IDM - waga 30%
- 3) Podział zadań i ryzyk związanych z przedsięwzięciem pomiędzy podmiot publiczny a partnera prywatnego - waga 5%

Szczegółowy opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze najkorzystniejszej oferty, został zawarty w załączniku nr 5 do SIWZ.

Odwołujący w sposób szczególny podkreślał, iż analizując cenę oferty Konsorcjum KT pod kątem przepisów art. 90 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy należy kierować się zarówno wartością netto wydatków inwestycyjnych i wydatków operacyjnych, obejmującą wynagrodzenie partnera prywatnego, jak deklaracjami (tabela - kolumna „Deklaracja Partnera Prywatnego”) Konsorcjum KT złożonymi w Formularzu Ofertowym odnoszącymi się do stopnia (procentowego udziału) wybudowania przez wykonawcę nowej sieci oraz wykorzystania przez niego już istniejącej infrastruktury. W ocenie Odwołującego, tylko i wyłącznie takie podejście tj. analiza ceny oferty Konsorcjum KT w odniesieniu do technologii

realizacji zamówienia, jaką przewidział ten wykonawca składając deklaracje (kategoria A i G) w Formularzu Ofertowym, jest właściwe i w konsekwencji uprawnia do postawienia tezy, iż w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z zaferowaniem przez Konsorcjum KT ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, zaferowana przez Konsorcjum KT cena oferty w wysokości 458 359 020,85 zł brutto jest wyraźnie niedoszacowana, mając na względzie w szczególności złożone w tej ofercie deklaracje „Wybudowania kanalizacji teletechnicznej z zaciągniętym kablem światłowodowym” (kategoria A) w 95% przy tylko 5%-ej deklaracji „Dzierżawy istniejącej infrastruktury” (kategoria G). Powyższą tezę Odwołujący udowodniał w sposób następujący.

1. Zależność wartości przedmiotu zamówienia od technologii jego realizacji.

Zamawiający w pkt 2 SOPZ wskazał, iż przedmiot zamówienia składa się z trzech, powiązanych ze sobą części:

- zaprojektowania i wybudowania infrastruktury pasywnej Sieci,
- dostawy, instalacji i uruchomienia urządzeń aktywnych stanowiących wyposażenie węzłów sieci oraz centrum zarządzania siecią,
- świadczenia usług telekomunikacyjnych z wykorzystaniem Sieci.

Z uwagi na charakter przedmiotu zamówienia, związany z budową infrastruktury sieci, jego rynkowa wartość determinowana jest w głównej mierze kosztem realizacji robót budowlanych, niezbędnych do należytego zaprojektowania i wykonania zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie normami technologicznymi i przepisami prawa budowlanego w Polsce.

Podkreślił, że Zamawiający dopuścił możliwość zastosowania różnych technologii realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie wykorzystania istniejącej infrastruktury, mając na względzie zalecenia Komisji Europejskiej dla optymalizacji kosztów inwestycji, jak również możliwości optymalizacji czasu realizacji inwestycji poprzez wykorzystanie prawa drogi.

W praktyce realizacji liniowych inwestycji telekomunikacyjnych, wybór technologii realizacji bazujący na wykorzystaniu istniejącej infrastruktury ma krytyczne znaczenie dla wartości jej wykonania. Wynika to z faktu, że w przypadku wykorzystywania istniejących zasobów unika się znaczącej części robót budowlanych i prac projektowych takich jak:

- opracowanie nowych lub aktualizacja map do celów projektowych,
- dokonywanie uzgodnień z prywatnymi właścicielami nieruchomości i instytucjami w zakresie możliwości umieszczenia budowanej infrastruktury oraz ponoszenia z tym związanych kosztów odszkodowań i ustanowienia służebności przesyłu,

- opracowywania i uzgadniania specjalistycznych projektów jak np. organizacji ruchu, operatów wodno-prawnych przejść przez trakty kolejowe itp.,
- realizacji robót ziemnych w tym wykonywanie wykopów, budowa rurociągów oraz odtworzenia nawierzchni do stanu pierwotnego jak również robót związanych z wykonywaniem specjalistycznych przecisków pod jezdniami, ciekami wodnymi i innymi przeszkodami terenowymi w przypadkach braku możliwości wykonania robót budowlanych metodą odkrywkową.

Eliminacja wyżej wymienionych czynności z procesu projektowania i budowy skutkuje znacznie mniejszymi nakładami w porównaniu do budowy nowej infrastruktury.

Dodał, że w przypadku wykorzystywania istniejącej infrastruktury podmiotów trzecich dodatkowym kosztem w tej sytuacji będą koszty jej długoletniej dzierżawy na warunkach określonych w SOPZ.

Zważywszy na wymienione wyżej aspekty różnicujące technologie realizacji przedmiotu zamówienia, jego wartość w zakresie realizacji robót budowlanych należy określać z uwzględnieniem sposobu planowanej do zastosowania technologii budowy.

W konsekwencji celem obiektywnego ustalenia należytej wartości przedmiotu zamówienia, jak również dla obiektywnego porównania cen realizacji inwestycji, niezwykle istotne znaczenie ma wzięcie pod uwagę technologii jej realizacji.

W oparciu o dostępne oferty dzierżawy istniejącej infrastruktury np. oferta ramowa TP S.A. ROI na dzierżawę kanalizacji teletechnicznej, w szczególności dla długoletniej dzierżawy dla potrzeb realizacji projektów regionalnych sieci szerokopasmowych dofinansowanych z funduszy unijnych (oferta DRPU) oraz kalkulacji kosztu budowy Infrastruktury sieci szkieletowej i dystrybucyjnej w istniejącej kanalizacji zgodnie z wymaganiami opisanymi w SOPZ, przy zastosowaniu istniejącej infrastruktury następuje obniżenie kosztu budowy 1 kilometra trasy o 40 do 50%. Przyjmując nawet 40% obniżenia kosztu budowy, uzyskuje się zależność obniżenia kosztu budowy 1 km trasy od poziomu wykorzystania istniejącej infrastruktury, którą odwołujący zobrazował na przedstawionym wykresie pn. „Zależność obniżenia kosztu budowy od poziomu wykorzystania istniejącej infrastruktury”, z którego to wykresu wyprowadził wnioski, że jak wynika z przedstawionej zależności, przy każdorazowym zwiększeniu wykorzystania istniejącej infrastruktury o 5% następuje obniżenie kosztu budowy o około 2%.

Porównując oferty Konsorcjum KT i Odwołującego wziął pod uwagę, że w ofercie Konsorcjum KT zadeklarowano wykorzystanie istniejącej infrastruktury na poziomie jedynie 5%. natomiast w ofercie OMSS 55%.

2. Uregulowania w zakresie kosztorysowania robót budowlanych dla wykonania przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w pkt. 9 SOPZ szczegółowo określił przepisy prawne, normy i rozwiązania równoważne związane z projektowaniem i wykonaniem zamierzenia budowlanego. W szczególności Zamawiający ustanowił następującą kolejność stosowania wytycznych, norm, rozporządzeń i zarządzeń wymienionych w dokumentacji SIWZ:

„W ramach niniejszego projektu należy zachowywać następującą kolejność stosowania wytycznych, norm, rozporządzeń i zarządzeń wymienionych w niniejszej dokumentacji:

- 1) Wytyczne przedstawione w mniejszym dokumencie w szczególności w wymaganiach Zamawiającego do przedmiotu zamówienia.
- 2) W zakresie elementów nie wyspecyfikowanych w dokumencie należy wykonać prace zgodnie z załączoną listą norm i rozporządzeń.
- 3) W przypadku wystąpienia równoległych wymagań w dwóch dokumentach (norma, rozporządzenie) o różnych parametrach należy zastosować rozwiązanie o parametrach wyższych (lepszych) z punktu widzenia sieci i Zamawiającego.”

W konsekwencji Zamawiający jednoznacznie i precyzyjnie wyspecyfikował przepisy normujące warunki jakościowe, jakie należy stosować przy projektowaniu, produkcji, instalowaniu i odbiorach przedmiotu zamówienia oraz związane z nimi normy określające warunki techniczne organizacji i wykonawstwa robót budowlanych.

Celem rzetelnego ustalenia ilości nakładów rzeczowych niezbędnych do właściwego wykonania przedmiotu zamówienia konieczne jest wykonanie przedmiarów zakresu niezbędnych prac oraz określenie ilości normatywnych składników kosztowych.

Czynności zasadnicze niezbędne do wykonania zamierzenia budowlanego stanowiącego przedmiot zamówienia określają właściwe Katalogi Nakładów Rzeczowych, ustalające w sposób normatywny ilości roboczogodzin, pracy sprzętu i materiałów niezbędnych do budowy.

Z uwagi na wyspecyfikowane przez Zamawiającego wymagania normatywne, cena przedmiotu zamówienia stanowiącego zamierzenie budowlane powinna być określona w oparciu o kosztorys zawierający normatywne nakłady rzeczowe niezbędne do zapewnienia określonych wymagań jakościowych i funkcjonalno-użytkowych przy zastosowaniu właściwych stawek robocizny, pracy sprzętu i materiałów.

3. Określenie stawek kalkulacyjnych dla kosztorysu inwestorskiego dla robót budowlanych.

Przy wycenie kosztorysowej robót budowlanych należy zastosować właściwe stawki kosztorysowe dla robocizny, pracy sprzętu i materiałów oraz pochodne składniki cenotwórcze takie jak koszty pośrednie, koszty zakupu materiałów i zysk kalkulacyjny. Największą referencją na polskim rynku stawek kosztorysowych jest baza oferowana przez Ośrodek Wdrożeń Ekonomiczno-Organizacyjnych Budownictwa, który od 25 lat zajmuje się zbieraniem cen z rynku budowlanego przez sieć respondentów - w systemie SEKOCENBUD. Jest to system kompleksowej informacji o cenach w budownictwie. Publikacje SEKOCENBUD, wersje drukowane i elektroniczne, obejmują ceny materiałów, pracy sprzętu, robót i obiektów, a także stawki robocizny kosztorysowej oraz wskaźniki narzutów kosztów pośrednich i zysku. W systemie SEKOCENBUD publikowane są ceny czynników produkcji, robót i obiektów w układzie regionalnym oraz w przekroju branż, tj. budownictwa kubaturowego, inżynieryjnego, instalacji sanitarnych i elektrycznych. Notowania cen w systemie SEKOCENBUD odbywają się w okresach cyklicznych - najczęściej kwartalnych. Od wielu lat Ośrodek Wdrożeń Ekonomiczno-Organizacyjnych Budownictwa współpracuje również z producentami materiałów i urzędów oraz dostawcami usług budowlanych. Informacje cenowe SEKOCENBUD służą do przygotowywania wszelkich rodzajów kosztorysów, obliczania planowanych kosztów robót budowlanych, waloryzacji wynagrodzeń kontraktowych, szacowania nieruchomości, oceny ekonomicznej poszczególnych wariantów rozwiązań projektowych. Wydawnictwa SEKOCENBUD stanowią obecnie największą w kraju bazę kompleksowej informacji o cenach w budownictwie i najbardziej profesjonalne źródło o kosztorysowaniu. Z wydawnictw SEKOCENBUD korzysta kilkanaście tysięcy odbiorców. W niniejszym postępowaniu, Zamawiający w protokole postępowania, druk ZP-DK z dnia 10 lipca 2013 r., w pkt 2 wskazał, że do kalkulacji wartości zamówienia zastosowano między innymi bazę cenników SEKOCENBUD.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia czynności związane z przygotowaniem przedmiarów robót oraz rzetelnych kalkulacji cenowych stanowiły niezależne działania wykonawców, które doprowadziły w konsekwencji do zaoferowania znacząco różnych cen dla zadeklarowanych odpowiednio w Formularzach Oferty różnych technologii wykonania.

Odwołujący podkreślił, że zignorowanie tego faktu przez Zamawiającego podczas procesu badania i oceny ofert stanowi rażące zaniechanie prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty z rażąco niską ceną, całkowicie nieadekwatną do zaoferowanej technologii realizacji przedmiotu zamówienia.

4. Ustalenie wartości rynkowej przedmiotu zamówienia na podstawie kalkulacji wartości kosztorysu inwestorskiego w oparciu o normatywne nakłady rzeczowe i bazę cenników SEKOCENBUD.

W oparciu o normatywne przedmiary robót dla realizacji przedmiotu zamówienia w technologii wykorzystania 5% istniejącej infrastruktury w zakresie robót budowlanych dotyczących budowy sieci szkieletowej i dystrybucyjnej, przy zastosowaniu stawek SEKOCENBUD dla I-ego kwartału 2013r. dla woj. mazowieckiego z wyłączeniem danych dla obszaru Warszawy (roboczegodzina - 11,54zł, koszty zakupu - 8,3%, koszty pośrednie - 63,1%, zysk - 10,6%), wartość netto (bez VAT) dla wyceny rynkowej tej części przedmiotu zamówienia po naliczeniu kosztów pośrednich, kosztów zakupu i zysku kalkulacyjnego wynosi 472 283 609 zł.

Szczegóły kalkulacji, przedstawił w tabeli zagregowanych pozycji kosztorysowych, w oparciu o którą uzyskał razem kwotę 472 283 809 zł.

5. Wartość oferty Konsorcjum KT dla robót budowlanych dla budowy optycznych sieci szkieletowych i dystrybucyjnych.

Odwołujący podał, że z dostępnej dokumentacji postępowania przetargowego nie wynikają bezpośrednio wartości poszczególnych elementów składowych oferty, w tym robót budowlanych. Dysponując jednak danymi poszczególnych elementów składowych przedmiotu zamówienia podanymi przez Zamawiającego w Studium Wykonalności Projektu IDM (Tabela nr 3 Koszty kwalifikowane projektu w podziale na poszczególne lata ponoszenia nakładów inwestycyjnych) oszacował wartość oferty Konsorcjum KT dla elementu dotyczącego budowy sieci szkieletowych i dystrybucyjnych, która wynosi 269 617 407,45zł, dla przyjętej technologii wykorzystania 5% istniejącej infrastruktury.

Przedstawił następujące wyjaśnienie do dokonanego obliczenia:

Wartość netto oferty Konsorcjum KT (372 649 610,4521) - wartość sprzętu aktywnego (45 847103,00 zł) - koszt adaptacji pomieszczeń (6 335 500,00 zł) - koszt Centrum Zarządzania Siecią (6 940 000,00 zł) - koszt budowy NGA (43 909 600,00 zł) - koszt budowy sieci szkieletowej dystrybucyjnej (269 617 407,45 zł).

6. Porównanie wartości oferty Konsorcjum KT dla robót budowlanych przy budowie sieci szkieletowych i dystrybucyjnych do wartości rynkowej ustalonej na podstawie Kosztorysu Inwestorskiego opartego na normatywnych nakładach rzeczowych i bazę cenników SEKOCENBUD.

Odwołujący stwierdził, iż porównanie wartości oferty Konsorcjum KT dla robót budowlanych przy budowie sieci szkieletowej i dystrybucyjnej przy założeniu wykorzystania 5% istniejącej infrastruktury, do wartości Kosztorysu Inwestorskiego, prowadzi do wniosku, że Konsorcjum KT w sposób rażąco zaniżyło swoją cenę budowy sieci w stosunku do wyceny rynkowej aż o 42,91%.

Szczegóły przedstawił w kolejnej tabeli, (kalkulacja przy założeniu pozostałych kosztów oferty zgodnych z Studium Wykonalności Projektu IDM).

Praktyka przetargów publicznych pokazuje, że oferowane wartości z uwagi na zróżnicowanie kosztów pośrednich przedsiębiorstw jak również kalkulowanego zysku odbiegają od pełnych wartości kosztorysowych o ok. 10-20%. Przyjmując obniżenie wartości kosztorysu inwestorskiego na ten zakres oferty o 20% Odwołujący przyjął, że wartość rynkowa robót budowlanych dotyczących budowy optycznych sieci szkieletowych i dystrybucyjnych wynosi 377 826 887,02 zł.

Odwołujący przedstawił analogiczną analizę własnej oferty, przy założeniu wykorzystania istniejącej infrastruktury dla 55%.

7. Wartość oferty Konsorcjum KT w odniesieniu do ceny rynkowej przedmiotu zamówienia.

Z uwagi na udział wartości pozostałych elementów przedmiotu zamówienia w wartości całej oferty tj:

- Sprzętu aktywnego (węzły szkieletowe i dystrybucyjne)
- Centrum Zarządzania Siecią
- Kosztów adaptacji pomieszczeń
- Budowy sieci NGA,

przyjął, iż decydujący wpływ na wartość rynkową przedmiotu zamówienia ma wartość robót budowlanych stanowiących największy udział w strukturze kosztów. Mając na uwadze, że wartości kosztów rynkowych pozostałych elementów mogą jednak odbiegać od przyjętych przez Zamawiającego wartości w Studium Wykonalności, ewentualne zróżnicowanie tych wartości z uwagi na ich udział nie ma decydującego wpływu na wynik prowadzonej analizy.

W związku z powyższym, dla kompletności wyliczeń przyjął na tym etapie, że wartości tych elementów podane w Studium Wykonalności stanowią wartości rynkowe. W związku z powyższym wartość rynkowa przedmiotu zamówienia przyjęta do analizy porównawczej wynosi 480 859 090,02 zł.

Szczegóły kalkulacji Odwołujący pokazał w kolejnej tabeli.

Kolejne poz.: Elementy Przedmiotu Zamówienia, Budżet wg Studium wykonalności, Wartość rynkowa przedmiotu zamówienia

1	Dostawy i instalacje Sprzętu Aktywnego wraz z adaptacjami pomieszczeń	59122 603,00;59 122 603,00
1.1	Węzły szkieletowe	43 161 481,00
1.2	Węzły dystrybucyjne	2 685 622,00

- 1.3 Centrum Zarządzania Siecią 6 940 000,00
- 1.4 Dostosowanie pomieszczeń 6 335 500,00
- 2 Budowa sieci szkieletowych i dystrybucyjnych 252 300 000,00; 377 826 887,02
- 3 Sieć dostępową NGA 43 909 600,00; 3 909 600,00
- 4 Łączna wartość NETTO 355 332 203,00

Uwaga: Wartość pozycji Budowa sieci szkieletowych i dystrybucyjnych wyliczona na podstawie kosztorysu inwestorskiego w oparciu o normatywne nakłady rzeczowe i bazę cenników SEKOCENBUD.

Porównując wartość rynkową przedmiotu zamówienia do oferty Konsorcjum KT różnica pomiędzy nimi wynosi 108 209 479,58 zł, co stanowi aż 22,5% ustalonej wartości rynkowej przedmiotu zamówienia.

Szczegóły wyliczeń Odwołujący przedstawił w kolejnej tabeli (...).

Łączna wartość NETTO 372 649 610,45; 108 209 479,58 -22,5%

Dokonując porównania zaoferowanej przez Konsorcjum KT wartości przedmiotu zamówienia odwołujący stwierdził, różnicę pomiędzy złożoną ofertą a wartością rynkową wynoszącą 108 209 479,58 zł wykazującą, iż w tym przypadku mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Fakt ten powinien stanowić obowiązek dla Zamawiającego zażądania wyjaśnień od Konsorcjum KT w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, czego Zamawiający bezzasadnie zaniechał w trakcie badania złożonych ofert.

#### 8. Wnioski z porównania ofert dla ustalenia rażąco niskiej ceny.

Jak zostało to zaprezentowane w powyższej analizie, Zamawiający dokonując oceny ofert nie uwzględnił w swojej kalkulacji różnicy wynikającej z technologii wykonania podstawowego elementu przedmiotu zamówienia, jakim jest budowa sieci szkieletowych i dystrybucyjnych, mimo, że fakt ten w sposób jednoznaczny wynika z Formularza Ofertowego w części dotyczącej jakości dostarczanej infrastruktury. Zamawiający nie dokonał również z należytą starannością analizy wartości rynkowej przedmiotu zamówienia, w szczególności w zakresie dotyczącym robót budowlanych przy budowie optycznych sieci szkieletowych i dystrybucyjnych.

#### 9. Kosztorysy robót budowlanych dla wybranych relacji.

W załączeniu do odwołania, Odwołujący przedstawił dodatkowe dowody dokumentujące nierealność wyliczeń Konsorcjum KT oraz zastosowanie rażąco niskiej ceny, stanowiące kosztorysy inwestorskie dla losowo wybranych relacji sieci optycznej przy założeniu technologii bez wykorzystywania istniejącej infrastruktury.

Podsumowanie wartości kosztorysów z zastosowaniem narzutów kosztów pośrednich oraz bez ich stosowania przedstawił w kolejnej tabeli.

(km) wartość kosztorysowa z narzutami (Kz, Kp, Z) koszt za km trasy z narzutami

Mszczonów - Budy Zaklasztorne	15,680	2 744 050,98	175 003,25
Budy Zaklasztorne - Kamionka	13,130	2 178 839,64	165 943,61
Kamionna - Teresin	23,644	3 754 495,24	158 792,73
Teresin - Zł Paprotnia	2,740	603 981,62	220 431,25
Zł Paprotnia - Zł Bramki	8,350	1 430 477,27	171 314,64
Zł Bramki – Bieniewice	10,270	1 507 982,92	146 833,78
Zł Bramki - Leszno	15,580	2 333 769,56	149 792,65
Leszno - Zaborów	6,190	915 459,32	147 893,27
Zł Paprotnia - Zł Sochaczew	18,900	2 497 075,42	132 120,39
Zł Sochaczew - Stary Dębsk	9,700	1 412 358,82	145 604,00
Zł Sochaczew - Zł Chodaków	4,370	857 442,43	196 211,08
Zł Chodaków - Żuków	3,550	643 054,61	181 142,14
Zł Chodaków - Tułowice	13,250	1 611 226,53	121 602,00
Zł Sochaczew - Zł Rybno	13,300	1 748 584,72	131 472,54
Zł Rybno - Zł Janów	6,100	680 873,09	111 618,54
Zł Janów - Stare Budy	7,000	760 941,29	108 705,90
Zł Rybno - Zł Brzozów	11,620	1 403 265,93	120 762,99
Gostynin - Sokołów	10,800	1 290 572,29	119 497,43
Razem	194,17	28 374 451,68	146 129,00

(vi) Reasumując podniesiony zarzut stwierdził, iż przeprowadzona w odniesieniu do oferty Konsorcjum KT analiza wartości netto wydatków inwestycyjnych i wydatków operacyjnych, obejmująca wynagrodzenie partnera prywatnego, w powiązaniu z deklaracjami złożonymi w Formularzu Ofertowym odnoszącymi się do zadeklarowanego procentowego udziału wybudowania przez Konsorcjum KT nowej sieci oraz wykorzystania przez tego wykonawcę już istniejącej infrastruktury, dowodzi, iż w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z realnym podejrzeniem, graniczącym z pewnością, złożenia oferty z rażąco niską ceną. W związku z tym brak zastosowania w odniesieniu do Konsorcjum KT procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a w jej następstwie zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum KT, doprowadził do naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 90 ust. 1 Ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy.

W zakończeniu sformułowanego zarzutu Odwołujący, mając na względzie przepis art. 190 ust. 4 Ustawy, wnosił o powołanie przez Izbę biegłego spośród osób wpisanych na listę biegłych sądowych prowadzoną przez prezesa właściwego sądu okręgowego, z zakresu

projektowania i budowy tras światłowodowych, węzłów szkieletowych, węzłów dystrybucyjnych oraz sieci dostępowej NGA, posiadającego uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą lub w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń lub odpowiadającymi im ważnymi uprawnieniami, na okoliczność ustalenia, czy złożona w niniejszym postępowaniu oferta Konsorcjum KT zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1 i ust. 3 Ustawy w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie ujawnienia i udostępnienia przez Zamawiającego pełnej treści wyjaśnień Konsorcjum KT złożonych pismem z dnia 27.06.2013 r. oraz pismem z dnia 04.07.2013 r.

(viii) Odwołujący, w dniu 12.07.2013r., dokonał w siedzibie Zamawiającego wglądu w dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia. Jednym z załączników do protokołu postępowania były wyjaśnienia Konsorcjum KT z dnia 27.06.2013r. oraz 04.07.2013r., złożone w trybie art. 87 ust. 1 Ustawy, w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego. Treść tych wyjaśnień nie została przedstawicielowi Odwołującego udostępniona, z uwagi na objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał, iż przepis art. 8 Ustawy wyraża generalną zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie ulega więc wątpliwości, iż to Zamawiający odpowiada za sposób przeprowadzenia postępowania zgodnie z zasadami Ustawy, w tym zgodnie z zasadą jawności postępowania. W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na Zamawiającym ciąży obowiązek i odpowiedzialność za zachowanie tej zasady. Przepis art. 8 ust 2 Ustawy zawiera uprawnienie zamawiającego do ograniczenia jawności informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, jednak z uprawnienia tego zamawiający może skorzystać tylko i wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie.

Odwołujący podkreślał, iż z treści przepisu art. 8 Ustawy, w szczególności z treści nakazu wyrażonego przez ustawodawcę „nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu....” wynika obowiązek dokonania przez Zamawiającego weryfikacji, czy informacje zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa rzeczywiście tę tajemnicę stanowią w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Zamawiający jest zobowiązany do oceny czy zachodzą przypadki określone w ustawie

uprawniająca do ograniczenia jawności. Stanowisko to w pełni podzielił Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05), stwierdzając: „W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.”

Stanowisko to zachowuje pełną aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawa.

(ix) Tajemnica przedsiębiorstwa, jako wyjątek od zasady jawności postępowania, musi być interpretowana w bardzo ograniczony oraz ścisły sposób, a interpretację tę należy odczytywać poprzez obowiązek, a nie uprawnienie zamawiającego. Zamawiający w każdym przypadku powinien indywidualnie zbadać, w odniesieniu do każdego dokumentu zastrzeżonego jako tajny, czy zachodzą przesłanki uznania tajemnicy przedsiębiorstwa, zwłaszcza, że decyduje o tym treść dokumentu. Tym samym bardzo precyzyjnie i dokładnie należy odnosić się do treści poszczególnych dokumentów. Może bowiem zdarzyć się, że tajemnicą przedsiębiorstwa faktycznie jest objęta tylko część dokumentu, nie zaś jego całość. W takim przypadku zastrzeżenie całej treści dokumentu jest nieuprawnione (wyrok KIO z dnia 11.07.2011r. sygn. KIO 1368/11.).

(x) Jak wynika z dokumentacji udostępnionej Odwołującemu w dniu 12.07.2013r., Zamawiający nie przeprowadził w sposób należyty badania i oceny skuteczności dokonanego przez Konsorcjum KT zastrzeżenia wyjaśnień treści złożonej oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności, z akt postępowania nie wynika, aby Zamawiający występował do Konsorcjum KT o wyjaśnienie podstaw faktycznych i prawnych objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień wykonawcy z dnia 27.06.2013r. oraz 04.07.2013r. Takie zachowanie Zamawiającego zdaniem Odwołującego - stanowi naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 8 Ustawy.

Potwierdzeniem zasadności formułowanego wyżej zarzutu jest wyrok KIO z 23.07.2013r. sygn. akt KIO 1409/12, KIO 1428/12, cyt.: „Zamawiający nie wezwał wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów, a decyzję swoją oparł jedynie na weryfikacji danych oznaczonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przy pomocy Internetu. W ocenie Izby, Zamawiający zobowiązany jest do prowadzenia postępowania z należyłą starannością i w zakresie tych czynności mieści się obowiązek

Zamawiającego do wezwania wykonawców, którzy zastrzegli w złożonych wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wyjaśnienia podstaw zastrzeżenia owych informacji. Doprowadziło to do naruszenia zasady jawności (art. 8 ustawy) oraz wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy zasady przeprowadzania postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, bowiem zaniechanie przez Zamawiającego czynności wyjaśnienia podstaw objęcia dokumentów we wnioskach tajemnicą przedsiębiorstwa a w konsekwencji brak sprawdzenia podstaw objęcia tych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa, prowadzi do utrudnienia uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia. Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie powyżej przywołanych zasad oraz racjonalność przepisów (...) Należy podkreślić, iż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy, gdyż zasadą jest jawność postępowania o zamówienie publiczne i jawność ofert. Oznacza to, iż Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz winien żądać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony.”

(xi) Niezależnie od powyższego Odwołujący podnosił, iż treść wyjaśnień Konsorcjum KT udzielonych pismami z dnia 27.06.2013r. oraz 04.07.2013r. powinna zostać ujawniona Odwołującemu przede wszystkim z innego powodu. Mianowicie, Zamawiający udostępniając Odwołującemu dokumentację postępowania, przekazał pełną treść pism Zamawiającego z dnia 25.06.2013r. oraz 02.07.2013r., stanowiących wezwanie Konsorcjum KT do wyjaśnienia treści złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 1 Ustawy. Podkreślał, iż w treści drugiego wezwania (pismo z 02.07.2013r.) Zamawiający odnosi się do konkretnej treści wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum KT, cytując je bądź streszczając, wskazując przy tym na konkretne strony wyjaśnień Konsorcjum KT. Skoro zatem Zamawiający upublicznił w części złożone przez Konsorcjum KT wyjaśnienia, utraciły one przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nie zasługują na dalszą ochronę.

(xii). Jednocześnie Odwołujący zwracał uwagę, że zastrzeżenie w ofercie (w niniejszej sprawie - wyjaśnień treści złożonej oferty) pewnych informacji jako tajemnicy wykonawcy, nie może mieć na celu uniemożliwienie zapoznania się z treścią oferty w czasie trwania postępowania. Zastrzeganie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może bowiem zmierzać do uniemożliwienia weryfikacji poprawności takiej oferty przez konkurencyjnych wykonawców, co w ocenie Odwołującego, ma miejsce w niniejszym postępowaniu.

W związku z powyższym Odwołujący domagał się nakazania Zamawiającemu uchylecia zakazu udostępnienia informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum KT jako tajemnica

przedsiębiorstwa i nakazanie niezwłocznego udostępnienia Odwołującemu pełnej treści wyjaśnień złożonych Zamawiającemu pismem z dnia 27.06.2013r. oraz 04.07.2013r., alternatywnie - w przypadku uznania, iż tylko fragmenty wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum KT zasługują na ochronę - Odwołujący wnosił o ich „zaczernienie” i udostępnienie pozostałej treści wyjaśnień złożonych Zamawiającemu pismem z dnia 27.06.2013r. oraz pismem z dnia 04.07.2013r.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum KT jako nieodpowiadającej treści SIWZ.

(xiii) Stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy, Zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ. W niniejszym postępowaniu Zamawiający dokonał szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia w Załączniku nr 3 do SIWZ, z uwzględnieniem szeregu odpowiedzi na pytania wykonawców kierowane do upływu terminu składania ofert.

Na wstępie Odwołujący przypominał, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia treści oferty stanowią jego oświadczenie jako wykonawcy, którym jest on związany na równi ze złożoną ofertą. Zatem za uprawnione należy przyjąć twierdzenie, iż w przypadku złożenia przez wykonawcę wyjaśnień, które wskazują na niezgodność złożonej oferty z treścią SIWZ, Zamawiający zobligowany jest do zastosowania przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy. Stanowisko to zostało potwierdzone m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 25.11.2008r. sygn. akt KIO/UZP 1264/08, cyt. „Odnosząc się do argumentu Odwołującego, że jego oferta faktycznie tej niezgodności nie zawierała, a Zamawiający wywiódł ją dopiero z treści dokumentów przedłożonych przez Odwołującego w wyniku wyjaśnień treści oferty, które nie były wymagane w SIWZ skład orzekający stwierdził, że Odwołujący po pierwsze nie zakwestionował w ustawowym terminie zasadności skierowanego przez Zamawiającego wezwania do udzielania wyjaśnień, a po drugie poprzez udzielone wyjaśnienia potwierdził, że zamierza realizować zamówienie w omawianym zakresie (współczynnik przenikalności dla okien) w sposób niezgodny z wymogami SIWZ.”

(xiv) Jak już wyżej wskazywano, w toku badania i oceny ofert Zamawiający dwukrotnie skierował do Konsorcjum KT wnioski o wyjaśnienie treści złożonej oferty. Każdorazowo, Konsorcjum KT udzielało stosownej odpowiedzi wskazując na określone założenia i sposób wykonania zamówienia przez wykonawcę, a co za tym idzie - definiując treść złożonej w postępowaniu oferty.

Jakkolwiek pełna treść wyjaśnień Konsorcjum KT jest nadal objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, to jednak już tylko wybiórcza analiza pytań Zamawiającego skierowanych do Konsorcjum KT (pisma z 25.06.2013r. oraz 02.07.2013r.) daje podstawę do stwierdzenia,

iż treść oferty Konsorcjum KT nie odpowiada treści SIWZ co najmniej w kilku kluczowych obszarach.

## 1. IRU

Zamawiający w pkt 3.6.3.2 (Wykorzystanie istniejącej infrastruktury) Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej „SOPZ”), stanowiącego Załącznik Nr 3 do SIWZ, określił wymagania w zakresie zasad dopuszczenia pozyskania infrastruktury obcej na zasadzie długoterminowej dzierżawy (IRU), cyt.: Zamawiający dodatkowo informuje, że w ramach części VIII Zasad kwalifikowalności wydatków w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego na lata 2007-2013 dla Działania 2.1 wskazano, jako wydatek kwalifikowany zakup praw użytkowania włókien światłowodowych w formie prawnej IRU oraz „korzystanie z udostępnionej infrastruktury informatycznej przeznaczonej do realizacji analogicznych funkcji w ramach danego Projektu, co uprawnia do uznania za kwalifikowane kosztów związanych z zakupem praw użytkowania włókien światłowodowych w formie IRU, przy jednoczesnym spełnieniu warunków podstawowych kwalifikowalności wydatków w ramach RPO WM.

Dodatkowo zapis w Dziale VI pkt 11 Zasad kwalifikowania stanowi, że wydatki poniesione w związku z zastosowaniem innych technik finansowania kwalifikują się do współfinansowania, jeżeli zostaną spełnione jednocześnie dwa warunki:

a) Wydatki związane z zastosowaniem technik finansowania zostaną wskazane we wniosku o dofinansowanie Projektu, lub dokumentacji stanowiącej załącznik do wniosku o dofinansowanie bądź umowy o dofinansowanie Projektu oraz zostaną odpowiednio udokumentowane w toku realizacji Projektu - w praktyce oznacza to, iż w dokumentach tych powinna znaleźć się informacja o możliwości zastosowania umowy IRU;

b) Partner wykaże, iż zastosowanie tych technik finansowania jest najbardziej efektywną metodą pozyskania danego dobra, Partner musi wykazać że zastosowanie umowy IRU będzie najbardziej efektywną formą pozyskiwania infrastruktury telekomunikacyjnej.

Koszt zakupu praw użytkowania włókien światłowodowych w formie prawnej IRU ma mieć charakter zakupu wartości niematerialnych i prawnych.

Zamawiający nie dopuszcza zakupu praw użytkowania włókien światłowodowych w formie usług dzierżawy.

W przypadku konieczności ustalenia minimalnego okresu prawa nieodwołalnego użytkowania, z punktu widzenia trwałości operacji w rozumieniu art. 57 Rozporządzenia 1083/2006. wymagane jest zapewnienie co najmniej 20-letniego okresu obowiązywania umowy dotyczącej rezerwacji częstotliwości i zakupu praw użytkowania włókien

światłowodowych od momentu zakończenia realizacji Projektu. Biorąc pod uwagę aspekty finansowo-księgowo, przy ustaleniu kwalifikowalności wydatku, niezbędne jest spełnienie wymogów określonych szczególnie w przepisach ustawy o rachunkowości, co będzie determinowało okres obowiązywania umowy IRU.

Odwołujący podnosił, iż treść oferty Konsorcjum KT nie odpowiada treści SIWZ tj. pozostaje niezgodna z wymaganiami przywołanych wyżej w pkt 3.6.3.2 SOPZ. Niezgodność dotyczy w szczególności przyjęcia w ofercie Konsorcjum KT 7-letniego terminu dzierżawy kanalizacji teletechnicznej oraz zaoferowania miesięcznych płatności za dzierżawę, wobec wymaganego w SOPZ co najmniej 20- letniego okresu dzierżawy, płatnej z góry.

Odwołujący wskazał, iż przedmiotową niezgodność oferty z wymaganiami SOPZ dostrzegł sam Zamawiający, formułując pismem z dnia 2 lipca 2013r. następujące oświadczenie, cyt.:

„1. Na str. 110 wyjaśnień w punkcie „Analiza kosztów związanych z budową nowej sieci oraz wykorzystaniem istniejącej” wykonawca używa w punkcie 2 argumentów całkowicie nieadekwatnych do zasad określonych w podrozdziale OPZ 3.6.3.2 Wykorzystanie istniejącej infrastruktury. W szczególności, opisane przez Wykonawcę uzasadnienie posługuje się terminem 7-letnim oraz płatnościami miesięcznymi, co jest w sprzeczności z zasadami kwalifikowalności wydatków określonymi na str. 30 i następnym OPZ w części „Zasady dopuszczenia pozyskania infrastruktury obcej na zasadzie długoterminowej dzierżawy (IRU)”. Wymagany jest minimum okres 20-letni dzierżawy, płatnej z góry.”

Odwołujący przypominał, że Zamawiający jest zobowiązany do badania i oceny złożonych ofert w sposób jednolity, z zachowaniem naczelną zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 Ustawy, stanowiącej o konieczności równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji, w szczególności przy uwzględnieniu wymagań opisanych uprzednio w SIWZ. Zasady te w niniejszym postępowaniu zostały złamane, bowiem Zamawiający, który analizując wyjaśnienia treści oferty Konsorcjum z dnia 27.06.2013 r. stwierdził wprost sprzeczność treści tej oferty z wymaganiami SIWZ, nie dokonał następnie odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy.

## 2. Sieć NGA

Zamawiający w pkt 2 SOPZ wskazał, iż przedmiot zamówienia składa się z trzech, powiązanych ze sobą części:

- zaprojektowania i wybudowania infrastruktury pasywnej Sieci,
- dostawy, instalacji i uruchomienia urządzeń aktywnych stanowiących wyposażenie węzłów sieci oraz centrum zarządzania siecią,
- świadczenia usług telekomunikacyjnych z wykorzystaniem Sieci.

Zgodnie z Tabelą Nr 2, wykonawca zobowiązany był uwzględnić w złożonej ofercie m.in. budowę sieci NGA z dostępem do budynku w 33 miejscowościach.

Tabela 2. Obejmuje dane dot. długości budowanej sieci szkieletowej

Jak wynika z oceny wyjaśnień treści oferty Konsorcjum KT, wykonawca ten nie uwzględnił w złożonej ofercie zaprojektowania i wybudowania około 1000 km sieci NGA, co nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego opisanym w SOPZ.

Podkreślał, iż przedmiotową niezgodność oferty z wymaganiami SOPZ dostrzegł sam Zamawiający, formułując pismem z dnia 2 lipca 2013r. następujące oświadczenie, cyt.:

„2 e. W tabeli oraz w wykazie zaprojektowanych i wybudowanych kilometrów sieci (tabela na str. 119 wyjaśnień) Wykonawca nie uwzględnił sieci NGA, której długość w SW jest szacowana na około 1000 km i również będzie wymagała zaprojektowania i wybudowania.”

Zignorowanie zatem, przez Zamawiającego własnych spostrzeżeń i oceny oferty Konsorcjum KT świadczy o naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. Dokonywanie oceny złożonej oferty w oderwaniu od wymagań opisanych uprzednio w SIWZ, w szczególności w SOPZ, uznał Odwołujący za niedopuszczalne. Zwrócił uwagę, iż szacunkowa wartość wybudowania sieci NGA wynosi 43 mln zł.

### 3. Węzły dystrybucyjne.

Dalej, zgodnie z pkt 2 SOPZ, zadanie opisywane w SOPZ w szczególności obejmuje budowę sieci szerokopasmowej składającej się z:

Tabela 1. Węzły planowane do budowy (...).

Produkty i rezultaty projektu. Tabela Wskaźników Produkty projektu Internet Dla Mazowsza

Liczba węzłów dostępowych umożliwiających dostęp do sieci szerokopasmowej - 308.

Odwołujący, za twierdzeniami Zamawiającego zawartymi w piśmie z dnia 02.07.2013r., podnosił, iż Konsorcjum KT zaoferowało niezgodną z treścią SIWZ ilość węzłów, zarówno w odniesieniu do typu A, jak i typu B.

Podkreślał, iż przedmiotową niezgodność oferty z wymaganiami SOPZ dostrzegł sam Zamawiający, formułując pismem z dnia 2 lipca 2013r. następujące oświadczenie, cyt.:

„2 b. Tabela „(plan A)” na str. 116-118 wyjaśnień zawiera w pozycji „budowa węzłów - węzły dystrybucyjne (typu A)” oraz „budowa węzłów - węzły dystrybucyjne (typu B)” błędna ilość węzłów (powinno być odpowiednio 128 typu A i 143 typu B”

Powyższa niezgodność treści oferty Konsorcjum KT z wymaganiami SIWZ oznacza konieczność jej odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy.

4. Pozostałe wykazywane przez Odwołującego niezgodności oferty konsorcjum KT z wymaganiami.

Niezależnie od opisanych wyżej niezgodności oferty Konsorcjum KT z wymaganiami SOPZ, Odwołujący wskazał na kolejne uchybienia, które winny być podstawą odrzucenia oferty tego wykonawcy:

a) Niezgodność terminu zakończenia i odebrania przez Zamawiającego prac budowlanych z wymaganiami Załącznika 6 do OPZ.

Konsorcjum KT przewidziało zakończenie prac budowlanych w październiku 2015 roku, bez uwzględnienia okresu min. 2-3 tygodni na dokonanie odbioru końcowego inwestycji.

b) Niezgodność terminu uzyskania ostatecznej decyzji o ustaleniu lokalizacji regionalnej sieci szerokopasmowej.

Konsorcjum KT przewidziało zbyt krótki (30 dni) termin uzyskania ww. decyzji, podczas gdy termin administracyjny do wydania decyzji wynosi do 90 dni,

5. Dalej Odwołujący wywodził, że treść pisma Zamawiającego z dnia 02.07.2013r. wskazuje na szereg innych wadliwości oferty Konsorcjum KT czy rozbieżności, jakich dopuścił się wykonawca w treści złożonej oferty. Analiza oceny dokonanej przez Zamawiającego (ocena oferty i wyjaśnień Konsorcjum KT), po pierwsze dowodzi, iż oferta Konsorcjum KT jest niezgodna z wymaganiami SIWZ, po drugie, świadczy o braku należytej staranności wykonawcy w przygotowaniu oferty do niniejszego postępowania. Brak ten przełożył się na niewystarczającą jakość składanej oferty, czego dowodzi szereg błędów znajdujących się w złożonej ofercie. Zastosowana przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 Ustawy procedura wyjaśnienia treści złożonej oferty (wezwanie Zamawiającego z 25.06.2013r. i wyjaśnienia Konsorcjum KT z 27.06.2013r.) podkreśliła tylko istniejące niezgodności oferty z SIWZ.

6. Wobec utajnienia wyjaśnień Konsorcjum KT z dnia 02.07.2013r., a co za tym idzie - braku możliwości zapoznania się na obecnym etapie z ich treścią. Odwołujący z ostrożności formułuje niniejszym zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 1 i 1a Ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 Ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum KT, które pismem z dnia 02.07.2013 r. mogło dopuścić się nieuprawnionej zmiany treści złożonej oferty. Odwołujący podnosił, iż wobec złożenia pismem z dnia 27.06.2013r. jednoznacznych wyjaśnień i deklaracji co do treści oferty i sposobu realizacji zamówienia przez Konsorcjum KT, ewentualna próba skorygowania czy usunięcia wadliwości tej oferty

nie może mieć miejsca. Z uwagi na ustawowy zakaz dokonywania istotnych zmian treści oferty oraz niedopuszczalność prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty, błędy zawarte w tej ofercie, wskazujące na niezgodność jej treści z postanowieniami SOPZ, nie mogą być konwalidowane, co oznacza, iż treść wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na drugie wezwanie nie może być brana pod uwagę przy badaniu zgodności oferty z wymaganiami SIWZ.

Odwołujący w tym miejscu zaznaczał, iż zgodnie z wyrokiem z dnia 28.02.2012r. sygn. akt: KIO 320/12, KIO 321/12 cyt.: „Izba zwraca także uwagę, że modyfikacje wprowadzane do oferty na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 nie mogą służyć usunięciu wątpliwości interpretacyjnych. Takiemu celowi służy procedura wyjaśnień, o których stanowi wskazany art. 87 ust.1 ustawy Pzp. Jednakże procedura wyjaśnień - w świetle ustawy Pzp - nie może polegać na skreślaniu postanowień niezgodnych ze specyfikacją lub ich zastępowaniu w brzmieniu wymaganym specyfikacją.”

Na wezwanie zamawiającego z dnia 23 lipca 2013 r. pismem z dnia 26 lipca 2013 r., w kopii przesłanym stronom, zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca wybrany - Konsorcjum firm: KT Corporation, Daewoo International Corporation, Asseco Poland S.A., Warszawskie Przedsiębiorstwo Robót Telekomunikacyjnych S.A., BIATEL Telekomunikacja S.A., BIATEL BIT S.A., KBTO Sp. z o.o., który powoływał się na swój interes w popieraniu stanowiska zamawiającego.

Izba stwierdziła, że Konsorcjum KT Corporation, jako wykonawca, którego oferta została wybrana, posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, w rozumieniu art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Na posiedzeniu niejawnym, bez udziału stron i uczestnika, stosownie do postanowień art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, Izba ustaliła, że odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika – pana Piotra Szumskiego. Do odwołania zostało dołączone w oryginale pełnomocnictwo z dnia 18 lipca 2013 r. udzielone p. .... S....., uprawniające do wnoszenia w imieniu Otwartych Mazowieckich Sieci Szerokopasmowych Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie środków ochrony prawnej określonych w dziale VI ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (...). Pełnomocnictwo zostało wystawione przez Prezesa Zarządu odwołującego, pana K..... R..... Do odwołania został załączony odpis z rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego z datą wystawienia 21 maja 2013 r., Nr 0000429753, z którego wynika, że spółkę odwołującego reprezentują Prezes Zarządu A..... D..... oraz członek Zarządu B..... S..... L..... Jako organ uprawniony do reprezentacji podmiotu Otwarte Mazowieckie Sieci Szerokopasmowe Sp. z o.o. wskazany

jest Zarząd. Z ujawnionego sposobu reprezentacji tego przedsiębiorcy wynika, że spółkę reprezentują wszyscy członkowie zarządu działający łącznie. Rubryka 3 odpisu z KRS - Prokurenci – brak wpisów. Do odwołania dołączono wnioski o zmianę danych podmiotu w Rejestrze Przedsiębiorców formularz KRS-Z3 złożony dnia 2 lipca 2013r. w Sądzie Rejonowym dla m. st. Warszawy XIII Wydział KRS, 2 formularze KRS-ZK (zmiany organu podmiotu) z wnioskami:

1) o wykreślenie p. B..... S..... L.....,

2) o wykreślenie p. A..... D.....,

- z pełnionych funkcji.

Jednocześnie wniosek obejmuje dokonanie wpisu p. K..... R..... na funkcję Prezesa Zarządu tej spółki. Jako podstawę wnioskowanych zmian przedłożono protokół z dnia 19 czerwca 2013 r. Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Spółki obejmujący uchwały nr 1,2 i 3, które stanowią, że Nadzwyczajne Zgromadzenie Wspólników odwołuje p. A..... D....., z pełnionej funkcji członka Zarządu Spółki oraz, że odwołuje p. B..... S..... L..... z pełnionej funkcji członka Zarządu Spółki. Nadzwyczajne Zgromadzenie Wspólników Spółki powołało p. K..... R..... do pełnienia funkcji Prezesa Zarządu Spółki. Uchwały podjęto na podstawie § 10 ust. 1 i ust. 6 Aktu Założycielskiego Spółki oraz art. 201 § 4, art. 203 § 1 Kodeksu spółek handlowych.

Z powyższego wynika, wbrew ustanowionemu w umowie spółki i ujawnionemu w KRS sposobowi reprezentacji tego przedsiębiorcy, tj., że spółkę reprezentują wszyscy członkowie zarządu działający łącznie, iż w dacie udzielenia pełnomocnictwa z dnia 18 lipca 2013 r. p. P..... S..... do wniesienia odwołania, skład organu zarządu, uprawnionego do reprezentacji był obsadzony w sposób niepełny, tj. przez jedną osobę p. K..... R..... Z ustalonego sposobu reprezentacji, której odwołujący nie zmienił przedstawionymi uchwałami, ani nie wnioskował o dokonanie takich zmian wynika, że reprezentacja podmiotu jest łączna, a więc przez co najmniej dwóch członków, wchodzących w skład zarządu.

Odwołanie całego składu zarządu w liczbie 2 osób i powołanie w ich miejsce jednego członka zarządu, nie dowodzi, iż jednocześnie doszło do zmiany reprezentacji tej spółki.

Wystawienie pełnomocnictwa do wniesienia odwołania, jako czynności przekraczającej zwykły zarząd, winno być dokonane zgodnie ze sposobem reprezentacji, a więc przez dwóch członków zarządu, skoro tak ustalono umową spółki, jak wynika to przedstawionego odpisu z KRS, w oparciu o którą to umowę - Akt Założycielski - sąd rejestrowy dokonał wpisu określającego wymieniony sposób reprezentacji.

Izba zważyła, co następuje.

Nawet w przypadku, gdyby umowa spółki nie zawierała żadnego postanowienia, co do tego jak ma wyglądać reprezentacja spółki przy czynnościach, w szczególności sądowych, to zgodnie z art. 201 § 1 i § 2 oraz art. 205 § 1 Kodeksu spółek handlowych, spółkę reprezentuje zarząd. Do składania oświadczeń w imieniu spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu. Jednoznacznie wypowiedział się w tej kwestii Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 17 lutego 2011 r. Sygn. akt IV CZ 117/10 LEX nr 1157577, iż „określony w umowie spółki sposób reprezentacji musi być wyraźny, aby uchylić ustawowy wymóg reprezentacji łącznej. Sprawa reprezentacji ma istotne znaczenie dla bezpieczeństwa obrotu. Postanowienia umowy spółki muszą być w tym względzie jednoznaczne, aby nie wywoływać wątpliwości jaką ma być reprezentacja spółki w konkretnym przypadku, zważywszy iż ewentualne braki w reprezentacji pociągają za sobą daleko idące skutki: nieważność czynności prawnej, lub odrzucenie czynności procesowej. Jeżeli strony chcą uchylić ustawowy wymóg reprezentacji łącznej muszą więc w umowie wyraźnie wskazać przy jakich czynnościach spółkę może reprezentować tylko jeden członek zarządu. Gdyby wolą wspólników było, aby także przy dokonywaniu czynności sądowych oświadczenie woli miał składać tylko jeden członek zarządu, powinni to wyraźnie wskazać w umowie spółki. Skoro umowa na ten temat nic nie stanowi, to, działa zgodnie z art. 205 § 1 Kodeksu spółek handlowych reguła reprezentacji łącznej.”

Należało przyjąć, iż ujawniony w przedstawionym odpisie z KRS sposób reprezentacji łącznej odwołującego stanowi odzwierciedlenie aktualnego sposobu reprezentacji podmiotu. Wykazanie umocowania do reprezentowania strony będącej osobą prawną, wymaga złożenia nie tylko pełnomocnictwa udzielonego przez osoby działające w imieniu osoby prawnej, ale także dokumentu, potwierdzającego umocowanie tych osób do działania jako organ osoby prawnej. W przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością należy przedstawić dokument potwierdzający, że osoba która podpisała pełnomocnictwo w imieniu spółki jest uprawniona do jej reprezentacji według art. 201 § 1 K.s.h, art. 204, art. 205 K.s.h.

Zgodnie z art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz. U. z 2007 r. Nr 168, poz. 1186 ze zm.) domniemywa się, że dane wpisane do rejestru są prawdziwe, z tego wynika, że odpis z rejestru jest środkiem dowodowym określonego stanu.

Odwołanie powinno zostać podpisane przez osobę lub osoby upoważnione do reprezentowania podmiotu wnoszącego odwołanie, stosownie do postanowień § 4 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280, Dz. U. z 2013 r., poz. 232)) Przepis § 4 ust. 2 pkt 3 powołanego rozporządzenia obligatoryjnie wymaga dołączenia

do odwołania odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego, pełnomocnictwa albo innego dokumentu potwierdzającego umocowanie do reprezentowania odwołującego.

Skoro odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika, oprócz pełnomocnictwa, w przypadku spółki prawa handlowego, należało dołączyć odpis z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, potwierdzający uprawnienie osób wystawiających pełnomocnictwo do dokonania takiej czynności. Z przedstawionego odpisu z KRS odwołującego o numerze 0000429753 wynika, że został ustalony łączny sposób reprezentacji odwołującego przez Zarząd Spółki - Prezesa Zarządu łącznie z członkiem Zarządu. Dokonanie zatem zmian uchwałą zgromadzenia wspólników, poprzez odwołanie dotychczasowego dwuosobowego składu zarządu i powołanie w jego miejsce wyłącznie jednej osoby do pełnienia funkcji Prezesa Zarządu - nie uchyla wymogu reprezentacji łącznej, skoro sam sposób reprezentacji nie został zmieniony.

Jest to równoznaczne z tym, że spółka nie ma zarządu, co zachodzi wówczas, gdy zarządu nie powołano, lub też nie obsadzono go należycie, to znaczy w taki sposób, ażeby w imieniu spółki mogły być składane wiążące i ważne oświadczenia woli. Przy łącznej reprezentacji spółki przez zarząd, muszą w jego skład wchodzić minimum dwie osoby.

Braki w zakresie treści odwołania, określonej art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, lub brak pełnomocnictwa, odpisu z KRS podlegają uzupełnieniu na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej stosownie do postanowień art. 187 ust. 3 ustawy Pzp, lub w trybie art. 187 ust. 7 tej ustawy. Przepis wykonawczy (szczególny) § 13 ust. 2 powołanego wyżej rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania (...) nakłada na przewodniczącego składu orzekającego obowiązek wezwania odwołującego do poprawienia lub uzupełnienia odwołania, a więc w zakresie określonym w § 4 rozporządzenia w sprawie regulaminu (...), tj. ewentualnego wezwania do uzupełnienia odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego, pełnomocnictwa albo innego dokumentu potwierdzającego umocowanie do reprezentowania odwołującego, a więc dopuszcza uzupełnienie dokumentów.

Nie mieści się w tym katalogu, wzywaniu odwołującego będącego spółką kapitałową do uzupełnienia składu osobowego organu reprezentacji (prawidłowego i pełnego dla składnia wiążących oświadczeń woli obsadzenia składu osobowego), czy też wzywaniu do zmiany umowy spółki w zakresie zmiany sposobu reprezentacji. Takich kompetencji przepisy Prawa zamówień publicznych Krajowej Izbie Odwoławczej nie przyznają. Braki w obsadzie składu osobowego podmiotu będącego osobą prawną, uniemożliwiające prowadzenie jej spraw, mogą być wypełniane w drodze stosowania przepisu art. 42 K.c., przewidującego, że jeżeli osoba prawna nie może prowadzić swych spraw z braku powołanych do tego organów (w czym mieści się niewystarczająca dla skutecznej reprezentacji obsada), sąd może dla niej

ustanowić kuratora. Ponadto kurator może być ustanowiony także przez sąd rejestrowy w trybie postanowień art. 26 i art. 28 ustawy z 1997 r. o Krajowym rejestrze sądowym.

W wyniku dokonanych jak wyżej ustaleń, Izba uznała, iż odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony w rozumieniu art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Przepis art. 198 ust. 2 ustawy Pzp, obliguje Izbę do odrzucenia odwołania, w przypadku stwierdzenia, że zachodzi którakolwiek z okoliczności wskazanych w tej normie.

Przesłanki odrzucenia odwołania Izba ustala z urzędu. Zaistnienie podstawy określonej art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp zobowiązywało Izbę do odrzucenia odwołania, bez merytorycznego rozpatrywania zgłoszonych zarzutów i żądań. Z mocy art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym.

W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie, o czym orzekła postanowieniem na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Skoro odwołanie zostało odrzucone kosztami postępowania należało obciążyć odwołującego. Zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uiszczony wpis w danej sprawie.

Na podstawie § 32 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280 ze zm.), ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Izby, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:**

.....