

WYROK

z dnia 15 listopada 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadziś  
Protokolant: Małgorzata Rakowska  
Robert Skrzyszewski

Członkowie:

Klaudia Kwadrans  
Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 21 października i 9 listopada 2021 roku  
odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

a) w dniu 24 września 2021 roku przez wykonawcę Stalprofil spółka akcyjna z siedzibą  
w Dąbrowie Górniczej - sygn. akt KIO 2821/21,

b) w dniu 24 września 2021 roku przez wykonawcę PORR spółka akcyjna z siedzibą  
w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Operator Gazociągów Przesyłowych  
GAZ-SYSTEM spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

a) wykonawcy Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego  
przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2821/21 i KIO 2823/21  
po stronie Odwołującego,

b) wykonawcy PORR spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego  
przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2821/21 po stronie  
Odwołującego,

c) wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie ROMGOS spółka  
z ograniczoną odpowiedzialnością ENGINEERING spółka komandytowa z siedzibą  
w Jarocinie (pełnomocnik), ROMGOS G. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z  
siedzibą w Jarocinie, Przedsiębiorstwo Budowlano-Melioracyjne TOLOS P. W. i  
Wspólnicy spółka komandytowa z siedzibą  
w Żorach zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt  
KIO 2821/21 i KIO 2823/21 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1.

A)

1) W zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2321/21 umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów naruszenia art. 226 pkt 2 lit c, a także naruszenia § 2 ust. 1 pkt 4 i 5 Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz § 6 ust. 1 i ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30.12.2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych

dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. z 2020 r. poz. 2452) - dalej: „Rozporządzenie w sprawie sposobu sporządzania

i przekazywania informacji”, a nadto art. 226 pkt 2 lit a oraz c w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 4, a także naruszenie § 6 ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji, jak również art. 125 Pzp,

a także ewentualnie naruszenia art. 128 ust. 1 i art. 26 ust. 3 Pzp przez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum ROMGOS, mimo, że Konsorcjum ROMGOS - TOLOS przedłożyło:

(a) Plik - zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek dotyczący ROMGOS ENGINEERING- bez kwalifikowanego podpisu elektronicznego pracownika ZUS J. F.,

(c) Plik - zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek dotyczący R. D. - bez kwalifikowanego podpisu elektronicznego pracownika ZUS A. P.,

(f) Plik - zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek dotyczący Techno - Pomiar Sp. z o.o. - bez kwalifikowanego podpisu elektronicznego pracownika ZUS M. M.,

(g) oraz nie przedłożyło: JEDZ ROMGOS G. do postępowania ZP/2021/04/0050/REM, zamiast którego złożono niepodpisany JEDZ do postępowania ZP/2021/04/0027/TAR.

- z uwagi na wycofanie powyższych zarzutów.

2) W zakresie poddanym rozpoznaniu odwołanie o sygn. akt KIO 2821/21 oddala w całości.

B) Oddala w całości odwołanie sygn. akt KIO 2823/21.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Stalprofil spółka akcyjna z siedzibą w Dąbrowie Górniczej - sygn. akt KIO 2821/21 oraz wykonawcę PORR spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie - sygn. akt KIO 2823/21 i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Stalprofil spółka akcyjna z siedzibą w Dąbrowie Górniczej - sygn. akt KIO 2821/21 oraz wykonawcę PORR spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie - sygn. akt KIO 2823/21, tytułem wpisów od odwołań,

2.2 zasądza od wykonawcy Stalprofil spółka akcyjna z siedzibą w Dąbrowie Górniczej - sygn. akt KIO 2821/21 na rzecz Zamawiającego - Operator Gazociągów

Przesyłowych GAZ-SYSTEM spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.3 zasądza od wykonawcy PORR spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie - sygn. akt KIO 2823/21 na rzecz Zamawiającego - Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Członkowie:.....

Sygn. akt: KIO 2821/21  
KIO 2823/21

Zamawiający - Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM spółka akcyjna

z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę gazociągu wysokiego ciśnienia MOP 8,4 Mpa DN 1000 relacji Gustorzyn - Wronów, Etap II Leśniowice - Rawa Mazowiecka wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 087-226343 z dnia 5 maja 2021 roku.

## Sygn. akt KIO 2821/21

24 września 2021 roku działając na podstawie na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 poz.1129) Odwołujący wniósł odwołanie wobec działań i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- 1) Wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie ROMGOS Sp. z o.o. ENGINEERING Sp. k. w Jarocinie (dalej: „ROMGOS ENGINEERING”) oraz ROMGOS G. Sp. z o.o. w Jarocinie (dalej: „ROMGOS G.”) i Przedsiębiorstwo Budowlano - Melioracyjne TOLOS P. W. i wspólnicy sp.k. (dalej: „TOLOS”) - łącznie określanych dalej jako „Konsorcjum ROMGOS - TOLOS”;
- 2) Zaniechaniu odtajnienia kluczowych części wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty Konsorcjum ROMGOS - TOLOS,
- 3) Zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum ROMGOS - TOLOS lub jego wykluczenia z powodów wskazanych w pkt IV odwołania;
- 4) Ewentualnie zaniechaniu wezwania Konsorcjum ROMGOS - TOLOS do złożenia wyjaśnień/uzupełnienia dokumentów w zakresie wskazanym w pkt IV odwołania;
- 5) Badaniu i ocenie ofert;
- 6) Zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
- 7) Prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także wymóg udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, co wynika z naruszeń przepisów wskazanych w pkt IV odwołania.

### Odwołujący zarzucił naruszenie:

1) Art. 18 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp przez zaniechanie, odtajnienia kluczowych części wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum ROMGOS - TOLOS, mimo że wyłącznie niektóre z informacji zawartych we wskazanych wyjaśnieniach tj. dane osobowe osób fizycznych takie jak: imię i nazwisko, adres zamieszkania, PESEL, NIP, nazwa prowadzonej działalności gospodarczej, mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co uniemożliwiło postawienie dalej idących - aniżeli wskazane w uzasadnieniu pkt 2 poniżej - zarzutów zaniechania odrzucenia oferty wybranej ze względu na rażąco niską cenę zawartą w tej ofercie oraz ze względu na zaoferowanie przez Konsorcjum ROMGOS - TOLOS świadczenia poniżej kosztów wytworzenia i zmuszenie Zamawiającego do wybrania jej jako najtańszej, a nadto

art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010) dalej "uznk" w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odtajnienia kluczowych części wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum ROMGOS - TOLOS, mimo że wykonawca ten nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

2) Art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia

oferty Konsorcjum ROMGOS - TOLOS ze względu na rażąco niską cenę zawartą w tej ofercie oraz ze względu na zaoferowanie przez Konsorcjum ROMGOS - TOLOS świadczenia poniżej kosztów wytworzenia i zmuszenie Zamawiającego do wybrania jej jako najtańszej przez wzgląd na przyjęte przez Zamawiającego kryterium ceny;

3) Art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 58 k.c. w związku z art. 3 ust. 1 pkt 9 ustawy z dnia 29 września 1994 roku o rachunkowości (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 217 ), ewentualnie

art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz - w każdym z tych przypadków - naruszenie art. 16 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ROMGOS - TOLOS, mimo, że w punkcie 6 zawiera ona niezgodne z art. 3 ust. 1 pkt 9) ustawy o rachunkowości, a także niezgodne z pkt X ust. 3. i ust. 4 SWZ wskazanie parametrów: a) wskaźnik płynności bieżącej, b) EBITDA, c) wskaźnik zadłużenia, jako ustalonych przy uwzględnieniu - w zakresie roku 2020 - danych finansowych ROMGOS ENGINEERING, nie z 12 kolejnych pełnych miesięcy kalendarzowych lecz z 16 kolejnych pełnych miesięcy kalendarzowych tj. wskazanie powyższych parametrów z uwzględnieniem danych finansowych z okresu styczeń - kwiecień 2021 rok, mimo, że w pkt X ust. 3 i 4 SWZ mowa wyraźnie o latach/roku obrotowym, który zgodnie z

SWZ uwzględniającym zasady równości oraz podstawową definicją roku obrotowego zawartą w ustawie o rachunkowości, a także zgodnie z wynikającym z zasady prowsłpnotowej wykładni prawa krajowego wymogiem niezastosowania art. 12 ustawy z dnia 28 listopada 2020 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy o zryczatowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiaganych przez osoby fizyczne oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2020 r. poz. 2123, dalej: „ustawa zmieniajaca”, winien byc rozumiany jako 12 a nie 16 miesiacy kalendarzowych;

4) art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 pkt a Pzp i art. 16 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum ROMGOS - TOLOS i w konsekwencji odrzucenia jego oferty ze wzgladu na wystapienie podstawy do wykluczenia Konsorcjum ROMGOS - TOLOS z uwagi na art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, przez wzglad na wprowadzenie Zamawiajacego przez Konsorcjum ROMGOS - TOLOS, umyslnie lub co najmniej w ramach razacego niedbalstwa, w blad co do zdolnosci finansowej i ekonomicznej tego wykonawcy w zakresie roku 2020

a nadto art. 226 ust. 1 pkt 2 b i c a takze pkt 5 Pzp i § 8 ust. 2 Rozporzadzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych sredkow dowodowych oraz innych dokumentow lub oswiadczen, jakich moze ziadac zamawiajacy od wykonawcy (Dz. U. 2020.2415) - dalej: „Rozporzadzenie w sprawie podmiotowych sredkow dowodowych” oraz we wszystkich tych przypadkach takze art. 16 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ROMGOS - TOLOS, mimo, ze:

a) Konsorcjum ROMGOS - TOLOS oswiadczylo w JEDZ iz spelnia warunki udzialu w postepowaniu dotyczace sredniorocznego przychodu w ostatnich trzech latach obrotowych w wysokosci co najmniej 120.000000 zl (pkt X.3 SWZ), a takze w postaci wskaznika plynnosci biezacej za ostatni rok obrotowy, nie mniejszego niz 1.10, a nadto w pkt 6 a) oferty Konsorcjum ROMGOS - TOLOS podalo dla TOLOS wskaznik plynnosci biezacej wynoszacy 1,35 lecz na etapie przedkladania podmiotowych sredkow dowodowych nie przedlozylo dokumentu podmiotowego TOLOS okreslajacego wartosci ekonomiczne tej spolki za rok 2020, pozwalajacego na ustalenie: przychodow ze sprzedazy, aktywow obrotowych, zobowiazan krótkoterminowych, wskaznika plynnosci finansowej,

b) Konsorcjum ROMGOS - TOLOS podalo dla ROMGOS ENGINEERING w ofercie i sprawozdaniu finansowym dane finansowe oraz wskazniki obejmujace okres 16 miesiacy zamiast 12 miesiacy tj. obejmujace okres 1.01.2020 r.- 30.04.2021 r. zamiast okresu 1.01.2020 r. - 31.12.2020 r. i zaniechalo dostarczenia innego niz sprawozdanie finansowe dokumentu okreslajacego wartosci ekonomiczne tej spolki za okres od 1.01.2020 r. - 31.12. 2020 r. pozwalajacego na ustalenie za ten okres: przychodow ze sprzedazy, aktywow obrotowych, zobowiazan krótkoterminowych, wskaznika plynnosci finansowej, EBITDA, zadluzenia netto i wskaznika zadluzenia netto do EBITDA, a nadto podalo dane za okres 1.01.2020 r. - 30.04.2021 r. zamiast za 1.01.2020 r. - 31.12.2020 r. wprowadzajac Zamawiajacego w blad co do parametrów finansowych ROMGOS ENGINEERING w ostatnim roku obrotowym rozumianym na zasadzie prounijnej wykladni przepisów krajowych jako 12 miesiacy tj. z pominięciem art. 12 ustawy zmieniajacej, co wplynelo na nieprawidlowe okreslenie: sredniorocznego

przychodu Konsorcjum ROMGOS - TOLOS (pkt X.3 SWZ), wskaźnika płynności Konsorcjum ROMGOS - TOLOS (pkt X.4 SWZ) wskaźnika płynności ROMGOS ENGINEERING (pkt 6 a oferty Konsorcjum ROMGOS - TOLOS), wysokości EBITDA ROMGOS ENGINEERING (pkt 6b oferty Konsorcjum ROMGOS - TOLOS), wskaźnika zadłużenia netto do EBITDA ROMGOS ENGINEERING (pkt 6c oferty Konsorcjum ROMGOS - TOLOS).

5) art. 226 pkt 2 lit c, a także naruszenie § 2 ust. 1 pkt 4 i 5 Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz § 6 ust. 1 i ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30.12.2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. z 2020 r. poz. 2452) - dalej: „Rozporządzenie w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji”, a nadto art. 226 pkt 2 lit a oraz c w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 4, a także naruszenie § 6 ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji, jak również art. 125 Pzp,

a także ewentualnie naruszenie art. 128 ust. 1 i art. 26 ust. 3 Pzp przez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum ROMGOS, mimo, że Konsorcjum ROMGOS - TOLOS przedłożyło:

- a) Plik - zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek dotyczący ROMGOS ENGINEERING- bez kwalifikowanego podpisu elektronicznego pracownika ZUS J.F.,
- b) Plik zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach dotyczący ROMGOS G. - w formie skanu dokumentu papierowego podpisanego podpisem odręcznym, bez poświadczenia cyfrowego odwzorowania kwalifikowanym podpisem elektronicznym reprezentantów ROMGOS G.,
- c) Plik - zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek dotyczący R.D. - bez kwalifikowanego podpisu elektronicznego pracownika ZUS A. P.,
- d) Plik - zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach dotyczący R. D. - bez kwalifikowanego podpisu elektronicznego pracownika US M. K.,
- e) Plik - informacja o osobie z KRK dotyczący R. D. - bez kwalifikowanego podpisu elektronicznego osoby działającej w imieniu wystawcy tj. E. M., a zawierający jedynie irrelevantny dla tego dokumentu podmiotowego podpis M. G.,
- f) Plik - zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek dotyczący Techno - Pomiar Sp. z o.o. - bez kwalifikowanego podpisu elektronicznego pracownika ZUS M. M.,

oraz nie przedłożyło:

g) JEDZ ROMGOS G. do postępowania ZP/2021/04/0050/REM, zamiast którego złożono niepodpisany JEDZ do postępowania ZP/2021/04/0027/TAR.

6) art. 239 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, mimo, że złożył on ofertę najkorzystniejszą, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

#### Odwołujący wniośł o

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum ROMGOS - TOLOS jako najkorzystniejszej,
- 3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum ROMGOS - TOLOS lub wykluczenia tego wykonawcy,
- 4) W braku uwzględnienia pkt 3 powyżej, nakazanie Zamawiającemu
  - a) odtajnienia wszystkich utajnionych elementów wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty Konsorcjum ROMGOS - TOLOS, w szczególności wszystkich załączników do pism Konsorcjum ROMGOS - TOLOS z dnia 22.07.2021 r., z dnia 16.08.2021 r. oraz z dnia 2.09.2021 r. zawierających informacje w zakresie składników cenotwórczych oraz sposobu wyliczenia cen jednostkowych oraz ceny całkowitej oferty wraz z dowodami potwierdzającymi koszty, za wyjątkiem danych osobowych osób fizycznych, takich jak: imię i nazwisko, adres zamieszkania, PESEL, NIP, nazwa

prowadzonej działalności gospodarczej,

b) powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert,

5) Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego,

6) przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania oraz dokumentów załączonych do niniejszego odwołania, na fakty wskazane w treści odwołania.

Odwołujący podał, że posiada legitymację do wniesienia i popierania odwołania, gdyż:

ma on interes w uzyskaniu zamówienia, poniósł lub może ponieść szkodę, poniesiona lub możliwa do poniesienia szkoda jest wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Ustawa nie definiuje pojęcia interesu w uzyskaniu zamówienia. Utrwalony jest pogląd, że interes w uzyskaniu zamówienia to każdy interes, tj. interes faktyczny i prawny w uzyskaniu. Wiąże się on z chęcią uzyskania zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ocena istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia badana jest na gruncie okoliczności faktycznych konkretnej sprawy. Interes w uzyskaniu zamówienia to możliwość uzyskania zamówienia. Interes posiadać będzie ten wykonawca, który wskutek decyzji zamawiającego traci możliwość uzyskania zamówienia. Tym samym niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie zamawiającego pozbawia go możliwości uzyskania zamówienia (wyrok KIO z 3.07.2014 r., sygn. akt KIO 1231/14).

W stanie faktycznym niniejszej sprawy nie może budzić wątpliwości, iż Odwołujący: posiada status wykonawcy, w rozumieniu art. 7 pkt 30 Pzp, gdyż nie tylko oferuje na rynku roboty budowlane będące przedmiotem Postępowania, ale także złożył ofertę w Postępowaniu, co ma kluczowe znaczenie dla posiadania statusu wykonawcy po upływie terminu składania ofert; ma interes w uzyskaniu zamówienia udzielanego w ramach Postępowania. Odwołujący oferuje bowiem na rynku roboty budowlane, które są przedmiotem Postępowania i złożył w Postępowaniu ofertę, a co więcej, oferta Odwołującego jest sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. Wskutek wyboru oferty Konsorcjum ROMGOS, która winna być odrzucona, a wykonawca wykluczony, a także wskutek braku wyboru oferty Odwołującego, Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, co było możliwe już w tym konkretnym postępowaniu. Przez kwestionowany przez Odwołującego wybór oferty Konsorcjum ROMGOS - TOLOS, Odwołujący dozna uszczerbku wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Szkoda dotyczy utraconych korzyści w postaci zysku z realizacji zamówienia, a także straty w postaci kosztów poniesionych na sporządzenie oferty i udział w postępowaniu. Wykazanie samej tylko możliwości poniesienia szkody jako prawdopodobnego następstwa naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy jest wystarczające (wyrok Sądu Okręgowego w Kielcach z 10.12.2010 r., sygn. akt VII Ga 146/10, LEX nr 1713440).

Szkoda, o której wyżej mowa jest wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy i pozostaje w adekwatnym związku przyczynowym z tym naruszeniem. Naruszenie przepisów ustawy, o którym mowa w art 505 ust. 1 Pzp, rozumieć należy jako naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp. W przesłance tej mieści się również naruszenie przez zamawiającego przepisów rozporządzeń wykonawczych do Pzp. Na gruncie niniejszej sprawy szkoda Odwołującego jest bezpośrednim skutkiem naruszeń przepisów wskazanych w pkt IV odwołania.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

#### Zarzut 1

Zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 1 Pzp. Wyjątki od zasady jawności określa art. 18 ust. 3 Pzp.

Za tajemnicę przedsiębiorstwa może być uznana określona informacja, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: 1) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub jest informacją mającą wartość gospodarczą, 2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej oraz 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Informacja nieujawniona do wiadomości publicznej to informacja nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na swój zawód lub prowadzoną działalność

są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja będzie stanowiła tajemnicę przedsiębiorstwa, gdy przedsiębiorca wyraża wolę w sposób wyraźnie rozpoznawalny dla osób zainteresowanych jej posiadaniem, by pozostała ona tajemnicą dla określonych odbiorców. Podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji musi prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób, które ze względu na swój zawód lub prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

Jawność postępowania jest zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Tajemnica przedsiębiorstwa, jako wyjątek od zasady jawności postępowania, powinna być interpretowana w sposób ścisły, a zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty

Konsorcjum ROMGOS - TOLOS słusznie zostało wezwane do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie tego wykonawcy. W odpowiedzi na wezwanie, Konsorcjum ROMGOS - TOLOS złożyło podstawowe i uzupełniające wyjaśnienia wraz z załącznikami, zastrzegając, że wszystkie merytoryczne załączniki i inne dokumenty złożone w ramach tych wyjaśnień stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Konsorcjum ROMGOS - TOLOS argumentowało, że zastrzeżone dokumenty zawierają informacje posiadające wartość gospodarczą, tj.: a) informacje o podmiotach pozyskanych do współpracy, b) indywidualne warunki cenowe uzyskane od kontrahentów, c) kalkulację cenową, d) informacje na jakich warunkach podmioty trzecie zobowiązały się do udostępnienia wykonawcy zasobów, e) zestawienie ekspertów i specjalistów, f) zestawienie środków trwałych

Odwolujący podał, że już same kategorie zastrzeżonych danych budzą poważne wątpliwości, i tak:

Utajnione kalkulacje i wyjaśnienia cenowe

Utajniona kalkulacja (tabela kalkulacji ceny ryczałtowej wypełniona w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny) pokazuje, w jaki sposób wykonawca wyceni poszczególne globalnie określone elementy składowe realizacji zadania. Ze względu na ryczałtowość ceny ofertowej i globalne wskazanie wartości dla wymienionych w tabeli 53 elementów składowych ceny ryczałtowej, nie jest jednak możliwe szczegółowe odtworzenie w jaki sposób Konsorcjum ROMGOS - TOLOS grupuje i dzieli koszty wspólne wykonania robót, w jaki sposób kształtuje zysk i jak przypisuje go do poszczególnych elementów wyceny, w jaki sposób i w jakich obszarach minimalizuje koszty oraz w jaki sposób zamierza zorganizować proces budowlany. Samo wstawienie przez Konsorcjum ROMGOS - TOLOS cen w przygotowanym przez zamawiającego formularzu, nie wskazuje na sposób dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny czy budowania uniwersalnej strategii cenowej i elementów składowych tej strategii. Co więcej zastrzegane kalkulacje zostały opracowane na potrzeby tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przedstawiona w wyjaśnieniach kalkulacja zawiera informacje o kwotach, jakie przystępujący szacuje na potrzeby ceny ryczałtowej zaoferowanej w tym jednym, konkretnym Postępowaniu, i o ile w ogóle wskazuje na jego strategię cenową, to może to dotyczyć wyłącznie strategii przyjętej na potrzeby tego konkretnego Postępowania, uwzględniając jego specyfikę i charakter. Niewątpliwie strategia ta nie jest niezmienna, nie jest jednakowa dla każdego postępowania, lecz każdorazowo indywidualnie opracowywana. Konsorcjum ROMGOS - TOLOS nie przedstawiło żadnych argumentów, dlaczego właśnie te konkretne informacje przedstawione w wyjaśnieniach, miałyby stanowić informacje posiadające wartość gospodarczą i dlaczego. Tym samym należy stwierdzić, że zawarte w wyjaśnieniach pozycje kwotowe nie są informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa i nie posiadają wartości gospodarczej (wyrok).

Nie jest więc tak, że działający na rynku robót budowlanych wykonawca, na podstawie zapisów SWZ, w tym dokumentacji przetargowej, może na podstawie zastrzeganych wartości kwotowych przypisanych do poszczególnych pozycji formularza przesłanego przez Zamawiającego do wypełnienia w trybie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, odtworzyć uniwersalny mechanizm kalkulacji cen ofertowych stosowany przez Konsorcjum ROMGOS - TOLOS. Trudno tu mówić o wyinterpretowaniu tendencji czy też stałych elementów budowania tak rozumianej uniwersalnej strategii cenowej, dającej rzekomo przewagę nad konkurentami na rynku, a co dopiero odtworzeniu szczegółowych założeń budowania kalkulacji. Mając na uwadze brak wykazania, że ww. informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie sposób uznać, by wiarygodne było twierdzenie o ich wartości gospodarczej, tym bardziej że ono również ma charakter ogólnikowy (wyrok).

Ponadto art. 18 ust. 3 Pzp odwołując się do art. 222 ust. 5 Pzp zakazuje utajniania informacji

o cenach, a zgodnie z wyrokiem WSA we Wrocławiu z dnia 18 listopada 2015 r., sygn. akt: IV SA/Wr 542/15 pojęcie ceny podawanej w ramach otwarcia ofert należy interpretować jak najszerzej, co oznacza, że nie odnosi się wyłącznie do podanej ceny całkowitej oferty, ale także cen jednostkowych, które nie mogą być przedmiotem skutecznego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Także zgodnie z orzecznictwem Izby nie można zastrzec jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji dotyczących ceny - kalkulacji na potrzeby danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok). Samo wskazanie cen jednostkowych nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa (wyrok). Ponadto, zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych (opinia), za tajemnicę przedsiębiorstwa nie mogą być uznane w szczególności dokumenty (informacje), takie jak: kosztorys, ceny jednostkowe stanowiące podstawę obliczenia ceny na roboty budowlane.

Utajnione informacje dotyczące potencjału kadrowego, ekspertów i specjalistów Konsorcjum ROMGOS - TOLOS uzasadnia utajnienie w powyższym zakresie funkcjonującą na rynku nieuczciwą praktyką przejmowania pracowników przez konkurencję. Tymczasem okoliczność ta nie została przez Konsorcjum wykazana. Twierdzenie o zagrożeniu przejęcia personelu przez konkurencję i związanym z tym ryzyku nie zostało przez Konsorcjum nawet uprawdopodobnione. Wybrany wykonawca nie wykazał, że takie ryzyko faktycznie występuje lub kiedykolwiek dotyczyło Konsorcjum lub choćby jakiegokolwiek innego wykonawcy. Ponadto sama praktyka zastrzegania przez wykonawców wykazów osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa, nie przesądza o tym, że informacje zawarte w takich wykazach rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa winny być bowiem tajemnicą od chwili ich wytworzenia oraz od tego momentu powinny być chronione przez przedsiębiorcę. Tymczasem informacja o udziale danej osoby w procesie budowlanym powstaje w sposób jawny, jest zamieszczana w publicznie dostępnych dokumentach, zatem brak jest możliwości uznania, że dana informacja staje się tajemnicą w momencie, w którym opracowywana jest oferta. Podkreślić przy tym należy, że pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa winno być postrzegane w sferze obiektywnych faktów, a jego byt nie jest uzależniony jedynie od woli danego przedsiębiorcy lub od ewentualnego zainteresowania tajemnicą osób trzecich (wyrok).

Z uzasadnienia Konsorcjum dotyczącego utajnienia omawianej części informacji należy wysnuć wniosek, że informacja o doborze personelu stanowi informację posiadającą wartość gospodarczą z uwagi na specyfikę rynku specjalistycznych robót budowlanych, na którym kompetencje personelu decydują o przewadze konkurencyjnej wykonawcy, a dysponowanie danym personelem decyduje bezpośrednio o możliwości pozyskania zamówienia. Z powyższego wynika, że wartość gospodarczą stanowi dysponowanie personelem, a nie dysponowanie informacją o osobach, podmiotach ich zatrudniających którymi dysponuje inny wykonawca. Z powyższego względu nie można podzielić poglądu, że objęcie informacji dotyczących personelu tajemnicą przedsiębiorstwa w danym postępowaniu jest jedynym skutecznym sposobem utrzymania przewagi konkurencyjnej, wynikającej z posiadania danego personelu, w kontekście możliwości uzyskania konkretnego zamówienia i w ogóle możliwości skutecznego konkurencji z innymi uczestnikami rynku. Wykonawca nie jest nadto właścicielem zasobów w postaci uprawnień, kwalifikacji i doświadczenia osób, które zatrudnia, są to bowiem dobra przynależne do osoby. Konsorcjum nie wykazało, że wskazane osoby nie posługują się w sposób dostępny dla ogółu powyższymi informacjami, np. przy wykonywaniu innych projektów.

Dodatkowo wskazać należy, że samo Konsorcjum przyznaje, iż rynek budowy infrastruktury gazowniczej jest stosunkowo hermetyczny. Tym samym oczywistym jest, że poszczególni specjaliści w branży są powszechnie znani. Znając zaś dane osobowe konkretnego specjalisty, możliwym jest uzyskanie informacji na temat jego kwalifikacji i doświadczenia, np. w odpowiednich instytucjach branżowych (na mocy właściwych przepisów powszechnych czy też wewnętrznych tych instytucji). Jak wynika z powyższego, utajnienie danych dotyczących struktury personelu i poszczególnych osób ma na celu przede wszystkim utrudnienie pozyskania tych danych przez wykonawców uczestniczących w danym postępowaniu. Obawy wykonawcy co do nieuprawnionego przejęcia lub podkupienia przez konkurencyjnych wykonawców osób zaangażowanych przez wykonawcę to za mało by wyłączyć kluczową dla zamówień publicznych zasadę jawności. Nie jest obiektywną wartością gospodarczą informacji, uzasadniającą jej zastrzeżenie jako tajemnicę przedsiębiorstwa, ale subiektywną oceną ryzyka związanego z możliwością rezygnacji danego pracownika z pracy u wykonawcy na rzecz korzystniejszych warunków u innego podmiotu. To zaś jest elementem zdrowej, prawidłowej konkurencji na rynku, umożliwiającej pracownikom otrzymanie lepszego wynagrodzenia za wykonywaną pracę.

W świetle orzecznictwa Izby nawet wskazanie w treści wyjaśnień przewidywanego wynagrodzenia dla danego specjalisty, które to wynagrodzenie stanowi zasadniczy koszt realizacji zamówienia, a tym samym cenę, jaką zaoferował wykonawca, która jest jawna, nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa. Gdyby przyjąć, iż tajemnicą przedsiębiorstwa jest wycena pracy danego specjalisty realizującego zamówienie, to możliwości weryfikacji zasadności przyjętych założeń przez wykonawców byłyby praktycznie niemożliwe dla

zasadniczej części postępowań przetargowych. To zaś z kolei stałoby w sprzeczności z zasadą jawności postępowania przetargowego (wyrok).

#### Utajnienie listy środków trwałych

Konsorcjum ROMGOS nie wyjaśniło, w jaki sposób ewentualne posiadanie informacji, które zostały zawarte w liście środków trwałych może przyczynić się do uzyskania przewagi konkurencyjnej, czy doprowadzić do przysporzenia konkurentowi korzyści lub zaoszczędzić kosztów. Zastrzeżone przez wykonawcę środki trwałe, służą potwierdzeniu wymagań określonych przez zamawiającego w SWZ, które są jawne i z tych względów nie stanowią wartości gospodarczej, niedostępnej innym wykonawcom. Samo podanie rodzaju i ilości posiadanych środków trwałych, nie stanowi jeszcze ujawnienia wiedzy na temat działalności firmy, stosowanych technologii, materiałów czy rozwiązań technicznych, w szczególności w sytuacji, gdy parametry te potwierdzają spełnianie wymagań określonych w SWZ (wyrok). Zakres utajnienia

Konsorcjum ROMGOS - TOLOS utajniło wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny praktycznie w całości. Powoduje to niemożność weryfikacji przez Odwołującego, czy zaoferowana cena ma charakter realny, czy uwzględnia wszystkie obligatoryjne koszty związane z wykonaniem zamówienia wynikające z dokumentów zamówienia, jak również - czy twierdzenia formułowane w wyjaśnieniach zostały poparte i potwierdzone odpowiednimi dowodami. Staranność wykonawcy przy obejmowaniu informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, która przejawia się przede wszystkim w ocenie celowości zastrzeżenia i decyzji, czy dane informacje w ogóle należy objąć tajemnicą - z uwzględnieniem charakteru instytucji utajnienia jako wyjątku od zasady jawności postępowania oraz w zakresie uzasadnienia dokonania tej czynności. Wykonawcy powinni wyjątkowo obejmować informacje zastrzeżeniem i czynić to z należytą starannością, aby nie narażać się na ryzyko upublicznienia informacji, które zamierzają chronić przed ujawnieniem. W ramach należytej staranności zastrzegania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawca musi dołożyć staranności, aby zbędnie nie szafować zastrzeżeniami, ale by używać zastrzeżeń z rozwagą i rzetelnie, aby nie narażać na szwank swojej wiarygodności (wyrok). Odnosnie do zastosowanej przez Konsorcjum ROMGOS - TOLOS praktyki utajniania całych dokumentów w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny, KIO kilkakrotnie wskazała, że działanie takie jest niezasadne (wyrok). Nieprawidłową jest praktyka zastrzegania przez wykonawców całości dokumentów, jeśli niektóre części dokumentów nie są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce. Zastrzeganie informacji jest wyjątkiem od reguły jawności, zatem powinno mieć możliwie jak najmniejszy rozmiar, tj. nawet jedynie poszczególne, pojedyncze nazwy, liczby czy inne dane winny być zastrzegane (wyrok).

W ocenie Odwołującego Konsorcjum ROMGOS - TOLOS nadużyło możliwości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, co narusza zasady uczciwej konkurencji. Tajemnicą przedsiębiorstwa w znacznej mierze objęto bowiem informacje, które co do zasady mają charakter jawny.

#### Udowodnienie

Wykonawca, aby skutecznie zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa w odniesieniu do konkretnych informacji, powinien jednocześnie wraz ze złożeniem oferty wykazać (wyrok), że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tj. że:

- a) informacje, które zastrzega, mają charakter absolutnie wyjątkowy (samo przekonanie Konsorcjum ROMGOS - TOLOS o wartości posiadanych przez niego informacji jest ni ewystarczają ące)
- b) dostęp do nich ma wyłącznie bardzo ograniczona liczba osób i zostały skutecznie wprowadzone szczegółowe regulacje wewnętrzne, mające na celu ochronę tych informacji przed osobami nieuprawnionymi, gdyż nie sama treść utajnianych dokumentów decyduje, ale to, czy rzeczywiście są one skutecznie utajnione w zwykłym obrocie gospodarczym. Ciężar dowodu, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, spoczywa na wykonawcy. Niewykazanie przez wykonawcę, że zastrzeżone przez niego w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa prowadzi do tego, że zastrzeżenie tajemnicy będzie nieskuteczne.

Według Odwołującego Konsorcjum ROMGOS - TOLOS nie wykazało, że stosuje jakiś unikalny system wynagrodzeń dla personelu czy też kalkulowania poszczególnych elementów realizacji zamówienia, który uzasadnia ochronę informacji dotyczących przyjętych kosztów wykonania, a zatem nie wykazał wartości niematerialnej zastrzeżonych informacji. Wykonawca ten nie przedstawiał żadnej polityki czy metodologii w powyższym zakresie jak również nie wykazał, iż przedstawione w treści wyjaśnień kalkulacje są oparte

na opracowanej przez niego formule, mającej charakter unikatowy i dostępny wyłącznie temu wykonawcy. Nie przedstawiło wiarygodnych dowodów o zapewnieniu ograniczonego dostępu do tego typu informacji.

W ocenie Odwołującego, za wystarczający dowód nie może bowiem służyć powoływany przez Konsorcjum ROMGOS - TOLOS fakt posiadania określonych procedur, jeżeli nie przedstawia się dowodów, że są one rzeczywiście stosowane. Konsorcjum opisało m.in. rozwiązania organizacyjne i techniczne oraz wskazało na ograniczenie liczby pracowników dopuszczonych do zastrzeżonych informacji i klauzule umowne zobowiązujące personel wykonawcy do nieujawniania tych informacji, a nadto powołało się na politykę bezpieczeństwa i procedury nadawania uprawnień dostępu, jednak nie przedstawiło Zamawiającemu chociażby ewidencji osób dopuszczonych do rzekomo chronionych informacji. Wybrany wykonawca, będący dysponentem i autorem środków, na które wskazywał w uzasadnieniu objęcia informacji tajemnicą handlową, nie powinien mieć trudności w przedstawieniu takiej ewidencji. Skoro zatem nie zdecydował się on na przedstawienie Zamawiającemu takiego dowodu, to brak przedstawienia należy interpretować tak, że podjęte przez niego środki mają charakter niesprecyzowany i nie są jednolicie stosowane. Co więcej przedłożona Polityka Bezpieczeństwa dotyczy tylko ROMGOS (co wynika z nazwy tego dokumentu) i nie przedłożono żadnych tego typu procedur dotyczących TOLOS. Powyższe oznacza, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy sprowadziło się w przedmiotowym przypadku do krytykowanej w orzecznictwie Izby, ogólnej deklaracji o zastosowanych przez Przystępującego środkach technicznych i organizacyjnych zapewniających zachowanie danych w poufności (wyrok). Same ogólne deklaracje o przyjęciu określonych rozwiązań są niewystarczające.

Zabezpieczenie ma dotyczyć poszczególnych informacji, a wykazane powinno zostać chronienie tej informacji jako wyjątkowej, nie zaś ogólne opisanie, jakie są procedury zabezpieczające u wykonawcy.

Odwołujący podał, że tego rodzaju ogólneki niewątpliwie mogą zostać wskazane przez każdego wykonawcę na potrzeby każdego postępowania. Zaniechanie to uniemożliwiło Zamawiającemu konieczne przeanalizowanie: po pierwsze, czy wybrany wykonawca faktycznie wdrożył procedury w celu ochrony informacji poufnych, na które się powoływał; a po drugie, czy te procedury są skuteczne i rzeczywiście mogły być one uznane za działania wystarczające do zachowania zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji w poufności.

W ocenie Odwołującego w niniejszej sprawie Zamawiający, nie był w stanie zweryfikować prawdziwości twierdzeń Konsorcjum o ograniczonym dostępie i stosowaniu środków ochrony informacji a tym samym nie mógł potwierdzić, że u wybranego wykonawcy rzeczywiście obowiązują określone metody ochrony informacji.

Wybrany wykonawca w ocenie Odwołującego nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa oraz że podjął działania w celu zachowania poufności informacji. Brak takiego wykazania, zgodnie z treścią art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uoznk, powoduje, że nie ma podstaw, aby zastrzeżenie wykonawcy uznać za skuteczne.

Nadużycie prawa do zastrzeżenia tajemnicy

Konsorcjum ROMGOS - TOLOS zastrzegło tajemnicę wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez to konsorcjum wymagań Zamawiającego, co jest praktyką krytycznie ocenianą w świetle orzecznictwa Izby (wyrok). Stosowanie instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa nie może służyć jako narzędzie uniemożliwiające konkurencyjnym wykonawcom ocenę ofert i dokumentów składanych w postępowaniu. Stąd tego rodzaju sytuacje nie powinny być przez wykonawców nadużywane i ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji. Z perspektywy Zamawiającego powinny być zaś badane z wyjątkową starannością. Ujawnienie co najmniej znaczącej części informacji, których normalnie Konsorcjum wolałoby nie ujawniać jest cechą charakterystyczną postępowań o udzielenie zamówienia, a zatem Konsorcjum ROMGOS - TOLOS powinno się z tym liczyć. Konsorcjum ROMGOS - TOLOS decydujące się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczające w reżim oparty na zasadzie jawności, powinno mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których Konsorcjum, ze względu na określoną politykę gospodarczą, wolałoby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa (wyrok). Skuteczność dokonanego zastrzeżenia winna być poddawana analizie i oceniona przez zamawiającego na podstawie informacji uzasadniających zastrzeżenia, nie zaś samodzielnie przez zamawiającego

na podstawie samego charakteru zastrzeżonych informacji.

Brak należytego zbadania przez Zamawiającego skuteczności zastrzeżenia

Zamawiający jest zobowiązany do badania i oceny skuteczności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym do oceny, czy wykonawca wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i czy zastrzegł je prawidłowo. Możliwość weryfikacji wyceny kosztów realizacji zamówienia przez innych wykonawców stanowi bowiem realizację zasady jawności postępowania i jest gwarancją rzetelnej i obiektywnej analizy ofert innych wykonawców. To zaś w konsekwencji przekłada się na zapewnienie wyboru wykonawcy, który w sposób prawidłowy zrealizuje zamówienie i nie będzie poszukiwał w sposób nieuprawniony oszczędności, aby zmieścić się w nieprawidłowo skalkulowanych kosztach realizacji zamówienia. W odniesieniu do zamawiających orzecznictwo Izby od początku kontynuowało linię przyjętą jeszcze przez zespoły arbitrów, za stanowiskiem wyrażonym przez Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2015 r. (sygn. akt: III CZP 74/15), w której SN wskazał, że: zamawiający nie może bezrefleksyjnie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz ma obowiązek weryfikacji jego zasadności, a w przypadku uznania, że zastrzeżenie jest bezzasadne - obowiązek ujawnienia informacji. W wyroku z dnia 23 kwietnia 2010 r., sygn. akt: KIO 528/10, Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, że: Aby można było mówić o uprawnionym bądź nieuprawnionym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, zamawiający powinien dokonać oceny, czy łącznie zostały spełnione wskazane wyżej przesłanki. Przede wszystkim powinien dokonać oceny, jaki charakter ma zastrzeżona informacja. Następnie powinien ustalić, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznane ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca ma wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnych odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji.

Utrzymując w niniejszej sprawie tajemnicę informacji, Zamawiający nie wykonał prawidłowo powyższych obowiązków, czym dopuścił się naruszenia Pzp.

Zamawiający przychylając się do wniosku danego wykonawcy o zastrzeżeniu określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, winien dokonać weryfikacji prawdziwości stanowiska oferenta odnośnie do charakteru (statusu) tych informacji. Weryfikacja prawdziwości stanowiska oferenta nie może odbyć się wyłącznie poprzez bezrefleksyjne zaaprobowanie wyjaśnień danego wykonawcy, ale winna być oparta obiektywnymi przesłankami, gdyż tylko na ich podstawie można zweryfikować prawdziwość subiektywnych twierdzeń wykonawcy. Wskazać również należy, że ewentualne wątpliwości w toku badania prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Zamawiający ma możliwość wyjaśnić, czego w niniejszym przypadku zaniechał (wyrok). W świetle uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 lutego 2020 r., KIO/KO 5/20: [...] nie można zgodzić się z dostrzeganą m.in. w praktyce orzeczniczej Izby skłonnością wykonawców, a niekiedy też zamawiających, do nadmiernie „liberalnego” traktowania przesłanek faktycznych i prawnych warunkujących objęcie przedstawianych przez wykonawców informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. W niniejszym stanie faktycznym wykonawca nie przedstawił żadnych stosownych dowodów, które umożliwiałyby przyznanie ochrony informacjom zastrzeżonym. Nie wykazał także, dlaczego w ramach niniejszego postępowania ujawnienie zastrzeżonych informacji może wyrządzić szkodę i w czym dokładnie jej upatruje.

Wniosek z powyższego jest taki w ocenie Odwołującego, że nie może dojść do sytuacji, z jaką mamy do czynienia w niniejszej sprawie to jest, że Zamawiający automatycznie akceptuje każde zastrzeżenie informacji tajemnicą przedsiębiorstwa przez wykonawcę. Obowiązkiem Zamawiającego jest wnikliwe zbadanie uzasadnienia utajnienia i jego merytoryczna weryfikacja, czego w niniejszym przypadku zabrakło. Przez zaniechanie odtajnienia kluczowych części wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum ROMGOS - TOLOS, mimo że wykonawca ten nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp

## Zarzut 2

W ocenie Odwołującego Zamawiający dopuścił się zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum ROMGOS - TOLOS ze względu na rażąco niską cenę zawartą w tej ofercie oraz ze względu na zaoferowanie przez Konsorcjum ROMGOS - TOLOS świadczenia poniżej kosztów wytworzenia i zmuszenie Zamawiającego do wybrania jej jako najtańszej przez wzgląd na przyjęte przez Zamawiającego kryterium ceny.

O cenie rażąco niskiej można mówić, gdy przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie

umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne, albo gdy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, w szczególności gdy różnica ta nie będzie możliwa do uzasadnienia obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy zrealizować to zamówienie bez strat i dodatkowego finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne (wyrok).

W tym miejscu Odwołujący odesłał do treści pkt IV pisma z dnia 19.07.2021 i Załączników w postaci porównania poszczególnych pozycji z ofert Odwołującego i Konsorcjum ROMGOS - TOLOS, a także tabeli kalkulacyjnej oferty Odwołującego, stanowiącej Załącznik nr 1 do pisma odwołującego z dnia 19.07.2021 r. - w załączeniu PLIK: Rażąco Niska Cena Konsorcjum ROMGOS\_TOLOS.

Uprawnione jest w ocenie Odwołującego uznanie ceny zaoferowanej przez Konsorcjum ROMGOS - TOLOS za rażąco niską, gdyż już tylko ze względów podanych przez Odwołującego, o których mowa w materiale wskazanym powyżej jest ona nierealna, nieadekwatna do rzeczywistego zakresu i kosztów prac składających się na przedmiot zamówienia i zakłada wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów. Stwierdzić należy, że cena zaoferowana przez wybranego wykonawcę jest ceną znacznie zaniżoną nie tylko w stosunku do ofert złożonych przez innych wykonawców i przede wszystkim kształtuje się poniżej kosztów wytworzenia.

W wyroku o sygn. akt: KIO 1562/11 KIO wskazała, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne zamówienie to wykonać. W związku z tym Zamawiający prawidłowo zwrócił się do odwołującego z prośbą o udzielenie wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Konsorcjum ROMGOS - TOLOS złożyła stosowne wyjaśnienia, jednak ich treść nie jest jawna dla pozostałych uczestników postępowania, a zatem na etapie niniejszego Odwołania, wobec braku odtajnienia wyjaśnień wybranego wykonawcy, Odwołujący nie jest obecnie w stanie w dalej idącym zakresie, wykazać, że Konsorcjum ROMGOS - TOLOS nie poddało obowiązkowi obalenia domniemania, że cena zaoferowana przez niego jest ceną rażąco niską.

Zgodnie z art. 537 Pzp ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Natomiast na zamawiającego zostaje przerzucony ciężar dowodu, gdy wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Przedstawienie przez stronę dowodu w celu wykazania określonych twierdzeń o faktach, z których wywodzi dla siebie korzystne skutki, jest nie tyle jej prawem, co obowiązkiem procesowym zagwarantowanym przepisami prawa, przede wszystkim w jej własnym interesie.

### Zarzut 3

Określając wymagana zdolność finansową i ekonomiczną wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w ramach Postępowania, Zamawiający w:

- 1) pkt X. 3 SWZ wymaga potwierdzenia posiadania średniorocznego przychodu w okresie ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w wysokości co najmniej 120.000.000, 00 zł.
- 2) pkt X. 4 SWZ wymaga potwierdzenia posiadania wskaźnika płynności za ostatni zakończony rok obrotowy, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, nie mniejszego niż 1,10, ustalonego zgodnie z zasadami wskazanymi w SWZ.
- 3) Formularzu oferty - pkt 6 - oczekiwał podania:
  - wskaźnika płynności za ostatni zakończony rok obrotowy, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie (pkt 6 a)
  - EBITDA za ostatni zakończony rok obrotowy, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie (pkt 6b)
  - wskaźnika zadłużenia netto do EBITDA za ostatni zakończony rok obrotowy, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie (pkt 6b).

Zgodnie z Uwagą 1 na stronie 19 SWZ w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie Zamówienia brak podstaw wykluczenia musi zachodzić wobec każdego z tych Wykonawców.

Zgodnie z Uwagą 2 na stronie 19 SWZ warunek pkt X ust. 2-10 SWZ może spełniać łącznie grupa Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie Zamówienia, zaś w Uwadze 3 na stronie 19 SWZ, Zamawiający wymaga aby spełnienie warunku określonego w pkt X ust. 4 SWZ zostało wykazane łącznie przez wszystkie podmioty, których przychód za ostatni zakończony rok obrotowy, został uwzględniony na potrzeby wykazania spełnienia warunku określonego w pkt X ust. 3 SWZ.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 9 ustawy o rachunkowości rok obrotowy to 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych, niekoniecznie pokrywających się z rokiem kalendarzowym. Rok obrotowy musi być określony w kluczowym dla jednostki dokumencie, jakim jest jej statut lub umowa. Rok obrotowy powinien być określony w polityce rachunkowości jednostki. ROMGOS ENGINEERING jest spółką komandytową. W związku z tym zastosowanie znajdują do niej regulacje ustawy z dnia 28 listopada 2020 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2020 r. poz. 2123, dalej: „ustawa zmieniająca”). W związku z tą zmianą (art. 12 ustawy zmieniającej), spółki komandytowe uzyskują z mocy prawa status podatnika podatku CIT z dniem 01.01.2021 r. Jednocześnie art. 12 ust. 2 tej ustawy pozwala samej spółce komandytowej postanowić, że przepisy ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, w brzmieniu nadanym ustawą zmieniającą, stosuje się do tej spółki oraz przychodów i kosztów związanych z uczestnictwem w tej spółce począwszy od dnia 01.05.2021 r. W takim przypadku spółka komandytowa uzyskuje status podatnika podatku dochodowego od osób prawnych z dniem 01.05.2021 r.

Konsekwencją zastosowania przez spółkę powyższego fakultatywnego wariantu podatkowego jest możliwość (a nie obowiązek) - z art. 12 ust. 4 ustawy zmieniającej wynika, że jeżeli ostatni dzień roku obrotowego spółki komandytowej przypada w okresie od dnia 31.12.2020 r. do dnia 31.03.2021 r., spółka ta może nie zamykać ksiąg rachunkowych na ten dzień i kontynuować sprawozdawczość za rok obrotowy 2020 do dnia 30.04.2021 r. - niesporządzania przez spółkę komandytową korzystającą z tego wariantu, sprawozdania finansowego na 31.12.2021 r. i dokonanie zamknięcia ksiąg z dniem poprzedzającym tak wybrany dzień uzyskania przez spółkę komandytową statusu podatnika podatku dochodowego od osób prawnych tj. z dniem 30.04.2021 r.

Regulacje dotyczące możliwości skorzystania przez spółkę z odroczenia opodatkowaniem CIT, jako zaprojektowane, zgodnie z literalnym brzmieniem powołanego wyżej art. 12 ustawy zmieniającej, wyłącznie dla celów podatkowych nie mogą być stosowane na potrzeby definicji roku obrotowego na gruncie Pzp, gdzie ze względu na pro unijną wykładnię prawa zastosowanie może mieć wyłącznie podstawowa definicja roku obrotowego, zawarta w art. 3 ust. 1 pkt 9 ustawy o rachunkowości. Tym samym dla zdefiniowania pojęcia roku obrotowego użytego przez Zamawiającego w pkt X ust. 3 i 4 SWZ właściwa jest wyłącznie podstawowa definicja roku obrotowego zawarta w art. 3 ust. 1 pkt 9 ustawy o rachunkowości, zgodnie z którą przez rok obrotowy należy rozumieć kolejnych 12 miesięcy.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (dalej: „dyrektywa sektorowa”), w art. 80 ust. 2 i 3 wskazuje, że: Kryteria i zasady, o których mowa w ust. 1 niniejszego artykułu (kryteria kwalifikacji - uwaga własna), mogą obejmować kryteria kwalifikacji przewidziane w art. 58 dyrektywy 2014/24/UE na warunkach w nim określonych, w szczególności w zakresie ograniczeń odnośnie do wymagań dotyczących rocznych obrotów, jak przewidziano w ust. 3 akapit drugi tego artykułu. (art. 80 ust. 2)

Do celów stosowania ust. 1 i 2 niniejszego artykułu zastosowanie mają art. 59-61 dyrektywy 2014/24/UE. (art. 80 ust. 3).

Z kolei przywołana wyżej Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (dalej: „dyrektywa klasyczna”) w art. 58 w ust. 1 i 3 wskazuje, że:

Kryteria kwalifikacji mogą dotyczyć:

- a) kompetencji do prowadzenia danej działalności zawodowej;
- b) sytuacji ekonomicznej i finansowej;
- c) zdolności technicznej i zawodowej.

Instytucje zamawiające mogą nakładać na wykonawców kryteria, o których mowa w ust. 2, 3 i 4, wyłącznie jako wymogi dotyczące udziału. Ograniczają wymogi do tych, które są odpowiednie do zapewnienia, że kandydat lub oferent posiadają zdolność prawną, finansową, techniczną i zawodową niezbędną do realizacji udzielanego zamówienia. Wszystkie wymagania muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do tego przedmiotu (art. 58 ust. 1)

(■■■)

W odniesieniu do sytuacji ekonomicznej i finansowej instytucje zamawiające mogą nakładać wymogi zapewniające posiadanie przez wykonawców zdolności ekonomicznej i finansowej niezbędnej do realizacji zamówienia. W tym celu instytucje zamawiające mogą wymagać w szczególności, aby wykonawcy mieli określony minimalny roczny obrót, w tym określony minimalny obrót w obszarze objętym zamówieniem. Ponadto instytucje zamawiające mogą wymagać, by wykonawcy przedstawili informacje na temat ich rocznych sprawozdań finansowych wykazujących stosunki na przykład aktywów do zobowiązań. Mogą również wymagać posiadania odpowiedniego ubezpieczenia z tytułu ryzyka zawodowego. Minimalny roczny obrót, który muszą wykazać wykonawcy, nie przekracza maksymalnie dwukrotności szacunkowej wartości zamówienia, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków odnoszących się np. do szczególnych ryzyk związanych z charakterem robót budowlanych, usług lub dostaw. Instytucje zamawiające wskazują główne powody zastosowania takiego wymogu w dokumentach zamówienia lub w indywidualnym sprawozdaniu, o którym mowa w art. 84. Stosunek, przykładowo, aktywów do zobowiązań może być wzięty pod uwagę, gdy instytucja zamawiająca w dokumentach zamówienia określi metody i kryteria takiego uwzględnienia. Tego rodzaju metody i kryteria są przejrzyste, obiektywne i niedyskryminacyjne.

W przywołanych wyżej postanowieniach Dyrektyw mowa o rocznym obrocie, a rok to zawsze 12 miesięcy, nie zaś 16 miesięcy.

Dopuszczenie w Postępowaniu możliwości wykazania wskaźników kwalifikacyjnych dotyczących zdolności finansowej i ekonomicznej przy zastosowaniu - w przypadku Konsorcjum ROMGOS łącznie 40 miesięcy, a nie 36 miesięcy - jak ma to miejsce w przypadku wszystkich innych wykonawców, nie daje się więc pogodzić z bezwzględną koniecznością zapewnienia równości szans wszystkim wykonawcom ubiegającym się o zamówienie i stanowi przejaw nierównego traktowania wykonawców ze względu na formę prowadzenia działalności gospodarczej. Nie da się bowiem usprawiedliwić sytuacji w której spółka komandytowa konkurując o uzyskanie zamówienia ze spółką z ograniczoną odpowiedzialnością lub akcyjną, miałaby już na wstępie tej realizacji przewagę w zakresie 4 miesięcy generowania przychodu. Dotyczy to tak Odwołującego jak i innych wykonawców uczestniczących w Postępowaniu, a dodatkowo przekłada się na sytuację innych potencjalnych oferentów robót budowlanych, których dotyczy Postępowanie, którzy nie złożyli w Postępowaniu oferty tylko dlatego, że nie byli w stanie spełnić kryterium zdolności finansowej i ekonomicznej przy uwzględnieniu 36 miesięcy, ale spełnialiby odnośne wymogi przy uwzględnieniu 40 miesięcy ich działalności gospodarczej.

Zasada prounijnej wykładni prawa krajowego statuuje obowiązek interpretowania prawa krajowego przez organy stosujące państw członkowskich Unii Europejskiej zgodnie z prawem unijnym. Zasada ta została sformułowana przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości (obecnie, Trybunał Sprawiedliwości UE), a następnie rozwinięta przez orzecznictwo tego Sądu na przestrzeni lat. Za podstawę prawną istnienia tej zasady przyjmuje się przepis art. 291 ust. 1 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, a w stosunku do dyrektyw również art. 288 akapit 3 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Zasada prounijnej wykładni prawa krajowego odnosi się do całego systemu prawa Unii Europejskiej, ale decydujące znaczenie ma dla dyrektyw. Dyrektywa jest bowiem szczególnym typem aktu prawnego, który nie znajduje odpowiednika w krajowych porządkach prawnych państw członkowskich. Jej uchwalenie wyraża wolę zachowania politycznej równowagi pomiędzy kompetencjami Unii Europejskiej a kompetencjami państw członkowskich. Po wejściu w życie dyrektywy państwa członkowskie są zobowiązane do wszczęcia działań, które w określonym terminie zapewnią osiągnięcie rezultatu przewidzianego w dyrektywie, a więc do jej implementacji. Dyrektywa nie określa natomiast form i metod, jakie zostaną przyjęte do jego osiągnięcia. Przyjmuje się bowiem, że dyrektywa służy harmonizacji praw państw członkowskich, a więc zbliżaniu systemów prawnych państw członkowskich bez ich pełnej unifikacji. Z tego też względu dyrektywy, co do zasady, nie odnoszą skutku bezpośredniego, a więc jednostki nie mogą powoływać się na normy dyrektyw przed sądami i innymi organami stosującymi prawo. Przede wszystkim, w procesie stosowania prawnego wykładni, normy prawne prawa krajowego powinny być interpretowane w celu zapewnienia zgodności z prawem Unii Europejskiej tak dalece, jak jest to możliwe na podstawie prawa krajowego, w świetle treści i celu dyrektywy, aby osiągnąć rezultat w niej określony.

Obowiązkiem sądu (lub innego organu stosującego prawo), w sytuacji stwierdzenia sprzeczności między przepisem prawa krajowego, a przepisem dyrektywy, jest najpierw podjęcie próby prounijnej wykładni przepisu prawa krajowego. Zgodnie z najbardziej aktualnym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE oraz Sądu Najwyższego, obowiązek prounijnej wykładni niezgodnego z prawem unijnym przepisu sięga tak daleko, że sąd krajowy może pominąć (nie zastosować) przepis prawa krajowego i w jego miejsce zastosować inny przepis prawa krajowego, który będzie zgodny z dyrektywą lub którego wykładnia taką zgodność pozwoli uzyskać (Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 19 października 2012 r., sygn.. akt III SK 3/12 oraz z dnia 13 grudnia 2012 r., sygn.. akt III SK 23/12. Analogicznie Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku z 24 stycznia 2012 r. w sprawie C-282/10 Dominguez, , pkt 26-32). Zgodnie natomiast z poglądem wyrażonym przez Naczelny Sąd Administracyjny: „Aby dokonać pełnej oceny zgodności prawa krajowego z prawem unijnym, należy oczywiście odwołać się nie tylko do litery przepisu, ale również poznać jego kontekst, miejsce w systemie, funkcje i cele, którym służy. Przy czym sędzia krajowy nie może zapominać, że interpretacja danego przepisu krajowego powinna być dokonywana z punktu widzenia jego celu i ogólnego systemu regulacji, którego jest częścią.” (Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 12 września 2012 r., sygn.. akt I FSK 1781/2011). Pogląd wyrażony przez Naczelny Sąd Administracyjny zasługuje w pełni na aprobatę. Wymaga bowiem przypomnienia, że dyrektywa obliguje państwa członkowskie do osiągnięcia określonego w niej rezultatu, pozostawiając jednocześnie swobodę wyboru formy i środków, które doprowadzą do jego osiągnięcia. Zgodnie natomiast z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE najważniejszym kryterium oceny właściwego funkcjonowania norm dyrektyw w prawie krajowym jest zapewnienie im pełnej praktycznej efektywności i w ten sposób pełne osiągnięcie wyznaczonego rezultatu.

Wszystkie działania zamawiającego w zakresie przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podlegają ocenie przez pryzmat zasad wymienionych w art. 16 Pzp. Obowiązek uwzględniania zasad udzielania zamówień jest właściwy zarówno w odniesieniu do przygotowania, jak i przeprowadzenia postępowania. Zasada równego traktowania wykonawców jest określana w orzecznictwie jako jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów. Zamawiający ma obowiązek przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, co oznacza, że jest on zobowiązany do stworzenia warunków do uczciwego konkurowania przez wykonawców o uzyskanie zamówienia, jak też do eliminowania zachowań sprzecznych z prawem lub etyką. Zasada równego traktowania to przede wszystkim wdrożenie traktatowej zasady niedyskryminacji. Oznacza ona zakaz różnicowania pozycji wykonawców w postępowaniu z jakiegokolwiek powodu. Bez tej zasady byłoby niemożliwe respektowanie swobód UE: swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług. Stosowanie zasady równego traktowania oznacza stosowanie jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji w każdej czynności zamawiającego. Obowiązek równego traktowania dotyczy wykonawców i świadczeń z Polski, pozostałych krajów UE oraz krajów, które podpisały umowy z Unią o równym traktowaniu (wyrok).

Odwołujący podła, że mając na uwadze powyższe podkreślić należy, że oferta Konsorcjum ROMGOS - TOLOS jest niezgodna z ustawą o rachunkowości, co oznacza jej nieważność przez wzgląd na art. 58 § 1 k.c. - czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna i powinna być odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp. Oferta Konsorcjum ROMGOS - TOLOS, patrząc przez pryzmat kluczowej zasady równości i niedyskryminacji wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne jest z całą pewnością niezgodna z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego, które spełniając wymogi przywołanych wyżej dyrektyw muszą stwarzać jednakowe szanse dla wszystkich wykonawców. Tym samym oferta Konsorcjum ROMGOS - TOLOS winna być odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

#### Zarzut 4

W pkt XI SWZ Zamawiający przewidział wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp.

W ocenie Odwołującego przesłanka ta znajduje zastosowanie w odniesieniu do Konsorcjum ROMGOS - TOLOS, gdyż ten wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji na temat jego sytuacji finansowej i ekonomicznej za ostatni rok obrotowy tj. 2020. Konsorcjum ROMGOS - TOLOS winno więc być wykluczone, zaś jego oferta odrzucona. Ponadto oferta Konsorcjum ROMGOS - TOLOS winna być odrzucona ze względu na niewykazanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania średniorocznego przychodu w okresie ostatnich trzech lat obrotowych oraz wskaźnika płynności finansowej, a dodatkowo przez wzgląd na nie złożenie w przewidzianym terminie, pomimo wezwania, podmiotowego środka dowodowego TOLOS określającego wartości ekonomiczne tej spółki za rok 2020, pozwalającego na ustalenie: przychodów ze sprzedaży, aktywów obrotowych,

zobowiązań krótkoterminowych, wskaźnika płynności finansowej.

Odwołujący powyższe uzasadnił tym, że Konsorcjum ROMGOS - TOLOS oświadczyło w JEDZ, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące średniorocznego przychodu w ostatnich trzech latach obrotowych w wysokości co najmniej 120.000.000 zł (pkt X.3 SWZ), a także w postaci wskaźnika płynności bieżącej za ostatni rok obrotowy, nie mniejszego niż 1.10, a nadto w pkt 6 a) oferty Konsorcjum ROMGOS - TOLOS podało dla TOLOS wskaźnik płynności bieżącej wynoszący 1,35, lecz na etapie przedkładania podmiotowych środków dowodowych nie przedłożyło dokumentu podmiotowego TOLOS określającego wartości ekonomiczne tej spółki za rok 2020, pozwalającego na ustalenie: przychodów ze sprzedaży, aktywów obrotowych, zobowiązań krótkoterminowych, wskaźnika płynności finansowej, pomimo wezwania przez Zamawiającego do złożenia takiego dokumentu. - Plik: Dane finansowe Konsorcjum ROMGOS\_TOLOS (Załącznik nr 8 do odwołania)

Istotnie, zgodnie z przepisami szczególnymi wprowadzonymi w związku z pandemią Covid-19, spółka TOLOS ma prawną możliwość zatwierdzenia sprawozdania finansowego za rok 2020 do końca września 2021 r., jednak nie jest możliwe przyjęcie, że spółka ta w dacie składania podmiotowych środków dowodowych, a następnie wezwania do uzupełnienia, nie знаła i nie była w stanie przedstawić Zamawiającemu chociażby oświadczenia wskazującego wartości ekonomiczne tej spółki za rok 2020, pozwalającego na ustalenie: przychodów ze sprzedaży, aktywów obrotowych, zobowiązań krótkoterminowych i wskaźnika płynności finansowej, tym bardziej, że zgodnie z § 8 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych: Jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może złożyć wymaganych przez zamawiającego podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w ust. 1 (sprawozdanie finansowe lub jego część wymagana zgodnie z SWZ), wykonawca składa inne podmiotowe środki dowodowe, które w wystarczający sposób potwierdzają spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu lub kryterium selekcji dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

Co więcej, jeżeli Konsorcjum ROMGOS - TOLOS potrafiłoby uzasadnić, że ze względu na brak zatwierdzenia dane finansowe za 2020 rok stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, mogło ono dodatkowo tajemnicę taką zastrzec.

Konsorcjum ROMGOS - TOLOS podało dla ROMGOS ENGINEERING w ofercie i sprawozdaniu finansowym dane finansowe oraz wskaźniki obejmujące okres 16 miesięcy zamiast 12 miesięcy tj. obejmujące okres 1.01.2020 r.- 30.04.2021 r. zamiast okresu 1.01.2020 r. - 31.12.2020 r. i zaniechało dostarczenia innego niż sprawozdanie finansowe dokumentu określającego wartości ekonomiczne tej spółki za okres od 1.01.2020 r. - 31.12.2020 r. pozwalającego na ustalenie za ten okres: przychodów ze sprzedaży, aktywów obrotowych, zobowiązań krótkoterminowych, wskaźnika płynności finansowej, EBITDA, zadłużenia netto i wskaźnika zadłużenia netto do EBITDA, a nadto podało dane za okres 1.01.2020 r. - 30.04.2021 r. zamiast za 1.01.2020 r. - 31.12.2020 r. wprowadzając Zamawiającego w błąd co do parametrów finansowych ROMGOS ENGINEERING w ostatnim roku obrotowym rozumianym na zasadzie pro unijnej wykładni przepisów krajowych jako 12 miesięcy tj. z pominięciem art. 12 ustawy zmieniającej, co wpłynęło na nieprawidłowe określenie: średniorocznego przychodu Konsorcjum ROMGOS - TOLOS (pkt X.3 SWZ), wskaźnika płynności Konsorcjum ROMGOS - TOLOS (pkt X.4 SWZ) wskaźnika płynności ROMGOS ENGINEERING (pkt 6 a oferty Konsorcjum ROMGOS - TOLOS), wysokości EBITDA ROMGOS ENGINEERING (pkt 6b oferty Konsorcjum ROMGOS -

TOLOS), wskaźnika zadłużenia netto do EBITDA ROMGOS ENGINEERING (pkt 6c oferty Konsorcjum ROMGOS - TOLOS). Plik: Dane finansowe Konsorcjum ROMGOS\_TOLOS (Załącznik nr 8 do odwołania). W pkt XII ust. 2 ppkt 13 SWZ, Zamawiający dopuścił możliwość złożenia przez wykonawcę innego dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku z pkt X ust. 3 i 4 SWZ, jeżeli w kraju siedziby nie ma obowiązku sporządzenia sprawozdania finansowego (uwaga własna - za rok obrotowy w rozumieniu 12 miesięcy, zgodnie z prowsólnotową wykładnią przepisów prawa). Krajowa Izba Odwoławcza w swoim dotychczasowym orzecznictwie dopuściła możliwość zastosowania przedmiotowej regulacji także przez wykonawców posiadających siedzibę na terytorium Polski. Skoro więc ze względów podatkowych, zgodnie z art. 12 ustawy zmieniającej, ROMGOS ENGINEERING nie miała obowiązku sporządzenia sprawozdania finansowego za okres 1.01.2020 r. - 31.12.2020 r., to Konsorcjum ROMGOS - TOLOS, w celu wykazania warunku z pkt X ust. 3 i 4 SWZ w zakresie ROMGOS ENGINEERING winno przedłożyć Zamawiającemu inny dokument potwierdzający spełnienie warunku z pkt X ust. 3 i 4 SWZ, a odnoszący się do okresu 1.01.2020 r. - 31.12.2020 r.

Odwołujący podał, że zarówno TOLOS jak i ROMGOS ENGINEERING, niezależnie od

terminów sporządzania czy też zatwierdzania ich sprawozdań finansowych, a także niezależnie od tego czy spółka korzystała z możliwości niezamykania ksiąg na dzień 31.12.2020 r. doskonale znała wszystkie parametry finansowe wymagane przez Zamawiającego w pkt X SWZ, gdyż w dacie 20.02.2021 r. musiała spełnić obowiązek sprawozdawczy GUS w postaci złożenia sprawozdania F-01, o przychodach, kosztach i wyniku finansowym oraz nakładach na środki trwałe za okres od początku roku 2020 do końca IV kwartału roku 2020 tj. za okres 1.01.2021 - 31.12.2021 r.

Przedmiotowe sprawozdanie: a) składa się dla roku kalendarzowego, niezależnie od roku obrotowego danej spółki i niezależnie od terminów sporządzania oraz zatwierdzania jej sprawozdania finansowego, b) Zawiera wszystkie parametry finansowe potrzebne dla ustalenia przychodu i wskaźnika płynności w sposób podany przez Zamawiającego w X SWZ, tj. przychody netto ze sprzedaży w roku kalendarzowym, amortyzację, zysk/stratę z działalności operacyjnej, aktywa trwałe i obrotowe, inwestycje krótkoterminowe w tym środki pieniężne i aktywa pieniężne, zobowiązania długo i krótkoterminowe a także rezerwy na zobowiązania.

W Załączniku nr 9 do odwołania Odwołujący złożył formularz F-01 z zaznaczonymi kolorem żółtym pozycjami finansowymi adekwatnymi dla wykazania przesłanek SWZ w Postępowaniu.

Wobec braku zatwierdzonego sprawozdania finansowego za rok 2020 (TOLOS) i braku obowiązku sporządzania sprawozdania finansowego za 12 miesięcy roku 2020 (ROMGOS ENGINEERING), w świetle przywołanych wyżej regulacji spółki te mogły i powinny złożyć na przykład wspomniane sprawozdanie GUS F01.

Poprzez oświadczenia w dokumentach JEDZ o spełnieniu warunku średniorocznego przychodu i płynności bieżącej i ujęcie w ofercie przychodu TOLOS za 2020 r, a także danych finansowych ROMGOS ENGINEERING odwołujących się do roku obrotowego ustalonego wyłącznie na potrzeby ustaw podatkowych, bez dodatkowego podania danych finansowych ROMGOS ENGINEERING za okres 1.01.2020 - 31.12.2020 r., a następnie nie przedłożenie Zamawiającemu innego niż sprawozdanie finansowe (wymagana jego część) dokumentu dotyczącego parametrów finansowych TOLOS za rok 2020 i nie przedłożenie Zamawiającemu innego niż sprawozdanie finansowe (wymagana jego część) dokumentu dotyczącego parametrów finansowych ROMGOS ENGINEERING za okres 1.01.2020-31.12.2020 r., Konsorcjum ROMGOS - TOLOS wprowadziło Zamawiającego w błąd w zakresie spełnienia przesłanki z pkt X. ust. 3 i 4 SWZ. Oznacza to konieczność wykluczenia Konsorcjum ROMGOS - TOLOS i odrzucenia z tego powodu jego oferty.

W skutek wyżej opisanych okoliczności spełniła się także przesłanka odrzucenia oferty Konsorcjum ROMGOS - TOLOS na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 b Pzp (niespełnienie warunków udziału w postępowaniu wskazanego w X ust. 3 i 4 SWZ) oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 c Pzp (nie złożenie w przewidzianym terminie dokumentu dotyczącego parametrów finansowych ROMGOS ENGINEERING za okres 1.01.2020 - 31.01.2021 r. a także nie przedłożenie Zamawiającemu innego niż sprawozdanie finansowe (wymagana jego część) dokumentu dotyczącego parametrów finansowych TOLOS za rok 2020, w dodatku pomimo wezwania do uzupełnienia, które może być tylko jednokrotne.

Powyższe podaje nadto w poważną wątpliwość rzetelność wybranego wykonawcy, tym bardziej w świetle danych finansowych i rejestrowych wskazanych w Załączniku nr 7 do odwołania - Plik: Informacje finansowe i rejestrowe RE\_wraz z KRS. Zdolność finansowa i ekonomiczna, płynność finansowa, rentowność i możliwość obsługi zadłużenia ze środków wypracowanych w ramach obrotu mają kluczowe znaczenie przy realizacji kosztochłonnego wielomiesięcznego kontraktu budowlanego, z którym będziemy mieć do czynienia po udzieleniu zamówienia w ramach Postępowania. Nieznajomość przez Zamawiającego rzeczywistych możliwości wykonawcy ubiegającego się o takie zamówienie kończy się z reguły niedotrzymaniem terminu, wykonawstwem zastępczym bądź koniecznością wyłonienia nowego wykonawcy i generowaniem kolejnych kosztów po stronie Zamawiającego.

Zarzut 5

Konsorcjum ROMGOS - TOLOS przedłożyło:

- a) Plik - zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek dotyczący ROMGOS ENGINEERING- bez kwalifikowanego podpisu elektronicznego pracownika ZUS J.F.,
- b) Plik zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach dotyczący ROMGOS G. - w formie skanu dokumentu papierowego podpisanego podpisem odręcznym, bez poświadczenia cyfrowego odwzorowania kwalifikowanym podpisem elektronicznym reprezentantów ROMGOS G.,
- c) Plik - zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek dotyczący R. D. - bez kwalifikowanego podpisu elektronicznego pracownika ZUS A. P.,
- d) Plik - zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach dotyczący R. D. - bez kwalifikowanego podpisu elektronicznego pracownika US M. K.,
- e) Plik - informacja o osobie z KRK dotyczący R. D. - bez kwalifikowanego podpisu elektronicznego osoby działającej w imieniu wystawcy tj. E. M., a zawierający jedynie irrelevantny dla tego dokumentu podmiotowego podpis M. G.,
- f) Plik - zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek dotyczący Techno - Pomiar Sp. z o.o. - bez kwalifikowanego podpisu elektronicznego pracownika ZUS M. M.

Stanowi to naruszenie § 2 ust. 1 pkt 4 i 5 Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz §6 ust. 1 i ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30.12.2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji i w przypadku nieuzupełnienia po jednokrotnym wezwaniu stanowi przesłankę odrzucenia oferty wskazaną w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c Pzp. W niniejszym przypadku, wobec istnienia innych opisanych wyżej podstaw odrzucenia oferty lub wykluczenia wybranego wykonawcy, ewentualne uzupełnienie jest jednak bezprzedmiotowe.

Ponadto Konsorcjum ROMGOS - TOLOS nie przedłożyło JEDZ ROMGOS G. do postępowania ZP/2021/04/0050/REM, zamiast którego złożono niepodpisany JEDZ do postępowania ZP/2021/04/0027/TAR.

Wybór oferty Konsorcjum stanowi więc naruszenie art. 125 Pzp i § 6 ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji, jak również a także ewentualnie art. 26 ust. 3 Pzp. W niniejszym przypadku, wobec istnienia innych opisanych wyżej podstaw odrzucenia oferty lub wykluczenia wybranego wykonawcy, ewentualne uzupełnienie jest jednak bezprzedmiotowe. Na potwierdzenie powyższych okoliczności odwołujący złożył Załącznik nr 10 do odwołania - Plik: Weryfikacja podpisów

## Sygn. akt KIO 2823/21

24 września 2021 roku Odwołujący wniósł odwołanie wobec następujących czynności:

Punkt 1:

- wybór oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ROMGOS Sp. o.o. ENGINEERING Sp.k.; (2) ROMGOS G. Sp. o.o. oraz (3) Przedsiębiorstwo Budowlano Melioracyjne TOLOS P.W.
- 1 wspólnicy sp.k. (dalej: „ROMGOS” lub „Wykonawca”) jako oferty najkorzystniejszej (dalej: „oferta ROMGOS”) pomimo, że:
  - (i) Wykonawca nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz
  - (ii) oferta ROMGOS zawiera: błędy w obliczeniu ceny i nie odpowiada treści SWZ;
- zaniechanie odrzucenia oferty ROMGOS pomimo, że Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące:
  - (i) zdolności ekonomicznej i finansowej;

(ii) doświadczenia zawodowego oraz

(iii) kadry (kierownik robót technologicznych), co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego;

- zaniechanie wykluczenia ROMGOS z postępowania pomimo, że Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

(i) zdolności ekonomicznej i finansowej;

(ii) doświadczenia zawodowego oraz

(iii) kadry, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego;

- zaniechanie odrzucenia oferty ROMGOS mimo, że oferta zawiera rażąco niską cenę istotnej części składowej (tj. Opcja 2);

- zaniechanie odrzucenia oferty ROMGOS pomimo, że została złożona warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj.Dz.U.2020.1913 ze zm.; dalej: „uznk”) w zakresie, w jakim Wykonawca zaoferował wykonanie wszystkich wariantów Opcji nr

2 za 1,00 PLN przenosząc koszty ich wykonania do innych elementów oferty w celu uzyskania jak najwyższej punktacji;

- zaniechanie odrzucenia oferty Stalprofil S.A. (dalej: „oferta Stalprofil”) pomimo, że oferta Stalprofil zawiera:

(i) błędy w obliczeniu ceny oraz

(ii) nie odpowiada treści SWZ; .

- zaniechanie odrzucenia oferty Stalprofil pomimo, że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj.Dz.U.2020.1913 ze zm.; dalej: „uznk”) w zakresie, w jakim Wykonawca zaniżył koszty stałe oferty oraz zysk;

- zaniechanie odrzucenia oferty Stalprofil pomimo, że Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania urządzeniami niezbędnymi do wykonania zamówienia;

- zaniechanie wykluczenia Stalprofil z postępowania pomimo, że Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące dysponowania urządzeniami niezbędnymi do wykonania zamówienia;

- kilkakrotne wzywanie wykonawców - ROMGOS i Stalprofil do składania wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, w sytuacji złożenia przez tych wykonawców nierzetelnych lub ogólnikowych wyjaśnień;

- prowadzenie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasad przejrzystości i jawności postępowania oraz równego traktowania wykonawców;

ewentualnie:

- zaniechanie wezwania ROMGOS do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów w celu potwierdzenia, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

(i) zdolności ekonomicznej i finansowej;

(ii) doświadczenia zawodowego oraz

(iii) kadry lub wezwania do uzupełnienia środków dowodowych w tym zakresie;

- zaniechanie wezwania Stalprofil do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów w celu potwierdzenia, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania urządzeniami niezbędnymi do wykonania zamówienia

w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa gazociągu wysokiego ciśnienia MOP 8,4 MPa DN 1000 relacji Gustorzyn - Wronów, ETAP II Leśniewice - Rawa Mazowiecka wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi (numer referencyjny: ZP/2021104/0050/REM).

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

Punkt 2:

- 1) art. 239 ust. 1 Pzp przez wybór oferty ROMGOS jako oferty najkorzystniejszej pomimo, że oferta podlega odrzuceniu z uwagi na fakt, że:
  - (i) Wykonawca nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz
  - (ii) oferta zawiera: błędy w obliczeniu ceny i jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty ROMGOS mimo, że Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące
  - (i) zdolności ekonomicznej i finansowej;
  - (ii) doświadczenia zawodowego oraz
  - (iii) kadry, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty ROMGOS mimo, że Wykonawca nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie:
  - (i) zdolności ekonomicznej i finansowej;
  - (ii) doświadczenia zawodowego oraz
  - (iii) kadry;
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 5 i pkt 10 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty ROMGOS pomimo, że oferta zawiera:
  - (i) błędy w obliczeniu ceny oraz
  - (ii) jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- 5) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty ROMGOS mimo, że zaoferowana cena istotnej części składowej oferty (tj. Opcji 2) jest rażąco niska i nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego za kwotę zaoferowaną przez Wykonawcę;
- 6) art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie wykluczenia ROMGOS z postępowania pomimo, że Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące
  - (i) zdolności ekonomicznej i finansowej;
  - (ii) doświadczenia zawodowego oraz
  - (iii) kadry, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego;
- 7) art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk przez zaniechanie odrzucenia oferty ROMGOS, pomimo że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zakresie, w jakim Wykonawca zaoferował wykonanie wszystkich wariantów Opcji 2 (pkt 4 Formularza Oferty) za 1,00 PLN przenosząc koszty ich wykonania do innych elementów oferty;
- 8) art. 226 ust. 1 pkt 5 i pkt 10 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Stalprofil pomimo, że oferta zawiera:

(i) błędy w obliczeniu ceny oraz

(ii) jest niezgodna z warunkami zamówienia;

9) art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 3 ust. 1 uznk przez zaniechanie odrzucenia oferty Stalprofil, pomimo że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zakresie, w jakim Wykonawca zaniżył koszty stałe oferty oraz zysk;

10) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty Stalprofil mimo, że Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania urządzeniami niezbędnymi do wykonania zamówienia, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego;

11) art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Stalprofil z postępowania pomimo, że Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania urządzeniami niezbędnymi do wykonania zamówienia,

12) art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez kilkakrotne wyzwanie wykonawców ROMGOS i Stalprofil do składania wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, w sytuacji złożenia przez tych wykonawców nierzetelnych lub ogólnikowych wyjaśnień;

13) art. 16 pkt 1 - 3 Pzp przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasad proporcjonalności i przejrzystości;

ewentualnie

14) art. 128 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 122 Pzp poprzez zaniechanie wezwania ROMGOS i Stalprofil do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniosk o:

- uwzględnienie niniejszego odwołania;

- nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia wyboru oferty ROMGOS jako oferty najkorzystniejszej; . dokonania powtórnego badania i oceny ofert; . wykluczenia ROMGOS z postępowania; . wykluczenia Stalprofil z postępowania; . odrzucenia oferty ROMGOS; . odrzucenia oferty Stalprofil; . wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;  
ewentualnie

wezwania ROMGOS i Stalprofil do udzielenia wyjaśnień lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Interes w uzyskaniu zamówienia oraz szkoda Odwołującego w wyniku naruszenia przez

Zamawiającego przepisów Pzp.

Odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ jest przedsiębiorcą działającym na rynku budownictwa infrastrukturalnego oraz potencjalnym wykonawcą niniejszego zamówienia. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu, która została sklasyfikowana na trzecim miejscu w rankingu ofert. Jednak wskutek działań i zaniechań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci braku możliwości pozyskania niniejszego zamówienia. Zamawiający nie dokonał bowiem weryfikacji dwóch pierwszych ofert (oferta ROMGOS i oferta Stalprofil) na podstawie wymogów określonych w SWZ i przepisów Pzp.

Zamawiający uwzględnił w rankingu ofert - oferty niezgodne z warunkami zamówienia oraz zawierające błędy w obliczeniu ceny (oferta ROMGOS; oferta Stalprofil), a następnie dokonał wyboru jednej z tych ofert (oferta ROMGOS) jako oferty najkorzystniejszej, co spowodowało, że Odwołujący nie uzyskał niniejszego zamówienia. Zaakceptowanie przez Zamawiającego ofert sporządzonych nieprawidłowo, niezgodnie z wymaganiami SWZ oraz zaniechanie

wypełnienia obowiązków nałożonych na Zamawiającego przez przepisy Pzp w zakresie badania i oceny ofert pod kątem rażąco niskiej ceny oraz zdolności do wykonania zamówienia przez Wykonawcę, którego oferta została wybrana jako oferta najkorzystniejsza, stanowi wyraz nierównego traktowania wykonawców i stawia w gorszej pozycji wykonawców (w tym Odwołującego), którzy sporządzili oferty zgodnie z warunkami zamówienia oraz posiadają doświadczenie i dysponują potencjałem umożliwiającym terminową i prawidłową realizację zamówienia. Wskazane działania i zaniechania Zamawiającego zagrażają interesom Odwołującego, który prawidłowo i zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego skalkulował wysokość wynagrodzenia, i w konsekwencji zajął trzecie miejsce w rankingu ofert. Natomiast w przypadku ponownej i prawidłowej weryfikacji ofert przez Zamawiającego, zgodnie z zasadami ustalonymi w SWZ i przepisach Pzp, Odwołujący ma realną możliwość uzyskania niniejszego zamówienia publicznego.

#### Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

##### Stan faktyczny.

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa gazociągu wysokiego ciśnienia MOP 8,4 MPa DN 1000 relacji Gustorzyn - Wronów, ETAP II Leśniewice - Rawa Mazowiecka wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi” (numer referencyjny: ZP/2021/104/0050/REM). Zamawiający dnia 14.09.2021r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) ROMGOS Sp. o.o. ENGINEERING Sp.k.; (2) ROMGOS G. Sp. o.o. oraz (3) Przedsiębiorstwo Budowlano-Melioracyjne TOLOS P. W. i wspólnicy sp.k.

Zamawiający prowadzi postępowanie z zastosowaniem procedury odwróconej (art. 139 Pzp). Zamawiający na podstawie art. 126 ust. 2 Pzp, wezwał ROMGOS i Stalprofil do złożenia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w Rozdziale XII ust. 2 SWZ wraz z JEDZ w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia.

Zgodnie z informacją zawartą w piśmie Zamawiającego z dnia 14.09.2021 r. (Wybór oferty najkorzystniejszej), Zamawiający nie przeprowadził kwalifikacji podmiotowej Stalprofil. Jednakże ze względu na zasadę ostrożności procesowej, Odwołujący podnosi w niniejszym odwołaniu zarzut dotyczący dokumentów podmiotowych złożonych przez Stalprofil i kwestii potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez tego Wykonawcę.

Ponadto obaj ww. Wykonawcy (ROMGOS i Stalprofil) zostali wezwani, na podstawie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp, do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych ofert złożonych w niniejszym postępowaniu. Cena oferty ROMGOS stanowiła 65,62 % kwoty wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, a więc jest niższa od niej o ponad 30% oraz cena części składowej oferty „dotyczącej wynagrodzenia za skorzystanie przez Zamawiającego z Prawa Opcji 2, o którym mowa w art. 3 ust. 18 Wzoru Umowy (wynagrodzenie, o którym mowa w art. 13 ust. 2 pkt 5) Wzoru Umowy), we wszystkich wariantach wynosi: 1 PLN i w sposób znaczący odbiega od wyceny tej części w pozostałych ofertach. Cena oferty Stalprofil stanowi 69,78 % kwoty wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług i jest niższa od niej o ponad 30%.

Wykonawcy przedłożyli podmiotowe środki dowodowe oraz pierwsze wyjaśnienia dotyczące ceny: ROMGOS dnia 22.07.2021 r. (wraz z utajnionymi załącznikami) oraz Stalprofil - 19.07.2021 r. Następnie Zamawiający wielokrotnie wyzwał ww. Wykonawców do przedłożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oraz uzupełnienia przedłożonych podmiotowych środków dowodowych.

##### Uzasadnienie zarzutów.

##### Doświadczenie zdobyte jako podwykonawca (Oferta ROMGOS)

Zgodnie z pkt X ust. 5 SWZ (Warunki udziału w postępowaniu i podstawy wykluczenia), o udzielenie niniejszego zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizowali co najmniej jedno zamówienie polegające na budowie rurociągu do przesyłu paliw płynnych lub gazowych o następujących parametrach spełnionych łącznie:

- a) długości co najmniej: 20 km,

- b) maksymalnym ciśnieniu roboczym MOP, w rozumieniu rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 26 kwietnia 2013r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać sieci gazowe i ich usytuowanie (Dz.U. z 2013r., poz. 640), co najmniej 6,3 MPa,
- c) średnicy co najmniej DN 700,
- d) z rur stalowych w gatunku co najmniej L485 zgodnie z wymaganiami normy PN-EN ISO 3183 (lub EN102082) lub X70 zgodnie z wymaganiami normy AP15L,
- e) którego część liniowa była spawana w sposób zmechanizowany lub zautomatyzowany.

Powyższy warunek udziału w postępowaniu został określony w sposób jednoznaczny, adekwatny do przedmiotu zamówienia oraz na minimalnym poziomie umożliwiającym sprawdzenie kwalifikacji wykonawców do wykonania inwestycji. Zamawiający postawił bowiem wymagania w postaci „zrealizowania zamówienia polecającego na budowie rurociągu” o określonych parametrach technicznych.

Rezultatem, który Zamawiający zamierza osiągnąć jest pozyskanie inwestycji liniowej w postaci gazociągu wysokiego ciśnienia. Zamawiający w art. 3 ust. 1 wzoru umowy wskazał, że przedmiotem umowy jest realizacja Inwestycji zgodnie z przepisami prawa, Umową i Dokumentacją Przetargową, w tym uzyskanie Pozwoleń na Użytkowanie dla Inwestycji.

Zgodnie z art. 1 wzoru umowy „Inwestycja” oznacza „budowę gazociągu DN 1000 Gustorzyn - Wronów, ETAP II Leśniewice - Rawa Maz.” stanowiącego część gazociągu Gustorzyn - Tworóg wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi na terenie województw kujawsko-pomorskiego, mazowieckiego, łódzkiego i śląskiego na nieruchomościach określonych w Dokumentacji Przetargowej. Inwestycja obejmuje wykonanie wszystkich obiektów, instalacji i urządzeń technicznych, oraz wszelkich innych Robót, na podstawie Umowy oraz Pozwolenia Na Budowę lub innych wymaganych decyzji, które są konieczne do uzyskania Pozwoleń na Użytkowanie, a także dostawę wszystkich Materiałów, Urządzeń i wykonanie wszystkich usług określonych w Dokumentacji Przetargowej oraz uzyskanie ostatecznych decyzji Pozwoleń na Użytkowanie”. Dodatkowo szczegółowy opis przedmiot niniejszego zamówienia zawiera Załącznik nr 1a (Opis Przedmiotu Zamówienia), w którym m.in. w pkt 2.6 opisano roboty i czynności składające się na budowę gazociągu.

Ustalony przez Zamawiającego w pkt X ust. 5 SWZ warunek udziału w postępowaniu w postaci „zrealizowania zamówienia polegającego na budowie rurociągu” jest zatem adekwatny do zakresu przedsięwzięcia będącego przedmiotem niniejszego zamówienia. Skoro bowiem przedmiotem zamówienia jest budowa gazociągu wysokiego ciśnienia, to analogicznie warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności zawodowej wymaga wykazania doświadczenia w postaci budowy gazociągu, tj. doświadczenia polegającego na wykonaniu całości robót umożliwiających osiągnięcie rezultatu w postaci zdatnego do użytkowania odcinka gazociągu wysokiego ciśnienia.

ROMGOS w celu wykazania spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu przedstawił inwestycję pn.

„Budowa gazociągu Zdzeszowice - Wrocław DN 1000 MPO 8,4 MPa wraz z obiektami towarzyszącymi i infrastrukturą niezbędną do jego obsługi Odcinek 1 - Brzeg - Zębice - Kielczów, w ramach budowy gazociągu Zdzeszowice - Wrocław gazociąg Brzeg Zębice i gazociągu granica Rzeczypospolitej Polskiej (Lasów) Taczalin - Radakowice - Gałów - Wierzchowice gazociąg Zębice - Kielczów” (dalej: „Gazociąg Zdzeszowice - Wrocław”) wraz z referencją z dnia 23.09.2020r. wystawioną przez Stalprofil S.A. (Generalnego Wykonawcę).

Z referencji z dnia 23.09.2020r. (wystawionej przez Stalprofil S.A.) wynika, że ROMGOS:

- a) jako podwykonawca na podstawie umowy z nr 52/p4/2018;
- b) w okresie 14.06.2018r. - 22.06.2020r.;
- c) „zrealizował roboty związane z realizacją zadania” w zakresie:
  - budowa gazociągu (w tym: roboty ziemne, roboty spawalnicze, roboty układowe) wysokiego ciśnienia DN 1000 MOP 8,4 MPa o długości ok. 49,1 km;

- budowa odgałęźnego gazociągu wysokiego ciśnienia DN 200 MOP 8,4 MPa o długości ok. 0,3 km;
- budowa linii telemetrycznej światłowodowej wzdłuż gazociągu DN 1000;
- budowa trzech zespołów zaporowo-upustowego DN 1000 wraz z drogą dojazdową, zasilającą linią elektroenergetyczną, instalacjami telekomunikacyjnymi oraz aparaturą kontrolno-pomiarową;
- o wartości prac netto: 58.896.997,00 PLN.

Oświadczenia i dokumenty przedłożone przez ROMGOS nie potwierdzają zatem, że ROMGOS spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w pkt X ust. 5 SWZ. ROMGOS był bowiem podwykonawcą, a nie wykonawcą/ generalnym wykonawcą całości prac i robót budowlanych, które były konieczne do wybudowania Odcinka 1 Gazociągu

Zdzieszowice - Wrocław (dalej: „inwestycja referencyjna”) i jak wskazano wprost w referencji jedynie „zrealizował roboty związane z realizacją zadania”. ROMGOS nie wykonał zatem zamówienia polegającego na budowie rurociągu, a jedynie pewien zakres robót składających się na tę inwestycję.

Powyższe znajduje potwierdzenie m.in. w pkt 2.4 OPZ inwestycji referencyjnej (Gazociąg Zdzieszowice Wrocław), zgodnie z którym zakres inwestycji referencyjnej obejmował m.in.:

- 1) budowę gazociągu wysokiego ciśnienia DN 1000 MOP 8,4MPa o długości ok. 49,1 km, na odcinku od układu słuz nadawczo-odbiorczych na terenie węzła Skarbimierz (bez tego układu) na terenie gminy Skarbimierz województwa opolskiego do ZZU Kielczów (bez tego zespołu) na terenie Gminy Długołęka województwa dolnośląskiego,
- 2) budowę odgałęźnego gazociągu wysokiego ciśnienia DN200 MOP 8,4MPa o długości ok. 0,3 km, od ZZU Godzikowice do punktu włączenia do istniejącej sieci gazowej,
- 3) budowę linii telemetrycznej światłowodowej wzdłuż gazociągu DNI 000,
- 4) budowę zespołu zaporowo-upustowego DNI 000 ZZU Godzikowice wraz z drogą dojazdową, zasilającą linią elektroenergetyczną, instalacjami elektrycznymi, instalacjami telekomunikacyjnymi oraz aparaturą kontrolno-pomiarową i stacją ochrony katodowej (SOK) - obręb Godzikowice, gmina Oława,
- 5) budowę zespołu zaporowo-upustowego DNI 000 ZZU Sobocisko wraz z drogą dojazdową, zasilającą linią elektroenergetyczną, instalacjami elektrycznymi, instalacjami telekomunikacyjnymi oraz aparaturą kontrolno-pomiarową - obręb Sobocisko, gmina Oława,
- 6) budowę zespołu zaporowo-upustowego DNI 000 ZZU Nadolice wraz z drogą dojazdową, zasilającą linią elektroenergetyczną, instalacjami elektrycznymi, instalacjami telekomunikacyjnymi oraz aparaturą kontrolno-pomiarową - obręb Nadolice Wielkie, gmina Czernica,
- 7) budowę stacji ochrony katodowej SOK Śliwice wraz z drogą dojazdową i linią zasilającą elektroenergetyczną - obręb Śliwice, gmina Długołęka,
- 8) budowę systemu ochrony katodowej,
- 9) budowę głębokich uziomów anodowych na terenie stacji ochrony katodowej (SOK),
- 10) uzyskanie ostatecznej decyzji Pozwolenia na Użytkowanie.

Z referencji z dnia 23.09.2020r. wynika wprost, że REMGOS nie wykonał co najmniej ppkt 7-10 wskazanych powyżej. Ograniczony zakres robót budowlanych wykonanych przez ROMGOS w ramach inwestycji referencyjnej wynika również umowy podwykonawczej przedłożonej przez ROMGOS w trakcie postępowania o sygn. akt: KIO 2474/21 oraz KIO 2501/21. Zgodnie z załącznikiem 1b do tej umowy ROMGOS nie wykonał następujących robót:

## 12. Wykonanie technologii bezwykopowych

### 12.1. Przewierthy/przedski rurą przewodową DN 1000 i DN 1200,

### 12.2 Mikrotuneling

12.3 Przewierty HDD

12.4 Direct Pipe

12.5 Przewierty/przeciski pad światłowod

13. Zabezpieczenie wykopu ściankami szczelnymi.

14. Ochrona katodowa cz. Liniowa.

15. Obiekty kubaturowe (ZZU Godzikowice. Sobocisko. Nadolice Małe i SOK w Śliwicach)

15. 1 branża ochrona katodowa,

15. uziom anodowy.

Powyższe potwierdza również „Zobowiązanie do udostępnienia zasobów” wystawione przez Usługi Elektryczne i Elektroenergetyczne R. D., na podstawie którego ROMGOS pozyskał w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w niniejszym postępowaniu sprzęt niezbędny do wykonania robót budowlanych w zakresie branży ochrony katodowej gazociągu i obiektów technologicznych oraz personel, w tym specjalistę ochrony przeciwkorozyjnej. ROMGOS nie realizuje bowiem robót polegających na wykonaniu systemu ochrony katodowej. W związku z tym nie posiada ani sprzętu, ani personelu zdolnego do wykonania tego typu prac. Z tego względu nie mógł nabyć tego typu doświadczenia w ramach inwestycji referencyjnej, skoro prace te zostały wykonane przez generalnego wykonawcę lub innego podwykonawcę działającego na jego zlecenie.

ROMGOS w zakresie ochrony katodowej pozyskał zasoby podmiotu trzeciego jedynie w postaci sprzętu i personelu. Natomiast Zamawiający w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej (pkt X ust. 5 SWZ) nie zezwolił na łączenie doświadczenia zdobytego przy realizacji różnych inwestycji lub przez różne podmioty. Zamawiający wymagał bowiem wykazania realizacji co najmniej jednego zamówienia polegającego na budowie rurociągu (w tym obejmującego wykonanie ochrony katodowej).

W tym przypadku nie jest możliwe uzupełnienie doświadczenia zdobytego przez ROMGOS w trakcie realizacji inwestycji referencyjnej o wyrywkowe doświadczenie zdobyte przez inny podmiot w trakcie realizacji innej inwestycji lub nawet tej samej inwestycji, w sytuacji, gdy podmiot trzeci był podwykonawcą innego wykonawcy niż ROMGOS.

Wartość robót wykonanych przez ROMGOS w ramach inwestycji referencyjnej wynosiła ok. 1/3 wartości całego zamówienia. Stalprofil S.A., który był generalnym wykonawcą zaoferował wykonanie tej inwestycji za kwotę w wysokości: 187.268.000,00 PLN netto. ROMGOS w ramach inwestycji referencyjnej może powoływać się jako podwykonawca na doświadczenie wyłącznie w odniesieniu do prac i robót budowlanych, które faktycznie wykonał. Natomiast oczywistym jest, na podstawie dokumentów przedłożonych przez ROMGOS oraz z uwagi na procesy technologiczne składające się na budowę gazociągu, że poza zakresem ROMGOS pozostawało szereg robót i czynności, których wykonanie było konieczne do zrealizowania kompletnego gazociągu (lub odcinka gazociągu) wysokiego ciśnienia.

Odwołujący podał, że do podstawowych czynności związanych z budową sieci gazowych należy: przejście nieruchomości na czas budowy, badania archeologiczne, prace geodezyjne przed rozpoczęciem budowy, przygotowanie trasy: oznaczenie pasa budowy, sprawdzenie terenu na ewentualne występowanie niewybuchów, odhumusowanie, wycinka drzew, karczowanie, budowa przepustów przez rowy i drogi itp., wykonanie łuków zimnogiętych, rozwózka rur i łuków, spawanie i kontrola prac spawalniczych, izolowanie spoin, odwodnienie gruntu (jeżeli konieczne), wykopy, układka rurociągu do wykopu, montaż i spawanie rurociągu w wykopie wraz z kontrolą i izolacją, montaż obciążników (jeżeli występują), wykonanie przejść bezwykopowych pod infrastrukturą istniejącą (cieki, tory, drogi, obszary chronione), montaż punktów ochrony katodowej wraz z izolacją, zasypianie rurociągu, wykonanie instalacji teletechnicznej, wykonanie odbudowy uszkodzonych instalacji melioracyjnych, rozłożenie warstwy ziemi urodzajnej, rekultywacji gruntów, oznakowanie i roboty wykończeniowe, wykonanie zespołów zaporowo-upustowych, obiektów kubaturowych, wykonanie prób ciśnieniowych, badanie rurociągu łukiem geometrycznym, suszenie rurociągu, odbiór techniczny inwestycji, rozruch technologiczny rurociągu, odbiór eksploatacyjny, odbiór końcowy.

Na każdym odcinku, wykonywany jest zatem zamknięty cykl robót. Z technicznego punktu widzenia dopiero łączne wykonanie wszystkich ww. czynności oznacza, że dany wykonawca nabył doświadczenie w postaci „budowy gazociągu” o wymaganej długości i parametrach. Sposób ukształtowania warunku udziału w niniejszym postępowaniu w pkt X ust. 5 SWZ, tj. wymaganie wykazania przez wykonawców realizacji co najmniej jednego zamówienia

polegającego na budowie rurociągu, powoduje, że ROMGOS będący podwykonawcą inwestycji referencyjnej, nie spełnia warunków udziału w postępowaniu również z uwagi na fakt, że nie uzyskał decyzji o pozwoleniu na użytkowanie w imieniu Zamawiającego.

Zrealizowanie (wykonanie) zamówienia oznacza bowiem wykonanie pełnego zakresu czynności i robót składających się na jego przedmiot. Zakres niniejszego zamówienia (Inwestycji) zgodnie z pkt 2.6 OPZ obejmuje m.in.: pkt 2.6.8 - wykonanie niezbędnych prób i sprawdzeń do wydania Pozwoleń na Użytkowanie; pkt 2.6.9 - wykonanie nagazowania gazociągu oraz przeprowadzenia rozruchu Inwestycji zgodnie z procedurą P.02.O.03 odbiór zadań remontowych i inwestycyjnych stanowiącą Załącznik nr 6.10 do OPZ; pkt 2.6.10 - uzyskanie ostatecznych decyzji Pozwoleń na Użytkowanie.

Analogicznie zakres zamówienia (Inwestycji) został opisany w pkt 2.4 OPZ inwestycji referencyjnej. W myśl tego postanowienia, zakres Inwestycji obejmował m.in.:

- 2.4.1. budowę gazociągu wysokiego ciśnienia DN 1000 MOP 8,4MPa o długości ok. 49,1 km, na odcinku od układu słuz nadawczo-odbiorczych na terenie węzła Skarbimierz (bez tego układu) na terenie gminy Skarbimierz województwa opolskiego do ZZU Kiełczów (bez tego zespołu) na terenie Gminy Długołęka województwa dolnośląskiego,
- 2.4.2. budowę odgałęźnego gazociągu wysokiego ciśnienia DN200 MOP 8,4MPa o długości ok. 0,3 km, od ZZU Godzikowice do punktu włączenia do istniejącej sieci gazowej.
- 2.4.3. budowę linii telemetrycznej światłowodowej wzdłuż gazociągu DN1000,
- 2.4.4. budowę zespołu zaporowo-upustowego DN1000 ZZU Godzikowice wraz z drogą dojazdową, zasilającą linią elektroenergetyczną, instalacjami elektrycznymi, instalacjami telekomunikacyjnymi oraz aparaturą kontrolno-pomiarową i stacją ochrony katodowej (SOK) - obręb Godzikowice, gmina Otawa,
- 2.4.5. budowę zespołu zaporowo-upustowego DN1000 ZZU Sobocisko wraz z drogą dojazdową, zasilającą linią elektroenergetyczną, instalacjami elektrycznymi, instalacjami telekomunikacyjnymi oraz aparaturą kontrolno-pomiarową - obręb Sobocisko, gmina Otawa,
- 2.4.6. budowę zespołu zaporowo-upustowego DN1000 ZZU Nadolice wraz z drogą dojazdową, zasilającą linią elektroenergetyczną, instalacjami elektrycznymi, instalacjami telekomunikacyjnymi oraz aparaturą kontrolno-pomiarową - obręb Nadolice Wielkie, gmina Czernica,
- 2.4.7. budowę stacji ochrony katodowej SOK Śliwice wraz z drogą dojazdową i linią zasilającą elektroenergetyczną - obręb Śliwice, gmina Długołęka,
- 2.4.8. budowę systemu ochrony katodowej,
- 2.4.9. budowę głębokich uziomów anodowych na terenie stacji ochrony katodowej (SOK),
- 2.4.10. uzyskanie ostatecznej decyzji Pozwolenia na Użytkowanie.

Z uwagi na powyższe ROMGOS nie wykazał posiadania doświadczenia zawodowego na poziomie określonym w pkt X ust. 5 SWZ. Z dokumentów przedłożonych przez ROMGOS wynika, że zrealizował pewien zakres robót w ramach inwestycji referencyjnej, jednak w stopniu niewystarczającym do ubiegania się o niniejsze zamówienie. Zamawiający w treści warunku nie wymagał bowiem doświadczenia polegającego na wykonaniu całości lub części robót budowlanych w ramach inwestycji referencyjnej. Zamawiający postawił wymaganie w postaci „zrealizowania zamówienia polegającego na budowie rurociągu”, na który składa się szereg robót budowlanych i czynności, których ROMGOS nie wykonywał.

Z uwagi zatem na jednoznaczność warunku dotyczącego doświadczenia Wykonawcy sformułowanego w pkt X ust. 5 SWZ, ROMGOS nie wykazał doświadczenia polegającego na budowie rurociągu do przesyłu paliw płynnych lub gazowych, tj. rurociągu wraz z wyposażeniem, który w dacie zakończenia i/lub odbioru robót ROMGOS byłby zdolny do przesyłania i dystrybucji paliw płynnych lub gazowych.

Oferta ROMGOS podlega zatem odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b SWZ, z uwagi na fakt, że:

- a) ROMGOS jako podwykonawca nie wykonał pełnego zakresu prac w ramach inwestycji referencyjnej, a więc brak podstaw do uznania, że doświadczenie ROMGOS zdobyte w trakcie realizacji inwestycji pn. „Budowa gazociągu Zdieszowice - Wrocław DN 1000 MPO 8,4 MPa wraz z obiektami towarzyszącymi i infrastrukturą niezbędną do jego

obsługi Odcinek 1 - Brzeg - Żębice - Kielczów, w ramach budowy gazociągu Zdzeszowice - Wrocław gazociąg Brzeg - Żębice i gazociąg granica Rzeczypospolitej Polskiej (Lasów) - Taczalin Radakowice - Gałów - Wierzchowice gazociąg Żębice - Kielczów", spełnia warunek określony w pkt X ust. 5 SWZ, tj. zrealizowanie zamówienia polegającego na budowie rurociągu;

b) ROMGOS nie wykazał również zdobycia wymaganego doświadczenia (pkt X ust. 5 SWZ) w ramach innej realizacji; ROMGOS nie wykazał zatem doświadczenia w postaci w zrealizowania co najmniej jednego zamówienia obejmującego swoim zakresem budowę rurociągu o określonych parametrach technicznych, ponieważ wykonał tylko część ww. usługi; nie został zatem również spełniony warunek wykonania co najmniej jednokrotnie robót budowlanych o określonych parametrach technicznych.

#### Prawo opcji (oferta ROMGOS)

Zgodnie z pkt III ust. 26 SWZ, Zamawiający jest upoważniony do skorzystania z prawa opcji w trakcie trwania Umowy, w zakresie opisanym we wzorze Umowy (Załącznik nr 2 do SWZ). Prawo opcji jest uprawnieniem Zamawiającego, z którego może, ale nie musi skorzystać w ramach realizacji Umowy. W przypadku nie skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji, Wykonawcy nie przysługują żadne roszczenia z tego tytułu. Warunkiem uruchomienia prawa opcji jest złożenie przez Zamawiającego Wykonawcy wniosku zlecenia czynności dotyczących realizacji Zamówienia w ramach prawa opcji.

Zamawiający w zależności od swoich potrzeb będzie uprawniony do skorzystania na warunkach wskazanych w art. 3 ust. 17-20 wzoru Umowy z prawa opcji polegającego na zleceniu Wykonawcy w okresie obowiązywania Umowy realizacji dodatkowych zleceń obejmujących (pkt 26 rozdział III SWZ):

- 1) Prawo opcji nr 1 - wycinka drzew i krzewów , zgodnie z art. 3 ust. 17 wzoru umowy,
- 2) Prawo opcji nr 2 - połączenie z inwestycjami sąsiednimi, zgodnie z art. 3 ust. 18 wzoru umowy,
- 3) Prawo opcji nr 3 - dna koszykowe (dennice) DN 1000 zgodnie z wymogami OPZ, zgodnie z art. 3 ust. 19 wzoru umowy,
- 4) Prawo opcji nr 4 - przejęcie nieruchomości, zgodnie z art. 3 ust 20 wzoru umowy.

W myśl art. 3 ust. 18 wzoru umowy, Zamawiający ma prawo do skorzystania z Prawa Opcji nr 2 (połączenie odcinka - Etapu II z inwestycjami sąsiednimi) w czterech wariantach:

- Wariant 2.1 a Połączenie z ETAPEM I (bez prac hermetycznych),
- Wariant 2.1 b - Połączenie z ETAPEM I (z wykorzystaniem prac hermetycznych),
- Wariant 2.2 a - Połączenie z ETAPEM III (bez prac hermetycznych),
- Wariant 2.2b - Połączenie z ETAPEM III (z wykorzystaniem prac hermetycznych).

W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z Prawa Opcji nr 2, Wykonawca będzie zobowiązany do wykonania dodatkowych czynności wskazanych w pkt. 14.6 OPZ, których zakres zależy od tego, czy Zamawiający zleci wykonanie połączenia z ETAPEM I i/lub z ETAPEM III z wykorzystaniem prac hermetycznych (wariant 2.1 b i wariant 2.2 b) lub bez wykorzystania prac hermetycznych (wariant 2.1 a i wariant 2.2 a).

ROMGOS w pkt 4 oferty wycenił wszystkie cztery warianty Opcji nr 2 na kwotę w wysokości 1 PLN, co jest kwotą nierealną i rażąco niską w stosunku do wartości tej części zamówienia. Ceny netto Opcji nr 2 ofert zajmujących trzy pierwsze miejsca w rankingu ofert przedstawiają się następująco:

W tym miejscu w odwołaniu tabela

Jednocześnie ROMGOS w Wyjaśnieniach ceny wskazanej w ofercie z dnia 02.07.2021 r. (str. 21-22) wskazał, że „prace wchodzące w zakres prawa Opcji 2 zostaną przez Wykonawcę wykonane w ramach podstawowego zakresu zamówienia (wynagradzanego ryczałtowo), niezależnie od tego czy Zamawiający skorzysta ze zlecenia Prawa Opcji 2, czy też nie skorzysta. Wobec powyższego, skalkulowanie Prawa Opcji 2 na poziomie wyższy niż symboliczny, sprawiłoby, że Wykonawca otrzymałby „podwójne” wynagrodzenie za te same

prace (raz w ramach wynagrodzenia ryczałtowego i drugi raz w ramach Prawa Opcji 2)".  
Powyższy sposób kalkulacji cen Opcji nr 2 wskazuje, że ROMGOS:

- (i) dokonał manipulacji cenami w zakresie wyceny Opcji nr 2;
- (ii) ustalił nierynkowe ceny za wykonanie tej części składowej zamówienia (ceny rażąco niskie), a w konsekwencji
- (iii) popełnił czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 uzk oraz
- (iv) błęd w obliczeniu ceny.

W postanowieniach SWZ brak bowiem uzasadnienia dla stanowiska ROMGOS, że w ramach ryczałtowej ceny całkowitej oferty, Wykonawcy mogli w sposób całkowicie dowolny i oderwany od realnych kosztów wykonania robót - koszt realizacji wszystkich wariantów Opcji nr 2 zaoferować na nierealnym poziomie w wysokości 1 PLN oraz przesunąć rzeczywiste koszty realizacji tych robót do zakresu podstawowego.

Ponadto poszczególne warianty Opcji nr 2 obejmują bowiem diametralnie różne zakresy prac do wykonania, które określa pkt 14.6 OPZ. W związku z tym wycena wariantu 2.1a oraz wariantu 2.2a (bez prac hermetycznych), nie może być na takim samym poziomie cenowym co koszt wykonania wariantów 2.1b i 2.2b (z wykorzystaniem prac hermetycznych). Zakres prac dodatkowych, które Wykonawca musi wykonać w ramach wariantu 2.1 b i wariantu 2.2b jest bowiem dużo większy niż zakres czynności podlegających wykonaniu w przypadku realizacji wariantu 2.1a i wariantu 2.2a.

W przypadku wariantów obejmujących wykonanie prac hermetycznych, Wykonawca dodatkowo jest zobowiązany do:

- wykonania tymczasowych dróg dojazdowych (o nośności umożliwiającej przejazd samochodu ciężarowego) do miejsc, gdzie mają być prowadzone prace hermetyczne o ile warunki terenowe tego wymagają (pkt 14.6.5.1.);
- odizolowania gazociągów pod montaż króćców (pkt 14.6.5.2);
- wykonania wykopów (z oznaczeniem i zabezpieczeniem) pod montowane króćce oraz ewentualne odwodnienie tych wykopów. Wykopy muszą być zgodne z wymaganiami opisanymi w Instrukcji stanowiskowej BHP przy wykonywaniu robót ziemnych nr PH-DY-POI-104-D86 (pkt 14.6.5.3);
- dozoru zamontowanych balonów zaporowych, króćców upustowych i kolumn wentylacyjnych (otwartych na potrzeby realizacji zadania - zabezpieczających przed niekontrolowanym wzrostem ciśnienia przed balonem zaporowym) poza godzinami pracy Gazowego Pogotowia Technicznego realizującego technologię balonowania (godziny pracy GPT: od poniedziałku do piątku, godz. 7.00 - 15.00, z wyłączeniem świąt) (pkt 14.6.5.4);
- izolowania króćców służących do prac hermetycznych po zakończeniu prac; rekultywacji terenu (pkt 14.6.5.5).

Z uwagi na powyższe cena zaoferowana przez ROMGOS nie jest realna i nie uwzględnia wszystkich kosztów, jakie Wykonawca obowiązany będzie ponieść w związku z realizacją tego świadczenia. Rozliczenie Opcji nr 2 na podstawie tych cen będzie oznaczało jej wykonanie za dopłatą na rzecz Zamawiającego. ROMGOS do granic absurdałnych zaniżył bowiem te kwoty. Ceny ROMGOS za poszczególne warianty Opcji nr 2 są całkowicie oderwane od rzeczywistych kosztów wykonania tych robót. Bez względu bowiem na to, czy powyższe prace zostałyby wykonane siłami własnymi czy zakupione u podmiotu trzeciego (podwykonawcy), ich realizacja powoduje powstanie konkretnych i rzeczywistych kosztów po stronie Wykonawcy (np. koszty robocizny czy pracy sprzętu).

Ceny poszczególnych elementów oferty wyodrębnionych przez Zamawiającego (w niniejszym przypadku, np. poszczególnych opcji) powinny odzwierciedlać realne koszty ich wykonania, przynajmniej do poziomu, który pozwala na taką ocenę. Natomiast Opcja nr 2 w ofercie ROMGOS została wyceniona na poziomie 1 PLN za każdy wariant.

„Ceny poszczególnych elementów oferty, również muszą odzwierciedlać realne dla nich koszty, przynajmniej do poziomu, który pozwala na taką ocenę. Za czyn nieuczciwej konkurencji może być poczytane takie rozkładanie kosztów oferty, przykładowo, które

wskazuje na lokowanie przeważających kosztów na wstępny etap umowy, nie związany z postępowaniem prac, lub wręcz dający możliwość odstąpienia od realizacji umowy przez wykonawcę po pobraniu wynagrodzenia nieadekwatnego do zakresu wykonanych prac, co również zdarzało się w praktyce zamówień publicznych" (wyrok KIO z dnia 28 marca 2017r.; sygn.akt: KIO 473/18).

Ceny wykonania wszystkich wariantów Opcji nr 2 są zatem rażąco niskie. Podkreślić przy tym należy, że art. 224 ust. 1 Pzp nie zdefiniuje pojęcia istotnej części składowej ceny lub kosztu. W związku z tym kwalifikacja danej ceny składowej jako istotnej dokonywana jest na potrzeby konkretnego postępowania, a w szczególności w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. W zależności zatem od charakteru i przedmiotu postępowania - istotną część składową ceny może wyznaczać jej stosunek procentowy do całkowitej ceny oferty albo jak ma to miejsce w niniejszej sprawie - znaczenie odpowiadającego jej świadczenia dla należytej realizacji całego zamówienia i osiągnięcia celu zakładanego przez Zamawiającego. Prawem Opcji nr 2 objęte są roboty konieczne do włączenia przedmiotu niniejszego zamówienia (Etap II) w strukturę budowanego odcinka gazociągu, tj. połączenie z Etapem I i Etapem III. Wykonanie tych prac jest warunkiem koniecznym do prawidłowego funkcjonowania całego gazociągu Gustorzyn-Wronów. W konsekwencji ceny za wykonanie Opcji nr 2 to ceny składowe o istotnym znaczeniu w kontekście całego przedmiotu zamówienia. Powyższą okoliczność zauważył Zamawiający, który w wezwaniu z dnia 8.07.2021 r. wystąpił o przedłożenie wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji tej części zamówienia.

Ponadto taki sposób wyceny Opcji nr 2 jest sprzeczny zasadami obliczenia i prezentacji ceny ustalonymi przez Zamawiającego w postanowieniach SWZ i wzoru umowy.

W formularzu oferty oraz art. 13 ust. 2 pkt 5 wzoru umowy, Zamawiający wymagał odrębnego określenia wysokości wynagrodzenia za wykonanie poszczególnych wariantów Opcji nr 2. Jednocześnie ustalił, że wynagrodzenie maksymalne za te roboty zostanie obliczone jako suma wynagrodzenia za Wariant 2.1b i 2.2b (droższy wariant, z wykorzystaniem prac hermetycznych). Powyższe zapisy jednoznacznie wskazują, że Zamawiający miał świadomość różnicy w cenach realizacji poszczególnych wariantów oraz wymagał wyodrębnienia i wyłączenia z ceny ryczałtowej zakresu podstawowego, kosztów wykonania Opcji nr 2.

Odmienny sposób kalkulacji ceny Opcji nr 2 należy również zakwalifikować jako błąd w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp. O błędzie w obliczeniu ceny można mówić m.in. jeśli cena oferty została obliczona w sposób niezgodny ze sposobem jej obliczenia podanym w dokumentacji przetargowej (wyrok KIO z dnia 8 września 2020r.; sygn. akt: KIO 1881 / 20). Taka sytuacja miała miejsce w niniejszym przypadku. Zamawiający określił bowiem sposób kalkulacji i prezentacji ceny w formularzu ofertowym oraz powiązał z tym podziałem rozliczanie wynagrodzenia Wykonawcy. Podkreślić należy, że formularz oferty nie był skomplikowany i konieczność odrębnej wyceny wszystkich opcji i ich wariantów od razu widoczna i oczywista. Oferta ROMGOS podlega zatem odrzuceniu, z uwagi na fakt że zawiera odmienny od określonego w SWZ sposób obliczenia i zaprezentowania ceny. Wykonawca decydując się na odstępstwo od określonych przez Zamawiającego wymagań, uczynił to na własne ryzyko i na własną odpowiedzialność. Zamawiający wyraźnie bowiem zastrzegł, że prace wykonywane w ramach Opcji nr 2 muszą zostać wycenione odrębnie, poza pozostałymi pozycjami wynagrodzenia za wykonanie Inwestycji oraz ustalił odrębny, maksymalny limit wynagrodzenia za tę część zamówienia. Kwota wynagrodzenia za wykonanie tego zakresu robót (wyraźnie odbiegająca od cen pozostałych Wykonawców) oraz treść wyjaśnień ROMGOS z dnia 2.07.2021r. wskazują natomiast na celowe działanie Wykonawcy i świadome złożenie oświadczenia woli o określonej treści. Nie można bowiem przypisać braku świadomości Wykonawcy w przypadku zaproponowania jednokwotowej stawki w wysokości 1 PLN za realizację różnych zakresów prac wynikających z pkt 14.6 OPZ.

Ponadto w wyjaśnieniach z dnia 22.07.2021r. Wykonawca wyraźnie stwierdził, że prace te (Opcja nr 2) zostaną wykonane w ramach zakresu podstawowego. Należy zatem przyjąć, że również w ramach tego zakresu zostały wycenione (w innych pozycjach cenowych zakresu podstawowego) albo w wynagrodzeniu Wykonawcy nie uwzględniono w ogóle kosztów, jakie ROMGOS będzie musiał ponieść z tytułu wykonania tych prac. Jednocześnie należy podkreślić, że sposób podziału ceny ustalony przez Zamawiającego wykluczał takie przesunięcia pomiędzy podstawowym zakresem zamówienia i poszczególnymi opcjami oraz jest niedopuszczalny przede wszystkim z uwagi na fakultatywność prawa opcji. W przypadku bowiem przerzucenia kosztów wykonania Opcji nr 2 do zakresu podstawowego, Wykonawca otrzyma wynagrodzenie za te prace nawet w przypadku rezygnacji przez Zamawiającego z prawa opcji.

Taki sposób kalkulacji wskazuje na niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, stanowiącymi przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Taka

niezgodność występuje, gdy Wykonawca zaoferuje świadczenie niezgodne z „warunkami, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikającymi w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy o zamówienie publiczne” (Gawrońska-Baran A., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Lex, 2021).

ROMGOS przerzucając, jak wskazał w wyjaśnieniach z dnia 2.07.2021 r. rzeczywiste koszty wykonania Opcji nr 2 do podstawowego zakresu zamówienia, uniemożliwił Zamawiającemu dokonanie oceny oferty zgodnie z zasadami określonymi w SWZ oraz pod kątem realności zaproponowanej ceny. W konsekwencji spowodowało to naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. Zamawiający nie jest bowiem w stanie porównać ofert i dokonać oceny oferty ROMGOS w kontekście pozostałych złożonych ofert w ramach ustalonych kryteriów oceny, w sytuacji gdy ROMGOS ukrył rzeczywiste koszty wykonania Opcji nr 2 w ramach podstawowego zakresu zamówienia.

„Takie zachowanie wykonawcy (odwołującego) narusza zasadę przejrzystości postępowania, uniemożliwiając innym uczestnikom oraz zamawiającemu prawidłową i rzetelną ocenę oferty” (wyrok KIO z dnia 20 maja 2019r.; sygn. akt: KIO 766/19).

Jednocześnie powyższa manipulacja cenowa umożliwiła ROMGOS wskazanie najniższej ceny za wykonanie zamówienia i uzyskanie maksymalnej liczby punktów w podstawowym kryterium oceny ofert jakim w niniejszym postępowaniu jest „Cena”. Ceny dwóch wariantów Opcji nr 2 stanowią bowiem części składowe wynagrodzenia Wykonawcy ocenianego w ramach kryterium oceny ofert („Cena”).

W konsekwencji zaoferowanie ceny 1,00 PLN za wykonanie poszczególnych wariantów Opcji nr 2 stanowi nieuczciwe działanie ROMGOS podjęte w celu uzyskania wyższej punktacji w podstawowym kryterium oceny ofert („Cena”).

Zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przepisy uznk (art. 3 ust. 2) jedynie przykładowo wymieniają czyny stanowiące delikty nieuczciwej konkurencji. Zawarty w przepisach uznk katalog czynów nieuczciwej konkurencji nie jest katalogiem zamkniętym. Za czyn nieuczciwej konkurencji może zatem zostać uznane każde zachowanie wykonawcy, sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, nawet jeżeli nie zostało ono wprost uznane za czyn nieuczciwej konkurencji na podstawie rozdziału 2 uznk (np. wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2016 r.; sygn. akt: KIO 2786/15; wyrok SN z dnia 9 czerwca 2009r.; sygn. akt: II CSK 44/09). „Manipulowanie ceną ofertową poprawiające sytuację wykonawcy, zarówno na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i na etapie realizacji umowy, może być uważane za działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami i przeto stanowić czyn nieuczciwej konkurencji” (wyrok KIO z dnia 8 września 2020r.; sygn.akt: KIO 1850/20) (np. w wyrokach KIO: z dnia 7 lipca 2020r., sygn. akt: KIO 1042/20, z dnia 28 marca 2017r., sygn. akt: KIO 473/17; z dnia 18 stycznia 2013r. sygn. akt: KIO 7/13; z dnia 14 czerwca 2013r., sygn. akt: KIO 1240/13, KIO 1246/13,

KIO 1248/18; z dnia 26 września 2012r., sygn. akt: KIO 1934/18; z dnia 5 kwietnia 2011 r., sygn. akt: KIO 640/11). „Za czyn nieuczciwej konkurencji może być poczytane takie rozkładanie kosztów oferty, przykładowo, które wskazuje na lokowanie przeważających kosztów na wstępny etap umowy, nie związany z postępem prac, lub wręcz dający możliwość odstąpienia od realizacji umowy przez wykonawcę po pobraniu wynagrodzenia nieadekwatnego do zakresu wykonanych prac, co również zdarzało się w praktyce zamówień publicznych” (wyrok KIO z dnia 28 marca 2017r.; sygn.akt: KIO 473/17).

Powyższe działanie zostało podjęte w celu uzyskania zamówienia kosztem innych wykonawców i utrudnienia im dostępu do zamówienia. Zaniechanie odrzucenia oferty ROMGOS, której złożenie wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, stanowi zatem naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W stosunku do ROMGOS, na gruncie tej samej okoliczności faktycznej jaką było zaoferowanie jednakowych i rażąco niskich cen za wykonanie wszystkich wariantów Opcji nr 2, zaistniało jednocześnie kilka podstaw odrzucenia oferty. Podkreślić przy tym należy, że dla oceny istotności oraz wpływu ww. działania ROMGOS na przebieg postępowania, nie ma znaczenia fakt, iż nieprawidłowo wycenione świadczenie zostało objęte prawem opcji. Skorzystanie z prawa opcji nie jest bowiem uzależnione od tego, czy zaistnienie potrzeba realizacji usług objętych prawem opcji, ale od tego, czy Zamawiający nie zdecyduje się na ich samodzielny zakup.

Roboty objęte Prawem Opcji nr 2 są elementami mającymi istotne znaczenie dla wykonania

całej Inwestycji. Muszą zostać wykonane w celu przyłączenia Inwestycji do sieci przesyłowej. W dacie składania oferty nie ma jedynie pewności, czy będą one stanowiły świadczenie wybranego wykonawcy. W okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy wystąpiła zatem sytuacja, w której istotna część składowa ceny (Opcja nr 2) jest rażąco niska (skoro kwota za wykonanie dwóch wariantów uwzględnianych w cenie oferty wynosi  $2 \text{ zł} = 1 \text{ PLN} \times 2$ ). Ponadto ROMGOS stosując opisaną „kreatywną politykę cenową”, dopuścił się naruszenia ww. przepisów Pzp oraz uznk. Przejawem manipulacji ceną są bowiem wszelkie znaczące i wyraźnie wskazujące na taki zamiar (wyeliminowania konkurencji) odstępstwa o d prawidłowego kalkulowania cen - bez powiązania z ich realnymi kosztami uzyskania (wyrok KIO z dnia 28 marca 2017r.; sygn. akt: KIO 473/17).

#### Brak kalkulacji pełnego zakresu kosztów stałych (oferta ROMGOS)

Zgodnie z pkt XVII ust. 4 SWZ, w cenie oferty należy uwzględnić także wszelkie inne koszty związane z realizacją przedmiotu Zamówienia. Wynagrodzenie wyczerpuje wszelkie należności Wykonawcy wobec Zamawiającego związane z realizacją przedmiotu Zamówienia. Wykonawcy nie przysługuje zwrot od Zamawiającego jakichkolwiek dodatkowych kosztów poniesionych przez Wykonawcę w związku z realizacją przedmiotu

Zamówienia.

Natomiast w § 13 ust. 3 wzoru umowy wskazano, że wynagrodzenie, obejmuje wszystkie koszty (w tym bezpośrednie i pośrednie) niezbędne do realizacji przedmiotu Umowy, a w szczególności koszty związane z: zakupem Materiałów, Urządzeń, robocizną, pracą Sprzętu i ludzi, transportem, wywozem odpadów, wykonaniem połączeń z istniejącymi instalacjami, opłatami administracyjnymi itp.

Natomiast ROMGOS w Wyjaśnieniach w zakresie ceny podanej w ofercie z dnia 2.07.2021r. (str. 19) poinformował o pominięciu w cenie oferty kosztów stałych za 2 miesiące z uwagi na skrócenie o ten okres na potrzeby kosztorysowania czasu prowadzenia głównej części robót. Należy jednak wskazać, że ROMGOS w jawnej części wyjaśnień nie wskazał jakie konkretnie „oszczędności” z tego tytułu osiągnął. Z uwagi na powyższe należy wskazać, że ROMGOS na potrzeby wyceny oferty dokonał optymalizacji terminu realizacji i kosztów wykonania zamówienia, tj. wbrew wymaganiom określonym w postanowieniach SWZ i wzoru umowy pominął część kosztów podlegającej obligatoryjnej wycenie. Skrócenie czasu realizacji zamówienia pozwala na ograniczenie kosztów stałych funkcjonowania przedsiębiorstwa. Dłuższy czas realizacji zamówienia, to większy udział kosztów stałych w cenie oferty. Jednak ROMGOS nie przedstawił wpływu ewentualnego skrócenia czasu realizacji zamówienia na cenę oferty poza ogólnymi stwierdzeniami dotyczącymi posiadania własnych sił kadrowych i sprzętu oraz brakiem „korporacyjnego stylu zarządzania”. Powyższe oznacza, że ROMGOS nie wycenił całego zakresu przedmiotu zamówienia, co uzasadnia postawienie zarzutu opartego na art. 226 ust. 1 pkt 5 i pkt 10 Pzp. Wykonawca nawet kalkulując „nagrodzenie ryczałtowe nie może dowolnie pomijać obowiązków elementów cenotwórczych w postaci kosztów stałych realizacji inwestycji. „Z błędem w obliczeniu ceny będziemy mieli do czynienia również w sytuacji, w której kalkulacja ceny oferty nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia” (wyrok KIO z dnia 11 maja 2017 r., sygn. akt: KIO/UPZ 910/11). Obowiązkiem Wykonawcy jest uwzględnienie w cenie oferty wszystkich nakładów, prac i robót składających się na całość przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami i oczekiwaniami Zamawiającego. Tym samym pominięcie w wycenie części kosztów stałych (w sytuacji gdy Zamawiający nie przewidział możliwości skrócenia terminu realizacji) jest równoznaczne z niedopuszczalną optymalizacją ceny oferty poprzez zaniechanie wyceny całości przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z warunkami zamówienia. Ponadto optymalizacja kosztów dokonana przez ROMGOS stanowi zagrożenie dla prawidłowego i terminowego zakończenia realizacji Inwestycji, z uwagi na fakt, że Wykonawcy w trakcie budowy może zabraknąć środków.

#### Kierownik robót technologicznych

Zgodnie z pkt X ust. 1 lit. c) SWZ, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykonawcy powinni wykazać dysponowanie Kierownikiem Robót Technologicznych posiadającym łącznie następujące kwalifikacje i doświadczenie:

- (i) uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych,

wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych,

(ii) wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego,

(iii) zdobyte w ciągu ostatnich 15 lat przed terminem składania ofert, doświadczenie

w kierowaniu robotami (na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika Robót) dla zamówienia polecającego na budowie rurociągu do przesyłu paliw płynnych lub gazowych z rur stalowych o długości co najmniej 10 km.

ROMGOS w poz. 1 Załącznika nr 6 (Potencjał kadrowy) wskazał - Pana W. D., który według poniższego opisu nabył doświadczenie jako kierownik robót w trakcie realizacji inwestycji pn. „Budowa gazociągu DN 1000 MOP 8,4 MPa relacji Lwówek-Krobia”:

W tym miejscu w odwołaniu tabela

Odwołujący wskazał, że był generalnym wykonawcą ww. odcinka gazociągu i zgodnie z posiadaną przez niego dokumentacją Pan W. D. pełnił w trakcie tej realizacji funkcję - Inżyniera Budowy. Pan W. D. nie mógł zatem nabyć w ramach tej inwestycji doświadczenia jako kierownik robót. Wykaz Kadry do Zrealizowania Umowy:

W tym miejscu w odwołaniu tabela

ROMGOS składając zatem oświadczenie dotyczące posiadanej kadry technicznej w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd co do jednego z warunków udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzje podjęte przez Zamawiającego. Zamawiający, na podstawie informacji przedstawionych przez ROMGOS, uznał bowiem, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz dokonał wyboru oferty ROMGOS.

#### Zdolność ekonomiczna i finansowa (oferta ROMGOS)

Zgodnie z pkt X ust. 4 SWZ, Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia był zobowiązany do wykazania posiadania średniorocznego przychodu w okresie ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w wysokości co najmniej 120 000 000,00 złotych.

Kolejnym warunkiem udziału w niniejszym postępowaniu było osiągnięcie przez Wykonawcę, zgodnie z pkt X ust. 4 SWZ, wskaźnika płynności bieżącej za ostatni zakończony rok obrotowy, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, nie mniejszego niż 1,10.

W pkt 6 formularza w celu potwierdzenia spełnienia ww. warunków wskazano w odniesieniu do ROMGOS Sp. z o.o. Engineering Sp. k. następujące parametry:

W tym miejscu w odwołaniu tabela

Jednocześnie w JEDZ ROMGOS Sp. z o.o. Engineering Sp.k. złożyło oświadczenie, zgodnie z którym podmiot ten spełniał wszystkie warunki udziału w postępowaniu. Z uwagi na ustalenie przez ww. Wykonawcę wskaźników finansowych w oparciu o ostatni rok obrotowy wnoszący 16 miesięcy, a nie 12 miesięcy, podmiot ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w niniejszym postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej.

Zgodnie z art. 12 ust. 1 ustawy z dnia 28 listopada 2020 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2020.2123), w przypadku spółek komandytowych oraz spółek jawnych, które z dniem 1 stycznia 2021 r. uzyskały status podatnika podatku dochodowego od osób prawnych, oraz w zakresie uzyskanych przez podatników podatku dochodowego od osób prawnych oraz podatników podatku dochodowego od osób fizycznych przychodów i poniesionych kosztów związanych

z uczestnictwem w tej spółce, w tym z tytułu objęcia (nabycia) i zbycia udziałów tej spółki, wystąpienia z tej spółki lub jej likwidacji, przepisy ustaw zmienianych w art. 1 i art. 2, w brzmieniu nadanym ustawą nowelizującą, stosuje się poczynawszy od dnia 1 stycznia 2021 r. Jednak w myśl art. 12 ust. 2 i ust. 3 ww. ustawy, spółka komandytowa mogła postanowić, że przepisy ustaw zmienianych w art. 1 i art. 2, w brzmieniu nadanym ustawą nowelizującą, stosuje się do tej spółki oraz przychodów i kosztów związanych z uczestnictwem w tej spółce poczynawszy od dnia 1 maja 2021 r. W takim przypadku spółka komandytowa uzyskiwała status podatnika podatku dochodowego od osób prawnych z dniem 1 maja 2021r. oraz gdy ostatni dzień roku obrotowego tej spółki komandytowej przypadał w okresie od dnia 31 grudnia 2020 r. do dnia 31 marca 2021r., spółka ta mogła nie zamykać ksiąg rachunkowych na ten dzień i kontynuować rok obrotowy do dnia 30 kwietnia 2021 r.

Fakt skorzystania przez ww. Wykonawcę z możliwości wydłużenia roku obrotowego w związku ze zmianą przepisów podatkowych i możliwość odroczenia stosowania w stosunku do takiej spółki przepisów PIT i CIT, nie oznacza, że Wykonawca na tej podstawie uzyskał możliwość przedkładania informacji, które deformują jego sytuację finansową i uniemożliwiają Zamawiającemu obiektywną ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu. W związku z tym należy zauważyć, że w sytuacji gdy Wykonawca nie dysponował sprawozdaniem finansowym za ostatni rok obrotowy wnoszący 12 miesięcy, powinien przedłożyć inne dokumenty, które w sposób wiarygodny obrazują jego sytuację finansową, np. oświadczenie przedstawiające dane za okres 1.01.2020r.31.12.2020r.

W pkt XII ppkt 13 SWZ Zamawiający wskazał, że „jeżeli Wykonawca, zgodnie z przepisami o rachunkowości obowiązującymi w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie ma obowiązku sporządzenia sprawozdania finansowego, zamiast dokumentu, o którym mowa w pkt 13), składa inne dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w Postępowaniu określonych w Rozdziale X ust. 3 i 4 powyżej. W przypadku, gdy Wykonawca zgodnie z przepisami o rachunkowości jest zobowiązany do sporządzenia sprawozdania finansowego za ostatni zakończony rok obrotowy, a wykaże spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w Rozdziale X ust. 3 i ust. 4 powyżej, za pomocą innych dokumentów, Zamawiający zastrzega sobie możliwość żądania przed zawarciem umowy przedłożenia części sprawozdania finansowego, tj. w szczególności bilansu oraz rachunku zysków i strat, w których zawarte będą dane na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w Rozdziale X ust. 3 i ust. 4 powyżej”.

Zamawiający dopuścił zatem potwierdzanie spełniania ww. warunku za pomocą innych dokumentów niż sprawozdanie finansowe. Powyższe postanowienia mają przede wszystkim zastosowanie do podmiotów zagranicznych, jednak również w odniesieniu do podmiotów krajowych możliwe jest zastąpienie określonych dokumentów oświadczeniami w sytuacji, gdy nie jest możliwe lub jest utrudnione pozyskanie dokumentu wymaganego przez Zamawiającego lub gdy czasowo taki dokument nie jest sporządzany.

Przykładowo w opinii Urzędu zamówień Publicznych pn. „Brak możliwości uzyskania dokumentu dotyczącego podstaw wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w związku z okolicznościami wywołanymi epidemią COVID-19”, w odniesieniu do dokumentów podmiotowych dotyczących przesłanek „kluczenia z postępowania wskazano, że „sformułowanie „nie wydaje się dokumentów”, użyte w S 7 ust. 3 rozporządzenia ws. dokumentów należy interpretować w ten sposób, że w świetle właściwych regulacji prawnych, takich dokumentów w ogóle się nie wydaje. Ratio legis tego przepisu pozwala jednak na przyjęcie interpretacji, że przez „niewydawanie dokumentu” należy rozumieć również sytuację, gdy w kraju siedziby lub miejsca zamieszkania wykonawcy wydaje się dokument, jednak nie jest on wydawany czasowo, ze względu na wystąpienie czynników zewnętrznych, które obiektywnie uniemożliwiają uzyskanie przez wykonawcę tego dokumentu”.

W niniejszym przypadku zatem wyrażenie „nie ma obowiązku sporządzenia sprawozdania finansowego” należałoby również rozumieć sytuację, gdy czasowo, ze względu na wystąpienie czynników zewnętrznych (tj. zmianę przepisów podatkowych), dany podmiot nie jest zobowiązany do sporządzenia sprawozdania finansowego. Jednocześnie w ww. opinii jednoznacznie potwierdzono, że „omawiając skutki powyższego dla wykonawców, nie można pominąć zasady równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zasada ta, będąca jedną z naczelných zasad zamówień publicznych, zapewnia niedyskryminację wykonawców ze względu na miejsce pochodzenia lub prowadzenia działalności, niezależnie od tego, z jakiego kraju członkowskiego pochodzą, lub w jakim mają siedzibę. Dotyczy zatem zarówno wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, jak i w jej granicach. Chociaż umiejscowienie przepisu S 7 ust. 3 rozporządzenia ws. dokumentów w treści tego aktu prawnego wskazuje, że dotyczy on tylko wykonawców zagranicznych, to jednak ze względu na wskazaną wyżej zasadę równego traktowania wykonawców, należy uznać, że również wykonawca krajowy, ma możliwość - w przypadku spełnienia przesłanek określonych w tym przepisie -

zastąpienia dokumentu oświadczeniem, na zasadach określonych w § 7 ust. 3 rozporządzenia ws. dokumentów, analogicznie jak wykonawca zagraniczny. Przyjęcie odmiennej interpretacji dyskryminowałoby podmioty krajowe, dla których powyższe uprawnienie nie wynika wprost z treści rozporządzenia ws. dokumentów. W konsekwencji, podmioty krajowe, zobowiązane do przedłożenia dokumentów, które są czasowo niewydawane przez urzędy i instytucje byłyby wykluczane z postępowań o zamówienie publiczne, podczas, gdy w będący w analogicznej sytuacji wykonawcy zagraniczni mogliby skorzystać z uprawnienia do złożenia oświadczenia, na zasadach określonych w par. 7 ust. 3 rozporządzenia ws. dokumentów i ubiegać się o uzyskanie zamówienia publicznego". Z uwagi na powyższe ROMGOS miał możliwość wykazania danych za okres 1.01.2021 r. - 31.12.2021 r. za pomocą innych dokumentów niż rachunek zysków i strat oraz część sprawozdania finansowego. Zmiana przepisów podatkowych umożliwiającą Wykonawcy wydłużenie roku obrotowego i sporządzenie sprawozdania finansowego za ten okres, nie zwalniała Wykonawcy z obowiązku przedstawienia w celu wykazania warunków ekonomicznych, innego dokumentu przedstawiającego parametry finansowe za okres 01.01.2021r. - 31.12.2021r. Systemy księgowe stosowane przez przedsiębiorców umożliwiające z reguły generowanie podstawowych wskaźników finansowych i danych ekonomicznych za dowolne okresy, np. miesięczne, z uwagi na obowiązki sprawozdawcze podmiotów (np. podatkowe, GUS) oraz konieczność przedkładania aktualnych danych organom spółki na potrzeby bieżącego zarządzania przedsiębiorstwem. Z uwagi na powyższe uzasadnione jest przypuszczenie, że Wykonawca posłużył się danymi z „wydłużonego roku obrotowego” w celu uzyskania wskaźników finansowych na poziomie wymaganym przez Zamawiającego i wytworzenia w Zamawiającemu przekonania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej. Powyższe dane były zatem podstawą do podjęcia przez Zamawiającego decyzji o wyborze oferty ROMGOS jako oferty najkorzystniejszej. Miały zatem istotny wpływ na przebieg niniejszego postępowania. Jednocześnie wskazuje to na umyślne działanie lub rażące niedbalstwo Wykonawcy. W konsekwencji spełnione zostały przesłanki odrzucenia oferty ROMGOS z uwagi na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu (art. 226 ust. 1 lit. b Pzp) oraz Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp.

#### Wprowadzenie Zamawiającego w błąd (oferta ROMGOS)

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

„Podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. może być zastosowana wtedy, gdy wykonawca zamierza wprowadzić zamawiającego w błąd, a więc jego działanie cechuje wina umyślna, zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Zamiar bezpośredni występuje wtedy, gdy wykonawca chce wprowadzić zamawiającego w błąd, natomiast zamiar ewentualny wtedy, gdy nie chce, ale przewidując możliwość wprowadzenia w błąd, godzi się na to. Poza tym ta podstawa wykluczenia może być zastosowana także wtedy, gdy działanie wykonawcy charakteryzuje rażące niedbalstwo. Nie jest to już wina umyślna, lecz kwalifikowana postać winy nieumyślnej zakładająca, że osoba podejmująca określone działania powinna przewidzieć ich skutki. Od zwykłej winy nieumyślnej różni się tym, że przewidzenie było tak oczywiste, iż graniczy z celowym działaniem” (wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2021 r.; sygn. akt: KIO 656/21).

W celu wypełnienia hipotezy tego przepisu wszystkie przesłanki muszą wystąpić łącznie, tj.:

- przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd; błąd polegał na przyjęciu przez zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu; przedstawienie informacji jest wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa; informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Wykonawcy ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia w przedłożonych JEDZ potwierdzili spełnianie warunków udziału w niniejszym postępowaniu oraz w celu potwierdzenia tych oświadczeń przedłożyli stosowne dokumenty. Przedstawione dokumenty nie potwierdziły jednak złożonych deklaracji.

ROMGOS przekazał bowiem nieprawdziwe informacje w zakresie dysponowania kierownikiem robót technologicznych o wymaganym doświadczeniu (pkt X ust. 7 lit. c) oraz

w zakresie spełniania warunków ekonomicznych określonych w pkt X ust. 3-6 SWZ.

Powyższe informacje miały istotny wpływ na przebieg niniejszego postępowania, ponieważ na ich podstawie Zamawiający uznał, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz dokonał wyboru oferty ROMGOS. Z uwagi na charakter nieprawdziwych informacji ich przedłożenie było wynikiem celowego działania Wykonawcy lub co najmniej rażącego niedbalstwa. Brak zatem podstaw do nakładania na Zamawiającego obowiązku wezwania Wykonawcy do wyjaśnień czy uzupełnienia dokumentów.

Zgodnie z utrwaloną linią orzecznictwą Izby złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji wyłącza możliwość uzupełniania dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 128 ust. 1 Pzp (uprzednio: art. 26 ust. 3 Pzp.), np. wyroki Izby wydane w sprawach o sygn. akt: KIO 734/17, KIO 1004/17, KIO 2003/17, KIO 2430/17, KIO 1978/17, KIO 1139/19.

„Skutkiem złożenia informacji wprowadzających w błąd w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. jest konieczność wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu bez możliwości skorzystania z dobrodziejstwa instytucji z art. 26 ust. 3 p.z.p. W konsekwencji też, nie mogą podlegać ocenie zamawiającego dokumenty złożone przez wykonawcę bez wezwania w ramach tzw. samouzupełnienia. Przy przyjęciu interpretacji proponowanej przez odwołującego wykonawca składając dokumenty celem wykazania warunku byłby uprawniony co najmniej raz wprowadzić zamawiającego w błąd, bez żadnych konsekwencji. Taka wykładnia przepisu jest niezasadna i nie odpowiada celowi regulacji, jakim jest wyeliminowanie z postępowania wykonawców, wprowadzających zamawiającego w błąd na skutek celowego albo lekkomyślnego lub niedbałego zachowania. Dostrzeżenia wymaga, że brzmienie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. jest kategoryczne. Przepis ten kreuje po stronie zamawiającego obowiązek wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu w razie każdego zaistnienia przesłanek w nim opisanych” (wyrok KIO z dnia 28.06.2019 r.; KIO 1139/19).

Należy przy tym zauważyć, że powyższej interpretacji nie zmienia fakt, że obecnie art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP stanowi fakultatywną przesłankę wykluczenia z postępowania. W przypadku bowiem gdy zamawiający (tak jak w niniejszym postępowaniu) przewidzi zastosowanie tej podstawy wykluczenia z postępowania w dokumentacji przetargowej, nie może zrezygnować z oceny wykonawców na jej podstawie w toku postępowania. Ponadto „trzeba zauważyć cel wprowadzenia przesłanek wykluczenia - mają one chronić zamawiających przez nierzetelnymi wykonawcami. Badanie zatem przesłanek wykluczenia musi być dokonywane z uwzględnieniem celu ich wprowadzenia. Wykonawca, który podaje informację nie mającą odzwierciedlenia w rzeczywistym stanie rzeczy, nie daje ręką rzetelności i poddaje w wątpliwość swoją należytą staranność profesjonalisty” (wyrok KIO z dnia 3.02.2020 r., KIO 104/20).

#### Zaniżenie w ofercie kosztów ogólnych i zysku (oferta Stalprofil)

Zgodnie z pkt XVII ust. 4 SWZ, w cenie oferty należy uwzględnić wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu Zamówienia. Wynagrodzenie wyczerpuje wszelkie należności Wykonawcy wobec Zamawiającego związane z realizacją przedmiotu Zamówienia. Wykonawcy nie przysługuje zwrot od Zamawiającego jakichkolwiek dodatkowych kosztów poniesionych przez Wykonawcę w związku z realizacją przedmiotu Zamówienia. Ponadto w par. 13 ust. 3 wzoru umowy wskazano, że wynagrodzenie, obejmuje wszystkie koszty (w tym bezpośrednie i pośrednie) niezbędne do realizacji przedmiotu Umowy, a w szczególności koszty związane z: zakupem Materiałów, Urządzeń, robocizną, pracą Sprzętu i ludzi, transportem, wywozem odpadów, wykonaniem połączeń z istniejącymi instalacjami, opłatami administracyjnymi itp. Prawidłowo obliczona cena oferty powinna zatem obejmować wszystkie elementy przedmiotu zamówienia i wszystkie czynniki składające się na koszty jego realizacji, w tym koszty wynagrodzeń osób skierowanych do realizacji zamówienia, koszty utrzymania biura, zysk.

Stalprofil w Wyjaśnieniach w zakresie ceny podanej w ofercie z dnia 19.07.2021r. (str. 7-8) poinformował o nieuwzględnieniu w cenie rzeczywistych kosztów ogólnych (stałych) oraz zysku. Przyczyną tego stanu rzeczy były, jak wskazano w ww. wyjaśnieniach, zasady uwzględniania w poszczególnych projektach kosztów stałych działalności przedsiębiorcy oraz marginalne znaczenia Oddziału Wykonawcy, który będzie realizował zamówienie dla rentowności całego Wykonawcy. Cena Stalprofil jest zatem nierentowana i wyłącza możliwość uzyskania realnego zysku z tytułu realizacji niniejszego zamówienia. Oznacza to również, że nie obejmuje ona całego zakresu zamówienia oraz Wykonawca zaniżył powyższe składniki cenotwórcze w celu uzyskania jak najwyższej punktacji w podstawowym kryterium oceny ofert jakim jest w niniejszym postępowaniu „Cena”.

W tym postępowaniu wskazała Odwołująca, że mamy zatem do czynienia, nie z odmiennym

czy specyficznym dla tego Wykonawcy sposobem uwzględniania kosztów stałych czy zysku w kalkulacji cen ofertowych, ale z pominięciem przez tego Wykonawcę znaczącej części takich kosztów w złożonej ofercie. Wyjaśnienia Stalprofil w rzeczywistości nie wskazują okoliczności właściwych temu Wykonawcy, które spowodowały obniżenie ceny jego oferty, a jedynie informują, że uzyskane „oszczędności” są wynikiem pominięcia lub zaniżenia określonych elementów cenotwórczych. Natomiast przedmiot zamówienia obejmuje szereg czynności i obowiązków Wykonawcy, które są pokrywane w ramach tego typu kosztów, np. koszty zarządzania budową wynikające z pkt 4 OPZ (koszty utrzymania biura, łączności, dojazdu, udział w czynnościach na budowach, pobieranie urzędowych dokumentów, udział w naradach). Wyjaśnienia Stalprofil potwierdziły wprost, że wysokość ceny ofertowej jest efektem pominięcia lub istotnego zaniżenia obligatoryjnych czynników cenotwórczych przez Wykonawcę. Z uwagi na powyższe oferta Stalprofil podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 Pzp. Zaoferowana cena nie gwarantuje bowiem pełnego i należytego wykonania danego przedmiotu zamówienia. Zamawiający dokonał klasyfikacji ww. oferty i zajęła ona drugie miejsce w rankingu ofert. Powyższe działania były nieuzasadnione z uwagi na fakt, że cena oferty Stalprofil odbiega o więcej niż 30% od kalkulacji sporządzonej przez Zamawiającego oraz Wykonawca wprost potwierdził nieuwzględnienie w kalkulacji rzeczywistych kosztów stałych oraz rezygnację z zysku. Zamawiający pomimo przyznana przez ww. Wykonawcę, że zamówienie będzie częściowo finansowane z innych źródeł (m.in. innych kontraktów realizowanych przez Wykonawcę) oraz założenia nieosiągnięcia zysku na tej inwestycji, zaniechał odrzucenia oferty Wykonawcy.

Z uwagi na powyższe w odniesieniu do oferty Stalprofil wystąpiła również przesłanka odrzucenia oferty określona wart. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp. W związku z tym zamawiający zobowiązany był do „sprawdzenia, czy cena oferty obliczona została w oparciu o prawidłowo ustalony przez wykonawcę zakres wymagań, określony w postępowaniu, w szczególności, czy uwzględnia wszystkie elementy cenotwórcze konieczne do prawidłowego wykonania zamówienia. [...] Zatem z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu oferty będziemy mieli do czynienia w przypadku nieuwzględnienia (lub uwzględnienia w sposób nieprawidłowy) w wyliczeniu ceny lub kosztu wszystkich elementów ceno - lub kosztotwórczych, wynikających z przepisów prawa oraz cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu lub warunków realizacji” (M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2020). Ponadto sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia w celu wyeliminowania innych wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia stanowi przejaw utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku i jest czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 unzk. „Przejawem manipulacji cenowej nie jest jedynie przyjmowanie rażących dysproporcji w stosunku do kosztu poszczególnych cen składowych oferty - w niegodziwym celu - wyeliminowania w ten sposób konkurencji, ale wszelkie znaczące i wyraźnie wskazujące na taki zamiar - odstępowania od prawidłowego kalkulowania cen - bez powiązania z ich realnymi kosztami uzyskania” (wyrok KIO z dnia 28 marca 2017r.; KIO 473/17). W związku z tym oferta Stalprofil podlega odrzuceniu również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp jako oferta złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów unzk.

#### Brak urządzeń koniecznych do realizacji zamówienia (oferta Stalprofil)

Zamawiający na podstawie w pkt X ust. 8 SWZ wymagał w celu spełnienia warunku udziału w niniejszym postępowaniu:

8. Dysponują lub będą dysponować następującymi urządzeniami w celu realizacji zamówienia:

1) w przypadku posiadania zatwierdzonej technologii spawania. o której mowa w ust. 6 c) powyżej:

- dla spawania liniowego: czołówkami spawalniczymi do zmechanizowanego spawania obwodowego rur o średnicy DN 1000, ilości co najmniej: 2 szt składającej się z 5 spawalnic.
- dla spawania mmontażowego: minimum 2 grupami montażowymi, każda składająca się z dwóch spawaczy.

Zaprawiający „spawanie w sposób zmechanizowany” definiuje jako realizację spawania obwodowego z zastosowaniem centrownika wewnętrznego, w której głowica automatu spawalniczego, spawającego złącze doczołowe rur rurociągu porusza się po prowadnicy zamontowanej na spawanej rurze.

Zamawiający definiuje „czołówkę spawalniczą” jako zespół spawalnic (minimum 5 spawalnic) dwustanowiskowych do "konania poszczególnych warstw spoiny.

Stalprofil w celu spełnienia powyższego wymagania korzysta z zasobów udostępnionych przez PGNiG Technologie S.A.. Jednak zasoby udostępnione przez PGNiG Technologie S.A. nie pozwalają na spełnienie przez Stalprofil warunku określonego w pkt X ust. 8 SWZ. Zgodnie bowiem ze zobowiązaniem, PGNiG Technologie S.A. udostępnił Stalprofil:

1) naszej zdolności technicznej

Mając na uwadze powyższe, wskazujemy następujące informacje:

a) zakres udostępnianych przez nas zasobów:

- 16 szt. głowic spawalniczych Lincoln PiperPlus,
- 16 szt. źródeł spawalniczych Lincoln Piper Plus,
- 2 szt. źródeł spawalniczych Lincoln Invertec STTII.

6 szt. Spawalnic.

Oznacza to, że udostępnione zostało 16 sztuk głowic do spawania zmechanizowanego / 2 głowice na spawalnicę = 8 spawalnic wyposażonych w sprzęt do spawania

zmechanizowanego.

Spawanie zmechanizowane jest to spawanie, gdzie głowica automatu spawalniczego porusza się po prowadnicy zamontowanej na spawanej rurze z wykorzystaniem centrownika wewnętrznego. W pkt X ust. 8 SWZ, wymagania w zakresie ilości głowic poruszającymi się po prowadnicy ustalono na następującym poziomie: 2 głowice x 5 spawalnic x 2 czołówki = 20 głowic.

W wykazie urządzeń technicznych Stalprofil dla spawania liniowego (lp. 11-14) zostały wykazane urządzenia do ręcznego spawania warstwy graniowej, co jest niezgodne ze zdefiniowanym przez Zamawiającego spawaniem w sposób zmechanizowany. Należy podkreślić, że Zamawiający zdefiniował „czołówkę spawalniczą” jako zespół spawalnic (minimum 5 spawalnic) dwustanowiskowych do wykonywania poszczególnych warstw spoiny. Na rynku dostępne są technologie spawania zmechanizowanego, gdzie wszystkie warstwy ( warstwa przetopowa, wypełnienie oraz warstwa licowa) są wykonywane w sposób zmechanizowany, czyli z zastosowaniem głowicy automatu spawalniczego poruszającej się po prowadnicy zamontowanej na spawanej rurze. W konsekwencji Stalprofil nie wykazał dysponowania wymaganą przez Zamawiającego ilością głowic, tj. wykazał 16 głowic (8 spawalnic wyposażonych w sprzęt do spawania zmechanizowanego). zamiast 20 głowic (10 spawalnic wyposażonych w sprzęt do spawania zmechanizowanego). Stalprofil wraz z ofertą przedłożył zobowiązanie podmiotu trzeciego (CRC-Evans B. V.) do udostępnienia zasobów w zakresie ww. warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt X ust. 8 SWZ (głowice spawalnicze) oraz technologii spawania. Następnie w odpowiedzi na wezwanie z dnia 7 lipca 2021 r. do przedłożenia dokumentów w trybie art. 126 ust. 2 Pzp, Stalprofil w dniu 20 lipca 2021 nie przekazał podmiotowych środków dowodowych podmiotu trzeciego, na zasobach którego polega, tj. CRC-Evans B.V. Z uwagi na powyższe w piśmie z dnia 5 sierpnia 2021 r. został wezwany przez Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dotyczących podmiotu trzeciego, na zasobach którego polega, tj. CRC-Evans B. V.

Stalprofil nie dokonał uzupełnienia ww. dokumentów.

Natomiast w odpowiedzi z dnia 23 sierpnia 2021 r. przedłożył własną technologię spawania oraz zobowiązanie wystawione przez PGNiG Technologie S.A. w zakresie urządzeń koniecznych do wykonania zamówienia (głowic spawalniczych). W pkt III pisma przewodniego z dnia 23 sierpnia 2021r. Stalprofil poinformował, że „w odpowiedzi na polecenia Zamawiającego wyartykułowane w częściach od I do V Wezwania, a dotyczące podmiotu udzielającego zasoby CRC Evans B.V. z siedzibą w Niderlandach, Wykonawca oświadcza niniejszym, że na zasadzie zapisu art. 122 ustawy Prawo zamówień publicznych, wobec niemożliwości uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w odniesieniu do tego podmiotu udzielającego zasoby, Wykonawca wskazuje inny podmiot, na którego zasobach technicznych będzie polegał w trakcie ewentualnej realizacji zamówienia. Podmiotem tym jest firma Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo Technologie Spółka Akcyjna z siedzibą w Krośnie (dalej PGNiG T.).” Z uwagi na powyższe Stalprofil nie wykazał spełnienia warunku określonego w pkt X ust. 8 SWZ w zakresie dysponowania urządzeniami koniecznymi do prawidłowej realizacji zamówienia. Jednocześnie z uwagi fakt, że Stalprofil na podstawie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 122 Pzp dokonał zmiany podmiotu udostępniającego zasoby, brak podstaw do ponownego wyzwania tego Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie w postaci zobowiązania czy też w postaci

wykazania samodzielnego spełniania warunków oraz przyjęcia przez Zamawiającego kolejnego zobowiązania podmiotu trzeciego.

„Regulacja wyrażona w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jest regulacją określającą w sposób kompleksowy zasady wezwania o uzupełnienie oświadczeń z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, podmiotowych środków dowodowych, oraz innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Natomiast, przepis art. 122 ustawy Pzp jedynie doprecyzowuje możliwe działania wykonawcy, w sytuacjach określonych w art. 128 ustawy Pzp, przy powoływaniu się na potencjał podmiotu trzeciego. Przepis art. 122 ustawy Pzp dotyczy zatem okoliczności, gdy zgłoszony przez wykonawcę na etapie składania ofert podmiot trzeci, z jakichś przyczyn, nie będzie potwierdzał, że dysponuje wymaganym przez zamawiającego zasobem lub, gdy w odniesieniu do podmiotu trzeciego nie zostanie potwierdzony brak podstaw do wykluczenia. W każdym z powyższych przypadków reeula iednokrotneeo wezwania o ten sam dokument na podstawie art. 128 ustawy Pzp, w związku z brzmieniem tego przepisu - nie ulega zmianie. Dlatego też błędne jest twierdzenie odwołującego, że w związku z faktem, iż ponowne wezwanie będzie dotyczyło innych okoliczności (innych zasobów), nie doszłoby do naruszenia zasady jednokrotności wezwania. Wezwanie zamawiający wystosowuje w odniesieniu do określonego dokumentu np. zobowiązania jako takiego, złożenie zobowiązania kolejnego podmiotu nie powoduje. iż odnawia się obowiązek zamawiającego do wezwania o uzupełnienie tego dokumentu jeżeli zawiera on jakieś braki” (wyrok KIO z dnia 18 maja 2021 r.; sygn. akt: KIO 931 / 21).

Stalprofil dokonywał wyboru podmiotów z którymi nawiązywał współpracę w celu pozyskania zamówienia i to on jako profesjonalista, ponosi ryzyko nawiązania takiej współpracy.

„Wykonawca, winien dokonać wyboru podmiotu, w oparciu o zasoby którego będzie ubiegał się o uzyskanie zamówienia, z należytą starannością i dbałością o pewność wybranych kontrahentów” (wyrok KIO z dnia 18 maja 2021 r.; sygn. akt: KIO 931/21).

#### Wielokrotne wezwania do wyjaśnień (oferta RMOGOS, oferta Stalprofil)

Na podstawie art.226 ust. 1 pkt 8 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę zawierającą rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponadto w myśl 224 ust. 6 Pzp, odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany jest zatem udzielić wyjaśnień, które sposób niebudzący wątpliwości umożliwią ocenę oferty pod względem zaoferowania rażąco niskiej ceny. Zamawiający może zatem wezwać kolejny raz do złożenia wyjaśnień, wykonawcę, który złożył prawidłowe, rzetelne pierwsze wyjaśnienie. Niedopuszczalne jest natomiast ponowne wyzwanie do wyjaśnień, gdy wykonawca przedstawił ogólnikowe wyjaśnienia lub uchylił się od udzielenia informacji.

Zgodnie z jednolitą linią orzecniczą z uwagi na fakt, iż wezwanie kierowane jest do profesjonalistów, wobec których wymagane jest dochowanie podwyższonej staranności (art. 355 S 2 k.c.) oraz z ze względu na zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 16 Pzp), Zamawiający może jednokrotnie wystąpić do wykonawcy z wezwaniem do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. W wyroku z 12 czerwca 2020r. (sygn. akt: KIO 696/20) KIO podkreśliła, że „Zamawiający nie może wzywać wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć”.

Ponowne wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jest dopuszczalne wyjątkowo, w przypadku konieczności doprecyzowania niektórych zagadnień. Natomiast Zamawiający nie jest uprawniony ani zobowiązany do kierowania wezwań „do skutku” i zastępowania wykonawcy w wyjaśnianiu elementów składowych oferty i rażąco niskiej ceny. „Ponowienie wezwania nie może stanowić ratowania oferty, wówczas gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami, wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć” (wyrok KIO z dnia 26 marca 2019r.; sygn. akt: KIO 432/19). Natomiast w niniejszym postępowaniu Zamawiający trzykrotnie wzywał Wykonawców zajmujących dwa pierwsze miejsca w rankingu ofert do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Powyższe działanie Zamawiającego należy zakwalifikować jako naruszenie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp. Złożenie niestarannych, nierzetelnych lub ogólnikowych wyjaśnień nie upoważnia bowiem

Zamawiającego do kierowania do wykonawców kolejnych wezwań.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestników  
postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz  
oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła,

co następuje:

W odniesieniu do obu spraw odwoławczych:

Izba wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm. dalej: „ustawa” lub „Pzp”).

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem każdego z odwołań. Odwołania zostały złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 24 września 2021 roku od czynności Zamawiającego z dnia 14 września 2021 roku, a kopie zostały przekazane w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła, że w odniesieniu do każdego z odwołań zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 nowej ustawy - Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

W zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2321/21 Izba umarzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów naruszenia art. 226 pkt 2 lit c, a także naruszenia § 2 ust. 1 pkt 4 i 5 Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz § 6 ust. 1 i ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30.12.2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. z 2020 r. poz. 2452) - dalej: „Rozporządzenie w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji”, a nadto art. 226 pkt 2 lit a oraz c w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 4, a także naruszenie § 6 ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji, jak również art. 125 Pzp,

a także ewentualnie naruszenia art. 128 ust. 1 i art. 26 ust. 3 Pzp przez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum ROMGOS, mimo, że Konsorcjum ROMGOS - TOLOS przedłożyło:

(a) Plik - zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek dotyczący ROMGOS ENGINEERING- bez kwalifikowanego podpisu elektronicznego pracownika ZUS J. F.,

(c) Plik - zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek dotyczący R. D. - bez kwalifikowanego podpisu elektronicznego pracownika ZUS A. P.,

(f) Plik - zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek dotyczący Techno - Pomiar Sp. z o.o. - bez kwalifikowanego podpisu elektronicznego pracownika ZUS M.M.,

(g) oraz nie przedłożyło: JEDZ ROMGOS G. do postępowania ZP/2021/04/0050/REM, zamiast którego złożono niepodpisany JEDZ

do postępowania ZP/2021/04/0027/TAR.

- z uwagi na to, że Odwołujący złożył w trakcie posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego oświadczenie o wycofaniu powyższych zarzutów odwołania

(Pełnomocnik w sprawie KIO 2821/21 cofa zarzut 5 w odniesieniu do litery a, c, f, g)

## Sygn. akt KIO 2821/21

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy z 2019 Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestników postępowania odwoławczego tj.

- wykonawcy PORR spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: PORR) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2821/21 po stronie Odwołującego,

- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie ROMGOS spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością ENGINEERING spółka komandytowa z siedzibą w Jarocinie (pełnomocnik), ROMGOS G. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jarocinie, Przedsiębiorstwo Budowlano-Melioracyjne TOLOS P.W. i Wspólnicy spółka komandytowa z siedzibą

w Żorach (dalej: Konsorcjum lub Konsorcjum Romgos) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2821/21 po stronie Zamawiającego,

złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego wyrażone w piśmie z dnia 20 października 2021 roku „Odpowiedź na odwołanie”.

Izba uwzględniła stanowisko Konsorcjum Romgos wyrażone w piśmie z dnia 21 października 2021 roku. Izba dopuściła zawnioskowane i załączone do ww. pisma dowody.

Izba dopuściła zawnioskowane i złożone w trakcie rozprawy przez Odwołującego dowody:

- dowód nr 1 - zrzuty ze ekranu monitora obrazuje prowadzenie pliku do czytania smartSing (2 karty),
- dowód nr 2 - Sprawozdanie finansowe Przedsiębiorstwo Budowlano - Melioracyjne TOLOS P. W.i wspólnicy spółka komandytowa z siedzibą w Żorach.

Izba oddaliła wniosek o skierowanie do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, na podstawie art. 267 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej pytania prejudycjalnego dotyczącego art. 12 ust 4 ustawy o z dn. 28.11.2020 roku o zmianie ustawy o podatku dochodowym dla osób fizycznych(...) z art. 80 ust 3 dyrektywy 2014/25 dyrektywy sektorowej, w zw. art. 58 ust. 1 i 3 dyrektywy 2014/24 w kontekście odpowiedzi na pytanie czy przepis przywołany na wstępie, skutkujący nierównym traktowaniem wykonawców jest zgodny z powołanymi przepisami dyrektyw i zasadą równości.

Wniosek Odwołującego nakierowany jest w szczególności na niczym nieuzasadnioną przewlekłość postępowania i dotyczy jednostkowej okoliczności prawnej, a wynika to z faktu,

że pozostaje on jedynie wybiórczym określonym przez Odwołującego wnioskowaniem. Pomija faktycznie istniejący w ramach przepisów prawa sposób sprawozdawczości w zakresie roku obrotowego, a odnoszący się do wszystkich prawnych form jednostek jedynie wynikający z momentu rozpoczęcia działalności lub zmiany roku obrotowego.

W ocenie Izby pytanie postawione przez Odwołującego w świetle dyrektywy nie wymaga odpowiedzi ponieważ regulacje dyrektywy są jednoznaczne i precyzyjne również w kontekście postanowień krajowych i postanowień SWZ.

W zakresie podnoszonych przez Odwołującego naruszeń Izba uznała:

W zakresie zarzutu (1) naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp przez zaniechanie, odtajnienia kluczowych części wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum ROMGOS - TOLOS, mimo że wyłączenie niektóre z informacji zawartych we wskazanych wyjaśnieniach tj. dane osobowe osób fizycznych takie jak: imię i nazwisko, adres zamieszkania, PESEL, NIP, nazwa prowadzonej działalności gospodarczej, mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co uniemożliwiło postawienie dalej idących - aniżeli wskazane w uzasadnieniu pkt 2 poniżej - zarzutów zaniechania odrzucenia oferty wybranej ze względu na rażąco niską cenę zawartą w tej ofercie oraz ze względu na zaoferowanie przez Konsorcjum ROMGOS - TOLOS świadczenia poniżej kosztów wytworzenia i zmuszenie Zamawiającego do wybrania jej jako najtańszej, a nadto art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010) dalej "uznk" w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odtajnienia kluczowych części wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum ROMGOS - TOLOS, mimo że wykonawca ten nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - Izba uznała zarzuty za niezasadne.

Na wstępie Izba wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

Zgodnie z art. 16 ustawy Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

W oparciu o art. 18 ust. 1 ustawy - Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Art. 226 ust. 1 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...)

- 7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

Art. 239. 1 ustawy - Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. z dnia 8 października 2020 r. Dz.U. z 2020 r. poz. 1913) - przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Izba ustaliła, że wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie ROMGOS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ENGINEERING spółka komandytowa z siedzibą w Jarocinie (pełnomocnik), ROMGOS G. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jarocinie, Przedsiębiorstwo Budowlano-Melioracyjne TOLOS P. W. i Wspólnicy spółka komandytowa z siedzibą w Żorach (dalej: Konsorcjum lub Konsorcjum Romgos) na wezwanie Zamawiającego złożyli za pismem z dnia 22 lipca 2021 roku, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 8 lipca 2021 roku, Wyjaśnienia w zakresie ceny wskazanej w ofercie. W tym dokumencie Konsorcjum podało, że informacje wskazane w załącznikach od 1 do 6 do niniejszego pisma, tj.:

- A. załącznik nr 1 - sposób wyliczenia ceny (tabela zawierająca kalkulacje cenowe) wraz załącznikami (oferty dostawców materiałów i podwykonawców)
- B. załącznik nr 2 - schemat organizacyjny oraz lista spawaczy,
- C. załącznik nr 3 - lista środków trwałych będących w posiadaniu Romgos G. sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Budowlano-Melioracyjne TOLOS P.W. i wspólnicy sp. k.,
- D. załącznik nr 4 - wyjaśnienie dot. ceny za Opcję nr 2,
- E. załącznik nr 5 - umowy z kontrahentami, którzy w przedmiotowym postępowaniu złożyli oferty Wykonawcy, zawierające klauzulę o poufności - wraz z listą i odniesieniami do klauzul,
- F. załącznik nr 6 - zawierający przykładowe umowy o pracę osób mających dostęp do informacji poufnych, oświadczenia o zachowaniu poufności kluczowego personelu biorącego udział w przygotowaniu oferty,
- G. załącznik nr 8 - „Polityka Bezpieczeństwa Romgos” i opis sposobu nadawania uprawnień dostępowych z print screenami.

stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r., poz. 1913) i jako takie - na mocy art. 18 ust. 3 Prawa zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129) - nie podlegają ujawnieniu podmiotom innym, aniżeli Operatorowi Gazociągów Przesyłowych GAZSYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”). Przedmiotowe informacje, stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy, stanowią osobne pliki oraz zawierają w nazwach określenie „TAJEMNICA”.

Następnie Konsorcjum zawarło w tym piśmie uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby argumentacja przedstawiona przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania w żaden sposób nie dowodzi, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Konsorcjum Romgos w piśmie z dnia 22 lipca 2021 roku nie zostało zweryfikowane przez Zamawiającego. Nie dowodzi również, że dokonanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w sposób nieprawidłowy.

Wymaga wskazania, że Konsorcjum tajemnicą przedsiębiorstwa objęło poszczególne załączniki do pisma z dnia 22 lipca 2021 roku, przy czym w kolejnych pismach z dnia 16 sierpnia 2021 roku oraz 2 września 2021 roku, które składane były na okoliczność wykazania elementów oferowanej ceny. Odwołujący w uzasadnieniu odwołania nie wskazał do jakiego pisma, czy do wszystkich, referuje w swoim stanowisku, a przecież wszystkie pisma dotyczyły właśnie wyjaśnienia elementów zaoferowanej przez Konsorcjum ceny. Odwołujący w treści zarzutu posługuje się sformułowaniem „kluczowych części wyjaśnień” niemniej w żaden sposób nie wyjaśnia co rozumie za te rzeczony kluczowe części wyjaśnień. W ocenie Izby również zawarte w treści zarzutu pierwszego wskazanie,

że wyłącznie niektóre z informacji zawartych we wskazanych wyjaśnieniach tj. dane osobowe osób fizycznych takie jak: imię i nazwisko, adres zamieszkania, PESEL, NIP, nazwa prowadzonej działalności gospodarczej, mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie zostało przez Odwołującego w żaden sposób wyjaśnione, a co więcej nie zostało udowodnione.

Izba podkreśla w tym miejscu, że jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasadą, niemniej nie jest prawem bezwzględnie obowiązującym. Każdy wykonawca jest uprawniony do podjęcia działań mających na celu ochronę jego tajemnicy przedsiębiorstwa, więcej ma prawo domagać się utrzymania tej ochrony. Natomiast podmiot - jak w tym wypadku Odwołujący - obowiązany jest do wykazania, że w ramach poczynionych wyjaśnień wykonawca nie sprostął przesłankom uzasadniającym podjęcie ochrony. Izba wskazuje, że zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Wymaga wskazania, że wyżej przytoczony art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie precyzuje jakie konkretnie działania musiał podjąć dany podmiot w celu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, aby można było te informacje uznać za poufne. Dlatego tak ważne na etapie budowania argumentacji odwołania jest wykazanie, że dane działanie wykonawcy nie może być pozytywnie ocenione, bowiem dla jego prawidłowości wymagane jest zaistnienie w takich okolicznościach określonej argumentacji itp. Izba podkreśla, że konieczność wykazania przez wykonawcę zastrzegającego określone informacje tajemnicą przedsiębiorstwa zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy nie zwalnia Odwołującego z podnoszenia argumentacji faktycznej w odwołaniu pozwalającej na dokonanie oceny zastrzeżenia w przyznaniu stanowiska Odwołującego.

Odwołujący prezentowane stanowisko odniósł do poszczególnych przedstawionych przez konsorcjum Romgos załączników przy piśmie z dnia 22 lipca 2021 roku.

W zakresie kalkulacji ceny oferty - tabeli jaka została złożona przez wykonawcę w wyniku odpowiedzi na wezwanie, Odwołujący podał, że Konsorcjum nie przedstawiło żadnych argumentów, z czym Izba się nie zgadza bowiem począwszy od strony 4 ww. pisma Konsorcjum przedstawia argumentację w powyższym zakresie. Odwołujący przedstawiając stanowisko w swojej argumentacji zawartej w odwołaniu w zasadzie stwierdza, że przedstawienie informacji dotyczących zestawienia cen pozwala na odtworzenie mechanizmu kalkulacji cen oferowanych przez Konsorcjum - jednakże w ocenie Izby argumentacja zawarta w odwołaniu stanowi jedynie stwierdzenie takiego stanowiska Odwołującego, a w żadnej mierze nie przedstawia argumentacji w tym zakresie. Konsorcjum w piśmie z dnia 22 lipca 2021 roku podał między innymi, że Kalkulacje cenowe, opierają się o informacje o charakterze technicznym udostępnione przez Zamawiającego i potencjał techniczny oraz możliwości rozwiązań technologicznych, którymi Wykonawca dysponuje i przy zastosowaniu których planuje wykonać zamówienie. Udostępnienie tych informacji innym wykonawcom, dysponującymi tymi samymi informacjami technicznymi (udostępnionymi przez Zamawiającego) może, poprzez ich porównanie z wartościami prac i zakresem przedmiotowych ofert, prowadzić do pozyskania informacji o źródłach oszczędności pozyskanych przez Wykonawcę. W odniesieniu do tej argumentacji

Odwołujący nie przedstawił argumentacji jaka pozwalałaby na ocenę zasadności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa co do kalkulacji ceny oferty Konsorcjum. Odwołujący stwierdzając, że z argumentacji Konsorcjum nie można wyinterpretować tendencji czy też stałych elementów budowania uniwersalnej strategii cenowej nie wyjaśnia dlaczego taka możliwość nie istnieje, oczywiście przy uwzględnieniu stanowiska Konsorcjum zawartego w piśmie. Faktem jest, że kalkulacje ceny jakie zostały przedstawione przez Konsorcjum zostały przygotowane na potrzeby tego postępowania, ale Odwołujący nie wykazał, że ujęcie elementów cenowych przy znanych wszystkim podmiotom warunkach technicznych nie stanowi elementu dającego się identyfikować co do przyjętych przez Konsorcjum sposobów kalkulacji ceny oferty, które są dla niego zindywidualizowane. Ogólność argumentacji Odwołującego, który również składał w tym postępowaniu wyjaśnienia w zakresie ceny oferty, jak również faktyczny brak do odniesienia się do podanych w piśmie z dnia 22 lipca 2021 roku treści nie pozwala na stwierdzenie, że wykazał Odwołujący, że Konsorcjum nie wykazało zaistnienia okoliczności pozwalających na pozytywną weryfikację przesłanek z art. 18 ust. 2 ustawy oraz z art. 11 ust. 2 ustawy

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Samo przekonanie Odwołującego nie jest wystarczające, a cytowanie orzeczeń czy stanowisk doktryny nie stanowi faktycznego uzasadnienia. Uzasadniając brak spełnienia wymagań prawnych w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa co do kalkulacji cen Odwołujący powinien w odniesieniu do każdej przesłanki wyjaśnić dlaczego argumenty zawarte w piśmie nie spełniają tych okoliczności, a nie poprzestawać jedynie na stwierdzeniu, że Konsorcjum nie przedstawia argumentów.

Wymaga podkreślenia, że Odwołujący kwestionując zastrzeżenie tajemnicą przedsiębiorstwa kalkulacji ceny oferty nie odniósł się w argumentacji faktycznej do faktu przyjętej przez Konsorcjum strategii budowania cen /ceny oferty. Izba podziela stanowisko prezentowane przez Zamawiającego prezentowane w Odpowiedzi na odwołanie z dnia 21 października 2021 roku, w tym stwierdzenie, że przedstawione wyjaśnienia obrazują sposób kalkulacji ceny w zakresie poszczególnych zakresów prac, ale również strategię przyjętą przez Konsorcjum Romgos co do sposobu budowania ceny ofertowej, która obejmuje ustalenie ilości robót i innych świadczeń oraz sposób przeprowadzenia na tej podstawie kalkulacji ceny oferty, co stanowi niewątpliwie know-how wykonawcy, które pozwala na uzyskanie przewagi konkurencyjnej nad pozostałymi uczestnikami rynku.

Odwołujący pomija w swojej argumentacji również faktyczny stopień szczegółowości kalkulacji ceny - w zasadzie bagatelizuje go odnosząc się jedynie w swojej argumentacji do 53 elementów składowych ceny ryczałtowej jakie stanowiły treść owej kalkulacji. Nie odnosi się jednak do poszczególnych jej elementów wyjaśniając dlaczego też w całości czy pojedynczo nie stanowią one informacji (nie mogą zawierać w swym znaczeniu) jakie uniemożliwiają zdekodowanie informacji do jakich w swoich zastrzeżeniu referował Odwołujący. Kalkulacja cenowa posiada istotną wartość gospodarczą dla wykonawcy, co niejednokrotnie było w orzeczeniach Izby wskazywane, bowiem informacje takie przedstawiają sposób działania przy realizacji zamówienia oraz schemat wyceny poszczególnych elementów składowych zamówienia czy strategię budowania ceny stosowaną przez tego wykonawcę. Tym samym Odwołujący kwestionując zastrzeżenie takich informacji, odnosząc się do argumentacji Konsorcjum powinien był wykazać, że dane te nie mają w związku ze strategią budowania ceny przez Konsorcjum.

Jednocześnie Zamawiający dostrzega, że na zasadzie tzw. inżynierii wstecznej (reverse engineering) inne podmioty mogłyby ocenić i ustalić, jakie schematy wyceny stosuje Konsorcjum Romgos oraz jak szacuje ryzyka związane z danym zakresem prac. Wymaga również wskazania, że Konsorcjum - zgodnie z informacjami jakie zostały przedstawione w pismach i na rozprawie - specjalizuje się w realizacji prac jakie są objęte przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia w odniesieniu, co do którego zawisł ten spór. Uwzględniając, że przedmiot zamówienia obejmuje bardzo specjalistyczne roboty i usługi dla których grono ewentualnych wykonawców nie jest szerokie, to powoduje, że wycena Konsorcjum nie stanowi elementu li tylko odpowiadającego temu postępowaniu ale dotyczy - jak podnosiło Konsorcjum - procedur, procesów oraz organizacji pracy. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że kalkulacja ceny nie może wykazać - jak podnosi i twierdzi Konsorcjum w swoich wyjaśnieniach - w jaki sposób Wykonawca określa (wycenia) koszty wykonania poszczególnych robót, w jaki sposób grupuje i dzieli koszty wspólne wykonania robót, w jaki sposób kształtuje zysk i jak przypisuje go do poszczególnych elementów wyceny, w jaki sposób i w jakich obszarach minimalizuje koszty, oraz w jaki sposób zamierza zorganizować proces budowlany - przez to informacje te posiadają dla niego wartość gospodarczą nie tylko w aspekcie tego postępowania, ale także dla całości funkcjonowania firmy. Izba podkreśla w tym miejscu, co odnosi się do całości rozpoznania tego zarzutu odwołania, że na etapie postępowania odwoławczego zadaniem Odwołującego jest udowodnienie, że Zamawiający błędnie uznał za skutecznie zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. W tym zakresie w orzecznictwie Izby nie ma żadnych rozbieżności i fakt, że na Odwołującym ciąży obowiązek dowiedzenia tych okoliczności nie doznaje żadnego ograniczenia przy rozpoznaniu zarzutów odnoszących się do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W zakresie argumentacji Odwołującego, a mianowicie, że kalkulacje ceny pokazują, w jaki sposób Wykonawca wycenia koszty wykonania poszczególnych robót, w jaki sposób grupuje i dzieli koszty wspólne wykonania robót, w jaki sposób kształtuje zysk i jak przypisuje go do poszczególnych elementów wyceny, w jaki sposób i w jakich obszarach minimalizuje koszty, oraz w jaki sposób zamierza zorganizować proces budowlany. Wykonawca na przestrzeni lat swojej działalności wypracował własne metody kalkulacji ceny, aby móc skutecznie konkurować z innymi podmiotami czy to już działającymi w branży, czy też dopiero wchodzącymi na rynek. Treść tabeli zatem nie tylko pozwoliłaby innym wykonawcom poznać ceny za określone zakresy prac, ale też przypisać te zakresy do określonych podwykonawców, a tym samym umożliwiłaby konkurencji poznanie wartości prac przez nich wykonywanych - Izba podkreśla w tym miejscu, że Odwołujący znał treść złożonych zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa i miał możliwość odniesienia się do tej argumentacji. Samo stwierdzenie, że kalkulacja ceny zawarta w tabeli w załączniku do wyjaśnień nie przedstawia tajemnicy jest niewystarczająca.

W zakresie argumentacji odnoszącej się do utajnienia przez Konsorcjum Romgos informacji dotyczących potencjału kadrowego, ekspertów i specjalistów Izba w pierwszej kolejności wskazuje, że z uzasadnienia Odwołania jednoznacznie wynika, że rynek budowy infrastruktury gazowniczej jest stosunkowo hermetyczny.

Odwołujący twierdzi, że poszczególni specjaliści w branży są powszechnie znani a następnie wskazuje, że utajnienie tych danych tj. o strukturze personelu i poszczególnych osobach ma na celu utrudnienie pozyskania danych przez wykonawców w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przy czym Izba podkreśla w tym miejscu, że na wstępie swojej argumentacji Odwołujący podał, że wyłącznie niektóre z informacji zawartych we wskazanych wyjaśnieniach tj. dane osobowe osób fizycznych takie jak: imię i nazwisko, adres zamieszkania, PESEL, NIP, nazwa prowadzonej działalności gospodarczej, mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Powyższe potwierdza w ocenie Izby niespójność argumentacji Odwołującego i brak jego konsekwencji w dowodzeniu braku wykazania spełnienia przez Konsorcjum Romgos przesłanek uprawniających do zastrzeżenia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. W zasadzie nie wiadomo jaką argumentację należałoby w tym miejscu uwzględnić przy dokonywaniu oceny zasadności zarzutu. Jednocześnie Odwołujący w żaden sposób nie wywodzi, że zastrzeżone przez wykonawcę informacje nie mogą mieć wartości gospodarczej, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Niemniej to sam Odwołujący podał, że informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa winny być tajemnicą od chwili ich wytworzenia i powinny od tego momentu być chronione. Tym samym w ocenie Izby należy te okoliczności mieć na względzie w tym miejscu, bowiem dla każdego postępowania niewątpliwie powstaje szczególne zestawienie potencjału kadrowego, ekspertów i specjalistów, a samo takie zestawienie może powstać w okolicznościach danej sprawy. Oznacza to, że Odwołujący chroni swoje informacje co do tego elementu od samego początku. Odwołujący nie wykazał aby Konsorcjum takich informacji nie chroniło, mimo że w ocenie Odwołującego dostęp do kadr, personelu w jego ocenie nie jest utrudniony.

Jednocześnie Odwołujący pomija informację zawartą w zastrzeżeniach, a mianowicie wskazanie przez Konsorcjum, że Branża „gazowa” przeżywa w Polsce rozkwit od stosunkowo niedługiego czasu (budowa aktualnie tworzonej sieci gazociągów wysokiego ciśnienia rozpoczęła się w roku 2012), stąd też brakuje specjalistów z tej branży (w przeciwieństwie np. do branży kubaturowej). Wobec powyższego personalia osób, w oparciu o które Wykonawca zbudował swoje trzy niezależne zespoły projektowe, stanowią dla Wykonawcy realną wartość gospodarczą. Pominięcie w argumentacji Odwołującego odniesienia się do powyżej wskazanych okoliczności - które w wyniku braku argumentacji odmiennej należy uznać za niezaprzeczone - w ocenie Izby pozwala na przyjęcie, że tego elementu Odwołujący nie kwestionuje.

Natomiast wnioskowanie Odwołującego zawarte w odwołaniu wskazujące, że „wartość gospodarczą stanowi dysponowanie personelem, a nie dysponowanie informacją o osobach, podmiotach ich zatrudniających którymi dysponuje inny wykonawca” w ocenie Izby potwierdza stanowisko prezentowane przez Konsorcjum Romgos w złożonych zastrzeżeniach. Wymaga zaznaczenia, że Konsorcjum dysponuje podanym personelem, co jednoznacznie wskazano podając, że wykonawca stworzył swoje trzy zespoły. Dlatego w zupełności niezrozumiała jest argumentacja dalsza Odwołującego, która odmawia wartości gospodarczej takim informacjom. Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, że te informacje nie mają wartości gospodarczej - wręcz oświadczył przeciwnie - natomiast za takie uzasadnienie nie można również uznać odwoływania się do treści orzeczeń Izby. W każdym przypadku, w każdym postępowaniu wszystkie okoliczności i przesłanki wynikające z przepisu z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji muszą zostać ocenione w pryzmacie przedstawionej argumentacji zawartej w zastrzeżeniach tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do stanu faktycznego i okoliczności jakie są wskazywane. W przedmiotowej sprawie Odwołujący część argumentacji Konsorcjum pomija, a na pozostałej buduje zarzut odwołania jednocześnie nie wykazując braku spełnienia przesłanek.

W odniesieniu do utajnienia listy środków trwałych nie można zgodzić się z Odwołującym, który w swojej argumentacji twierdzi, że środki trwałe służą potwierdzeniu wymagań Zamawiającego, które to wymagania są jawne a to powoduje, że nie stanowią wartości gospodarczej niedostępnej innym wykonawcom. Oczywiście jest, że wymagania określone przez Zamawiającego są jawne. Niemniej środki trwałe stanowią także informację o posiadanym zapleczu technologicznym wykonawcy Konsorcjum, które w efekcie mogą pozwolić wykonawcom na uzyskanie wiedzy o technologii lub rozwiązaniach technicznych stosowanych przez Konsorcjum Romgos. Wymaga podkreślenia w tym miejscu ponownie,

że argumentacja Odwołującego w powyższym zakresie w żaden sposób nie odnosi się do wyjaśnienia Konsorcjum Romgos zawartego w piśmie z dnia 22 lipca 2021 roku. To na Odwołującym ciążył obowiązek wykazania, że informacje przedstawione przez Konsorcjum w ww. piśmie nie wypełniają przesłanek ustawowych. Tej argumentacji brakło. Samo odniesienie się do orzeczeń Izby nie jest wystarczającą argumentacją. Natomiast jedno zdanie uzasadnienia nie odnosi się do stanowiska zawartego w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, gdzie Konsorcjum Romgos jednoznacznie podało przyczyny nieujawniania tych informacji, które stanowią dla niego określoną wartość gospodarczą.

W zakresie podnoszonej argumentacji dotyczącej utajnienia wyjaśnień elementów ceny Odwołujący w zasadzie stara się wywieść, że w wyniku tego działania nie może dokonać weryfikacji oferty Konsorcjum Romgos. Jednakże nie brak możliwości weryfikacji dokumentów konkurencyjnego wykonawcy stanowi podstawę i przesłankę w zakresie oceny argumentacji Odwołującego. Budowanie argumentacji przez Odwołującego w wielu przypadkach sprowadza się do odwołania do orzecznictwa Izby, tak jest również w odniesieniu do wskazania zastrzeżenia całych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący podaje, że tajemnicą objęto informacje, które w znacznej mierze mają charakter jawny, jednakże nawet nie podejmuje próby wskazania jakie to informacje, i w których dokumentach mogą być czy też w jego ocenie powinny być jawne. Wymaga również odnotowania, że Odwołujący odnosząc się do tego, że elementy dokumentów mają czy powinny być jawne nawet nie wskazuje jakie to dokumenty. Nigdzie nie odnosi się do tego, który z dokumentów - bo należy podkreślić, że jest ich więcej niż jeden - i w jakim zakresie powinien być jawny. Skoro Odwołujący nie podnosi co i w jakim zakresie powinno być jawne to Izba nie ma czego poddać ocenie w ramach podniesionego zarzutu. Izba nie będzie poszukiwać argumentacji za Odwołującego. Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, że utajnione informacje nie mają charakteru organizacyjnego dotyczącego wskazywanych przez Konsorcjum uniwersalnych rozwiązań wykonania zamówienia będącego podstawą postępowania, a które są efektem prowadzonej działalności gospodarczej. Wymaga podkreślenia, że Odwołujący nawet nie starał się wskazać jakie części dokumentów takich informacji o charakterze gospodarczym nie zawierają albo jakie to informacje nie mają takiego charakteru, a które to świadczą o tym, że zachowanie tajemnicy przedsiębiorstwa w tym zakresie byłoby nieprawidłowe. Konsorcjum wyjaśniało, że dane zawarte w załączonych dowodach i kalkulacjach posiadają istotną wartość gospodarczą, gdyż przedstawiają sposób działania przy realizacji zamówienia, a także dotyczą warunków handlowych w zakresie współpracy z podmiotami trzecimi.

Izba podziela wskazaną przez Zamawiającego argumentację zamykającą się w wyroku Sądu Najwyższego z 28 lutego 2007 r., sygn. akt V CSK 444/06, który podał, że „fakt, że informacje dotyczące poszczególnych elementów urządzenia są jawne, nie decyduje o odebraniu zespołowi wiadomości o produkcie przymiotu poufności.”. Stanowisko to jest o tyle bardzo istotne, że Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji uzasadniającej, że część informacji (nie wskazał jaka) zawarta (również nie wskazała w których pismach, a jest ich wiele) w załącznikach zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa, które jak twierdzi powinny być jawne, nie poddają się ochronie jako zespół informacji. Należy również zaznaczyć, że faktycznie czynności Konsorcjum były podejmowane skutecznie, bowiem w swojej argumentacji Odwołujący nie podnosi i nie wskazuje tych elementów, które według niego są jawne, są łatwo dostępne czy też są oczywiste.

W odniesieniu do argumentacji dotyczącej wykazania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa - przez Odwołującego podanej w argumentacji jako „udowodnienie”. W ocenie Izby argumentacja z pisma z dnia 22 lipca 2021 roku dotycząca zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odnosiła się do przesłanki dotyczące działań podejmowanych przez wykonawcę w celu zachowania informacji w poufności, zabezpieczenia takich informacji, w konsekwencji w ocenie Izby Konsorcjum wykazało, że te informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Konsorcjum wyjaśniło, że podjęło działania zmierzające do ochrony przekazanych informacji zarówno o charakterze fizycznym jak i prawnym, poprzez wprowadzenie wewnętrznych reguł obiegu dokumentów, dostępu do informacji, jak również technologii zabezpieczających bezpieczeństwo sieci informatycznych. „Ponadto można wskazać za orzecznictwem Sądu Najwyższego (por. m.in. wyroki z dn. 6.06.2003 r. IV CKN 211/01, z dn. 3.10.2000 r. I CKN 304/00, z dn. 5.09.2001 r. I CKN 1159/00), że informacja staje się „tajemnicą”, kiedy przedsiębiorca wyraża wolę jej zachowania jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Pozostanie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wymaga, aby przedsiębiorca podjął działania zmierzające do wyeliminowania możliwości ich dotarcia do osób trzecich w normalnych toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań. Jednocześnie art. 11 ust. 4 uznaje za istnienie stanu tajemnicy od podjęcia przez przedsiębiorcę określonych działań zmierzających do zachowania poufności objętych nią danych. Działania te - jak trafnie podnosi się w literaturze przedmiotu - powinny zmierzać do osiągnięcia takiego stanu, w

którym osoby trzecie chcąc zapoznać się z treścią informacji, muszą doprowadzić do wyeliminowania przyjętych przez przedsiębiorcę mechanizmów zabezpieczających przez niekontrolowanym wpływem danych" (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dn. 5.09.2001 r. I CKN 1159/00). W tym miejscu należy zaznaczyć, że Konsorcjum wykazywało w piśmie z dnia 22 lipca 2021 roku, że dostęp do informacji miała jedynie ograniczona, kontrolowana grupa osób. Wyjaśniano, że stosuje także zróżnicowane środki prawne, które obejmują m.in. informowanie pracowników o potrzebie ochrony informacji, wewnętrzne procedury czy też klauzule do umów o pracę jak i oddzielne umowy o poufności. Poza wewnętrznymi mechanizmami kontroli i zabezpieczenia informacji poufnych stosuje także stosowne środki ochrony prawnej w relacjach ze swoimi kontrahentami, o czym świadczą zawierane umowy o poufności. Powyższe zostało wykazane przedłożonymi umowami z podmiotami trzecimi, pracownikami, regulaminem oraz stosowaną polityką bezpieczeństwa. Izba dostrzegła niekonsekwencje w argumentacji Odwołującego, bowiem twierdził, że Konsorcjum nie powinno mieć problemów z przedstawieniem informacji dotyczącym osób dopuszczonych do informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Tymczasem z uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawartego w piśmie z 22 lipca 2021 Konsorcjum wskazuje, że podaje takie osoby w Załączniku nr 6 do złożonego pisma. Przedstawione w załączniku do pisma z dnia 22 lipca 2021 roku dokumenty potwierdzają w ocenie Izby faktyczne podejmowanie przez Konsorcjum działania mające na celu ochronę informacji. Odwołujący podał, że jego zdaniem Zamawiający nie mógł zweryfikować prawdziwości twierdzeń o ograniczonym dostępie do informacji Konsorcjum oraz stosowanych środkach ochrony - ale w żaden sposób nie wyjaśnił dlaczego. Powołanie się na stwierdzenia, że prezentowane przez Konsorcjum informacje o sposobie podjęcia działań mających na celu zabezpieczenie informacji chronionych nie pozwalają na ocenę czy rzeczywiście procedury zostały wdrożone i czy są skuteczne i rzeczywiście mogą być uznane za działania wystarczające nie znajduje żadnego uzasadnienia w stanie faktycznym sprawy. Podkreślenia wymaga, że Odwołujący w żaden sposób nie wskazał dlaczego też dokumenty przedstawione przez Konsorcjum miałyby nie dać Zamawianemu możliwości dokonania oceny w powyższych zakresach. Wymaga wskazania, że wyżej przytoczony art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie precyzuje jakie konkretnie działania musiał podjąć dany podmiot w celu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, aby można było te informacje uznać za poufne. Dlatego tak ważne na etapie budowania argumentacji odwołania jest wykazanie, że dane działanie wykonawcy nie może być pozytywnie ocenione, bowiem dla jego prawidłowości wymagane jest zaistnienie w takich okolicznościach określonej argumentacji itp. Odwołujący nie przedstawia takiej argumentacji, w odwołaniu brak jest takiego stanowiska, które dałoby się poddać ocenie i pozwalało na dokonanie oceny, że pewne elementy są niezbędne i powinny być zawarte w takim zastrzeżeniu, aby mogło być ono skuteczne. Izba podkreśla, że konieczność wykazania przez wykonawcę zastrzegającego określone informacje za tajemnicą przedsiębiorstwa zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy nie zwalnia Odwołującego z podnoszenia argumentacji faktycznej w odwołaniu pozwalającej na dokonanie oceny zastrzeżenia w przyznaniu stanowiska Odwołującego.

W odniesieniu do argumentacji zawarte w części uzasadnienia referującej do „nadużycia prawa do zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa” Odwołujący ponownie posługuje się jedynie ogólnikami, które nie są w żaden sposób uszczegółowione. W zasadzie argumentacja Odwołującego skupia się na braku możliwości weryfikacji oferty Konsorcjum, co także było artykułowane w trakcie rozprawy. Nie stanowią również uzasadnienia nieprawidłowości czynności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odwołanie się do transparentności postępowania czy też liczenia się wykonawcy z koniecznością ujawniania określonych informacji w przypadku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Konsorcjum Romgos wykazało podstawy objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa a Odwołujący skutecznie tego nie zakwestionował. Odwołujący również nie wykazał, że Konsorcjum jedynie dlatego, że nie chce upubliczniać danych informacji obejmuje je tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący ponownie powołuje się na orzecznictwo Izby, które wydaje się ma zastępować jego argumentację faktyczną do danego stanu sprawy, niemniej tym razem powołuje orzeczenie które odnosi się do odmiennego stanu faktycznego.

W zakresie braku należytego zbadania przez Zamawiającego skuteczności zastrzeżenia przez Konsorcjum Romgos Izba stwierdza, że Zamawiający nie dowiódł w żaden sposób, że działanie Zamawiającego było automatyczne i że nie poddał on złożonych przez wykonawcę zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa ocenie. Przytaczanie orzeczeń Izby nie uzasadnia w żadnej mierze powyższego stanowiska Odwołującego w tej sprawie.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia podanych regulacji prawnych w zakresie zarzutu 1. Jednocześnie Izba wskazuje, że Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do podnoszonych podstaw odrzucenia oferty Konsorcjum w oparciu o

regulację art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp w powiązaniu z art. 18 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nadmienić należy, że podstawa odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę stanowi zupełnie inną regulację prawną, wymagającą innego dowodzenia i argumentacji faktycznej.

W zakresie zarzutu (2) naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 i 8 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ROMGOS - TOLOS ze względu na rażąco niską cenę zawartą w tej ofercie oraz ze względu na zaoferowanie przez Konsorcjum ROMGOS - TOLOS świadczenia poniżej kosztów wytworzenia i zmuszenie Zamawiającego do wybrania jej jako najtańszej przez wzgląd na przyjęte przez Zamawiającego kryterium

ceny - Izba zarzut uznała za niezasadny.

Na wstępie Izba wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

Art. 226 ust. 1 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...)

7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

Art. 239. 1 ustawy - Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Izba ustaliła, że zgodnie z Protokołem postępowania o udzielenie zamówienia przedstawionym przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania, pkt 13 w postępowaniu o udzielenie zamówienia zostało złożonych 12 ofert.

- |                          |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
|--------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1) Stalprofil S.A.       | za cenę 280 923 626, 16 zł brutto<br>za cenę 285 360 000,00 zł brutto<br>za cenę 309 835 603, 95 zł brutto                                                                                                                                                                                                                                      |
| 2) PORR S.A.             | za cenę 379 701 000, 00 zł brutto<br>za cenę 327 439 448,25 zł brutto<br>za cenę 371 323 075, 31 zł brutto                                                                                                                                                                                                                                      |
| 3) Budimex S.A.          | za cenę 264 204 002,46 zł brutto<br>za cenę 346 849 862,22 zł brutto                                                                                                                                                                                                                                                                            |
| 4) Konsorcjum Meliorex   | za cenę 330 327 942, 33 zł brutto<br>za cenę 359 860 365, 60 zł brutto                                                                                                                                                                                                                                                                          |
| 5) Konsorcjum NDI Energy | za cenę 326 417 400, 00 zł brutto<br>za cenę 430 217 100, 00 zł brutto                                                                                                                                                                                                                                                                          |
| 6) Max Streicher         |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
| 7) Konsorcjum Romgos     | Zamawiający pismem z dnia 8 lipca 2021 roku wezwał Konsorcjum Romgos do wyjaśnienia w zakresie ceny wskazanej w ofercie:                                                                                                                                                                                                                        |
| 8) Konsorcjum Cobra      |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
| 9) Konsorcjum PPS        | Zamawiający, tj. Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., działając na podstawie Art. 224 ust. 1 w zw. z Art. 224 ust 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), zwanej dalej „ustawą” wzywa Wykonawcę, tj. Konsorcjum firm: ROMGOS Sp. z o.o. ENGINEERING S |
| 10) Bonatti S.P.A        | K                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
| 11) Konsorcjum JT S.A.   | , ROMGOS G. Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Budowlano-Melioracyjne TOLOS P.W. i Wspólnicy sp. k. (dalej „Wykonawca”) do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych oferty złożonej w niniejszym postępowaniu.                                                          |
| 12) Control Process S.A. |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
- Zamawiający wskazuje, że szacunkowa wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług wynosi 402 610 761,53 zł, przy czym jest to kwota nieznacznie różniąca się od kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia tj.: 402 210 000,00 zł.

Mając na uwadze powyższe, cena oferty Wykonawcy stanowi 65,62 % kwoty wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, a więc jest niższa od niej o ponad 30%

Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny oferty, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny w celu uprawdopodobnienia kalkulacji ceny ofertowej podanej w Formularzu „Oferta” i jej istotnych części składowych. Wyjaśnienia i dowody o których mowa powyżej winny dotyczyć, w szczególności:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy,
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych,
- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę,
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie,
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej,
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,
- 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska,
- 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.
- 9) wysokości zysku;
- 10) pozostałych kosztów tym m.in. opłat administracyjnych, odszkodowań, które pozwolą stwierdzić, że zaoferowana cena całkowita w złożonej ofercie nie jest rażąco niska.

Zamawiający oczekuje, aby wyjaśnienia dotyczące sposobu wyliczenia ceny oferty z wymienieniem tych elementów oferty, które mają istotny wpływ na jej wysokość, zawierały również określenie zakresu oraz wartości netto dla poszczególnych pozycji, zgodnie z załączoną Kalkulacją kosztów budowy z tym zastrzeżeniem, że żaden zakres wyszczególnionych pozycji nie powinien zostać wyceniony więcej niż jednokrotnie. Zamawiający dopuszcza sytuację, w której Wykonawca w treści wyjaśnień dokona dodatkowych objaśnień do pozycji wskazanych w/w Kalkulacji.

Jednocześnie Zamawiający działając na podstawie Art. 224 ust 2 pkt 1 Ustawy wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny części składowej oferty - dotyczącej wynagrodzenia za skorzystanie przez Zamawiającego z Prawa Opcji 2, o którym mowa w art. 3 ust. 18 Wzoru Umowy, (wynagrodzenie, o którym mowa w art. 13 ust. 2 pkt 5) Wzoru Umowy).

Wykonawca wycenił realizację tej części składowej przedmiotu zamówienia we wszystkich wariantach za cenę 1 zł co w sposób znaczący odbiega od dokonanej wyceny w pozostałych ofertach.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca udzielił wyjaśnień za pismem z dnia 22

lipca 2021 roku, podając między innymi w części jawnej, że:

(■■■)

W tym miejscu Wykonawca podkreśla, że cena realizacji zamówienia wskazana przez Wykonawcę w ofercie, stanowi 79% średniej arytmetycznej cen ofertowych zaproponowanych przez pozostałych oferentów w niniejszym postępowaniu (a zatem jest niższa od średniej arytmetycznej cen pozostałych oferentów o 21%, tym samym nie zobowiązuje Zamawiającego do wzywania Wykonawcy do wyjaśnienia ceny wskazanej w ofercie, z tej przyczyny że nadmiernie odbiega on od cen zaoferowanych przez pozostałych oferentów).

Abstrahując od faktu, że Wykonawca w sposób szczegółowy wyjaśnił, w dalszej części niniejszego pisma oraz załącznikach, iż cena zaoferowana przez niego w ofercie jest ceną realną, za którą można wykonać przedmiot zamówienia w sposób należyty, a do tego wypracować zakładany zysk, Wykonawca wskazuje, że spośród 12 ofert złożonych w niniejszym postępowaniu, jedynie jedna z nich (oferta Control Process S.A., z ceną 430 217 100,00 zł) zawiera cenę wyższą aniżeli kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia (tj. 402 210 000,00 zł). Wszystkie pozostałe oferty - w liczbie 11- zostały złożone przez podmioty, które posiadają doświadczenie w realizacji budowy gazociągów wysokiego ciśnienia (co było jednym z kryteriów udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego) - i wszystkie podmioty te zaoferowały cenę realizacji zamówienia niższą, aniżeli cena jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Dodatkowo należy podkreślić, że różnice w cenach zaoferowanych przez te podmioty są stosunkowo niewielkie, wynoszą od kilku do kilkunastu milionów kolejno w postępujących po sobie ofertach. Cena oferty złożonej przez Wykonawcę jest niższa tylko o 5,95% od ceny oferty znajdującej się na drugim miejscu tj. Stalprofil S.A. (z ceną 280 923 626,16 zł) oraz o 7,41% od oferty znajdującej się na trzecim miejscu, tj. Porr S.A. (z ceną 285 360 000,00 zł), co przy zamówieniu o tej wartości, stanowi w istocie niewielką różnicę.

Powyższy fakt - a mianowicie, że podmioty profesjonalnie zajmujące się realizacją budowy gazociągów wysokiego ciśnienia, wyceniły realizację przedmiotowego zamówienia na zbliżonym poziomie, a dodatkowo na poziomie dalece niższym niż to uczynił Zamawiający - w połączeniu z faktem, że Zamawiający jest inwestorem, nie zaś wykonawcą robót budowlanych - budzi przypuszczenie, że wartość zamówienia została przez Zamawiającego przeszacowana, tj. ustalona na znacząco wyższym poziomie, niżby wynikałoby to z realów rynkowych, a złożone w postępowaniu oferty potwierdzają tę sytuację. Już na podstawie powyższych informacji można postawić tezę, że cena zaoferowana przez Wykonawcę, jest ceną rynkową, realistyczną i zapewniającą wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami postępowania przetargowego.

Niezależnie od powyższego, Wykonawca wyjaśnia, że cena zaoferowana przez niego w niniejszym postępowaniu powstała w oparciu o rzetelną ocenę opisu przedmiotu zamówienia i nie odbiega od poziomu cen rynkowych (co już wyżej zostało uargumentowane).

Na cenę zaoferowaną przez Wykonawcę składają się:

- a. know-how i doświadczenie Wykonawcy zbudowane podczas dotychczas zrealizowanych projektów, Jeden z konsorcjantów tj. Romgos G. sp. z o.o. na przestrzeni lat od 2015 r. do 2021 r. zrealizował szereg kluczowych realizacji zadań w zakresie budowy gazociągów przesyłowych, w tym gazociągi Korytarza Północ Południe, takich jak:

Budowa gazociągu przesyłowego w/c DN700 Szczecin Lwówek - dla ZRUG Sp. z o.o. odcinek o długości L=10 km,

Budowa gazociągu przesyłowego w/c DN1000 Czeszów Kielczów - dla BUDIMEX SA. odcinek o długości L=14 km,

Budowa gazociągu przesyłowego w/c DN1000 Brzeg Kielczów - dla STALPROFIL SA odcinek o długości L=49 km,

Budowa gazociągu przesyłowego w/c DN1000 Strachocina Pogórska Wola - dla NDI SA odcinek o długości L=32km,

Budowa gazociągu przesyłowego w/c DN1000 Braciejówka Pogórska Wola - dla STALPROFIL SA odcinek o długości L=98km,

Budowa gazociągu przesyłowego w/c DN700 Płoty Goleniów - dla ZRUG Sp. z o.o. odcinek o długości L=21km,

Budowa gazociągu przesyłowego w/c DN1000 Tworów Tworzeń - dla PORR SA odcinek o długości L=15km,

Obecnie w trakcie realizacji Budowa gazociągu przesyłowego w/c 700 Litwa Północ dla IDS odcinek o długości L= 60,6km,

Obecnie w trakcie realizacji Budowa gazociągu przesyłowego w/c 700 dla PORR SA odcinek o długości L=20km,

Obecnie w trakcie realizacji Budowa gazociągu przesyłowego w/c 1000 dla Budmex SA odcinek o długości L=50,4km.

Dowód: informacje posiadane przez Zamawiającego, w postaci protokołów odbioru (w związku z faktem, że konsorcjant występował na tych zadaniach jako zatwierdzony podwykonawca).

Nadto dwaj partnerzy konsorcjum tj. Romgos G. sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Budowlano-Melioracyjne „TOLOS” P.W. i wspólnicy sp. k. wspólnie bez przeszkód i z wyprzedzeniem harmonogramu, realizują jako generalny wykonawca inwestycję pn.: Budowa międzysystemowego gazociągu stanowiącego z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi na terenie województw mazowieckiego i podlaskiego, tj. gazociąg Polska-Litwa, odcinek południowy, odcinek realizacyjny 1: od Tłoczni Gazu Hołowczyce I wraz z układem włączeniowym do granicy woj. mazowieckiego o długości ok. 72,5km.

Romgos G. sp. z o.o. występuje nadto w charakterze generalnego wykonawcy realizującego remont gazociągów wysokiego ciśnienia na inwestycjach:

(1) „Wykonanie robót budowlanych w zakresie remontu gazociągu DN500 Poznań - Rogoźno w m. Murowana Goślina oraz Trojanowo”, o długości 1,6km oraz

(2) „Przebudowa gazociągu DN500 Poznań - Rogoźno w rejonie miejscowości Murowana Goślina, Etap III” o długości 1km (w formule zaprojektuj i wybuduj).

Dowód: informacje posiadane przez Zamawiającego, w postaci protokołów odbioru i raportów miesięcznych (Zamawiający występuje jako strona umowy, na mocy której inwestycje są realizowane).

b. posiadanie wykwalifikowanego, doświadczonego zespołu specjalistów do realizacji projektów branżowych oraz sprawnie funkcjonujące, doświadczone zaplecze wspierające projekty oraz niskie „koszty zarządu”,

Wykonawca dysponuje trzema kompletnymi zespołami projektowymi, na które składają się: 143 spawaczy, 65 inżynierów, w tym kierowników projektów, kierowników budów, kierowników robót, spawalników, specjalistów ds. jakości, specjalistów ds. nieruchomości, geodetów oraz inżynierów budowy, jak również pracownikami produkcyjnymi którzy posiadają doświadczenie w realizacji budowy gazociągów o różnych średnicach, w szczególności DN500, DN700 oraz DN1000. Nadto Wykonawca stale zatrudnia bądź współpracuje z personelem pomocniczym, jak prawnicy, eksperci ds. nieruchomości, specjaliści ds. ochrony środowiska, archeolodzy, geolodzy i personel biurowy. Wykonawca posiada także własnych Projektantów, którzy na realizowanych Projektach weryfikują rozwiązania Projektowe i przygotowują dokumentację projektową. Wobec powyższego Wykonawca nie ma potrzeby zatrudniania dodatkowego personelu w celu realizacji przedmiotowego zamówienia - zatem dedykowanie zespołu projektowego dla tego konkretnego zamówienia nie generuje dla Wykonawcy dodatkowych kosztów.

Dowód: załącznik nr 2 - schemat organizacyjny oraz lista spawaczy,

Co więcej Wykonawca posiada własne służby i zespoły geodezyjne, co pozwoliło na ostatnich dwóch realizacjach gazociągów DN700 Polska Litwa, w bardzo krótkim czasie (4 tygodnie od podpisania umowy), kompleksowo przejąć nieruchomości pod inwestycję, co pozwoliło już w 6 tygodniu od podpisania umowy rozpocząć spawanie liniowe.

Dowód: informacje posiadane przez Zamawiającego, w postaci protokołów odbioru i raportów miesięcznych (Zamawiający występuje jako strona umowy, na mocy której inwestycja jest realizowana).

Nadto podkreślenia wymaga fakt, że konsorcjanci tworzący Wykonawcę, są firmami rodzinnymi, całkowicie opartymi o polski kapitał i zarządzanymi bezpośrednio przez ich założycieli. Brak nadmiernie rozbudowanych struktur sprawia, że decyzje są u Wykonawcy podejmowane sprawnie i bez zbędnej zwłoki spowodowanej korporacyjnym stylem zarządzania. Także, że tzw. „koszty zarządu”, są stosunkowo niewielkie w porównaniu z analogicznymi wydatkami, ponoszonymi przez międzynarodowe lub krajowe, rozbudowane korporacje budowlane, z wieloma oddziałami oraz centralami, których koszty utrzymania muszą stale ponosić.

c. posiadanie własnych zasobów w postaci urządzeń, sprzętów ciężkich oraz technologii spawalniczych,

Wykonawca dokonując kalkulacji ceny ofertowej przyjął założenie, że ok. 90% zakresu

przedmiotu zamówienia wykona samodzielnie. Przyjęcie takiego założenia było możliwe, z uwagi na fakt, że Wykonawca posiada park maszynowy przystosowany do realizacji robót gazociągów wysokiego ciśnienia. W jego posiadaniu znajdują się m.in. dźwigi boczne, w pełni wyposażone 4 czołówki spawalnicze, agregaty prądotwórcze, koparki, a także specjalistyczne samochody, sprzężarki, ubijaki drogowe, ukosowarki, ciągniki, zagęszczarki, igłofiltr oraz maszyny do układania drenażu próżniowego - wobec czego Wykonawca nie musi ponosić kosztu najmu tych maszyn i sprzętu (co podniosłoby cenę ich użytkowania o dodatkową marżę wynajmującego), a tym samym ponosi niższe koszty ich wykorzystania.

Dowód: załącznik nr 3 - lista środków trwałych będących w posiadaniu Romgos G. sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Budowlano-Melioracyjne TOLOS P.W. i wspólnicy sp. k.,

d. sprawdzona metodologia kalkulacji (potwierdzająca możliwość pozyskania zakładanych efektów realizacyjnych, w tym ekonomicznych), Dobre przygotowanie każdej inwestycji przed rozpoczęciem robót dla jest Wykonawcy kluczowym elementem i pozwala mu zarówno na szybkie rozpoczęcie robót, jak i szybkie ich zakończenie, a tym samym na obniżenie kosztów realizacji zamówienia.

W uwagi na fakt, że większość przedmiotu zamówienia Wykonawca zamierza wykonać samodzielnie (w tym roboty ziemne, rozwózkę rur, spawanie, układkę), nie będzie tracił czasu na zatwierdzanie podwykonawców dla realizacji tych robót. Wykonawca zbudował sprawny system spawania rurociągów przesyłowych oparty na sprawdzonych zespołach spawalniczych, najlepszym na świecie sprzęcie spawalniczym, który gwarantuje wysoką dzienną wydajność wykonanych spoin (w ilości wskazanej w kalkulacji cenowej) oraz przy założeniu samodzielnej sprawnej rozwózki rur przy użyciu specjalistycznego sprzętu Vacuum (pozwalającą na dwukrotnie szybsze rozwinięcie rur) gwarantującej rozwinięcie przewidzianego dziennego kilometrażu (wskazanego w kalkulacji cenowej).

Podsumowując powyższe - Wykonawca posiadając praktycznie pełną bazę sprzętową niezbędną do realizacji całego zadania oraz posiadając kompletny personel spawalniczy i inżynierski, jest w pełni gotowy, od razu po podpisaniu Umowy do realizacji zadania bez zbędnej zwłoki oraz bez dodatkowych ryzyk związanych z zakontraktowaniem podwykonawców, zatrudnieniem kadry i pracowników czy też niektórych usług.

W przypadku szybkiego wykonania pierwszych czynności startowych takich jak: odhumusowanie i rozwózka rur, zawiadomienia zarządców i właścicieli nieruchomości, tyczenie pasa montażowego i przejęcia działek, przygotowanie dokumentacji startowej budowy (Plan Zapewnienia Jakości, Plan Kontroli i Badań, Plan Zadań Ochrony Środowiska, Plan Bezpieczeństwa i Ochrony Zdrowia, instrukcje technologiczne, harmonogram bazowy, Plan Zarządzania Ryzykiem), przyspieszenie rozpoczęcia spawania liniowego może osiągnąć aż 2 miesiące (co potwierdzają dotychczasowe realizacje zadań przez Wykonawcę - patrz dowody z pkt. a powyżej) - przyjęcie takiego założenia pozwoliło Wykonawcy przyjąć realne skrócenie czasu prowadzenia głównej części robót o 2 miesiące, a tym samym na obniżenie kosztów stałych z nimi związanych.

Dowód: załącznik nr 1 - sposób wyliczenia ceny (tabela zawierająca kalkulacje cenowe) wraz załącznikami (oferty dostawców materiałów i podwykonawców).

e. posiadanie grupy partnerów wykonawczych i dostawców na podstawie wieloletniej współpracy i uzyskane dzięki temu rabaty cenowe.

Wypracowane przez Wykonawcę relacje biznesowe oraz sprawdzeni partnerzy handlowi, w postaci podwykonawców i dostawców, wpłynęły na możliwość otrzymania przez Wykonawcę rabatów, które również przyczyniły się do zaoferowania przez Wykonawcę najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu ceny.

Dowód: załącznik nr 1 - sposób wyliczenia ceny (tabela zawierająca kalkulacje cenowe) wraz załącznikami (oferty dostawców materiałów i podwykonawców).

B.

Wykonawca niniejszym odnosi się do poszczególnych obszarów wskazanych przez Zamawiającego w Wezwaniu:

ad 1) zarządzanie procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy - patrz odp. zawarta w pkt. A. ppkt a - c powyżej,

ad 2) wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo korzystne warunki dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych - patrz odp. zawarta w pkt. A. ppkt c - d powyżej,

ad 3)oryginalność dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę - patrz odp. zwarta w pkt. A. ppkt d powyżej,

ad 4) zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie - wartość kosztów pracy została przyjęta przez Wykonawcę na poziomie nie niższym niż wymagane ogólnie obowiązującymi przepisami, co zostało szczegółowo wskazane w załączniku nr 1, do niniejszego pisma, tj. w kalkulacji cenowej,  
ad 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach z zakresu pomocy publicznej - Wykonawca nie korzysta z pomocy publicznej, która miałaby wpływ na cenę wskazaną w ofercie,

ad 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie - Wykonawca konstruując ofertę, przyjął do wyceny wszelkie zobowiązania jakie są na niego nałożone przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, co zostało szczegółowo wskazane w załączniku nr 1, do niniejszego pisma, tj. w kalkulacji cenowej

ad 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska - Wykonawca konstruując ofertę, przyjął do wyceny wszelkie zobowiązania jakie są na niego nałożone przepisami z zakresu ochrony środowiska, co zostało szczegółowo wskazane w załączniku nr 1, do niniejszego pisma, tj. w kalkulacji cenowej  
ad 8)wypełnienia obowiązków związanych z powierzaniem wykonania części zamówienia podwykonawcy - Wykonawca konstruując ofertę, przyjął do wyceny wszelkie zobowiązania jakie są na niego nałożone w związku z powierzaniem wykonania części zamówienia podwykonawcy - co zostało szczegółowo wskazane w załączniku nr 1, do niniejszego pisma, tj. w kalkulacji cenowej,

ad 9) wysokości zysku - Wykonawca uwzględnił w ofercie zysk na zadawalającym go poziomie, co zostało szczegółowo wskazane w załączniku nr 1, do niniejszego pisma, tj. w kalkulacji cenowej,

ad 10) pozostałych kosztów, w tym m.in. opłat administracyjnych, odszkodowań, które pozwolą stwierdzić, że zaoferowana cena całkowita w złożonej ofercie nie jest rażąco niska - Wykonawca uwzględnił w ofercie pozostałe koszty bezpośrednie i pośrednie, co zostało szczegółowo wskazane w załączniku nr 1, do niniejszego pisma, tj. w kalkulacji cenowej,

C.

Odnosząc się do wezwania Zamawiającego odnośnie ceny części składowej - dotyczącej wynagrodzenia przez Zamawiającego z Prawa Opcji 2, Wykonawca wyjaśnia, że prace wchodzące w zakres Prawa Opcji 2 zostaną przez Wykonawcę wykonane w ramach podstawowego zakresu zamówienia (wynagradzanego ryczałtowo), niezależnie od tego czy Zamawiający skorzysta ze zlecenia Prawa Opcji 2, czy też nie skorzysta. Wobec powyższego, skalkulowanie przez z Prawa Opcji 2 na poziomie wyższym niż symboliczny, sprawiłoby że Wykonawca otrzymałby „podwójne” wynagrodzenie za te same prace (raz w ramach wynagrodzenia ryczałtowego i drugi raz w ramach Prawa Opcji 2). Szczegółowe wyjaśnienia znajdują się w załączniku nr 4 do niniejszego pisma.

Jednocześnie Wykonawca wskazuje, że zgodnie z wyrokiem KIO 1641/15 z dnia 14.08.2015 r. „przy wynagrodzeniu ryczałtowym wysokość oferowanych zamawiającemu cen jednostkowych generalnie posiada znaczenie drugorzędne. Z charakteru i istoty tego rodzaju wynagrodzenia wynika bowiem, że niedobory w niektórych pozycjach mogą być pokrywane przez nadwyżki z innych. Przy takim wynagrodzeniu to, co dzieje się niejako „wewnątrz

oferowanej ceny” jest bez znaczenia.”

\*

Podsumowując powyższe wyjaśnienia, w zakresie ceny wskazanej przez Wykonawcę w ofercie, Wykonawca oświadcza, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, zarówno w stosunku do wartości jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, jak i w stosunku do średniej arytmetycznej pozostałych złożonych ofert. W ocenie Wykonawcy, cena oferty zapewnia zarówno należyte wykonanie przedmiotu zamówienia przy określonych

parametrach jakościowych oraz zaplanowanym przez Zamawiającego terminie, jak i zapewnić osiągnięcie zaplanowanego przez Wykonawcę zysku.

Do pisma zostały załączone dokumenty objęte tajemnicą przedsiębiorstwa

- A. załącznik nr 1 - sposób wyliczenia ceny (tabela zawierająca kalkulacje cenowe) wraz załącznikami (oferty dostawców materiałów i podwykonawców)
- B. załącznik nr 2 - schemat organizacyjny oraz lista spawaczy,
- C. załącznik nr 3 - lista środków trwałych będących w posiadaniu Romgos G. sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Budowlano-Melioracyjne TOLOS P. W. i wspólnicy sp. k.,
- D. załącznik nr 4 - wyjaśnienie dot. ceny za Opcję nr 2,
- E. załącznik nr 5 - umowy z kontrahentami, którzy w przedmiotowym postępowaniu złożyli oferty Wykonawcy, zawierające klauzulę o poufności - wraz z listą i odniesieniami do klauzul,
- F. załącznik nr 6 - zawierający przykładowe umowy o pracę osób mających dostęp do informacji poufnych, oświadczenia o zachowaniu poufności kluczowego personelu biorącego udział w przygotowaniu oferty,
- G. załącznik nr 8 - „Polityka Bezpieczeństwa Romgos” i opis sposobu nadawania uprawnień dostępowych z print screenami.

oraz

załącznik nr 7 - regulaminy pracy ROMGOS G. sp. z o.o. z siedzibą w Jarocinie, Przedsiębiorstwo Budowlano-Melioracyjne TOLOS P. W. i wspólnicy sp. k., ROMGOS sp. z o.o. ENGINEERING sp. k. - dokument jawny.

Zamawiający wezwał następnie wykonawcę Konsorcjum Romgos pismem z dnia 9 sierpnia 2021 roku do doszczegółowienia wyjaśnień w zakresie ceny wskazanej w ofercie, między innymi wskazując:

(...)

W wyniku analizy tych dokumentów Zamawiający powziął wątpliwości odnośnie

następujących elementów składających się na cenę całkowitą oferty, wskazanych w dokumencie „Sposób wyliczenia ceny (tabela zawierająca kalkulacje cenowe)”:

- Prace saperskie (poz. nr 5)- Zamawiający wnosi o potwierdzenie aktualności przedstawionej wyceny opartej o ofertę podwykonawczą.
- Prawo Opcji 4 - Przejęcie nieruchomości (poz. nr 12)- wskazano w wyjaśnieniu jako źródło wyceny umowę z dnia 08.09.2020 r. dotyczącą innego zadania. Zamawiający wnosi o potwierdzenie wyceny w stosunku do aktualnego postępowania nr ZP/2021/04/0050/REM
- Spawanie liniowe i montażowe odcinka liniowego gazociągu na powierzchni terenu (poz. nr 19)- z informacji posiadanych przez Zamawiającego wynika, że ceny rynkowe w zakresie prac spawalniczych (spawanie liniowe i montażowe) na podobnych inwestycjach obecnie realizowanych i zrealizowanych przez Zamawiającego odbiegają cenowo od

przedstawionych wartości. Zamawiający wnosi o złożenie dodatkowych wyjaśnień dotyczących przedstawionych wartości i kalkulacji dla robót spawalniczych potwierdzających wskazaną przez Wykonawcę wysokość powyższego składnika ceny całkowitej oferty.

- Układka - mechaniczne układanie odcinków rurociągu (poz. nr 23). - z informacji

posiadanych przez Zamawiającego wynika, że ceny rynkowe w zakresie prac układowych

na podobnych inwestycjach obecnie realizowanych i zrealizowanych przez Zamawiającego

odbiegają cenowo od przedstawionych wartości. Zamawiający wnosi o złożenie dodatkowych wyjaśnień dotyczących przedstawionych wartości i kalkulacji dla robót

układowych potwierdzających wskazaną przez Wykonawcę wysokość powyższego składnika ceny całkowitej oferty.

Konsorcjum Romgos za pismem z dnia 16 sierpnia 2021 roku złożyło wyjaśnienia w powyższym zakresie z załączeniem dwóch dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa - oferta na wykonanie prac saperskich z dnia 10.08.2021 r., - oferta na

wykonanie „przejęcia nieruchomości” z dnia 16.08.2021 r.

Zamawiający wezwał następnie wykonawcę Konsorcjum Romgos za pismem z dnia 31 sierpnia 2021 roku do złożenia wyjaśnień w zakresie w jakim Zamawiający powziął wątpliwości w odniesieniu do uwzględnienia kosztów Sił Zbrojnych RP związanych z oczyszczaniem terenu z materiałów wybuchowych i niebezpiecznych pochodzenia wojskowego.

Wykonawca Romgos za pismem z dnia 2 września 2021 roku udzielił Zamawiającemu wyjaśnień podając oferta zawiera koszty związane z potencjalnym oczyszczeniem terenu z materiałów wybuchowych i niebezpiecznych pochodzenia wojskowego przez Siły Zbrojne RP - koszty te zostały ujęte w załączniku nr 1 do wyjaśnień Wykonawcy z dnia 22 lipca 2021 r. tj. „Sposób wyliczenia ceny (tabela zawierająca kalkulacje cenowe)” z załączeniem oświadczenia z dnia 2 września 2021 roku objętego tajemnicą przedsiębiorstwa.

W odniesieniu do zarzutu odwołania i powołanej przez Odwołującego w uzasadnieniu zarzutu argumentacji Izba podzieliła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Szeroko przytoczony powyżej stan faktyczny sprawy uzasadnia w ocenie Izby, że możliwe było i w zasadzie niezbędne dla prawidłowej konstrukcji odwołania jednoznaczne odniesienie się przez Odwołującego do poczynionych przez Konsorcjum wyjaśnień.

Po pierwsze należy zaznaczyć, że niezmiennie w orzecznictwie Izby i Sądów Powszechnych ukształtowany jest pogląd odnoszący się do konstrukcji zarzutów odwołania.

Zgodnie z art. 555 ustawy Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Ustawodawca w art. 516 ust. 1 ustawy wskazał, że odwołanie zawiera między innymi (8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; (9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania oraz (10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności.

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, a na podstawie art. 534 ust 1 ustawy Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Przepis ten nakłada na Strony

postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów

na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że niezmiennie od początku istnienia Krajowej Izby Odwoławczej, co również pozostaje aktualne po wejściu w życie w dniu 1 stycznia 2021 roku przepisów ustawy z 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, że mianowicie postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne w oparciu o przedstawione w odwołaniu zarzuty wraz z faktyczną argumentacją do nich. Jednocześnie zostało to wskazane w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8 kwietnia 2008 roku sygn. akt V Ca 571/08: Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą prowadzone jest na podstawie przepisów rozdziału 3 działu VI pzp. Postępowanie dowodowe uregulowane jest w art. 188 pzp. Nakłada on na strony obowiązek wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (ust.1). Izba może jednak dopuścić dowód nie wskazany przez stronę (ust. 2). Jest to rozwiązanie analogiczne do stosowanego w postępowaniu cywilnym art. 232 kpc, co świadczy o kontradyktoryjnym charakterze postępowania odwoławczego. Oznacza to, że ustawodawca pozostawia

inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalania tzw. prawdy materialnej. Ustawa jednocześnie daje KIO uprawnienie do dopuszczenia dowodu z urzędu. Uprawnienie to nie jest jednak obowiązkiem. Dlatego nieskorzystanie z tego uprawnienia nie może stanowić przedmiotu skargi.

Izba wskazuje, że w ramach środków ochrony prawnej - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - następuje kontrola poprawności działania bądź bezprawnego zaniechania Zamawiającego pod względem zgodności z przepisami ustawy. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (*petitum*) i nie ogranicza się jedynie do podania podstawy prawnej oraz wskazania stanu faktycznego, a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez Odwołującego argumentacji będącej uzasadnieniem stanowiska Odwołującego. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu.

Izba zaznacza, że orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. (...) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.” Zauważyć należy, że zgodnie z orzeczeniami Sadu Najwyższego to nie podanie podstawy prawnej, a uzasadnienie faktyczne jest niezbędne do skutecznego złożenia środka zaskarżenia, w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 24 marca 2014 roku, sygn. akt III CSK 156/14 czytamy: Oznacza to, że nawet wskazanie jej przez powoda nie jest wiążące dla sądu, który w ramach dokonywanej subsumcji jest zobowiązany do oceny roszczenia w aspekcie wszystkich przepisów prawnych, które powinny być zastosowane jako mające oparcie w ustalonych faktach (por. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 1947 r., C III 137/47, OSNC 1948, nr 1, poz. 20, z dnia 2 maja 1957 r., II CR 305/57, OSNC 1958, nr 3, poz. 72; wyrok z dnia 15 września 2004 r., III CK 352/03, niepubl.). Podanie błędnej podstawy prawnej nie może wywołać negatywnych skutków dla powoda. Zwrócono również uwagę w orzecznictwie na to, że wskazanie w pozwie przez profesjonalnego pełnomocnika powoda podstawy prawnej żądania, mimo braku takiego obowiązku, może spowodować ukierunkowanie postępowania, przez pośrednie określenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 lutego 1999 r., I CKN 252/98, OSNC 1999, nr 9, poz. 152). Ukierunkowanie to nie może jednak oznaczać formalnego związania sądu podaną podstawą prawną zwłaszcza, gdy okoliczności faktyczne mogą stanowić oparcie dla innej, adekwatnej podstawy prawnej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2002 r., III CKN 182/01, niepubl.). (...) Niedopuszczalne byłoby zasądzenie przez sąd czegokolwiek na podstawie innego stanu faktycznego niż ten, który jest podstawą powództwa. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności,

zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący.

W ramach podniesieniowego naruszenia wskazanych na wstępie rozpoznania tego zarzutu przepisów ustawy Odwołujący „odesłał” do treści pisma z dnia 19 lipca 2021 roku i załączników polegających na porównaniu pozycji z oferty Odwołującego i oferty Konsorcjum Romgos oraz tabeli kalkulacji z załącznika nr 1 do pisma z dnia 22 lipca 2021 roku złożonej przez Konsorcjum.

Izba wskazuje w tym miejscu, że dokument do którego odsyła Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu odwołania tj. pismo z dnia 19 lipca 2021 roku stanowi odpowiedź Odwołującego na wezwanie do złożenia wyjaśnienia elementów ceny oferty Odwołującego. Odesłanie do punktu IV tego pisma to w zasadzie odesłanie do polemiki Odwołującego z ceną oferty Konsorcjum w ramach udzielanych wyjaśnień w zakresie ceny zaoferowanej przez Odwołującego w postępowaniu. Izba zaznacza, że takie odniesienie nie stanowi uzasadnienia w kontekście zarzutu rażąco niskiej ceny, który dla skuteczności swego wykazania wymaga przedstawienia argumentacji pozwalającej na dokonanie oceny w kontekście niemożliwości prawidłowego wykonania zamówienia za podaną cenę. Stanowisko Odwołującego, a w zasadzie jego brak, nie odnosi się w żaden sposób do tej niemożliwości świadczenia. Nie sposób nawet uznać, że argumentacja zawarta w ww. piśmie ma na celu przedstawienie argumentacji uzasadniającej zarzut odwołania. Dotyczy ona zupełnie innej okoliczności i inne elementy, okoliczności i potrzeby stanowiły o jej podstawie. Izba podkreśla w tym miejscu, że przedstawione wyjaśnienia ceny oferty, które zostały szeroko przedstawione powyżej w ustaleniu stanu faktycznego, stanowiły dla Odwołującego podstawę budowania argumentacji odnoszącej się do zaoferowanej ceny oferty przez Konsorcjum w kontekście przesłanek wykazania rażąco niskiej ceny oferty.

Izba podziela również stanowisko prezentowane przez Konsorcjum, że Odwołujący nawet nie starał się wykazać, że zaoferowana cena przez Konsorcjum Romgos jest rażąco niska. Odwołujący w żaden sposób nie wykazuje, że cena oferty Konsorcjum, która jest niższa o 5,95% od ceny Odwołującego jest ceną niepozwalającą na prawidłowe wykonanie zamówienia. Wymaga odnotowania w tym miejscu, że Odwołujący nie jest zwolniony z wykazania i argumentowania, że cena konkurencyjnej oferty jest rażąco niska. W ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego, tym samym zadaniem Izby jest ocena dokonanej przez Zamawiającego czynności oceny złożonych wyjaśnień oraz dokonania czynności będących efektem ww. czynności. Jednocześnie należy mieć na względzie, że ciężar dowodu w postępowaniu odwoławczym, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, tym samym w trakcie postępowania odwoławczego strona nie dość, że jest uprawniona do dowodzenia swoich twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach to w zasadzie ustawodawca nałożył na nią ciężar dowiedzenia, że oferta, którą wykonawca złożył w danym postępowaniu nie zawiera rażąco niskiej ceny, to tym samym Odwołujący powinien wykazać, że złożone wyjaśnienia potwierdzają, że zaoferowana przez Konsorcjum cena jest rażąco niska. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że ze złożonych wyjaśnień przez Konsorcjum wynika, że zaoferowana cena jest rażąco niska. Podkreślić należy, że to Odwołujący wyznacza zakres rozpoznania sprawy, składając odpowiedni wniosek o charakterze dyspozytywnym (na gruncie postępowania cywilnego - pozew, lub wniosek w postępowaniu nieprocesowym, a w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą - odwołanie). Ten wniosek rozpoczynający spór między stronami wyznacza zakres rozstrzygnięcia postępowania, określa jego ramy, wskazując zarazem intencje Odwołującego. Poznanie pełnej, właściwej treści zarzutów, żądań, okoliczności faktycznych i prawnych oraz załączonych dowodów zawartych w odwołaniu złożonym w terminie określonym przez prawo, pozwala na prawidłową ocenę wskazywanych uchybień, które w takich okolicznościach można traktować jako zarzut odwołania. W rozpoznawanej sprawie odwoławczej w ramach tego zarzutu brakło argumentacji faktycznej Odwołującego uzasadniającej podniesionych zarzut.

W zakresie zarzutu (3) - naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 58 k.c. w związku z art. 3 ust. 1 pkt 9 ustawy z dnia 29 września 1994 roku o rachunkowości (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 217 ), ewentualnie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz - w każdym z tych przypadków - naruszenie art. 16 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ROMGOS - TOLOS, mimo, że w punkcie 6 zawiera ona niezgodne z art. 3 ust. 1 pkt 9) ustawy o rachunkowości, a także niezgodne z pkt X ust.3. i ust. 4 SWZ wskazanie

parametrów: a) wskaźnik płynności bieżącej, b) EBITDA, c) wskaźnik zadłużenia, jako

ustalonych przy uwzględnieniu - w zakresie roku 2020 - danych finansowych ROMGOS

ENGINEERING, nie z 12 kolejnych pełnych miesięcy kalendarzowych lecz z 16 kolejnych

pełnych miesięcy kalendarzowych tj. wskazanie powyższych parametrów z uwzględnieniem danych finansowych z okresu styczeń - kwiecień 2021 rok, mimo, że w pkt X ust. 3 i 4 SWZ mowa wyraźnie o latach/roku obrotowym, który zgodnie z SWZ uwzględniającym zasady równości oraz podstawową definicją roku obrotowego zawartą w ustawie o rachunkowości, a także zgodnie z wynikającym z zasady proporcjonalnej wykładni prawa krajowego wymogiem niezastosowania art. 12 ustawy z dnia 28 listopada 2020 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2020 r. poz. 2123, dalej: „ustawa zmieniająca”, winien być rozumiany jako 12 a nie 16 miesięcy kalendarzowych - Izba uznała zarzuty za niezasadne.

Na wstępie Izba wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa, treść niektórych przepisów prawa podnoszonych przez Odwołującego zostały również wskazane w uzasadnieniu rzutu odwołania:

Art. 16 ustawy Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie

wykonawców;

Art. 226 ust. 1 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...)

- 4) jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów;
- 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

Art. 239. 1 ustawy - Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Art. 58 Kodeksu cywilnego -

§ 1. Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednio przepisy ustawy.  
§ 2. Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.  
§ 3. Jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części, chyba że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana.

Rozporządzenie Ministra Rozwoju, pracy i technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (DZ. U. z 2021 poz. 2415)

§ 8. 1. W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać, w szczególności, następujących podmiotowych środków dowodowych:

- 1) sprawozdania finansowego albo jego części, w przypadku gdy sporządzenie sprawozdania wymagane jest przepisami kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, a jeżeli podlega ono badaniu przez firmę audytorską zgodnie z przepisami o rachunkowości, również odpowiednio ze sprawozdaniem z badania sprawozdania finansowego, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzenia sprawozdania finansowego, innych dokumentów określających w szczególności przychody oraz aktywa i zobowiązania - za okres nie dłuższy niż ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres;

Izba ustaliła, że zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) Zamawiający określił następujące wymagania:

## Rozdział X - Warunki udziału w postępowaniu i podstawy wykluczenia

O udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

(.)

3. Potwierdzą posiadanie średniorocznego przychodu w okresie ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w wysokości co najmniej 120 000 000,00 złotych (słownie: sto dwadzieścia milionów złotych).

4. Potwierdzą, że wskaźnik płynności bieżącej za ostatni zakończony rok obrotowy, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, jest nie mniejszy niż 1,10. Wskaźnik płynności bieżącej zostanie wyliczony zgodnie z następującym wzorem: aktywa obrotowe (bez należności handlowych powyżej 12 miesięcy prezentowanych w aktywach obrotowych, jeżeli występują) / [zobowiązania krótkoterminowe (bez zobowiązań handlowych powyżej 12 miesięcy prezentowanych w zobowiązaniach krótkoterminowych, jeżeli występują) + rezerwy krótkoterminowe prezentowane w zobowiązaniach długoterminowych (jeżeli występują) + bierne rozliczenia międzyokresowe krótkoterminowe (jeżeli występują i nie są już ujęte w zobowiązaniach krótkoterminowych)].

Zamawiający dopuszcza, że wyżej opisany wskaźnik płynności będzie niższy niż 1,10, pod warunkiem, że EBITDA (liczona wg. wzoru zysk na działalności operacyjnej + amortyzacja) za ostatni zakończony rok obrotowy, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, jest większa od zera i że wskaźnik zadłużenia netto do EBITDA za ostatni zakończony rok obrotowy, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, jest nie większy niż 3,80.

Wskaźnik zadłużenia netto do EBITDA zostanie wyliczony zgodnie z następującym wzorem: (długoterminowe i krótkoterminowe kredyty i pożyczki + długoterminowe i krótkoterminowe inne oprocentowane zobowiązania finansowe - środki pieniężne i ich ekwiwalenty) / (zysk na działalności operacyjnej + amortyzacja).

W zakresie warunku określonego w ustępie powyżej, Zamawiający dokona przeliczeń z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku zgodnie z zasadami arytmetyki.

(.)

Uwaga:

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

(.)

2) Warunek opisany w ust. 2. - ust. 10. powyżej może spełniać łącznie grupa Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie Zamówienia.

3) Zamawiający wymaga, aby spełnianie warunków określonych w ust. 4. powyżej zostało wykazane łącznie przez wszystkie podmioty (dotyczy zarówno Wykonawców, jak i innych podmiotów udostępniających zasoby w rozumieniu art. 118 Ustawy), których przychód za ostatni zakończony rok obrotowy, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, został uwzględniony na potrzeby wykazania spełniania warunku określonego w ust. 3. powyżej.

## Rozdział XII - Wykaz podmiotowych środków dowodowych

(■■■)

2. W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w Postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia, o których mowa w Rozdziale X i XI SWZ, Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych:

13) Część sprawozdania finansowego, tj. w szczególności bilans oraz rachunek

zysków i strat, a jeżeli podlega ono badaniu zgodnie z przepisami o rachunkowości to wraz ze sprawozdaniem z badania przez firmę audytorską o tym sprawozdaniu finansowym, z okresu ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres, potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych w Rozdziale X ust. 3 i 4. powyżej.

Za ostatni zakończony rok obrotowy rozumie się ostatni zakończony rok obrotowy Wykonawcy, nawet jeśli przepisy prawa nie wymagają na dzień składania ofert dysponowania zatwierdzonymi sprawozdaniami finansowymi. Powyższe dotyczy zarówno Wykonawców jak i podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 Ustawy.

Jeżeli Wykonawca, zgodnie z przepisami o rachunkowości obowiązującymi w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie ma obowiązku sporządzenia sprawozdania finansowego, zamiast dokumentu, o którym mowa w pkt 13), składa inne dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w Postępowaniu określonych w

Rozdziale X ust. 3 i 4 powyżej.

W przypadku, gdy Wykonawca zgodnie z przepisami o rachunkowości jest zobowiązany do sporządzenia sprawozdania finansowego za ostatni zakończony rok obrotowy, a wykaże spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w

Rozdziale X ust. 3 i ust. 4 powyżej, za pomocą innych dokumentów, Zamawiający zastrzega

sobie możliwość żądania przed zawarciem umowy przedłożenia części sprawozdania finansowego, tj. w szczególności bilansu oraz rachunku zysków i strat, w których zawarte będą dane na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu, o których

mowa w Rozdziale X ust. 3 i ust. 4 powyżej.

W przypadku, gdy ww. sprawozdanie finansowe, zgodnie z przepisami o rachunkowości, podlega badaniu przez firmę audytorską, Zamawiający zastrzega sobie możliwość żądania sprawozdania finansowego wraz z tą opinią.

Powyższe żądanie będzie uzależnione od tego czy przepisy o rachunkowości wymagają już dysponowania takimi dokumentami przez Wykonawcę.

Powyższe dotyczy zarówno Wykonawców jak i podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 Ustawy.

Zamawiający oczekuje, iż przedstawiona w celu weryfikacji spełnienia warunków określonych w Rozdziale X ust. 3 i ust. 4 powyżej, część sprawozdania finansowego (tj. w szczególności bilans oraz rachunek zysków i strat) będzie sporządzona zgodnie z przepisami obowiązującymi danego Wykonawcę. Dla podmiotów mających siedzibę lub miejsce sprawowania zarządu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oznacza to, iż sprawozdanie finansowe powinno zostać sporządzone zgodnie z ustawą z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (t. j. Dz. U. z 2019 r. poz. 351 ze zm.), a zatem również zgodnie z Międzynarodowymi Standardami Sprawozdawczości Finansowej (MSSF), dla przypadków, o których mowa w art. 45 ust. 1 ustawy o rachunkowości.

Zamawiający, akceptuje fakt, iż sprawozdania finansowe poszczególnych Wykonawców będą sporządzane zgodnie z obowiązującymi ich przepisami; akceptuje, iż pojęcia wskazane we wzorze dotyczącym wskaźnika płynności bieżącej będą interpretowane zgodnie z tymi przepisami. Wskaźnik, o którym mowa w Rozdziale IX ust. 4 powyżej, należy obliczyć w oparciu o przedstawiony wzór, klasyfikując do poszczególnych kategorii operacje gospodarcze (pozycje bilansowe) zgodnie z obowiązującymi Wykonawcę przepisami. Przedstawione dokumenty powinny umożliwić Zamawiającemu weryfikację wskaźników finansowych pod kątem spełniania warunków określonych w Rozdziale X ust. 3 - ust. 4 powyżej, a zatem, jeżeli szczegółowość bilansu oraz rachunku zysków i strat jest niewystarczająca do tego celu, należy przedstawić dodatkowo również noty objaśniające.

Za pismem z dnia 7 lipca roku Zamawiający, działając na podstawie art. 126 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019, poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP” Zamawiający, tj. Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. wzywa Wykonawcę do przedłożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w Rozdziale XII ust. 2 Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej „SWZ”) oraz złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ustawy PZP, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia, tj. jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia.

Konsorcjum złożyło między innymi:

- 1) Sprawozdanie finansowe za lata 2018, 2019, 2020 dla Romgos G.

Sp. z o.o.

- 2) Sprawozdanie finansowe za lata 2018, 2019, 2020 dla Romgos Sp. z o.o.

Engineering Sp. k. obejmujące okres od 1 stycznia 2020 do 30 kwietnia 2021 roku;

- 3) Sprawozdanie finansowe za rok 2018 i rok 2019 dla Przedsiębiorstwo Budowlano - Melioracyjne TOLOS P. W. i wspólnicy spółka komandytowa; Rachunek Zysków i Strat za okres 1 stycznia 2020 - 31 grudnia 2021 oraz Bilans sporządzony na dzień 31 grudnia 2020 rok.

Izba ustaliła, że toczyło się już postępowanie odwoławcze, w którym podniesiony został tożsamy zarzut odwołania. Wyrokiem z dnia 27 września 2021 roku w sprawie o sygn. akt KIO 2474/21 oraz KIO 2501/21 Izba odwołania oddaliła, a w zakresie przedmiotowego zarzutu odwołania zarzut uznała za niezasadny. W uzasadnieniu orzeczenia Izba między innymi podała:

Nie była sporna między Stronami treść warunku, która referowała do wykazania się przez wykonawców posiadaniem średniorocznego przychodu w okresie ostatnich trzech lat obrotowych o określonej wysokości. Pozostałe warunki odnoszące się do wskaźników finansowych również odwoływały się do danych za ostatni rok obrotowy.

Nie ulega wątpliwości, że SWZ nie zawierała definicji własnych pojęcia „roku obrotowego” użytego przez Zamawiającego w treści warunku. Wobec powyższego należało odpowiedzieć, czy istnieje ustawowa (czyli legalna) definicja tego pojęcia.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 9 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2019 r. poz. 351 ze zm.) za rok obrotowy uważa się 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych, stosowany również do celów podatkowych, niekoniecznie pokrywających się z rokiem kalendarzowym. Rok obrotowy musi być określony w statucie lub umowie. Rok obrotowy powinien być określony w polityce rachunkowości jednostki. Do ustawy o rachunkowości odwoływał się także Zamawiający w SWZ, opisując jakiego rodzaju podmiotowe środki dowodowe należy złożyć celem potwierdzenia warunków udziału odnoszących się do zdolności finansowej i ekonomicznej. Dotyczyło to m.in. obowiązku złożenia sprawozdań finansowych lub innych dokumentów, jeżeli podmiot nie jest zobowiązany do sporządzenia sprawozdania.

Z przepisów prawa podatkowego powszechnie obowiązujących wynika, że z dniem 1 stycznia 2021 r. weszły w życie przepisy ustawy z dnia 28 listopada 2020 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2020 r. poz. 2123), zwanej dalej „ustawą zmieniającą”, według których spółki komandytowe uzyskują status podatnika podatku CIT w terminie - 1 stycznia 2021 r. lub 1 maja 2021 r. Jak już zaznaczono przepisy te obowiązywały od 1 stycznia 2021 roku, a więc na pół roku przed otwarciem ofert w przedmiotowym postępowaniu. Do 31 grudnia 2020 roku każda osoba prawna będąca spółką komandytową musiała podjąć decyzję, czy obowiązek zapłaty podatku dochodowego od osób prawnych spełni w dacie 1 stycznia 2021 roku czy 1 maja 2021 roku.

Jedna ze spółek konsorcjum Romgos działająca w formie spółki komandytowej złożyła w postępowaniu ofertę, w której przedstawiła dane finansowe za okres 16 miesięcy od 1 stycznia 2020 roku do 30 kwietnia 2021 roku.

Zgodnie z art. 12 ust. 3 i 4 ustawy zmieniającej z dniem poprzedzającym dzień uzyskania statusu podatnika CIT spółka komandytowa była zobowiązana zamknąć księgi rachunkowe, a jeżeli ostatni dzień roku obrotowego spółki komandytowej przypadał w okresie od 31 grudnia 2020 r. do 31 marca 2021 r., to wówczas spółka mogła nie zamykać ksiąg rachunkowych na ten dzień i kontynuować rok obrotowy do dnia 30 kwietnia 2021 r. Członek konsorcjum Romgos z tego uprawnienia skorzystał.

Izba w składzie rozpoznającym niniejsze odwołania nie podziela stanowiska Odwołujących, że nie ma znaczenia, iż przepisy prawa podatkowego pozwalają w niektórych sytuacjach na

przyjęcie innego okresu rozliczeniowego dla roku obrotowego.

W ocenie Izby definicję pojęcia „rok obrotowy” wynikającą z ustawy o rachunkowości traktować należy jako definicję legalną i wobec braku odrębnych uregulowań w Prawie zamówień publicznych, istniejąca definicja winna znaleźć zastosowanie na gruncie ustawy Pzp, a tym samym należy uwzględnić także inne reguły władające sporządzaniem sprawozdań finansowych, wyliczania wskaźników finansowych i innych elementów odnoszących się do kondycji finansowej i ekonomicznej danego wykonawcy. Ustawa o rachunkowości zawiera także jasne reguły i zasady sporządzania sprawozdań finansowych przez podmioty do tego zobowiązane, sytuacje kiedy sprawozdania podlegają badaniu, określa stosowanie międzynarodowych standardów rachunkowości, zasady przekazywania dokumentów odpowiednim organom podatkowym. Reguły określone w ustawie o rachunkowości stosuje się również do celów podatkowych. Zatem jeżeli przepisy prawa podatkowego wprowadzają pewne regulacje związane ze sposobem ujęcia w danym czasookresie roku obrotowego danej jednostki, to na gruncie ustawy o rachunkowości reguły te stanowią swoiste *lex specialis* wobec zasad pierwotnych i z ujęciem tych wyjątków ustawa jest stosowana.

Jeżeli ustawa zmieniająca status podatnika spółki komandytowej dopuszczała w ściśle określonej i wyjątkowej sytuacji w danym roku możliwość przedłużenia roku obrotowego i zamknięcie ksiąg rachunkowych z dniem 30 kwietnia 2021 roku, to dany podmiot uzyskujący status podatnika podatku dochodowego od osób prawnych w określonej przez ustawodawcę ogólnie dacie, miał prawo z takiego przedłużenia skorzystać. Wykonawcy nie mogą obciążać ekstraordynaryjne okoliczności wynikające ze zmiany przepisów dokonanych przez ustawodawcę, a jednocześnie nie można podmiotowi prowadzącemu działalność gospodarczą odmówić prawa do korzystania z przewidzianych przywilejów.

Absolutnie dlatego nie zasługują na uwzględnienie zarzuty Odwołującego Stalprofil, że oferta

Konsorcjum Romgos jest niezgodna z ustawą o rachunkowości, co oznaczać by miało jej nieważność na podstawie art. 58 § 1 k.c i powinna być odrzucona na podstawie

art. 226 ust. 1 pkt 4) Pzp.

Zgodnie z art. 45 ust. 1 ustawy o rachunkowości sprawozdania finansowe sporządza się na dzień zamknięcia ksiąg rachunkowych. Księgi rachunkowe zamyka się na dzień kończący rok obrotowy lub odpowiednio na dzień albo dzień poprzedzający dzień wystąpienia zdarzeń skutkujących zamknięciem ksiąg rachunkowych, np. zakończenie działalności, likwidacja. Dniem bilansowym jest dzień, na który jednostka sporządza sprawozdanie finansowe. Z kolei z art. 12 ust. 4 ustawy zmieniającej wynika, że dla spółek komandytowych istniała możliwość niezamykania ksiąg rachunkowych na dzień 31 grudnia 2020 roku i kontynuowanie go do 30 kwietnia 2021 roku. Z interpretacji zamieszczonej na stronie internetowej Ministerstwa Finansów wynika, że jeżeli rok obrotowy spółki komandytowej jest równy kalendarzowemu, to jej rok obrotowy w omawianym przypadku będzie trwał od 1 stycznia 2020 r. do 30 kwietnia 2021 r. i za ten okres będzie sporządzane sprawozdanie finansowe. Kolejny rok obrotowy będzie obejmował okres od 1 maja 2021 r. do 31 grudnia 2021 r. Interpretacją tą kierowali się tak Zamawiający, jak również konsorcjum Romgos. Błędnie zatem obaj Odwołujący przyjmowali, że rok obrotowy bez żadnych wyjątków musi obejmować okres 12 miesięcy i tylko z takiego okresu podmiot był zobowiązany przedstawić dane. Warto również podkreślić, że zapisy SWZ odwoływały się do zakończonego roku obrotowego. W przypadku spółki komandytowej rok obrotowy zakończył się z dniem 30 kwietnia 2021 roku i wyjątkowo w latach 2020-2021 obejmował okres 16 miesięcy. Za taki okres podmiot zobowiązany był sporządzić sprawozdanie finansowe. Oznacza to w ocenie Izby, że taki podmiot uprawniony był przedstawić Zamawiającemu dokumenty sporządzone zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa obejmujące rok obrotowy, który obejmował czas dłuższy niż 12 miesięcy.

Odnosząc się do argumentacji Odwołujących związaną z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców poprzez przedstawienie danych z większej liczby miesięcy, Izba podkreśla, że tak przepisy prawa krajowego, jak też przepisy rangi unijnej dopuszczają możliwość badania kondycji finansowej i ekonomicznej wykonawcy. Przestrzeganie zasady równego traktowania wykonawców polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców. Warunek udziału w postępowaniu badać miał kondycję danego podmiotu w okresie ostatnich trzech lat obrotowych. W ocenie Izby różnicowanie spółek komandytowych wobec podmiotów działających w innej formie nie mogło polegać na nałożeniu na takie spółki obowiązku przedstawienia sprawozdania finansowego sporządzonego na dzień 31 grudnia 2020 roku w sytuacji, gdy dany podmiot nie był do takiej czynności zobowiązany. Złożone przez Przystępującego Romgos dokumenty zgodne były z

przepisami powszechnie obowiązującymi i to właśnie respektowanie zasad określonych w innych gałęziach prawa wobec braku reguł określonych w ustawie Pzp i SWZ przez samego Zamawiającego stanowi przejaw stosowania zasady równego traktowania wykonawców. Również przepisy prawa unijnego posługują się pojęciami o charakterze ogólnym, bez wskazywania sposobu rozumienia poszczególnych pojęć, co wiązać zapewne należy z umożliwieniem państwom członkowskim doszczegółowienia regulacji na poziomie krajowym. Przejawem takich przepisów szczególnych w przypadku polskiego porządku prawnego jest ustawa o rachunkowości, która określa, jak należy rozumieć pojęcie roku obrotowego. Dostrzeżenia wymaga, iż przestrzegania zasady równości upatrywać także można w poszanowaniu reżimu prawnego, w jakim funkcjonuje i działalność prowadzi dana jednostka ubiegająca się o udzielenie zamówienia publicznego.

Ocena Zamawiającego przeprowadzona została w oparciu o reguły opisane w SWZ. To właśnie zastosowanie innych zasad stanowiłoby odstępianie od reguły równego traktowania wykonawców. Wszyscy bowiem wykonawcy przystępujący do przetargu zapoznali się z dokumentami postępowania i do wymaganych zasad dostosowali swoje oferty. Zmiana zasad badania i oceny po złożeniu ofert miałaby charakter niedopuszczalnego przekroczenia uprawnień przez Zamawiającego.

Wykonawcy zobowiązani do sporządzenia sprawozdania finansowego na koniec roku obrotowego mieli przedstawić Zamawiającemu określony dokument, co miało miejsce w prowadzonym postępowaniu. Okoliczność, że rok obrotowy może kończyć się w różnych

momentach czasowych dla poszczególnych podmiotów, nie różnicuje sytuacji takich podmiotów, to bowiem od danej jednostki zależy określenie tego parametru dla celów podatkowych i w celu sporządzenia sprawozdania finansowego, natomiast zasady sporządzania sprawozdań finansowych dla wszystkich podmiotów są takie same.

Bez znaczenia zatem pozostaje dowód złożony przez Odwołującego Stalprofil - zestawienie dochodów - opracowanie własne. Nie ma znaczenia, w której części roku obrotowego i w którym z ostatnich trzech lat dany podmiot osiągnął poziom wymagany przez Zamawiającego warunkiem udziału. Podmioty prowadzące działalność gospodarczą mogą w różny sposób dokapitalizować podmioty z grupy i o ile czynią to w sposób dopuszczony przepisami prawa, nie można im z tego czynić zarzutu.

W zakresie zarzutu (3) odwołania Izba w pierwszej kolejności podaje, że w całości przyjmuje za własną argumentację przytoczoną powyżej a przedstawioną przez skład

orzekający w sprawie odwoławczej za wyrokiem z dnia 27 września 2021 roku

w sprawie o sygn. akt KIO 2474/21 oraz KIO 2501/21.

Dodaje w tym miejscu, że w wymienionej sprawie Odwoławczej spór toczył się pomiędzy tym samym Zamawiającym, a odwołującym STALPROFIL Spółka Akcyjna z siedzibą w Dąbrowie Górniczej (KIO 2474/21) oraz Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (KIO 2501/21) w przedmiocie budowa gazociągu wysokiego ciśnienia MOP 8,4 Mpa DN 1000 relacji Gustorzyn - Wronów, Etap III Rawa Mazowiecka - Wronów na terenie województw lubelskiego, mazowieckiego i łódzkiego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 26 kwietnia 2021 roku.

W odniesieniu do podniesionych zarzutów (zarzut podstawowy i zarzut ewentualny) odwołania Izba dodaje, że w zakresie ROMGOS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ENGINEERING spółka komandytowa z siedzibą w Jarocinie ocena spełnienia wymagań nastąpiła w oparciu o wymagania SWZ. Należy podkreślić, że Zamawiający nie zdefiniował w SWZ pojęcia „roku obrotowego”, a wskazał jedynie, że do celów obliczenia średniorocznego przychodu oraz wskaźników finansowych (rozdział X pkt. 4 SWZ) należy przyjąć dane finansowe za okres „ostatnich trzech lat obrotowych” (rozdział X pkt. 3 SWZ) oraz dane finansowe „za ostatni zakończony rok obrotowy” (rozdział X pkt. 4 SWZ).

W oparciu o art. 2 pkt 1 w zw. z art. 12 ust. 1 ustawy z 28 listopada 2020 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2020 r. poz. 2123) (dalej: „Ustawa nowelizująca”) spółki komandytowe uzyskały status podatnika podatku dochodowego od osób prawnych (CIT) ze skutkiem od dnia 1 stycznia 2021 r. Natomiast na podstawie art. 12 ust. 2 Ustawy Nowelizującej spółki komandytowe mogły uzyskać statusu podatnika podatku CIT, w zależności od wyboru spółki, od 1 stycznia 2021 r. lub od 1 maja 2021 r.

W oparciu o art. 12 ust. 3 - Z dniem poprzedzającym dzień uzyskania przez spółkę komandytową i spółkę jawną statusu podatnika podatku dochodowego od osób prawnych spółka ta jest obowiązana do zamknięcia ksiąg rachunkowych, przy czym przepis art. 8 ust. 6 ustawy zmieniającej w art. 2 stosuje się odpowiednio i ust. 4 - Jeżeli ostatni dzień roku obrotowego spółki komandytowej, o której mowa w ust. 2, przypada w okresie od dnia 31 grudnia 2020 r. do dnia 31 marca 2021 r., spółka ta może nie zamykać ksiąg rachunkowych na ten dzień i kontynuować rok obrotowy do dnia 30 kwietnia 2021 r. Ustawy Nowelizującej, z dniem poprzedzającym dzień uzyskania statusu podatnika CIT spółka komandytowa była zobowiązana zamknąć księgi rachunkowe, a jeżeli ostatni dzień roku obrotowego spółki komandytowej przypadał w okresie od 31 grudnia 2020 r. do 31 marca 2021 r., to wówczas spółka mogła nie zamykać ksiąg rachunkowych na ten dzień i kontynuować rok obrotowy do dnia 30 kwietnia 2021 r.

Wymaga odnotowania, że ROMGOS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ENGINEERING spółka komandytowa z siedzibą w Jarocinie, pełnomocnik Konsorcjum Romgos posiada status spółki komandytowej, co nie było w żaden sposób kwestionowane. Wykonawca skorzystał, i miał takie prawo, z możliwości przedłużenia roku obrotowego na mocy Ustawy Nowelizującej, a ostatnim dniem roku obrotowego rozpoczętego 1 stycznia 2020 r., na który winno zostać sporządzone roczne sprawozdanie finansowe, był dzień 30 kwietnia 2021 r. W ocenie Izby prawidłowe i jedynie poprawne w obliczu obowiązujących przepisów jest stwierdzenie, że w wyniku przedłużenia roku obrotowego zgodnie z przepisami, dzień 31 grudnia 2020 r. nie mógł być uznany za ostatni dzień roku obrotowego ROMGOS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ENGINEERING spółka komandytowa z siedzibą w Jarocinie. Skoro nie mógł 31 grudnia 2021 roku być uznany ostatnim dniem roku obrotowego, to na ten dzień nie mogło być sporządzone sprawozdanie finansowe.

Więcej, wykonawca w obliczu obowiązującej regulacji SWZ nie mógłby posłużyć się danymi na dzień 31 grudnia 2020 roku, bowiem nie odnosiłyby się te dane do ostatnich trzech lat obrotowych (rozdział X pkt 3 SWZ) oraz nie dotyczyłyby danych „za ostatni zakończony rok obrotowy” (rozdział X pkt 4 SWZ). Posłużenie się danym na dzień 31 grudnia 2020 roku byłoby niezgodne z postanowieniami SWZ.

Podobnie jak w wyżej cytowanym orzeczeniu Izba stwierdziła również, że SWZ nie zawierała definicji własnych pojęcia „roku obrotowego” użytego przez Zamawiającego w treści warunku. Wobec powyższego należało odpowiedzieć, czy istnieje ustawowa (czyli legalna) definicja tego pojęcia. Definicja „roku obrotowego” zawarta w art. 3 ust. 1 pkt 9 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2019 r. poz. 351 ze zm.) - rok obrotowy - rozumie się przez to rok kalendarzowy lub inny okres trwający 12 kolejnych pełnych miesięcy kalendarzowych, stosowany również do celów podatkowych. Rok obrotowy lub jego zmiany

określa statut lub umowa, na podstawie której utworzono jednostkę. Jeżeli jednostka rozpoczęła działalność w drugiej połowie przyjętego roku obrotowego, to można księgi rachunkowe i sprawozdanie finansowe za ten okres połączyć z księgami rachunkowymi i sprawozdaniem finansowym za rok następny. W przypadku zmiany roku obrotowego pierwszy po zmianie rok obrotowy powinien być dłuższy niż 12 kolejnych miesięcy.

Izba stwierdziła także, że Zamawiający do ustawy o rachunkowości odwoływał się także w SWZ, opisując jakiego rodzaju podmiotowe środki dowodowe należy złożyć celem potwierdzenia warunków udziału odnoszących się do zdolności finansowej i ekonomicznej. Dotyczyło to m.in. obowiązku złożenia sprawozdań finansowych lub innych dokumentów, jeżeli podmiot nie jest zobowiązany do sporządzenia sprawozdania.

Wymaga podkreślenia w tym miejscu, że „rok obrotowy” ROMGOS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ENGINEERING spółka komandytowa z siedzibą w Jarocinie, w związku z objęciem spółki, na podstawie Ustawy Nowelizującej, podatkiem CIT, mógł być kontynuowany po 31 grudnia 2020 r. i trwać do 30 kwietnia 2021 r., to tym samym wskazany rok obrotowy jest również zgodny z definicją roku obrotowego z ustawy o rachunkowości. Izba podkreśla w tym miejscu, że ustawodawca w ustawie o rachunkowości przewidział w sposób jednoznaczny, że w przypadku zmiany roku obrotowego pierwszy po zmianie rok obrotowy powinien być dłuższy niż 12 kolejnych miesięcy, jak również regulację dotyczącą rozpoczęcia działalności jednostki w drugiej połowie przyjętego roku obrotowego. Regulacje te mają zastosowanie do każdej formy prawnej spółki, co oznacza, że regulacja art. 12 ustawy Nowelizującej stanowi jedynie konsekwencję pewnych regulacji, które w sposób jednoznaczny mieszczą się w definicji „roku obrotowego”. Izba podziela stanowisko prezentowane przez Zamawiającego, że błędnie Odwołujący przyjmuje, że rok obrotowy to jedynie 12 miesięcy kalendarzowych. Zasadne jest także stanowisko Konsorcjum Romgos, że wprowadzenie do SWZ sztywnego określenia „roku obrotowego” jako 12 miesięcy powodowałoby ograniczenie konkurencji i naruszenie zasad prawa zamówień publicznych. Wymaga bowiem podkreślenia, że wykonawcy przy tak sztywnej regulacji, która nie znajduje odzwierciedlenia w przepisach ustawy o rachunkowości nie byłoby w stanie

przedstawiać dokumentów określonych tymi przepisami, a których Zamawiający może wymagać zgodnie z obowiązującymi przepisami. Nie sposób zgodzić się z argumentacją Odwołującego, że jedynie podstawowa definicja „roku obrotowego” z ustawy o rachunkowości - tj. rozumiana jako kolejnych 12 miesięcy kalendarzowych - stanowi właściwe rozumienie tej definicji na kanwie Prawa zamówień publicznych i ukształtowanych postanowień SWZ. W żaden sposób prawodawca nie wyłączył stosowania w pełni definicji a art. 3 pkt 9 ustawy o rachunkowości jak również nie wyłączył ewentualnie innych przepisów ustaw Nowelizujących. Sam fakt, że Odwołujący referuje do ustawy o rachunkowości i definicji tam zawartej jest prawidłowy ale nieprawidłowe jest jej ograniczanie, a tym samym definiowanie pojęcia dla „roku obrotowego” wskazanego w warunkach udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do argumentacji związanej z naruszaniem art. 80 ust. 2 i 3 Dyrektywy 2014/25/UE („Dyrektywa Sektorowa”) statuuje możliwość zastosowania przez instytucję zamawiającą kryteriów kwalifikacji (warunków udziału) w zakresie, jaki został opisany w art. 58 Dyrektywy 2014/25/UE („Dyrektywa Klasyczna”), tj. przez postawienie wymagań i ograniczeń odnośnie do „rocznych obrotów”. Słusznie podniósł Zamawiający, że przepisy Dyrektywy Klasycznej posługują się terminem „minimalnego rocznego obrotu”, a art. 115 ust. 1 pkt 1 ustawy terminem „minimalnego rocznego przychodu”, to wspólną ich cechą jest to, że nie określają one w sposób szczegółowy, w jaki sposób taki obrót lub przychód powinien zostać ustalony. Skoro nie znajdujemy w przepisach zarówno ustawy jak i ww. Dyrektywy doszczegółowienia, to istotne będą postanowienia w zakresie wymagania określone przez Zamawiającego w konkretnym postępowaniu oraz do przepisów prawa danego państwa członkowskiego dotyczących „roku obrotowego”.

Powyższe w sposób jednoznaczny pozwala na stwierdzenie, że wykonawca składający dokumenty w postępowaniu, który korzystania z obowiązujących regulacji prawnych nie może być traktowany w inny sposób niż pozostali wykonawcy. Konsorcjum Romgos przedstawiło dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu zgodnie z obowiązującymi przepisami i w zakresie wymaganym przez Zamawiającego co do informacji niezbędnych do oceny spełnienia przez Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający, przy dokonywaniu oceny spełnienia warunku przez Konsorcjum Romgos, uwzględnił wszystkie dokumenty zgodnie z ustawą o rachunkowości oraz obowiązującymi regulacjami prawnymi dotyczącymi Ustawy Nowelizującej jak również przepisami Covidowymi. Mając na uwadze całą powyższą argumentację, w tym również stanowisko wyrażone przez Izbę w wyroku z 27 września 2021 roku Izba nie stwierdziła naruszenia zasad Prawa zamówień publicznych. O naruszeniu zasad można byłoby mówić w sytuacji, gdyby Zamawiający ograniczył poszczególnym spółką udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego uzależniając go od określenia w sposób niezgodny z ustawą o rachunkowości definicji „roku obrotowego”, który stanowi o sporządzeniu sprawozdania finansowego, a które to sprawozdanie finansowe stanowi podstawę do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu zgodnie z obowiązującymi regulacjami prawnymi. Izba nie podziela argumentacji odnoszącej się do przedstawiania dokumentów innych niż sprawozdania finansowe przez polskie spółki w przypadku, gdy są one zobowiązane do sporządzania takiego sprawozdania.

W zakresie zarzutu (4) naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 pkt a Pzp i art. 16 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum ROMGOS - TOLOS i w konsekwencji odrzucenia jego oferty ze względu na wystąpienie podstawy do wykluczenia Konsorcjum ROMGOS - TOLOS z uwagi na art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, przez wzgląd na wprowadzenie Zamawiającego przez Konsorcjum ROMGOS - TOLOS, umyślnie lub co najmniej w ramach rażącego niedbalstwa, w błąd co do zdolności finansowej i ekonomicznej tego wykonawcy w zakresie roku 2020

a nadto art. 226 ust. 1 pkt 2 b i c a także pkt 5 Pzp i § 8 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. 2020.2415) - dalej: „Rozporządzenie w sprawie podmiotowych środków dowodowych” oraz we wszystkich tych przypadkach także art. 16 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ROMGOS - TOLOS, mimo, że:

- c) Konsorcjum ROMGOS - TOLOS oświadczyło w JEDZ iż spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące średniorocznego przychodu w ostatnich trzech latach obrotowych w wysokości co najmniej 120.000000 zł (pkt X.3 SWZ), a także w postaci wskaźnika płynności bieżącej za ostatni rok obrotowy, nie mniejszego niż 1.10, a nadto w pkt 6 a) oferty Konsorcjum ROMGOS - TOLOS podało dla TOLOS wskaźnik płynności bieżącej wynoszący 1,35 lecz na etapie przedkładania podmiotowych środków dowodowych nie przedłożyło dokumentu

podmiotowego TOLOS określającego wartości ekonomiczne tej spółki za rok 2020, pozwalającego na ustalenie: przychodów ze sprzedaży, aktywów obrotowych, zobowiązań krótkoterminowych, wskaźnika płynności finansowej,

d) Konsorcjum ROMGOS - TOLOS podało dla ROMGOS ENGINEERING w ofercie i sprawozdaniu finansowym dane finansowe oraz wskaźniki obejmujące okres 16 miesięcy zamiast 12 miesięcy tj. obejmujące okres 1.01.2020 r.- 30.04.2021 r. zamiast okresu 1.01.2020 r. - 31.12.2020 r. i zaniechało dostarczenia innego niż sprawozdanie finansowe dokumentu określającego wartości ekonomiczne tej spółki za okres od 1.01.2020 r. - 31.12. 2020 r. pozwalającego na ustalenie za ten okres: przychodów ze sprzedaży, aktywów obrotowych, zobowiązań krótkoterminowych, wskaźnika płynności finansowej, EBITDA, zadłużenia netto i wskaźnika zadłużenia netto do EBITDA, a nadto podało dane za okres 1.01.2020 r. - 30.04.2021 r. zamiast za 1.01.2020 r. - 31.12.2020 r. wprowadzając Zamawiającego w błąd co do parametrów finansowych ROMGOS ENGINEERING w ostatnim roku obrotowym rozumianym na zasadzie prounijnej wykładni przepisów krajowych jako 12 miesięcy tj. z pominięciem art. 12 ustawy zmieniającej, co wpłynęło na nieprawidłowe określenie: średniorocznego przychodu Konsorcjum ROMGOS - TOLOS (pkt X.3 SWZ), wskaźnika płynności Konsorcjum ROMGOS - TOLOS (pkt X.4 SWZ) wskaźnika płynności ROMGOS ENGINEERING (pkt 6 a oferty Konsorcjum ROMGOS - TOLOS), wysokości EBITDA ROMGOS ENGINEERING (pkt 6b oferty Konsorcjum ROMGOS - TOLOS), wskaźnika zadłużenia netto do EBITDA ROMGOS ENGINEERING (pkt 6c oferty Konsorcjum ROMGOS - TOLOS).

- Izba uznała zarzuty za niezasadne.

Na wstępie Izba wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa, treść niektórych przepisów prawa podnoszonych przez Odwołującego zostały również wskazane w uzasadnieniu zarzutu odwołania:

Art. 16 ustawy Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

Art. 109 usta. 1 ustawy - Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

(...)

8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

Art. 226 ust. 1 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...)

2) została złożona przez wykonawcę:

a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub

c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;

(.)

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

Rozporządzenie Ministra Rozwoju, pracy i technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (DZ. U. z 2021 poz. 2415)

§ 8. 1. W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać, w szczególności, następujących podmiotowych środków dowodowych:

(.)

2) oświadczenia wykonawcy o rocznym przychodzie wykonawcy lub o przychodzie wykonawcy w obszarze objętym zamówieniem, za okres nie dłuższy niż ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres;

Izba ustaliła, że:

- zakresie ustaleń co do treści SWZ właściwe są ustalenia poczynione w zakresie powyżej zamieszczonego rozpoznania zarzutu nr 3,
- w zakresie dokumentów, poza ustaleniami poczynionymi przy zarzucie nr 3:

za pismem z dnia 30 lipca 2021 roku Zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 1 i ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej „Ustawą”, Zamawiający tj. Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. wzywa Wykonawcę, tj. Konsorcjum firm ROMGOS Sp. z o.o. ENGINEERING Sp. K. (Lider Konsorcjum), ROMGOS G. Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Budowlano-Melioracyjne TOLOS P.W. i Wspólnicy sp. k. (do wyjaśnienia i uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

Zamawiający wezwał między innymi do:

Zgodnie z Rozdziałem X ust. 3 i ust. 4 SWZ, Zamawiający wskazał, że o udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy m.in: (...)

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 7 lipca 2021 do złożenia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w Rozdziale XII ust. 2 SWZ w dniu 20 lipca 2021 nie przedłożył wymaganego sprawozdania z badania sprawozdania finansowego Członka Konsorcjum tj. Przedsiębiorstwa Budowlano-Melioracyjnego TOLOS P.W. i Wspólnicy sp. k. za rok 2020 przez firmę audytorską.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający wzywa do uzupełnienia sprawozdania z badania sprawozdania finansowego za rok 2020 firmy Przedsiębiorstwo Budowlano-Melioracyjne TOLOS P.W. i Wspólnicy sp. k. przez firmę audytorską.

Pismem z 6 sierpnia 2021 roku Konsorcjum podało między innymi:

Odnosząc się do wezwania Zamawiającego z punktu II pisma z dnia 30.07.2021 r. Wykonawca niniejszym wyjaśnia, że sam Zamawiający w Specyfikacji Warunków Zamówienia do niniejszego postępowania, w rozdziale XII ust. 2 pkt 13) stwierdził, że: „(.) W przypadku, gdy ww. sprawozdanie finansowe, zgodnie z przepisami o rachunkowości, podlega badaniu przez firmę audytorską, Zamawiające zastrzega sobie możliwość żądania sprawozdania finansowego wraz z tą opinią. Powyższe żądanie będzie uzależnione od tego czy przepisy o rachunkowości wymagają już dysponowania takimi dokumentami przez Wykonawcę.”

Na mocy rozporządzenia Ministra Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej zmieniającego rozporządzenie w sprawie określenia innych terminów wypełniania obowiązków w zakresie ewidencji oraz w zakresie sporządzenia, zatwierdzenia, udostępnienia i przekazania do właściwego rejestru, jednostki lub organu sprawozdań lub informacji (Dz. U. z 2021 r. poz. 572), przesunięciu uległ termin na sporządzenie sprawozdania finansowego (o 3 miesiące), a co za tym idzie wydłużeniu uległ również termin na jego zatwierdzenie.

Zatem termin na zatwierdzenie sprawozdań finansowych za rok 2020 (a tym samym na badanie przez firmę audytorską) mija 30.09.2021 r. Wobec powyższego żądanie Zamawiającego do uzupełnienia sprawozdania z badania sprawozdania finansowego za rok 2020 Przedsiębiorstwa Budowlano-Melioracyjnego TOLOS P.W. i Wspólnicy sp. k. przez

firmę audytorską jest przedwcześnie.

W Formularzu „Ofert” Konsorcjum Romgos podało w pkt 6 dla Przedsiębiorstwa Budowlano-Melioracyjnego TOLOS P. W. i Wspólnicy sp. k. (dalej: „Tolos”): rok obrotowy 01.01.2020-

31.12.2020 - Wskaźnik płynności bieżącej: Przedsiębiorstwo Budowlano-Melioracyjne TOLOS P.W. i wspólnicy sp.k., wynosi: 1,35.

W JEDZ Tolos oświadczyło, że spełnia wymagane kryteria kwalifikacji.

Izba ustaliła, że toczyło się już postępowanie odwoławcze, w którym podniesiony został tożsamy zarzut odwołania. Wyrokiem z dnia 27 września 2021 roku w sprawie o sygn. akt KIO 2474/21 oraz KIO 2501/21 Izba odwołania oddaliła, a w zakresie przedmiotowego zarzutu odwołania zarzut uznała za niezasadny. W uzasadnieniu orzeczenia Izba między innymi podała:

Twierdzenia Odwołujących o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd nie zasługiwały na uwzględnienie. Dane, które w dokumencie JEDZ, a następnie w podmiotowych środkach dowodowych przedstawiło konsorcjum Romgos, odpowiadały rzeczywistości, były danymi widniejącymi w dokumentach finansowych spółek tworzących konsorcjum. Wykonawca posługiwał się danymi ujętymi w sprawozdaniach finansowych, a z momentem złożenia oferty dane te nie uległy zmianie. Wykonawca od początku nie ukrywał, że posługuje się danymi obejmującymi okres 16 miesięcy. Wbrew zatem twierdzeniom Odwołujących nie było możliwe wywołanie u Zamawiającego mylnego wrażenia, że podmiot spełnia warunki udziału w postępowaniu w inny sposób, co miało wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Aby tak było, Zamawiający musiałby powziąć przekonanie, że dane finansowe i ekonomiczne obejmują okres 12 miesięcy, dane te potwierdzają wymagany poziom warunków udziału dla tego okresu, co doprowadziło do uznania oferty za najkorzystniejszą. Tymczasem Zamawiający od początku wiedział, że w związku ze zmianą przepisów prawa podatkowego Wykonawca przedstawia dane za okres dłuższy, to jest 16 miesięcy. Przedstawione dane miały charakter obiektywny, informacje o dacie początkowej i końcowej roku obrotowego ujęte były w treści formularza JEDZ, złożenie sprawozdań finansowych je potwierdziło. Odpadła więc jedna z przesłanek, skutkujących uznaniem, że doszło do wprowadzenia zamawiającego w błąd, mianowicie wykonawca przekazał zamawiającemu informacje nieprawdziwe (niezgodne z rzeczywistością). Odwołujący w żaden sposób nie wykazali również kolejnej przesłanki, to jest działania wykonawcy o charakterze umyślnym lub w wyniku rażącego niedbalstwa. Skoro informacje nie były nieprawdziwe i nie wykazano, że Wykonawca działał umyślnie lub w wyniku rażącego niedbalstwa, to okoliczności te nie mogły mieć wpływu na decyzję Zamawiającego. Nie wskazano na czym miałyby polegać rażące niedbalstwo, czy też jakie działania konsorcjum Romgos nosiły cechę umyślnych, skoro konsorcjum jednoznacznie określiło, za jaki czas przedstawia dane finansowe. Jak już podkreślono w poprzednim zarzucie, dane finansowe dotyczyły ostatnich trzech lat obrotowych w ujęciu roku obrotowego. Zamawiający nie mógł zostać wprowadzony w błąd co do rozbieżności między obiektywną rzeczywistością kondycją finansową Konsorcjum Romgos w latach obrotowych 2018-2020, a wyobrażeniem o niej na podstawie dokumentów finansowych przedłożonych w postępowaniu. Tym samym zarzuty odwołań nie zasługiwały na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu (4) odwołania Izba w pierwszej kolejności podaje, że w całości przyjmuje za własną argumentację przytoczoną powyżej a przedstawioną przez skład

orzekający w sprawie odwoławczej za wyrokiem z dnia 27 września 2021 roku

w sprawie o sygn. akt KIO 2474/21 oraz KIO 2501/21.

Dodaje w tym miejscu, że w wymienionej sprawie Odwoławczej spór toczył się pomiędzy tym samym Zamawiającym, a odwołującym STALPROFIL Spółka Akcyjna z siedzibą w Dąbrowie Górniczej (KIO 2474/21) oraz Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (KIO 2501/21) w przedmiocie budowa gazociągu wysokiego ciśnienia MOP 8,4 Mpa DN 1000 relacji Gustorzyn - Wronów, Etap III Rawa Mazowiecka - Wronów na terenie województw lubelskiego, mazowieckiego i łódzkiego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 26 kwietnia 2021 roku.

W odniesieniu do podniesionych zarzutów odwołania Izba dodaje, że Odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek z art. 109 pkt 8 ustawy. Słusznie podnosił Zamawiający, że

wykluczenie wykonawcy z postępowania może nastąpić w przypadku łącznego wykazania, że: wykonawca przekazał zamawiającemu informacje nieprawdziwe (niezgodne z rzeczywistością), że działanie wykonawcy miało charakter umyślny lub było wynikiem rażącego niedbalstwa oraz że informacje nieprawdziwe wpłynęły lub mogły wpłynąć na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Przy czym w ocenie Izbby niezbędne jest kumulatywne wypełnienie powyżej wymienionych przesłanek, aby możliwe było wykluczenie wykonawcy w oparciu o tą podstawę prawną.

Izba wskazuje, mając tu na uwadze argumentację podniesioną w zakresie powyżej rozpoznanego zarzutu 3, którą powołuje i przyjmuje w całości również w tym miejscu za właściwą, że informacje dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej ROMGOS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ENGINEERING spółka komandytowa z siedzibą w

Jarocinie wchodzącego w skład Konsorcjum Romgos nie są informacjami nieprawdziwymi czy niezgodnymi z rzeczywistością. Przedstawione przez spółkę dane znajdują bowiem potwierdzenie w sprawozdaniu finansowym spółki, w którym jako datę początkową okresu, za który sporządzono sprawozdanie, wskazano 1 stycznia 2020 r., a jako datę końcową okresu, za który sporządzono sprawozdanie, wskazano 30 kwietnia 2021 r., co oznacza i co było podnoszone wcześniej „ostatni rok obrotowy” spółki trwał 16 miesięcy. Powyższe potwierdza, że zgodnie z obowiązującymi regulacjami prawnymi rok obrotowy ww. spółki trwał 16 miesięcy, to oznacza, że za taki okres również zostało sporządzone sprawozdanie finansowe. W efekcie podane informacje odnoszące się do roku obrotowego trwającego 16 miesięcy są zgodne z rzeczywistością. Należy stwierdzić, że gdyby wykonawca Konsorcjum przedstawił informacje z 12 miesięcy, jak sugerował Odwołujący, to przedstawiłby informacje niezgodne z rzeczywistością, bo nie byłyby to informacje przedstawione na podstawie zakończonego roku obrotowego jak było to wymagane w warunku przez Zamawiającego.

Izba dostrzegła, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte w dniu 5 maja 2021 roku, a ROMGOS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ENGINEERING spółka komandytowa z siedzibą w Jarocinie skorzystała z możliwości prawnych zamknięcia roku obrotowego na dzień 30 kwietnia 2021 roku. Wyklucza to zatem możliwość działania celowego nakierowane na zmianę pozycji wykonawcy w postępowaniu, co więcej niczym nieuzasadnioną przez Odwołującego. Odwołujący również nie wykazał, aby Konsorcjum działało w sposób umyślny lub w warunkach rażącego niedbalstwa. W postępowaniu przekazano zatem wykonawcy informacje prawdziwe, zgodne ze stanem rzeczywistym oparte na obowiązujących powszechnie przepisach prawa. Wymaga również podkreślenia, że w ofercie Konsorcjum dla spółki ROMGOS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ENGINEERING spółka komandytowa z siedzibą w Jarocinie podano w Formularzu „Oferta” w punkcie 6 Rok obrotowy - 01.01.2020-30.04.2021.

W odniesieniu do dokumentów przedstawionych przez Konsorcjum na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dokumentów dotyczących

Przedsiębiorstwa Budowlano-Melioracyjnego TOLOS P. W. i Wspólnicy sp. k. (dalej: „Tolos”)

Izba wskazuje, że na wezwanie Zamawiającego Konsorcjum przedstawiło dla Tolos

Rachunek zysków i strat oraz bilans za 2020 roku. Przy czym Odwołujący pomija w prezentowanym stanowisku wymagania określone przez Zamawiającego w Rozdziale XII pkt 2 ppkt 13 SWZ, który wskazuje wprost: „W przypadku, gdy ww. sprawozdanie finansowe, zgodnie z przepisami o rachunkowości, podlega badaniu przez firmę audytorską, Zamawiający zastrzega sobie możliwość żądania sprawozdania finansowego wraz z tą opinią. Powyższe żądanie będzie uzależnione od tego czy przepisy o rachunkowości wymagają już dysponowania takimi dokumentami przez Wykonawcę.”

Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej zmieniającego rozporządzenie w sprawie określenia innych terminów wypełniania obowiązków w zakresie ewidencji oraz w zakresie sporządzenia, zatwierdzenia, udostępnienia i przekazania do właściwego rejestru, jednostki lub organu sprawozdań lub informacji (Dz. U. z 2021 r. poz. 572) obecnie przesunięciu uległ termin na sporządzenie sprawozdania finansowego (o 3 miesiące), a tym samym wydłużeniu uległ również termin na jego zatwierdzenie. Oznacza to, że zatwierdzenie sprawozdań finansowych za rok 2020 (a tym samym na badanie przez firmę audytorską) miał 30 września 2021 r.

Oznacza to, że Tolos na moment wezwania do uzupełnienia sprawozdania z badania sprawozdania finansowego za rok 2020 przez firmę audytorską mogło, zgodnie z obowiązującymi przepisami nie dysponować takim dokumentem. Przedłożone zostały Zamawiającemu natomiast dokumenty, które pozwalały na dokonanie oceny warunków udziału w postępowaniu zgodnie w Rozdziałem XII pkt 2 ppkt 13 SWZ - Zamawiający

oczekuje, iż przedstawiona w celu weryfikacji spełnienia warunków określonych w Rozdziale X ust. 3 i ust. 4 powyżej, część sprawozdania finansowego (tj. w szczególności bilans oraz rachunek zysków i strat) będzie sporządzona zgodnie z przepisami obowiązującymi danego Wykonawcę. Zamawiający w trakcie rozprawy wyjaśnił, że otrzymał wyciąg ze sprawozdania finansowego tj. Rachunek zysków i strat i Bilans. Te dokumenty zawierają dane finansowe nt. przychodu, które to dane były potrzebne do oceny spełnienia warunku w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej. Ten dokument Zamawiający otrzymał 20 lipca 2021 roku przez platformę zakupową wraz z innymi dokumentami w formie paczki. Podnosił także Zamawiający, że Sprawozdanie finansowe Tolos przedstawione przez Konsorcjum (tj. dowód nr 2) zawiera te same dane co dokumenty przedstawione Zamawiającemu 20.07.2021.

Izba podkreśla w tym miejscu, że Sprawozdanie finansowe (dowód nr 2) Tolos złożone do akt sprawy w trakcie rozprawy przez Konsorcjum potwierdza jednoznacznie, że wskaźniki, które zostały przez Zamawiającego wyliczone na podstawie przedstawionych w toku postępowania przez Konsorcjum Romgos danych, tj. na podstawie Rachunku zysku i strat i Bilansu za 2020 rok znajdują potwierdzenia w zatwierdzonym i zaopiniowanym Sprawozdaniu finansowym, które zostało zatwierdzone zgodnie z przepisami. Wymaga w ocenie Izby jeszcze raz podkreślenia, że zgodnie z obowiązującymi regulacjami prawnymi, na moment wezwania Zamawiającego do złożenia dokumentów podmiotowych sprawozdanie finansowe nie musiało być zatwierdzone.

Izba podkreśla w tym miejscu, że Odwołujący pomija w swojej argumentacji odnoszenie się do obowiązujących przepisów prawa i faktycznie braku obowiązku posiadania zatwierdzonego Sprawozdania finansowego na dzień składania przez Konsorcjum dokumentów podmiotowych. Odwołujący pomija także w swojej argumentacji fakt, że w oparciu o dokumenty, które zostały złożone Zamawiającemu a stanowiące część Sprawozdania finansowego, możliwe było dokonanie oceny spełnienia wymagań co do poszczególnych określonych w warunku wskaźników. Wreszcie Odwołujący nie dowodzi, że na podstawie przedstawionych dokumentów Zamawiający został wprowadzony w błąd przez Konsorcjum przy przedstawianiu danych finansowych dla Tolos. Odwołujący nie wykazał, że dane jakie zostały udostępnione Zamawiającemu są nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistością. Izba w tym miejscu wskazuje, że prawdziwość tych danych została potwierdzona w złożonym dowodzie nr 2. Niemniej dla wykazania spełnienia przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 9 wymagane jest wykazania przesłanek kumulatywne, o czym była mowa na wstępie rozpoznania przedmiotowego zarzutu odwołania. Odwołujący, w ocenie Izby nie wykazał spełnienia żadnej z przesłanek art. 109 ust. 1 pkt 8 w kontekście przedstawienia informacji dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunku 3 i 4 z Rozdziału X SWZ w odniesieniu do Tolos.

W zupełności za niezasadne Izba uznała stanowisko prezentowane przez Odwołującego w odniesieniu do Formularza F-01, których istota dotyczy obowiązków sprawozdawczych spółki dla Głównego Urzędu Statystycznego. Wymaga odnotowania, że składanie takich dokumentów nie miałyby żadnego znaczenia w postępowaniu, co oznacza, że ich złożenie czy nie złożenie przez wykonawcę nie mogłoby i nie wywołałoby żadnego skutku. Tym bardziej nie można im przypisać znaczenia jakie chciałby nadać tym dokumentom Odwołujący. W odniesieniu do ROMGOS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ENGINEERING spółka komandytowa z siedzibą w Jarocinie złożenie ww. dokumentów byłoby w zupełności bezprzedmiotowe bowiem podmiot ten dysponował Sprawozdaniem finansowym za ostatni rok obrotowy. W zasadzie składanie takich dokumentów w sytuacji posiadania Sprawozdania finansowego za ostatni rok obrotowy stanowiłoby wprowadzenie w błąd Zamawiającego - czyli byłaby to sytuacja odwrotna do tej jaką stara się kreować Odwołujący. Jednocześnie należy mieć na uwadze, że Zamawiający odnosi się w ukształtowanych warunkach do dokumentów sporządzonych zgodnie z przepisami o rachunkowości. W odniesieniu do Tolos należy wyjaśnić, że w odpowiedzi na wezwanie doszło do przedłożenia Rachunku zysku i strat oraz Bilansu jednakże bez zatwierdzenia, którego na ówczesnym etapie podmiot ten nie musiał posiadać, tym samym czynił zadość

wymaganiom SWZ.

Reasumując w zakresie tego zarzutu, Odwołujący nie wykazał aby dane finansowe oraz sposób ich prezentacji a co za tym idzie możliwość dokonania ich oceny wprowadzały Zamawiającego w błąd. Odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek stanowiących podstawę wykluczenia w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy.

W zakresie zarzutu (5) naruszenia art. 226 pkt 2 lit c, a także naruszenie § 2 ust. 1 pkt 4 i 5 Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz § 6 ust. 1

i ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30.12.2020 r. w sprawie sposobu

sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. z 2020 r. poz. 2452) - dalej: „Rozporządzenie w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji”, a nadto art. 226 pkt 2 lit a oraz c w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 4, a także naruszenie § 6 ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji, jak również art. 125 Pzp,

a także ewentualnie naruszenie art. 128 ust. 1 i art. 26 ust. 3 Pzp przez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum ROMGOS, mimo, że Konsorcjum ROMGOS - TOLOS przedłożyło:

b) Plik zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach dotyczący ROMGOS G. - w formie skanu dokumentu papierowego podpisanego podpisem odręcznym, bez poświadczenia cyfrowego odwzorowania kwalifikowanym podpisem elektronicznym reprezentantów

ROMGOS G.,

d) Plik - zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach dotyczący R.D. - bez kwalifikowanego podpisu elektronicznego pracownika US Magdaleny Kotarskiej,

(e) Plik - informacja o osobie z KRK dotyczący R. D. - bez kwalifikowanego podpisu elektronicznego osoby działającej w imieniu wystawcy tj. E. M., a zawierający jedynie irrelevantny dla tego dokumentu podmiotowego podpis M. G.,

- Izba uznała zarzut za niezasadny.

Na wstępie Izba wskazując, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa, treść niektórych przepisów prawa podnoszonych przez Odwołującego zostały również wskazane w uzasadnieniu rzutu odwołania:

Art. 108 ust. 1 pkt 1 ustawy - Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę:

1) będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwo:

a) udziału w zorganizowanej grupie przestępczej albo związku mającym na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, o którym mowa w art. 258 Kodeksu karnego,

b) handlu ludźmi, o którym mowa w art. 189a Kodeksu karnego,

c) o którym mowa w art. 228-230a, art. 250a Kodeksu karnego lub w art. 46 lub art. 48 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie,

d) finansowania przestępstwa o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 165a Kodeksu karnego, lub przestępstwo udaremniania lub utrudniania stwierdzenia przestępnego po-chodzenia pieniędzy lub ukrywania ich pochodzenia, o którym mowa w art. 299 Kodeksu kar-nego,

e) o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w art. 115 § 20 Kodeksu karnego, lub mające na celu popełnienie tego przestępstwa,

f) powierzenia wykonywania pracy małoletniemu cudzoziemcowi, o którym mowa w art. 9 ust. 2 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. poz. 769),

g) przeciwko obrotowi gospodarczemu, o których mowa w art. 296-307 Kodeksu karnego, przestępstwo oszustwa, o którym mowa w art. 286 Kodeksu karnego, przestępstwo przeciwko wiarygodności dokumentów, o których mowa w art. 270-277d Kodeksu karnego, lub przestępstwo skarbowe,

h) o którym mowa w art. 9 ust. 1 i 3 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej

- lub za odpowiedni czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego;

(...)

4) wobec którego prawomocnie orzeczono zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne;

#### Art. 125 ustawy

1. Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego.

2. Oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, składa się na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, sporządzonym zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego

dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE L 3 z 06.01.2016, str. 16), zwanego dalej „jednolitym dokumentem”.

3. Oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe.

4. W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców, oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, składa każdy z wykonawców. Oświadczenia te potwierdzają brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji w zakresie, w jakim każdy z wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

5. Wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów

udostępniających zasoby, przedstawia, wraz z oświadczeniem, o którym mowa w ust. 1,

także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu

lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby.

6. Wykonawca może wykorzystać jednolity dokument złożony w odrębnym postępowaniu

o udzielenie zamówienia, jeżeli potwierdzi, że informacje w nim zawarte pozostają prawidłowe.

Art. 128 ust. 1 ustawy - Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający

wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w

wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

2. Wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe

Art. 226 ust. 1 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...)

2) została złożona przez wykonawcę:

a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub

(.)

c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;

(.)

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (DZ. U. z 2021 poz. 2452)

§ 6. ust. 1 W przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe, inne dokumenty, w tym dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, lub dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania odpowiednio wykonawcy, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, podmiotu udostępniającego zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy lub podwykonawcy niebędącego podmiotem udostępniającym zasoby na takich zasadach, zwane dalej „dokumentami potwierdzającymi umocowanie do reprezentowania”, zostały wy-stawione przez upoważnione podmioty inne niż wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca, zwane dalej „upoważnionymi podmiotami”, jako dokument elektroniczny, przekazuje się ten dokument.

ust. 2 - W przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe, inne dokumenty, w tym dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, lub dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania, zostały wystawione przez upoważnione podmioty jako dokument w postaci papierowej, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, poświadczające zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej.

ust. 3 - Poświadczenia zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej, o którym mowa w ust. 2, dokonuje w przypadku:

1) podmiotowych środków dowodowych oraz dokumentów potwierdzających umocowanie do reprezentowania - odpowiednio wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca, w zakresie podmiotowych środków dowodowych lub dokumentów potwierdzających umocowanie do reprezentowania, które każdego z nich dotyczą;

W zakresie podniesionego zarzutu odwołania Izba stwierdziła, poddając ocenie (zgodnie z wnioskiem Odwołującego - o przeprowadzenie oględzin dokumentów przedstawionych przez Zamawiającego w zakresie pkt b, d, e,) dokumenty przedstawione w dokumentacji postępowania, że wszystkie pliki co do których zarzuty odwołania zostały podtrzymane zostały prawidłowo podpisane. Należy mieć na uwadze, że dokumentacja składana na wezwanie Zamawiającego przesyłana jest przy pomocy odpowiedniej platformy elektronicznej i na niej jest zamieszczana.

Zamawiający wyjaśnił, że dokumenty, w zależności od poszczególnych dokumentów, podpisywane były w plikach wewnętrznych bądź w osobnych. Złożone zostały również dokumenty, które stanowią skan dokumentu ale także został on złożony w postaci elektronicznej z podpisem.

Mając na uwadze powyższe w ocenie Izby nie doszło do naruszenia, żadnego z podnoszonych w tym zakresie przez Odwołującego przepisów ustawy.

W zakresie zarzutu (6) naruszenia art. 239 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, mimo, że złożył on ofertę najkorzystniejszą, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu - Izba zrzut uznała za niezasadny.

Izba wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy - Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Izba nie stwierdzała dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert. Izba podkreśla, że Odwołujący w zakresie powyższych dwóch zarzutów odwołania nie podał w zasadzie żadnej argumentacji faktycznej wskazującej na naruszenie powyższych przepisów prawa.

## Sygn. akt KIO 2823/21

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy z 2019 Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego tj.

- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie ROMGOS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ENGINEERING spółka komandytowa z siedzibą w Jarocinie (pełnomocnik), ROMGOS G. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jarocinie, Przedsiębiorstwo Budowlano-Melioracyjne TOLOS P.W. i Wspólnicy spółka komandytowa z siedzibą

w Żorach (dalej: Konsorcjum lub Konsorcjum Romgos) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2823/21 po stronie Zamawiającego,

- złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego wyrażone w piśmie z dnia 20 października 2021 roku „Odpowiedź na odwołanie” - Izba dopuściła zawnioskowane i załączone do ww. pisma dowody (załączniki do pisma 3, 4, 5).

Izba uwzględniła również stanowisko wyrażone w piśmie z dnia 5 listopada 2021 roku złożonego do akt sprawy - Izba dopuściła zawnioskowane i załączone do ww. pisma dowody (załączniki do pisma)

Izba uwzględniła stanowisko Konsorcjum Romgos wyrażone w piśmie z dnia 21 października 2021 roku. Izba dopuściła zawnioskowane i załączone do ww. pisma dowody ( pięć załączników).

Izba uwzględniła również stanowisko wyrażone w piśmie z dnia 5 listopada 2021 roku złożonego do akt sprawy przez Konsorcjum Romgos zawierające wniosek dowodowy - Izba dopuściła zawnioskowane i załączone do ww. pisma dowody (załączniki do pisma)

Izba uwzględniła stanowisko Odwołującego PORR spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: PORR) wyrażone w piśmie z dnia 5 listopada 2021 roku - Izba dopuściła zawnioskowane i załączone do ww. pisma dowody (załączniki do pisma).

Izba dopuściła zawnioskowany i złożony w trakcie rozprawy przez Odwołującego dowód (dowód nr 3) - kopia Dziennik budowy nr 23/17 Tom I cz.1 wydany 30 stycznia 2017 roku, strona tytułowa oraz strony 1- 3, Dziennik budowy nr 23/17 Tom II cz.1 wydany 30 stycznia 2017 roku, strona tytułowa oraz strony 1- 3.

Izba oddaliła wniosek o skierowanie do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, na podstawie art. 267 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej pytania prejudycjalnego dotyczącego:

Pytanie 1: Czy wyrażona w art. 36 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 94, str. 243 z późn. zm.) (dalej jako „Dyrektywa 2014/25”) zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców sprzeciwia się, aby w prawie krajowym dla wykonawców prowadzących działalność zgodnie z prawem tego kraju pojęcie „rocznego obrotu” z art. 80 ust. 2 Dyrektywy 2014/25 w zw. z art. 58 ust. 3 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 94, str. 65 z późn. zm.) (dalej jako „Dyrektywa 2014/24”) można było rozumieć jako okres dłuższy niż 12 kolejno następujących po sobie miesięcy kalendarzowych; zaś dla wykonawców innych krajów UE pojęcie „rocznego obrotu”- interpretować wg przepisów krajów, w których prowadzą oni działalność ?

Pytanie 2: Czy wyrażona w art. 36 ust. 1 Dyrektywa 2014/25 zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców w zw. z pojęciem „rocznego obrotu” z art. 80 ust. 2 Dyrektywy 2014/25 w zw. z art. 58 ust. 3 Dyrektywa 2014/24 sprzeciwia się regulacji prawa krajowego umożliwiającej konkretnym wykonawcom, prowadzącym działalność w określonej formie, w sytuacji w której na mocy przepisów krajowych mogą wydłużyć rok obrotowy na okres powyżej 12 miesięcy, posługiwanie się w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego danymi z obrotu za okres w rzeczywistości przekraczający 12 następujących po sobie miesięcy kalendarzowych?

Wniosek Odwołującego nakierowany jest w szczególności na niczym nieuzasadnioną przewlekłość postępowania i dotyczy jednostkowej okoliczności prawnej, a wynika to z faktu, że pozostaje on jedynie wybiórczym określonym przez Odwołującego wnioskowaniem. Pomija faktycznie istniejący w ramach przepisów prawa sposób sprawozdawczości w zakresie roku obrotowego, a odnoszący się do wszystkich prawnych form jednostek jedynie wynikający z momentu rozpoczęcia działalności lub zmiany roku obrotowego.

W ocenie Izby pytania postawione przez Odwołującego w świetle dyrektywy nie wymagają odpowiedzi ponieważ regulacje dyrektywy są jednoznaczne i precyzyjne również w kontekście postanowień krajowych i postanowień SWZ do których to referuje Odwołujący.

W zakresie podnoszonych przez Odwołującego naruszeń Izba uznała:

Izba wskazuje w tym miejscu, że zgodnie z przyjętym sposobem argumentacji Odwołującego uzasadnienie podnoszonych zarzutów odwołania będzie poczynione w konfrontacji z argumentacją podnoszoną w odwołaniu w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wskazał, że uzasadnienie zawarte w odwołaniu dotyczy przypisanych zarzutów odwołania:

- Doświadczenie zdobyte jako podwykonawca - oferta Romgos - zarzuty: pkt 2 ppkt 1 lit. (i), pkt 2 ppkt 3 lit. (ii), pkt 2 ppkt 6 lit. (ii), pkt 2 ppkt 3 lit. (ii); pkt 2 ppkt 6 lit. (ii); pkt 2 ppkt 13;
- Prawo opcji - oferta Romgos zarzuty: pkt 2 ppkt 1 lit. (ii); pkt 2 ppkt 4 lit. (i) oraz lit. (ii); pkt 2 ppkt 5; pkt 2 ppkt 5; pkt 2 ppkt 13;
- Brak kalkulacji pełnego zakresu kosztów stałych - oferta Romgos - zarzuty: pkt 2 ppkt 1 lit. (ii); pkt 2 ppkt 4 lit. (i) oraz lit. (ii); pkt 2 ppkt 13;
- Kierownik robót technologicznych - zarzuty: pkt 2 ppkt 1 lit. (i); pkt 2 ppkt 2 lit. (iii), pkt 2 ppkt 3 lit. (iii); pkt 2 ppkt 13;
- Zdolność ekonomiczna i finansowa - oferta Romgos - zarzuty: pkt 2 ppkt 1 lit. (i); pkt 2 ppkt 2 lit. (i), pkt 2 ppkt 3 lit. (ii); pkt 2 ppkt 6 lit. (i); pkt 2 ppkt 13;
- Wprowadzenie Zamawiającego w błąd - oferta Romgos - zarzuty: pkt 2 ppkt 1 lit. (i); pkt 2 ppkt 2 lit. (ii), pkt 2 ppkt 6 lit. (i), lit. (ii) oraz lit. (iii); pkt 2 ppkt 13;
- Zaniżenie w ofercie kosztów ogólnych i zysku - oferta Stalprofil - zarzuty: pkt 2 ppkt 8 lit. (i) oraz lit. (ii), pkt 2 ppkt 9, pkt 2 ppkt 13;
- Brak urządzeń koniecznych do realizacji zamówienia - oferta Stalprofil - zarzuty: pkt 2 ppkt 10, pkt 2 ppkt 11; pkt 2 ppkt 13;
- Wielokrotne wezwania do wyjaśnień - oferta Romgos, oferta Stalprofil - zarzuty: pkt 2 ppkt 12; pkt 2 ppkt 13; pkt 2 ppkt 14.

Na wstępie Izba wskazuje, w odniesieniu do wszystkich zarzutów odwołania, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa, treść niektórych przepisów prawa podnoszonych przez Odwołującego zostały również wskazane w uzasadnieniu zrzutu odwołania:

Art. 16 ustawy Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie

o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Art. 109 usta. 1 ustawy - Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

(.)

8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia

warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

Art. 122 ustawy - Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Art. 128 ust. 1 ustawy - dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Art. 128 ust. 4 ustawy - Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Art. 224 ust. 1 ustawy - Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Art. 224 ust. 2 ustawy - W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

Art. 226 ust. 1 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...)

(...)

- 2) została złożona przez wykonawcę:

- a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub
- b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub
- c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;

(.)

- 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

(.)

- 7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

(.)

10) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;

Art. 239. 1 ustawy - Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2020 poz. 1913 ze zmianami) -

Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

W zakresie zarzutu (1) - Doświadczenie zdobyte jako podwykonawca - oferta Romgos - Izba zarzut uznała za niezasadny.

Izba ustaliła, że zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) Zamawiający określił następujące wymagania:

Rozdział X - Warunki udziału w postępowaniu i podstawy wykluczenia

O udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

(.)

5. W okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizowali co najmniej jedno zamówienie polegające na budowie rurociągu do przesyłu paliw płynnych lub gazowych o następujących parametrach spełnionych łącznie:

a) o długości co najmniej: • 20 km

b) o maksymalnym ciśnieniu roboczym MOP, w rozumieniu rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 26 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać sieci gazowe i ich usytuowanie (Dz. U. z 2013 r., poz. 640), co najmniej 6,3 MPa,

c) o średnicy co najmniej DN 700,

d) z rur stalowych w gatunku co najmniej L485 zgodnie z wymaganiami normy PN-EN ISO 3183 (lub EN10208-2) lub X70 zgodnie z wymaganiami normy API5L,

e) którego część liniowa była spawana w sposób zmechanizowany lub zautomatyzowany. Zamawiający dopuszcza normy równoważne do wskazanych powyżej.

Zamawiający „spawanie w sposób zmechanizowany” definiuje jako realizację spawania obwodowego z zastosowaniem centrownika wewnętrznego, w której głowica automatu spawalniczego, spawającego złącze doczołowe rur rurociągu porusza się po prowadnicy zamontowanej na spawanej rurze.

Zamawiający „spawanie w sposób zautomatyzowany” definiuje jako realizację spawania obwodowego z zastosowaniem centrownika wewnętrznego, gdzie pierwszy ścieg graniowy wykonywany jest w sposób zautomatyzowany oraz głowica automatu spawalniczego, spawającego złącze doczołowe rur rurociągu porusza się po prowadnicy zamontowanej na spawanej rurze.

oraz

Rozdział XII - Wykaz podmiotowych środków dowodowych

(.)

2. W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w Postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia, o których mowa w Rozdziale X i XI SWZ, Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych:

(.)

14) Wykaz zamówień wykonanych w okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, spełniających warunek określony w Rozdziale X ust. 5 SWZ (zgodnie z treścią Załącznika nr 5 do SWZ).

Do każdego zamówienia wymienionego w wykazie należy podać: rodzaj, wartość, , daty i miejsce wykonania (dd/mm/rrrr) i podmioty, na rzecz których roboty budowlane zostały wykonane, oraz załączyć dowody określające czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone.

Jednocześnie Zamawiający wskazuje, iż dowodami, o których mowa powyżej są:

a) referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonywane,

b) jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty.

Jeżeli Wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych, wykonanych wspólnie z innymi Wykonawcami, wykaz dotyczy robót budowlanych, w których wykonaniu Wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył.

Za pismem z dnia 7 lipca roku Zamawiający, działając na podstawie art. 126 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019, poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP” Zamawiający, tj. Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. wzywa Wykonawcę do przedłożenia aktualnych na dzień złożenia

podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w Rozdziale XII ust. 2 Specyfikacji

Warunków Zamówienia (zwanej dalej „SWZ”) oraz złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ustawy PZP, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia, tj. jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia.

Konsorcjum w odpowiedzi złożyło między innymi Załącznik nr 5 do SWZ - Doświadczenie zawodowe, w którym podało

Budowa gazociągu Zdzeszowice - Wrocław DN 1000 MOP 8,4 MPa wraz z obiektami towarzyszącymi i infrastrukturą niezbędną do jego obsługi, Odcinek 1 - Brzeg - Zębice - Kielczów, w ramach budowy gazociągu Zdzeszowice - Wrocław gazociąg Brzeg - Zębice i gazociągu granica Rzeczypospolitej Polskiej (Lasów) - Taczalin - Radkowice - Gałów - Wierzchowice gazociąg Zębice - Kielczów

oraz przedstawiło referencje z dnia 23 września 2020 roku wystawione przez Stalprofil S.A., z którego to dokumentu wynika, że:

w okresie od 14.06.2018 r. do 22.06.2020 r. zrealizowała roboty związane z realizacją zadania pod nazwą: „BUDOWA GAZOCIĄGU ZDZIESZOWICE- WROCŁAW DN1000 MOP 8.4 mpa WRAZ Z OBIEKTAMI TOWARZYSZĄCYMI I INFRASTRUKTURA NIEZBEDNA DO

JEGO OBSŁUGI, ODCINEK I - BRZEG-ZĘBICE-KIELCZÓW, W RAMACH BUDOWY

GAZOCIĄGU ZDZIESZOWICEWROCLAW gazociąg Brzeg - Zębice i GAZOCIĄGU

GRANICA RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ (LASÓW) TACZALIN - RADAŁOWICE - GAŁÓW - WIERZCHOWICE gazociąg Zębice - Kielczów" - zgodnie z umową nr 52/p4/2018 i poniższym zakresem:

- > budowa gazociągu (w tym: roboty ziemne, roboty spawalnicze, roboty układkowe) wysokiego ciśnienia DN1000 MOP 8,4 MPa o długości ok. 49,1 km;
- > budowa odgałęźnego gazociągu wysokiego ciśnienia DN200 MOP 8,4 MPa o długości ok 0,3 km;
- > budowa linii telemetrycznej światłowodowej wzdłuż gazociągu DN1000;
- > budowa trzech zespołów zaporowo-upustowego DN1000 wraz z drogą dojazdową, zasilającą linią elektroenergetyczną, instalacjami telekomunikacyjnymi oraz aparaturą kontrolnopomiarową.

Wartość wykonanych prac netto: 58 896 997,00 PLN (netto: pięćdziesiąt osiem milionów osiemset dziewięćdziesiąt sześć tysięcy dziewięćset dziewięćdziesiąt siedem 0/100 PLN ). Powierzone prace firma ROMGOS G. Sp. z o.o. wykonała terminowo

i profesjonalnie z zachowaniem wymagań technologicznych i jakościowych, zgodnie z dokumentacją, prawem budowlanym i wymogami technicznymi branży gazowniczej.

Izba ustaliła, że toczyło się już postępowanie odwoławcze, w którym podniesiony został tożsamy zarzut odwołania. Wyrokiem z dnia 27 września 2021 roku w sprawie o sygn. akt KIO 2474/21 oraz KIO 2501/21 Izba odwołania oddaliła, a w zakresie przedmiotowego zarzutu odwołania zarzut uznała za niezasadny. W uzasadnieniu orzeczenia Izba między innymi podała:

Zamawiający w warunku udziału odnoszącym się do posiadania doświadczenia zawodowego wymagał legitymowania się doświadczeniem zdobytym w okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania ofert, polegającym na realizacji co najmniej jednego zamówienia polegające na budowie rurociągu do przesyłu paliw płynnych lub gazowych o określonych parametrach spełnionych łącznie.

Konsorcjum Romgos w celu potwierdzenia spełnienia powyższego warunku wskazało na zadanie pn. „Budowa gazociągu Zdzeszowice - Wrocław DN 1000 MPO 8,4 MPa wraz z obiektami towarzyszącymi i infrastrukturą niezbędną do jego obsługi, odcinek I - Brzeg - Zębice- Kielczów, w ramach budowy gazociągu Zdzeszowice - Wrocław gazociąg Brzeg - Zębice i Gazociągu Granica Rzeczypospolitej Polskiej (Lasów) - Taczalin - Radakowice - Gałów - Wierzchowice gazociąg Zębice - Kielczów”, gdzie było podwykonawcą firmy Stalprofil.

W ocenie Izby zarzut zbudowano w oparciu o poczynioną przez Odwołującego 1 interpretację własną treści warunku udziału. Uzasadniając zarzut Odwołujący referował do cech rurociągu ujętych w rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 26 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać sieci gazowe i ich usytuowanie, gdzie w § 2 pkt 6 zawarta jest definicja gazociągu, za który uważa się: rurociąg z wyposażeniem, ułożony na zewnątrz stacji gazowej, obiektów wydobywających, wytwarzających, magazynujących lub użytkujących gaz ziemny, służący do transportu gazu ziemnego. Dostrzeżenia jednak wymaga, że Zamawiający w żadnym miejscu opisu warunku udziału w postępowaniu do tej definicji nie nawiązywał. Zamawiający samodzielnie opisał i wskazał cechy istotne dla niego, by warunek doświadczenia w budowie rurociągu został spełniony. Zamawiający oczekiwał doświadczenia w budowie rurociągu o określonej długości, określonym ciśnieniu roboczym, określonej średnicy rur wykonanych przy użyciu wskazanych technologii. Z przedstawionych przez konsorcjum Romgos dokumentów w postaci wykazu oraz referencji cechy te wynikały. Zamawiający w opisie warunku i zasadach, które ustalił do oceny jego spełnienia nie odnosił się do cech, o których wspominał w odwołaniu Budimex. Nie ma więc powodów, by to właśnie te cechy wskazane przez Odwołującego 1 uznać za najbardziej istotne z punktu widzenia cech funkcjonalnych danego obiektu.

Izba zwraca uwagę, że w przypadku oceny doświadczenia zdobytego w ramach grupy wykonawców lub pełnienia roli podwykonawcy należy każdorazowo podchodzić indywidualnie, biorąc pod uwagę przede wszystkim treść warunku udziału w postępowaniu, konkretne działania wykonawców podejmowane podczas realizacji wskazanej na potwierdzenie spełnienia tego warunku inwestycji oraz faktyczną możliwość wyodrębnienia

i podziału zadań pomiędzy poszczególnych wykonawców realizujących zadanie. Istotne jest również w jaki sposób Wykonawca powołujący się na doświadczenie i wiedzę zdobyte w ramach zadania wykonywanego przez grupę wykonawców te okoliczności wykazuje, czy to przez złożenie wymaganych wykazów, referencji, dodatkowe wyjaśnienia, umowy konsorcjum, faktury za wykonanie poszczególnych elementów zamówienia, ustalenia wewnętrzne między konsorcjantami, inne ustalenia. Wydaje się zatem, że dla rozstrzygnięcia zagadnienia, czy dany wykonawca jako członek konsorcjum lub podwykonawca, może powoływać się na doświadczenie zdobyte w ramach takiej grupy najistotniejsze znaczenie będzie miał przedstawiony Zamawiającemu materiał dowodowy potwierdzający rzeczywisty zakres czynności wykonywanych przez dany podmiot i istotność tych czynności dla całego przedmiotu danego zamówienia.

Trybunał Sprawiedliwości UE podkreśla, iż warunkiem uznania możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest jego czynny udział w zarządzaniu sprawami konsorcjum (Wyrok z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Grecji, sygn. C-399/05, podobnie wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt). Trybunał widzi zatem doświadczenie konsorcjanta w postaci czynnego udziału w sprawach konsorcjum będących określonym przedsięwzięciem. Tego rodzaju podejście jest racjonalne i ma głębokie praktyczne uzasadnienie. Eliminuje bowiem wykonawców próbujących powoływać się na doświadczenie całego konsorcjum w sytuacji, gdy ich rola nie była znacząca dla inwestycji. Wobec takich podmiotów trudno bowiem stwierdzić, iż mają one faktycznie doświadczenie w realizacji przedsięwzięć o określonej skali. A więc, każdy przypadek i każda sprawa, w tym

ocena spełniania warunków udziału przez konsorcjum, jako całość oraz jako poszczególni jego członkowie, wymagają indywidualnej analizy. Jak wynika bowiem z orzeczenia Esaprojekt „gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego”. W ocenie składu orzekającego Izby stanowisko to można również odnieść do doświadczenia zdobywanego jako podwykonawca.

Na zadaniu referencyjnym Przystępujący wykonał szereg prac, które warunkują odebranie gazociągu jako całości, co także oznacza, że gwarantowana jest jego szczelność i możliwość bezpiecznego użytkowania obiektu. Ani Odwołujący Budimex ani przystępujący po stronie Odwołującego wykonawcy nie zakwestionowali prawdziwości twierdzeń konsorcjum Romgos. Nie zaprzeczono, że zgodnie z zapisami umowy podwykonawczej przedstawionej Zamawiającemu oraz złożonej w poczet materiału dowodowego w postępowaniu odwoławczym, jako podwykonawca podmiot odpowiadał za teren budowy od momentu przekazania aż do odbioru eksploatacyjnego obiektu. Jego odpowiedzialność wygasła dopiero po uzyskaniu decyzji na użytkowanie. Z załącznika 1b do umowy wynika, iż podwykonawca dedykował zadaniu personel nadzorujący, techniczny, odpowiadał za wszystkie pozostałe podmioty na budowie, zapewniał kierowników branżowych, koordynował prace podwykonawców, brał udział w odbiorach, rozruchu, odbiorze eksploatacyjnym, koordynował i nadzorował niezbędne prace, czynił wpisy do dziennika budowy, wykonywał roboty budowlane, opracował instrukcję eksploatacji gazociągu. Obowiązki podwykonawcy zostały bardzo szczegółowo rozpisane w złożonej umowie, a treść samej umowy potwierdza czynny udział podwykonawcy w realizacji kontraktu na takim poziomie, który zdaniem Izby jest wystarczający by uznać, że nabyto doświadczenie wymagane warunkiem udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W zakresie zarzutu (1) odwołania Izba w pierwszej kolejności podaje, że w całości przyjmuje za własną argumentację przytoczoną powyżej a przedstawioną przez skład

orzekający w sprawie odwoławczej za wyrokiem z dnia 27 września 2021 roku

w sprawie o sygn. akt KIO 2474/21 oraz KIO 2501/21.

Dodaje Izba w tym miejscu, że z postanowienia SWZ nie sposób wywieść, że doświadczenie które zostało wykazane przez wykonawcę w ramach tego postępowania o udzielenie zamówienia mogło zostać nabyte jedynie w charakterze generalnego wykonawcy a nie podwykonawcy. Podstawą dla kwestionowania przez Odwołującego doświadczenia Konsorcjum Romgos nie jest faktyczny zakres prac i treść warunku, ale przyjęta przez

Odwołującego i oderwana od treści warunku udziału w postępowaniu koncepcja

co do ogólnego zakresu prac koniecznych dla wykonania w ramach budowy gazociągu. Słusznie dostrzegł Zamawiający, że przejawia się to w wyliczeniu przez Odwołującego elementów prac, które w ocenie Odwołującego - takich jak dla przykładu ochrona katodowa, przewiertory, obiekty kubaturowe - jednakże nie w świetle warunku udziału w postępowaniu, są konieczne dla nabycia doświadczenia.

Izba dostrzegła również, że prezentowane przez Odwołującego rozumienie warunku udziału w postępowaniu, co do zakresu prac koniecznych do nabycia doświadczenia, jest nie tylko oderwane od treści warunku, ale prowadziłoby do tego, że warunek udziału byłby nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zamawiający wyjaśnił bowiem, że liczba tego typu obiektów (inwestycji) na rynku krajowym i zagranicznym jest stosunkowo ograniczona (a zatem także krąg wykonawców dysponujących wymaganym doświadczeniem jest wąski). Uzasadnia to zatem nieograniczanie grona wykonawców, którzy mogą się ubiegać o udzielenie przedmiotowego zamówienia wyłącznie do generalnych wykonawców realizujących tego typu zadania. Brak jest w warunku udziału w postępowaniu wskazania, że wykonawca miał być generalnym wykonawcą.

Izba nie podziela również argumentacji Odwołującego odnoszącej się do rozszerzającej wykładni warunku, zgodnie z którą to należałoby odrzucić oferty wykonawców, którzy w zadaniach referencyjnych przedstawionych na potrzeby spełnienia warunku, o którym mowa w Rozdziale X punkt 5 pkt 1 SWZ nie wykazali zamówień obejmujących wszystkie czynności, jakie w ocenie Odwołującego należałoby wykonać przy realizacji budowy gazociągu. Izba podkreśla, że ten katalog elementów wymienionych przez Odwołującego, jakie to winien wykonać wykonawca w ramach danej roboty referencyjnej stanowi jedynie katalog, jaki sam ukształtował Odwołujący. Nie wynika on z żadonego postanowienia w zakresie warunku udziału w postępowaniu. Stanowi w ocenie Izby nadinterpretację postanowień SWZ w zakresie warunków. Sam fakt tego, że z niczego nie wynika taki katalog elementów jak przedstawia Odwołujący potwierdza jednoznacznie, że wymagania te są nadmiarowe do tego co określił Zamawiający w SWZ, natomiast Odwołujący stosuje rozszerzające rozumienie warunku. Izba podziela stanowisko prezentowane przez Zamawiającego, a odnoszące się do utrwalonego w orzecznictwie Izby i sądów powszechnych stanowiska o stosowaniu wykładni gramatycznej do warunku udziału w postępowaniu. Warunek należy odczytywać dokładnie tak jak on jest napisany, literalnie i niedopuszczalna jest jakakolwiek wykładnia rozszerzająca, interpretująca dane postanowienia SWZ. Niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów są jakiekolwiek interpretacje postanowień SWZ oparte na przekonaniu czy intencjach danego podmiotu, który stara się nadać im znaczenie jakie nie wynika z ich literalnej treści. Takie działanie jest niezgodne z zasadami Prawa zamówień publicznych i przekracza granice oceny w ramach wytycznych określonych w SWZ. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że zarzut Odwołującego oparty jest wyłącznie na dowolnej interpretacji warunku udziału w postępowaniu, dokonywanej przez Odwołującego w oderwaniu od rzeczywistego brzmienia tego warunku. Odwołujący interpretuje warunek wbrew jego literalnemu brzmieniu oraz w sposób rozszerzający, wywodząc z niego dodatkowe okoliczności i przesłanki, które mają potwierdzać postawioną przez niego tezę, że Konsorcjum Romgos nie posiada wymaganego doświadczenia.

Jednocześnie Konsorcjum Romgos wyjaśniało także, że zarówno z definicji rurociągu do przesyłu paliw płynnych lub gazowych, jak i z praktyki budowlanej nie wynika, że wykonanie systemu ochrony katodowej jest elementem niezbędnym do uznania, żeby określony obiekt nazwać gazociągiem. Podobnie nieuzyskanie ostatecznej decyzji Pozwolenia na Użytkowanie, która może być uzyskana dopiero po zakończeniu inwestycji tj. wybudowaniu rurociągu, czyli po wykonaniu prac, po których można zakwalifikować dany obiekt jako gazociąg. To ponownie potwierdza w ocenie Izby, że jedynie w zakresie elementów jednoznacznie wymienionych w warunku udziału w postępowaniu przez Zamawiającego możliwa jest jednoznaczna i prawidłowa ocena spełnienia warunku.

Szczególnie zasługuje na dostrzeżenie fakt, że Zamawiający był inwestorem referencyjnego zadania Zdżieszowice - Wrocław podanego przez Konsorcjum Romgos. Zamawiający wyjaśniał również, że zgodnie z Umową Podwykonawstwa Robót Budowlanych o numerze 52/p4/2018 z dnia 14 czerwca 2018 r. zawartą pomiędzy Stalprofil S.A. (generalnym wykonawcą zadania referencyjnego) a Romgos G. Spółka z o.o., spółka ta wykonała: budowę gazociągu wysokiego ciśnienia DN1000 MOP 8,4MPa o długości ok. 49,1 km, na odcinku od układu słuz nadawczo-odbiorczych na terenie węzła Skarbimierz (bez tego układu), na terenie gminy Skarbimierz, woj. opolskie do istniejącego ZZU Kietczów na terenie gminy Długołęka, woj. dolnośląskie, budowę odgałęźnego gazociągu wysokiego ciśnienia DN200 MOP 8,4MPa o długości ok. 0,3km od ZZU Godzikowice do punktu włączenia do istniejącej sieci gazowej, budowę linii telemetrycznej światłowodowej wzdłuż gazociągu DN1000, budowę trzech zespołów zaporowo-upustowych DN1000 ZZU

Godzikowice, ZSU Sobocisko oraz ZSU Nadolice wraz z drogami dojazdowymi, zasilającymi liniami energetycznymi, instalacjami energetycznymi, instalacjami telekomunikacyjnymi oraz aparaturą kontrolno-pomiarową. Okoliczność ta została potwierdzona załączonym do pisma procesowego Zamawiającego (z dnia 20 października 2021 roku) dowodem - Wyciąg z umowy podwykonawczej zawartej pomiędzy Stalprofil S.A. jako generalnym wykonawcą a Romgos G. Spółka z o.o. jako podwykonawcą. Potwierdza powyższe również nabycie doświadczenia jakie wymagane jest warunkiem udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem potwierdzono długość zrealizowanego gazociągu: 49,1 km (wobec wymaganej w warunku minimalnej długości co najmniej 30 km); maksymalne ciśnienie robocze: 8,4 Mpa (wobec wymaganego w warunku ciśnienia roboczego co najmniej 6,3 MPO); średnica rurociągu DN 1000 (wobec wymaganej w warunku średnicy co najmniej DN 700); rurociąg wykonany z rur stalowych o gatunku L485 PN-EN ISO 3183 zgodnie z normą (wymagane rury stalowe o gatunku co najmniej L485 zgodnie z wymaganiami normy PN-EN ISO 3183 lub EN10208-2 lub X70 zgodnie z wymaganiami normy APEL); część liniowa rurociągu była spawana w sposób zmechanizowany (wobec wymaganego w warunku spawania zmechanizowanego lub zautomatyzowanego).

Izba dostrzegła również, że Odwołujący nie kwestionuje w żaden sposób powyżej wskazanego doświadczenia Konsorcjum Romgos w zakresie parametrów określonych w warunku udziału w postępowaniu. Oznacza to, że w odniesieniu do treści warunku odczytywanej zgodnie z jego brzmieniem zawartym w SWZ Odwołujący nie podnosi żadnego zarzutu. Powyższe uzasadnia zatem, że zarzut podniesiony przez Odwołującego jest niezasadny.

#### W zakresie zarzutu (2) - Prawo opcji - oferta Romgos - Izba zarzut uznała

za niezasadny.

W zakresie tego zarzutu Izba odwołuje się do poczynionych ustaleń faktycznych w ramach odwołania sygn. akt KIO 2821/21 w zakresie zarzutu 2, które to ustalenia w tym miejscu uznaje za właściwe dla rozpoznania tego zarzutu.

Jednocześnie w uzupełnieniu stanu faktycznego podaje, że zgodnie z Rozdziałem III - Opis przedmiotu zamówienia:

Zamawiający jest upoważniony do skorzystania z prawa opcji w trakcie trwania Umowy, w zakresie opisanym we wzorze Umowy (Załącznik nr 2 do SWZ). Prawo opcji jest uprawnieniem Zamawiającego, z którego może, ale nie musi skorzystać w ramach realizacji Umowy. W przypadku nie skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji, Wykonawcy nie przysługują żadne roszczenia z tego tytułu.

W zależności od swoich potrzeb Zamawiający będzie uprawniony do skorzystania na warunkach wskazanych w Art. 3 ust. 17-20 wzoru Umowy z prawa opcji polegającego na zleceniu Wykonawcy w okresie obowiązywania Umowy realizacji dodatkowych zleceń obejmujących:

- 1) Prawo opcji nr 1 - wycinka drzew i krzewów , zgodnie z Art. 3 ust. 17 Wzoru

umowy,

- 2) Prawo opcji nr 2 - połączenie z inwestycjami sąsiednimi, zgodnie z Art. 3 ust. 18

Wzoru umowy,

- 3) Prawo opcji nr 3 - dna koszykowe (dennice) DN1000 zgodnie z wymogami OPZ, zgodnie z Art. 3 ust. 19 Wzoru umowy.

- 4) Prawo opcji nr 4 - przejęcie nieruchomości, zgodnie z Art. 3 ust 20 Wzoru umowy. Warunkiem uruchomienia prawa opcji jest złożenie przez Zamawiającego Wykonawcy wniosku zlecenia czynności dotyczących realizacji Zamówienia w ramach prawa opcji.

Na podstawie art. 3 wzoru umowy - przedmiot umowy,

18. Zamawiający ma prawo do skorzystania z Prawa Opcji w zakresie połączenia z inwestycjami sąsiednimi (dalej: „Prawo Opcji 2”) w wariantach:

Wariant 2.1a - Połączenie z ETAPEM I (bez prac hermetycznych),

Wariant 2.1b - Połączenie z ETAPEM I (z wykorzystaniem prac hermetycznych),

Wariant 2.2 a - Połączenie z ETAPEM III (bez prac hermetycznych),

Wariant 2.2 b- Połączenie z ETAPEM III ( z wykorzystaniem prac hermetycznych).

W ofercie Konsorcjum Romgos wyceniło „Prawo opcji 2” w każdym wariantcie (we wszystkich czterech wariantach) na 1 zł.

W wyjaśnieniach ceny Konsorcjum podało: w piśmie z dnia 22 lipca 2021 roku - Odnosząc się do wezwania Zamawiającego odnośnie ceny części składowej - dotyczącej

wynagrodzenia przez Zamawiającego z Prawa Opcji 2, Wykonawca wyjaśnia, że prace wchodzące w zakres Prawa Opcji 2 zostaną przez Wykonawcę wykonane w ramach podstawowego zakresu zamówienia (wynagradzanego ryczałtowo), niezależnie od tego czy

Zamawiający skorzysta ze zlecenia Prawa Opcji 2, czy też nie skorzysta. Wobec

powyższego, skalkulowanie praz z Prawa Opcji 2 na poziomie wyższym niż symboliczny, sprawiłoby że Wykonawca otrzymałby

„podwójne” wynagrodzenie za te same prace (raz w ramach wynagrodzenia ryczałtowego i drugi raz w ramach Prawa Opcji 2). Szczegółowe wyjaśnienia znajdują się w załączniku nr 4

do niniejszego pisma.

Jednocześnie Wykonawca wskazuje, że zgodnie z wyrokiem KIO 1641/15 z dnia 14.08.2015 r. „przy wynagrodzeniu ryczałtowym wysokość oferowanych zamawiającemu cen

jednostkowych generalnie posiada znaczenie drugorzędne. Z charakteru i istoty tego rodzaju wynagrodzenia wynika bowiem, że niedobory w niektórych pozycjach mogą być pokrywane przez nadwyżki z innych. Przy takim wynagrodzeniu to, co dzieje się niejako „wewnątrz oferowanej ceny” jest bez znaczenia.”

W zakresie rozpoznania zarzutu odwołania Izba stwierdziła, że w ramach podnoszonej argumentacji jak i wskazywanych naruszeń nie doszło do naruszenia podnoszonych przez Odwołującego przepisów prawa.

Izba stwierdza w tym miejscu, po szczegółowym zapoznaniu się z wyjaśnieniami Konsorcjum Romgos z dnia 22 lipca 2021 roku wraz z załącznikiem nr 4, że wbrew twierdzeniom Odwołującego Konsorcjum Romgos dokonało wyceny wszystkich robót niezbędnych do wykonania w ramach każdego z wariantów prawa opcji. W złożonych wyjaśnieniach w zakresie załącznika nr 4 do wyjaśnień z dnia 22 lipca 2021 roku Konsorcjum poczyniło wyjaśnienia w zakresie sposobu i zakresu kalkulacji. Wymaga podkreślenia, że zakres prac objęty prawem Opcji 2 zostanie wykonany w zakresie zamówienia podstawowego, a przyczyny również zostały opisane jednoznacznie w załączniku nr 4. Należy zgodzić się z Zamawiającym, że nie jest zasadne twierdzenie Odwołującego, że Konsorcjum Romgos nie wyceniło wszystkich prac, lub że nie uwzględniło wszystkich kosztów realizacji zamówienia w swojej ofercie. Wymaga podkreślenia, co w swoim piśmie procesowym podał jednoznacznie Konsorcjum Romgos, że możliwość skonstruowania oferty wynikała z założeń technologicznych jakie przyjął Przystępujący i nie ma to związku z jakąkolwiek manipulacją ceną.

Wymaga także podkreślenia, że Odwołujący nie mógł dokonać żadnej manipulacji w zakresie wyceny prawa Opcji, bowiem wycena w opcjach nie podlegała odrębnej wycenie w ramach kryteriów oceny ofert. Należy zgodzić się z Zamawiającym, który uzasadniał, że

nie narzucił wykonawcom sposobu wyceny prawa opcji - nie określił wartości minimalnych lub maksymalnych ani też progów procentowych, w których powinno mieścić się prawo opcji. Innymi słowy, wbrew twierdzeniom Odwołującego, SWZ nie zawierał szczególnych wytycznych lub dyrektyw co do sposobu wyceny prawa Opcji. Jednocześnie ponownie Izba wskazuje na konieczność uwzględnienia poczynionych wyjaśnień przez Konsorcjum Rogos. Odwołujący z jednej strony twierdzi, że realizacja Opcji nr 2 na podstawie podanych przez Konsorcjum cen będzie oznaczała wykonanie ich za dopłatą na rzecz Zamawiającego, a jednocześnie w odwołaniu wskazuje na podaną jawnie informację, przez Konsorcjum, że prace wchodzące w zakres Prawa Opcji 2 zostaną przez Wykonawcę wykonane w ramach podstawowego zakresu zamówienia (wynagradzanego ryczałtowo), niezależnie od tego czy Zamawiający skorzysta ze zlecenia Prawa Opcji 2, czy też nie skorzysta. Wobec powyższego, skalkulowanie przez Prawa Opcji 2 na poziomie wyższym niż symboliczny, sprawiłoby że Wykonawca otrzymałby „podwójne” wynagrodzenie za te same prace (raz w ramach wynagrodzenia ryczałtowego i drugi raz w ramach Prawa Opcji 2). Niemniej do tego stanowiska w ogóle się nie odnosi. Po pierwsze, tworzy Odwołujący jakąś nieistniejącą w tej sprawie okoliczność, że wykonanie prawa Opcji będzie wymagało dopłaty na rzecz Zamawiającego, jednocześnie nie wykazuje jej, jak również nie wyjaśnia w jaki sposób miałyby to być zrealizowane. Samo odniesienie się do treści wymagań przedmiotowych co do realizacji prawa Opcji Izba uznaje za niewystarczające w okolicznościach zupełnego pominięcia stanowiska Konsorcjum. Odwołujący pominał okoliczność, że wykonanie określonych prac wchodzących w zakres prawa opcji będzie wykonane już na etapie realizacji zamówienia podstawowego, jednocześnie pomijając, że samo prawo Opcji i jego warianty uzależnione są od rozwiązań technologicznych.

Odwołujący nie wykazał w żaden sposób na czym miałyby polegać odmienność wykonania wyceny prawa Opcji, która stanowiłaby błąd w obliczeniu ceny oferty. Odwołujący również nie uzasadnił, nie udowodnił w żaden sposób, że ceny poszczególnych wariantów muszą być różne. Natomiast co do błędu w obliczeniu ceny to w ocenie Izby kluczowe znaczenie ma tu fakt, że w Rozdziale XVII Opis sposobu obliczenia ceny, Zamawiający zawarł regulacje odnośnie wymagań w tym zakresie. Odwołujący w żaden sposób nie wskazuje w jakim zakresie mogło dojść do błędu w obliczeniu ceny w oparciu o wymagania Zamawiającego. Przy czym Izba zaznacza, że Odwołującemu dobrze były znane postanowienia ww. rozdziału SWZ bowiem w argumentacji do kolejnego zarzutu dowołania wprost się do nich odnosi. Jednocześnie Izba wskazuje w tym miejscu na zawarte w załączniku nr 4 do wyjaśnień z dnia 22 lipca 2021 roku stanowisko Konsorcjum, które potwierdza prawidłowość wyceny ceny oferty przy czym argumentacja tam zawarta objęta została tajemnicą przedsiębiorstwa. Argumentacja ta również uzasadnia brak podnoszonej przez Odwołującego różnorodności w zakresie dokonania wyceny w różny sposób w różnych wariantach prawa Opcji.

Izba nie podziela również argumentacji odnoszącej się do ceny rażąco niskiej w kontekście istotności cen za warianty prawa opcji, bowiem wartość cen za prawo Opcji we wskazanych wariantach stanowi wartość znikomą. Jak wskazało Konsorcjum Romgos w swoim stanowisku pisemnym jest to około 0,01 % ceny oferty Konsorcjum ale również ceny oferty Stalprofil S.A. Natomiast w odniesieniu do istotności danych prac można oceniać je w przymiarze znaczenia tych prac dla należytej realizacji całego zamówienia, Izba podkreśla, że należyte wykonanie inwestycji nie jest zagrożone w jakikolwiek sposób, z uwagi na planowaną organizację prac i stosowaną technologię przez Konsorcjum Romgos. Tym samym również i ten argument Odwołującego jest niezasadny.

Izba nie podziela również argumentacji dotyczącej „przerzucenia” prac z prawa Opcji do zamówienia podstawowego i w tym kontekście naruszenia skutkującego naruszeniem warunków zamówienia. Wymaga ponownie podkreślenia, że zgodnie z wyjaśnieniami Konsorcjum Romgos zawartymi w załączniku nr 4 do wyjaśnień z dnia 22 lipca 2021 roku okoliczność taka nie ma miejsca.

Odwołujący powołując się również na podstawę odrzucenia oferty z uwagi na czyn nieuczciwej konkurencji w zasadzie oparł się na stwierdzeniu, że sposób wyceny w ramach wariantów prawa Opcji dokonany przez Konsorcjum miał na celu uzyskanie zamówienia kosztem innych wykonawców i utrudnienie im dostępu do zamówienia. Niemniej nie wykazał na czym owo utrudnienie miałyby polegać i w jaki sposób miało utrudniać innym wykonawcom dostęp do tego zamówienia. Odwołujący również nie wyjaśnił w jaki sposób wykonawca miałby uzyskać wyższą punktację w kryterium ceny oferty wyceniając poszczególne warianty w prawie Opcji na 1 zł oraz jednoznacznie oświadczając, że prace wchodzące w zakres Prawa Opcji 2 zostaną przez Wykonawcę wykonane w ramach

podstawowego zakresu zamówienia (wynagradzanego ryczałtowo), niezależnie od tego czy Zamawiający skorzysta ze zlecenia Prawa Opcji 2, czy też nie skorzysta.

Mając na uwadze powyższe w ocenie Izby nie doszło do naruszenia, żadnego z podnoszonych w tym zakresie przepisów ustawy.

#### W zakresie zarzutu (3) - Brak kalkulacji pełnego zakresu kosztów stałych - oferta

Romgos - Izba zarzut uznała za niezasadny.

W zakresie tego zarzutu Izba odwołuje się do poczynionych ustaleń faktycznych w ramach odwołania sygn. akt KIO 2821/21 w zakresie zarzutu 2, które to ustalenia w tym miejscu uznaje za właściwe dla rozpoznania tego zarzutu.

Jednocześnie w uzupełnieniu stanu faktycznego podaje, że zgodnie z Rozdziałem III - Opis przedmiotu zamówienia:

Pismo z dnia 22 lipca 2021 roku W przypadku szybkiego wykonania pierwszych czynności startowych takich jak: odhumusowanie i rozwózka rur, zawiadomienia zarządców i właścicieli nieruchomości, tyczenie pasa montażowego i przejęcia działek, przygotowanie dokumentacji

startowej budowy (Plan Zapewnienia Jakości, Plan Kontroli i Badań, Plan Zadań Ochrony Środowiska, Plan Bezpieczeństwa i Ochrony Zdrowia, instrukcje technologiczne,

harmonogram bazowy, Plan Zarządzania Ryzykiem), przyspieszenie rozpoczęcia spawania

liniowego może osiągnąć aż 2 miesiące (co potwierdzają dotychczasowe realizacje zadań przez Wykonawcę - patrz dowody z pkt. a powyżej) - przyjęcie takiego założenia pozwoliło Wykonawcy przyjąć realne skrócenie czasu prowadzenia głównej części robót o 2 miesiące, a tym samym na obniżenie kosztów stałych z nimi związanych.

W zakresie zarzutu odwołania Izba przy odwołaniu do niejawniej części wyjaśnień z dnia 22 lipca 2021 roku zawartej w złożonych załącznikach stwierdziła, że w kalkulacji kosztów stałych Odwołujący nie pominął wskazanego w treści pisma z dnia 22 lipca 2021 roku okresu 2 miesięcy. Konsorcjum Romgos wyceniło wszystkie prace w pełnym okresie realizacji zamówienia. Konsorcjum Romgos w niejawniej części wyjaśnień wyceniło pełny zakres zamówienia. tj. 24 miesiące, co wynika wprost z załącznika nr 2 do załącznika nr 1 do wyjaśnień z dnia 22 lipca 2021 roku.

Zamawiający wyjaśnił również, że dokonując oceny sposobu kalkulacji ceny wziął pod uwagę cały termin realizacji zadania oraz pod takim właśnie kątem ocenił adekwatność i realność ceny zaoferowanej przez wykonawcę. W tym sensie, oferta Konsorcjum Romgos pokrywa wszystkie wymagane elementy wyceny, w tym również koszty ogólne powiązane wprost z kosztami i zakresem realizacji robót zasadniczych objętych ofertą wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe w ocenie Izby nie doszło do naruszenia, żadnego z podnoszonych w tym zakresie przepisów ustawy.

#### W zakresie zarzutu (4) - Kierownik robót technologicznych - oferta Romgos - Izba

zarzut uznała za niezasadny.

Izba ustaliła, że zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) Zamawiający określił następujące wymagania:

## Rozdział X - Warunki udziału w postępowaniu i podstawy wykluczenia

O udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

(.)

7. Dysponują lub będą dysponować osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia, w tym:

(■■■)

c) Kierownikiem Robót Technologicznych posiadającym łącznie następujące kwalifikacje i doświadczenie:

- Uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociagowych i kanalizacyjnych, oraz wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego (w przypadku gdy dana osoba posiada uprawnienia budowlane wydane na podstawie innej podstawy prawnej niż aktualnie obowiązująca, Zamawiający wymaga, aby osoba taka posiadała uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi i bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci gazowych),
- zdobyte w ciągu ostatnich 15 lat przed terminem składania ofert, doświadczenie w kierowaniu robotami (na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika Robót) dla zamówienia polegającego na budowie rurociągu do przesyłu paliw płynnych lub gazowych z rur stalowych o długości co najmniej 10 km.

Konsorcjum Romgos wskazało w Załącznik nr 6 do SWZ (po modyfikacji z dnia 15.06.2021)

- Potencjał Kadrowy, który został złożony w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 7 lipca 2021:

W wierszu 3 dla: Kierownik Robót Technologicznych podano: W. D.,

w kolumnie Doświadczenie zawodowe:

Oświadczamy, że osoba wskazana do pełnienia niniejszej funkcji posiada:

zdołbyte w ciągu ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert doświadczenie w kierowaniu robotami na stanowisku:

Kierownika Budowy: ~~TAK~~/NIE (niepotrzebne skreślić)

Kierownika Robót: TAK/NIE (niepotrzebne skreślić)

Okres pełnienia stanowiska [ilość miesięcy]: 17 (co najmniej 12 miesięcy)  
przy realizacji zamówienia:

„Budowa gazociągu DN 1000 Zdzeszowice - Wrocław, odcinek Brzeg - Zębice - Kielczów”  
(przedmiot zamówienia)

połegającego na budowie rurociągu do przesyłu paliw płynnych lub gazowych z rur stalowych: TAK/NIE (niepotrzebne skreślić)

W zakresie tego zarzutu odwołania Izba stwierdziła poprawność wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W postępowaniu Konsorcjum Romgos przedstawiło dowody w szczególności oświadczenia firmy KVV Co.Ltd. będącej partnerem Odwołującego w realizacji wskazanej w powyższym wykazie inwestycji, która to firma w sposób jednoznaczny oświadczyła, że Pan D. pełnił funkcje Kierownika Robót. W ocenie Izby Odwołujący podnosząc w trakcie rozprawy, że pozostaje w sporze sądowym z ww. firmą nie powoduje, że oświadczenie powyższe zmienia swoją treść czy też staje się bezwartościowe. Izba podkreśla jednocześnie, że Odwołujący nie kwestionował tego oświadczenia co do jego treści. Dodatkowo przedstawione oświadczenia przez Konsorcjum, w tym oświadczenie z dnia 2 listopada 2021 roku od samego Pana D., który potwierdza że pełnił funkcję kierownika robót podczas zadania, oraz oświadczenia Pana M. S. pełniącego funkcje Kierownika Budowy jako pracownik PORR S.A. (Odwołujący w trakcie rozprawy wyjaśnił również, że w

okresie referencyjne inwestycji Pan S. był zatrudniony w firmie PORR S.A.) oraz oświadczenie Pana A. S. pełniącego funkcję Inspektora Nadzoru robót Technologicznych / Inspektora Koordynatora oraz oświadczenie Pana P. S. pełniącego funkcję Eksperta Nadzoru Inwestorskiego (oba oświadczenia z dnia 2 listopada 2021 roku) potwierdzają okoliczności jakie zostały ujawnione w Dziennikach Budowy dla ww. inwestycji, które złożył przy piśmie z dnia

20 października 2021 roku Zamawiający. Również uprawdopodobniają te okoliczności wiadomości email dołączone do pisma Zamawiającego z dnia 5 listopada 2021 roku. Znamionym również jest fakt, że kopia powyższej korespondencji zawiera informacje, że korespondencja ta była kierowana do między innymi Panów: J. C., M. D. oraz M.S. Pan M. . pełnił funkcję Kierownik Budowy z ramienia Odwołującego, co potwierdził również Odwołujący.

W odniesieniu do dowodu nr 3 przedstawionego przez Odwołującego na rozprawie Izba wskazuje, że dowodzi on tylko tych informacji jakie zostały przedstawione na tych 4 kartach (8 stron) nie dowodzi on natomiast, że Pan D. nie pełnił funkcji Kierownika Robót. Również dokumenty załączone do pisma z dnia 5 listopada 2021 przez Odwołującego potwierdzają jedynie okoliczności jakie w nich wskazano, ale nie wyłącza to w żaden sposób okoliczności przedstawianych przez Zamawiającego na podstawie Dziennika Budowy oraz Konsorcjum w oparciu o złożone do akt sprawy za pismem z dnia 5 listopada 2021 roku oświadczenia. Wymaga podkreślenia, że w piśmie z dnia 5 listopada 2021 roku Odwołujący sam wskazał, że przedstawione przez Zamawiającego wyciągi z Dziennika Budowy potwierdzają dokonanie wpisów do Dziennika Budowy referencyjnej inwestycji. Jednocześnie w tym samym piśmie wskazuje Odwołujący, że pierwszy wpis w Tomie I, cz. II str. 1, poz. 17 nie jest oznaczony datą w związku z tym nie jest możliwe jednoznaczne ustalenie okresu sprawowania funkcji Kierownika Robót przez Pana W. D.. Natomiast na podstawie kolejności wpisów w Tomie I, cz. II str. 1, poz. 17, Pan W.D. nie mógł się wpisać do dziennika budowy przed datą 17 października 2017r. Maksymalny zatem okres sprawowania funkcji wynosiłby 8 miesięcy, tj. od dnia 17.10.2017r. do dnia 9.07.2018r. takich ustaleń dokonał na podstawie dokumentów sam Odwołujący. Słusznie również wskazało Konsorcjum Romgos, że Zamawiający jako inwestor wskazanej inwestycji posiada pełną wiedzę dotyczącą realizacji zamówienia jak i udziału w niej Pana W. D.. Tym samym Zamawiający był w stanie rzetelnie ocenić czy wskazana osoba spełnia warunki określone w SWZ.

W ocenie Izby, w zakresie zarzutu podniesionego w ramach odwołania Odwołujący nie wykazał, że Pan D. nie pełnił funkcji Kierownika Robót w ramach wskazanej w załączniku nr 6 inwestycji. Izba podkreśla, że to sam Odwołujący ustalił czas w jakim na podstawie wpisów w Dzienniku Budowy Pan D. mógł pełnić Funkcję Kierownika Robót. Przy czym należy podkreślić, że warunek udziału w postępowaniu nie określał w żaden sposób jakiegokolwiek czasookresu pełnienia funkcji Kierownika Robót. Z przedstawionych przez Konsorcjum Romgos jak również przez Zamawiającego dokumentów wynika, że Pan D. pełnił Funkcję Kierownika Robót. Izba podkreśla, że w ramach warunku udziału w postępowaniu ocenie podlegają wymagania określone przez Zamawiającego, a spełnienie tych w zasadzie swoim prezentowanym stanowiskiem potwierdził sam Odwołujący.

Izba zgadza się ze stanowiskiem prezentowanym przez Zamawiającego, a mianowicie, że z przepisów ustawy z 4 lipca 1994 r. Prawo budowlane oraz przepisów wykonawczych nie wynika bezwzględny obowiązek dokonywania wpisów do dziennika budowy przez kierownika robót. W praktyce realizacji robót budowlanych bardzo często tylko kierownik budowy dokonuje wpisów, potwierdzając wykonanie robót lub zgłaszając roboty do odbioru, niezależnie od tego jakiej branży takie roboty dotyczą. Sposób organizacji pracy na danej inwestycji oraz ustalenie, kto i w jaki sposób dokonuje wpisów (czy jest to tylko kierownik budowy, czy również kierownicy robót, a jeżeli tak to w jakich branżach) należy do kompetencji wykonawcy. W konsekwencji, brak wpisów kierownika robót nie potwierdza, że nie pełnił on takiej funkcji, a tym bardziej nie potwierdza, że nie nabył on doświadczenia.

W ocenie Izby argumentacja Odwołującego - nieoparta w zasadzie żadnym dowodem chociażby uprawdopodobniającym, że Pan D. faktycznie nie pełnił funkcji Kierownika Robót w ramach wskazanej inwestycji, przy uwzględnianiu faktycznie dokonanych wpisów w Dzienniku Budowy, co potwierdził sam Odwołujący, jak również oświadczeń, a także wiadomości email - nie dowiodła i nie potwierdziła, że Pan D. nie pełnił funkcji Kierownika Robót. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że nie doszło do naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów.

Zamawiającego w błąd co do zdolności ekonomicznej i finansowej - oferta Romgos - Izba

zarzuty uznała za niezasadne.

W odniesieniu do powyższego zarzutu, Izba w tym miejscu w całości przyjmuje za własne w ramach tego zarzutu ustalenia oraz poczynioną argumentację i przedstawione uzasadnienie faktyczne rozpoznania zarzutów podniesionych w ramach rozpoznania odwołania sygn. akt KIO 2821/21 w zakresie zarzutu 3 i 4.

W zakresie zarzutu (6) - Wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do Kierownika

Robót - oferta Romgos - Izba zarzut uznała za niezasadny.

W zakresie rozpoznania tego zarzutu odwołania Izba w całości przyjmuje za własne ustalenia oraz poczynioną argumentację i przedstawione uzasadnienie faktyczne poczynione powyżej w ramach rozpoznania zarzutu nr 4. Izba stwierdziła, że wskazanie Pana D. w ramach Załącznik nr 6 do SWZ (po modyfikacji z dnia 15.06.2021) - Potencjał Kadrowy, w wierszu Kierownik Robót Technicznych potwierdziło spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Wykluczenie wykonawcy z postępowania może nastąpić w przypadku łącznego wykazania, że: wykonawca przekazał zamawiającemu informacje nieprawdziwe (niezgodne z rzeczywistością), że działanie wykonawcy miało charakter umyślny lub było wynikiem rażącego niedbalstwa oraz że informacje nieprawdziwe wpłynęły lub mogły wpłynąć na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Przy czym w ocenie Izby niezbędne jest kumulatywne wypełnienie powyżej wymienionych przesłanek, aby możliwe było wykluczenie wykonawcy w oparciu o tą podstawę prawną.

Izba wskazuje, mając tu na uwadze argumentację podniesioną w zakresie powyżej rozpoznanego zarzutu 4, którą przyjmuje w całości również w tym miejscu za właściwą, że informacje dotyczące Kierownika Robót Technicznych nie są informacjami nieprawdziwymi czy niezgodnymi z rzeczywistością.

Mając na uwadze powyższe w ocenie Izby nie doszło do naruszenia, żadnego z podnoszonych w tym zakresie przez Odwołującego przepisów ustawy.

W zakresie zarzutu (7) - Zaniżenie w ofercie kosztów ogólnych i zysku - oferta

Stalprofil - Izba zarzut uznała za niezasadny.

Oraz

W zakresie zarzutu (8) - Brak urządzeń koniecznych do realizacji zamówienia -

oferta Stalprofil - Izba zarzut uznała za niezasadny.

Oraz

W zakresie zarzutu (9) - Wielokrotne wezwanie do wyjaśnień - oferta Stalprofil -

Izba zarzut uznała za niezasadny.

Izba ustaliła, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w ramach którego zostało wniesione odwołanie prowadzone jest przez Zamawiającego zgodnie z Rozdziałem II SWZ - Tryb udzielenia zamówienia pkt 2 w oparciu o tzw. Procedurę odwróconą - Zamawiający wskazuje, iż stosownie do treści art. 139 Ustawy, najpierw dokona badania i oceny ofert, a następnie dokona kwalifikacji podmiotowej Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w Postępowaniu.

Zgodnie z art. 139 ustawy

1. Zamawiający może najpierw dokonać badania i oceny ofert, a następnie dokonać kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w SWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu.
2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawca nie jest obowiązany do złożenia wraz z ofertą oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, jeżeli zamawiający przewidział w SWZ możliwość żądania tego oświadczenia wyłącznie od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona.
3. Jeżeli wobec wykonawcy, o którym mowa w ust. 1, zachodzą podstawy wykluczenia, wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, nie składa podmiotowych środków dowodowych lub oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zamawiający dokonuje ponownego badania i oceny ofert pozostałych wykonawców, a następnie dokonuje kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu.
4. Zamawiający kontynuuje procedurę ponownego badania i oceny ofert, o której mowa w ust. 3, w odniesieniu do ofert wykonawców pozostałych w postępowaniu, a następnie dokonuje kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, do momentu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z pismem z dnia 14 września 2021 roku

Działając na podstawie art. 253 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej „Ustawą PZP”, Zamawiający tj. Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ SYSTEM S.A. zawiadamia, iż na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w Rozdziale XVIII Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SWZ”, wybrano jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Wykonawcę tj. Konsorcjum firm: ROMGOS SP. Z O.O. ENGINEERING SP. K. - Lider Konsorcjum oraz ROMGOS G. SP. Z O.O.

Oferta złożona przez ww. Wykonawcę uzyskała najwyższą liczbę punktów, tj. 100 pkt i

została uznana za ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w

treści SWZ (Kryterium K1: Cena całkowita brutto oferty - waga 90% oraz Kryterium K2: Wydajność układki - waga 10%).

(...)

Jednocześnie Zamawiający wskazuje, iż po analizie dokumentów w zakresie weryfikacji rażąco niskiej ceny, przekazanych przez Wykonawcę Stalprofil S.A., nie ziszcila się przesłanka do odrzucenia jego oferty. Mając na względzie powyższe i ze względu na ekonomikę postępowania oraz cel jaki przyświeca w przeprocesowaniu postępowania tj. wybór najkorzystniejszej oferty, Zamawiający informuje, że nie zakończył weryfikacji podmiotowych środków dowodowych Wykonawcy Stalprofil S.A.

W zakresie zarzutów odwołania podniesionych powyżej Izba uznała, że zarzuty te są przedwczesne. Zgodnie z regulacją art. 139 ustawy ustawodawca wskazał wprost, że Zamawiający nie wybiera automatycznie wykonawcy składającego kolejną najlepiej ocenioną ofertę, lecz zobowiązany jest do dokonania ponownej oceny ofert pozostałych wykonawców. Zamawiający ma obowiązek kontynuowania procedury ponownego badania i oceny ofert w odniesieniu do ofert wykonawców pozostałych w postępowaniu, a następnie dokonania kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, do momentu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. (Komentarz UZP do ustawy Prawo zamówień publicznych).

Powyższe oznacza, że niezależnie od poczynionych na wcześniejszym etapie postępowania czynności Zamawiającego oraz deklaracji jakie on składa w pismach - tak jak w przypadku tego postępowania w odniesieniu do oferty Stalprofil - to na Zamawiającym ciąży obowiązek prowadzenia czynności badania i oceny ofert po ewentualnym odrzuceniu oferty wykonawcy z postępowania. Tym samym Zamawiający nie ma możliwości skutecznie i ostatecznie dokonać jakichś czynności jedynie „na zapas”, bowiem ustawodawca jednoznacznie zobowiązał go do prowadzenia czynności badania i oceny ofert pozostałych w postępowaniu. Izba uznała za niezasadne zarzuty podniesione w zakresie oferty wykonawcy Stalprofil, którego to wykonawcy oferta nie została wybrana w postępowaniu, bowiem niezależnie do wyniku tego postępowania odwoławczego, gdyby Zamawiający zobowiązany był do podejmowania w ramach postępowania o udzielenie zamówienia kolejnych czynności to ustawodawca nałożył na niego obowiązek badania i oceny ofert. Tym samym oferta wykonawcy Stalprofil podlegałaby badaniu i ocenie ofert, bowiem Zamawiający zobowiązany jest do dokonania ponownego badania i oceny ofert pozostałych wykonawców, a następnie dokonania kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu. Taka regulacja prawna pozwala również na stosowanie środków ochrony prawnej i nie powoduje po stronie wykonawcy podnoszenia zarzutów odwołania z tzw. „ostrożności procesowej”.

#### W zakresie zarzutu (9) - Wielokrotne wezwanie do wyjaśnień - oferta Konsorcjum

#### Romgos - Izba zarzut uznała za niezasadny.

W zakresie tego zarzutu - w odniesieniu do oferty Konsorcjum Romgos - Izba odwołuje się do poczynionych ustaleń faktycznych w ramach odwołania sygn. akt KIO 2821/21 w zakresie zarzutu 2, które to ustalenia w tym miejscu uznaje za właściwe dla rozpoznania tego zarzutu. Izba odwołuje się również do ustaleń faktycznych poczynionych w ramach zarzutu 2 (Prawo opcji) odwołania sygn. akt KIO 2823/21, które to ustalenia w tym miejscu uznaje za właściwe dla rozpoznania tego zarzutu.

W zakresie rozpoznania zarzutu odwołania Izba stwierdza, że Odwołujący poza wskazaniem, że wykonawca Konsorcjum Romgos wzywany był do złożenia wyjaśnień odnośnie sposobu kalkulacji ceny oferty (wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny) trzykrotnie, nie podaje żadnej faktycznej argumentacji, która uzasadniałaby twierdzenia o naruszeniu wskazanych w zarzucie przepisów prawa. To po stronie Odwołującego pozostaje podniesienie argumentacji faktycznej dającej poddać się ocenie co do zasadności czy też niezasadności dokonywanych wezwań przez Zamawiającego. Odwołujący takiej argumentacji nie przedstawia, czyli nie podaje żadnych informacji jakie mogłyby podlegać ocenie Izby. Samo cytowanie orzeczeń Izby nie zastępuje argumentacji faktycznej Odwołującego. Izba rozpoznaje zarzut uwzględniając przedstawione stanowisko

Odwołującego w granicach jego argumentacji i nie zastępuje Odwołującego w poszukiwaniu tej argumentacji podlegającej ocenie w ramach postępowania odwoławczego.

W odniesieniu do powyższego zarzutu Izba przyjmuje za własną argumentację prawną przedstawioną w ramach poczynionego rozpoznania odwołania sygn. akt KIO 2821/21 w zakresie zarzutu 2, co do braku argumentacji faktycznej w zakresie zarzutu odwołania (od str. 90 do str. 92 uzasadnienia wyroku).

Mając na uwadze powyższe w ocenie Izby nie doszło do naruszenia, żadnego z podnoszonych w tym zakresie przez Odwołującego przepisów ustawy.

Koszty:

Izba oddaliła w zakresie poddanym rozpoznaniu odwołanie o sygn. akt KIO 2821/21 i oddaliła odwołanie sygn. akt KIO 2823/21 wobec powyższego, na podstawie art. 553 i art. 556 ustawy orzeczone jak w pkt 1 wyroku.

Zgodnie z art. 557 ustawy z 2019 r., w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1, § 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: .....

Członkowie:.....