

WYROK
z dnia 5 maja 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Członkowie: Marek Koleśnikow
Daniel Konicz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 27 kwietnia 2015 roku odwołań
wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 13 kwietnia 2015 r. przez wykonawcę ILF Consulting Engineers Polska
Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Osmańskiej 12, 02-823 Warszawa (sygn.
akt KIO 761/15)

B. w dniu 13 kwietnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się
o zamówienie Biuro Projektów „Nafta-Gaz” Sp. z o.o. (pełnomocnik) z siedzibą w Jaśle
przy ulicy Ducala 11, 38-200 Jasło oraz Górnicze Biuro Projektów Pangaz Sp. z o.o. z
siedzibą w Krakowie przy ulicy Lubicz 25, 31-503 Kraków (sygn. akt KIO 764/15)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Operatora Gazociągów Przesyłowych
GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Mszczonowskiej 4, 02-337 Warszawa

przy udziale:

A. (sygn. akt KIO 761/15):

- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Biuro Projektów „Nafta-Gaz”
Sp. z o.o. (pełnomocnik) z siedzibą w Jaśle przy ulicy Ducala 11, 38-200 Jasło oraz Górnicze
Biuro Projektów Pangaz Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Lubicz 25, 31-503
Kraków (sygn. akt KIO 761/15) po stronie Zamawiającego,

1

- wykonawcy Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT S.A. z siedzibą we
Wrocławiu przy ulicy Strzegomskiej 55a, 53-611 Wrocław (sygn. akt KIO 761/15) po stronie
Zamawiającego,

B. (sygn. akt KIO 764/14):

- wykonawcy Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT S.A.
z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Strzegomskiej 55a, 53-611 Wrocław (sygn. akt KIO
761/15) po stronie Zamawiającego,
- wykonawcy ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy
Osmańskiej 12, 02-823 Warszawa (sygn. akt KIO 764/15) po stronie Odwołującego

orzeka:

1.

- A)** Uwzględnić odwołanie wykonawcy ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o.
z siedzibą w Warszawie przy ulicy Osmańskiej 12, 02-823 Warszawa (sygn. akt KIO
761/15).
Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
Nakazuje Zamawiającemu wezwać wykonawców wspólnie ubiegających się
o zamówienie Biuro Projektów „Nafta-Gaz” Sp. z o.o. (pełnomocnik) z siedzibą
w Jaśle przy ulicy Ducala 11, 38-200 Jasło oraz Górnicze Biuro Projektów Pangaz
Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Lubicz 25, 31-503 Kraków w trybie art. 26
ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia dokumentów w celu
wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania
osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, które będą uczestniczyć w wykonaniu

zamówienia, posiadającymi niezbędne do jego wykonania kwalifikacje zawodowe pełniącymi następujące funkcje: Projektanta Architekta (ogłoszenie o zamówieniu III.2.3 pkt 2 lit. d), Projektanta Konstruktora (ogłoszenie o zamówieniu III.2.3 pkt 2 lit. e), Projektanta Elektryka B (ogłoszenie o zamówieniu III.2.3 pkt 2 lit. g), Projektanta Automatyka (ogłoszenie o zamówieniu III.2.3 pkt 2 lit. i).

Nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

- B)** Uwzględnia odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Biuro Projektów „Nafta-Gaz” Sp. z o.o. (pełnomocnik) z siedzibą w Jaśle przy ulicy Ducala 11, 38-200 Jasło oraz Górnicze Biuro Projektów Pangaz Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Lubicz 25, 31-503 Kraków (sygn. akt KIO 764/15).
Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

2

Nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT S.A. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Strzegomskiej 55a, 53-611 Wrocław na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa i:

- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: wykonawcę ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Osmańskiej 12, 02-823 Warszawa (sygn. akt KIO 761/15) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Biuro Projektów „Nafta-Gaz” Sp. z o.o. (pełnomocnik) z siedzibą w Jaśle przy ulicy Ducala 11, 38-200 Jasło oraz Górnicze Biuro Projektów Pangaz Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Lubicz 25, 31-503 Kraków (sygn. akt KIO 764/15) tytułem wpisów od odwołań.

- 2.2 zasądza od Zamawiającego Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa kwotę **37 200 gr 00** (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy), w tym:

- A) kwotę **18 600 gr 00** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od Zamawiającego Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa na rzecz wykonawcy ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Osmańskiej 12, 02-823 Warszawa (sygn. akt KIO 761/15) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,
- B) kwotę **18 600 gr 00** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od Zamawiającego Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Biuro Projektów „Nafta-Gaz” Sp. z o.o. (pełnomocnik) z siedzibą w Jaśle przy ulicy Ducala 11, 38-200 Jasło oraz Górnicze Biuro Projektów Pangaz Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Lubicz 25, 31-503 Kraków (sygn. akt KIO 764/15) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

3

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 761/15
KIO 764/15

UZASADNIENIE

Zamawiający Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego pod nazwą *Gazociąg Kędzierzyn-Koźle – Granica RP (Polska-Czechy) wraz z tłocznia i stacją pomiarową – opracowanie dokumentacji projektowej wraz z nadzorem autorskim* opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 15 listopada 2014 roku pod numerem 2014/S 221-391428.

3 kwietnia 2015 roku Zamawiający przekazał wykonawcom Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, podając, że do realizacji zamówienia wybrał ofertę wykonawcy Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT S.A. z siedzibą we Wrocławiu.

A Sygn. akt KIO 671/15

Odwolującym, działając na podstawie art. 180 ust.1 i 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) złożył odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

- 1) uznaniu, iż oferta złożona przez Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa „GAZOPROJEKT” S.A. (dalej jako Gazoprojekt S.A.) nie zawiera rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji uznaniu oferty tego wykonawcy za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu,
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Gazoprojekt S.A., podczas gdy oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 3) zaniechaniu wezwania do wyjaśnienia i ewentualnie uzupełnienia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Biura Projektów „NAFTA - GAZ” Sp. z o.o. i Górniczego Biura Projektów PANGAZ Sp. z o.o. (dalej jako Konsorcjum NAFTA-GAZ) w zakresie informacji zawartych w załączniku nr 4 - „Potencjał Kadrowy” dotyczących doświadczenia zawodowego osób wskazanych na stanowiska: Projektanta Technologa A - Pani A. P., Projektanta Architekta - Pana P. P., Projektanta Konstruktora - Pani T. S., Projektanta Elektryka B - Pana J. K., Projektanta Automatyka - Pana A. J., a w konsekwencji uznaniu, iż Wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu,

- 4) zaniechaniu wykluczenia z Postępowania, a w konsekwencji dopuszczenie do udziału w Postępowaniu wykonawcy Konsorcjum NAFTA-GAZ,
- 5) zaproszeniu do złożenia oferty wykonawcy, który nie spełniał warunków udziału w Postępowaniu, tj. wykonawcy Konsorcjum NAFTA -GAZ, a dopuszczonych zgodnie z informacją o wynikach oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu z dnia 13 stycznia 2015 r. (znak pisma Zamawiającego: OS-DH.260.16.2014/37).

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 ustawy w związku z art. 3 ust. 1, w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności poprzez utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku,
- 2) przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4) w związku z art. 90 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Gazoprojekt S.A., pomimo iż w obliczu posiadanych przez Zamawiającego informacji oferta ta powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

- 3) przepisu art. 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, której ocena złożonych wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 4) przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 51 ust. 1 i 1 a ustawy przez zaniechanie wykluczenia z postępowania, a w konsekwencji dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum NAFTA - GAZ, pomimo że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje dotyczące doświadczenia „(...) w ciągu 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zdobył doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji (...), przy realizacji co najmniej jednego zamówienia polegającego na opracowaniu projektu budowlanego tłoczni gazu o mocy nie mniejszej niż 5 MW (zawierającego zaprojektowanie co najmniej jednego agregatu sprężającego), dla którego uzyskano decyzję o pozwoleniu na budowę” dla osób wskazanych na stanowiska: Projektanta Architekta - Pana P. P., Projektanta Konstruktora - Pani T. S., Projektanta Elektryka B - Pana J. K., Projektanta Automatyka - Pana A. J., a także dla osoby wskazanej na stanowisko Projektanta Technologa A - Pani A. P., w zakresie posiadania doświadczenia „(...) w ciągu 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zdobył doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji Projektanta Technologa (lub Projektanta branży gazowej), przy realizacji co najmniej jednego

6

zamówienia polegającego na opracowaniu dokumentacji projektowej, w tym projektu budowlanego i projektu wykonawczego, gazociągu o średnicy nominalnej DN 500 i o ciśnieniu MOP co najmniej 5,5 MPa i długości co najmniej 20 km, dla którego uzyskano decyzję o pozwoleniu na budowę”,

- 5) przepisu art. 26 ust. 3 oraz ust. 4 ustawy przez zaniechanie wezwania Konsorcjum NAFTA - GAZ do wyjaśnienia i ewentualnie uzupełnienia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w zakresie informacji zawartych w załączniku nr 4 - „Potencjał Kadrowy” dotyczących doświadczenia zawodowego osób wskazanych na stanowiska: Projektanta Technologa A - Pani A. P., Projektanta Architekta - Pana P. P., Projektanta Konstruktora - Pani T. S., Projektanta Elektryka B - Pana J. K., Projektanta Automatyka - Pana A. J., podczas gdy Zamawiający, przy wszechstronnym zbadaniu informacji zawartych we wniosku, powinien powziąć wątpliwości co do wskazanych tam informacji,
- 6) przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum NAFTA-GAZ z Postępowania, pomimo że Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. nie wykazał spełniania wymogów w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, m.in. w zakresie osób zdolnych do pełnienia funkcji Projektanta Technologa A - Pani A. P., Projektanta Architekta - Pana P. P., Projektanta Konstruktora - Pani T. S., Projektanta Elektryka B - Pana J. K., Projektanta Automatyka - Pana A. J.,
- 7) przepisu art. 51 ust. 1 ustawy przez zaproszenie do złożenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie spełniających warunków udziału w Postępowaniu, tj. Konsorcjum NAFTA-GAZ,
- 8) przepisu art. 7 ustawy przez zaproszenie do złożenia ofert przez wykonawców nie spełniających kryteriów udziału w Postępowaniu, a dopuszczonych do udziału w Postępowaniu (zgodnie z informacją o wynikach oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu z dnia 13 stycznia 2015 r.), w związku z odtajnieniem w dniu 3 kwietnia 2015 r. (znak: CJS-DH.260.16.2014/164) informacji dołączonych do wniosku Konsorcjum NAFTA-GAZ dotyczących potencjału kadrowego.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie niniejszego odwołania w całości,
- 2) nakazanie Zamawiającemu:
 - a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Gazoprojekt S.A.,
 - b) odrzucenia oferty złożonej przez Gazoprojekt S.A. jako zawierającej rażąco niską

7

-
- cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- c) unieważnienia czynności dopuszczenia do udziału w Postępowaniu Konsorcjum NAFTA -GAZ,
 - d) dokonania ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu oraz wezwania Konsorcjum NAFTA -GAZ do wyjaśnienia/uzupełnienia wniosku i w przypadku niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu - dokonania wykluczenia Konsorcjum NAFTA -GAZ i odrzucenia jego oferty,
 - e) dokonania ponownej oceny ofert nie podlegających odrzuceniu i wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.
- 3) Zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Wskazane powyżej czynności Zamawiającego naruszają interes Odwołującego, bowiem w sposób naruszający przepisy prawa, w tym ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający dopuścił do udziału w Postępowaniu wykonawcę, którego oferta powinna zostać odrzucona oraz wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, co narusza zasady uczciwej konkurencji w ubieganiu się o zamówienie publiczne przez Odwołującego.

Odwołanie zostało wniesione w ustawowym terminie, tj. w terminie 10 dni od dnia przekazania Odwołującemu informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odtajnieniu przez Zamawiającego części wniosku Konsorcjum NAFTA -GAZ, co nastąpiło w dniu 3 kwietnia 2015 r.

Odwołujący następująco uzasadnił swoje stanowisko:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożył Odwołujący, a także wykonawcy: (i) Gazoprojekt SA, (ii) Konsorcjum NAFTA-GAZ, (iii) OTS-IP Sp. z o.o., (iv) MGPP S.A. oraz (v) Tractebel Engineering S.A.

Pismem z dnia 13 stycznia 2015 r. (znak: OS-DH.260.16.2014/37) Zamawiający poinformował o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, z których wynika, że wykonawca Tractebel Engineering S.A. został z postępowania wykluczony, a pozostali wykonawcy zostali uznani za spełniających warunki udziału w postępowaniu.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 13 stycznia 2015 r. (znak: OS-DH.260.16.2014/37).

W tym samym dniu, tj. 13 stycznia 2015 r., ILF wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie kopii wniosków złożonych przez pozostałych Wykonawców.

Dowód: pismo ILF z dnia 13 stycznia 2015 r. (znak: J346-ILFWs-OC-0002).

W odpowiedzi na powyższe pismo Zamawiający udostępnił ILF wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożone przez pozostałych wykonawców, jednak w odniesieniu m. in. do wniosku Konsorcjum NAFTA-GAZ z wyłączeniem informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 28 stycznia 2015 r. (znak: OS-DH.260.16.2014/51), wykonawcy wskazani jako spełniający warunki udziału w postępowaniu zostali zaproszeni do złożenia ofert do dnia 2 marca 2015 r.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 28 stycznia 2015 r. (znak: OS-DH.260.16.2014/51) - zaproszenie do złożenia ofert.

W kolejnym etapie postępowania, Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Gazoprojekt S.A., a także m. in. o odtajnieniu informacji zawartych w dokumentach dołączonych do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Wykonawcę Konsorcjum NAFTA-GAZ, na stronach 9 4 - 1 0 5 Wniosku dotyczących potencjału kadrowego.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 3 kwietnia 2015 r. (znak: OS-DH.260.16.2014/164) - informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W zakresie wykonawcy Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT S.A. z siedzibą we Wrocławiu (danej: Gazoprojekt S.A.)

Dokonując oceny oferty złożonej przez Gazoprojekt S.A. Zamawiający powziął wątpliwość co do wysokości zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny i w konsekwencji pismem z dnia 23 marca 2015 r. wezwał Gazoprojekt S.A. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W piśmie tym Zamawiający wskazał, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę wynosi 5.433.732,62 zł brutto (4.417.668,80 złotych netto). Ponadto Zamawiający wskazał, że:

- a) średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wynosi 9.425.429,98 złotych, cena niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert to cena poniżej 6.597.800,99 złotych,
- b) wartość zamówienia netto wynosi 13.897.600,00 złotych, cena netto niższa o 30% od wartości zamówienia to cena netto poniżej 9.728.320,00 złotych.

9

Zamawiający zwrócił się o udzielenie szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływa na wysokość ceny.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 23 marca 2015 r.

W odpowiedzi, w piśmie z dnia 30 marca 2015 r., Gazoprojekt S.A. przedstawił wyjaśnienia odnosząc się do poszczególnych kwestii wskazanych w wezwaniu Zamawiającego podkreślając, że „*zaoferowana cena jest ceną rynkową, w pełni uwzględniającą szereg czynników wpływających z realiów rynku właściwego oraz pozwalającą na rzetelne i terminowe wykonanie zamówienia bez strat i bez finansowania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, a nadto pozwalającą osiągnąć godziwy zysk*”.

Dowód: wyjaśnienia Gazoprojekt S.A. z dnia 30 marca 2015 r.

Zgodnie ze znowelizowanym w 2014 r. art. 90 ust. 1 ustawy Zamawiający jest zobligowany do zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym przedłożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w sytuacji, gdy cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, a w szczególności w sytuacji, gdy cena jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Wykonując ten obowiązek Zamawiający wezwał wprawdzie Gazoprojekt S.A. do przedłożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ale prawdopodobnie nie dokonał ich rzetelnej analizy, skoro uznał, że za cenę zaproponowaną przez Gazoprojekt S.A. możliwe jest prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. A przecież zgodnie ze znowelizowanym art. 90 ust. 2 ustawy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Zdaniem Odwołującego oferta spółki Gazoprojekt S.A. zawiera cenę spekulacyjną, a wyjaśnienia wykonawcy jedynie to potwierdzają zamiast udowadniać tezę przeciwną, co w konsekwencji zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty spółki Gazoprojekt S.A. niesie za sobą ryzyko nienależytego i niestaranego wykonywania zamówienia.

Intencją ustawodawcy przy tworzeniu regulacji dotyczącej rażąco niskiej ceny jest właśnie ochrona Zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówień, co potwierdzają liczne orzeczenia, z których przykładowo tylko zacytować można wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 listopada 2010 r., w którym stwierdza się, między innymi: „*Celem art. 90 p.z.p. jest ochrona zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości,*

10

wspieranie zasady uczciwej konkurencji w postępowaniach o zamówienie publiczne i dbałość o to, aby środki publiczne były wydatkowane efektywnie. Chęć złożenia konkurencyjnej oferty nie zwalnia wykonawcy od obowiązku rzetelnej kalkulacji ceny oraz wskazania, na żądanie zamawiającego, istotnych, obiektywnych i weryfikowalnych elementów, które legły u podstaw dokonanej wyceny”. Podobnie, w innym orzeczeniu

Krajowa izba Odwoławcza wyjaśnia: „Przyczyną wyrażnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 maja 2010r. KIO/UZP 704/10).

W przedmiotowym postępowaniu Gazoprojekt S.A. zaoferował wykonanie zamówienia za cenę 4.417.668,80 złotych netto (5.433.732,62 zł brutto), w tym:

- 1) za wykonanie Zadania I - Tłocznia Gazu - 866.670,00 zł netto (łącznie z nadzorami autorskimi),
- 2) za wykonanie Zadania II - Stacja Pomiarowa Gazu - 453.970,00 zł netto (łącznie z nadzorami autorskimi),
- 3) wykonanie Zadania III - Gazociąg - 2.656.360,00 zł netto (łącznie z nadzorami autorskimi),
- 4) opcja - 440.668,80 zł netto.

Odwołujący wskazał, że Koncepcja Programowo - Przestrzenna dla Gazociągu Polska - Czechy opracowana na zlecenie Zamawiającego właśnie przez Gazoprojekt S.A. przewidywała koszt przygotowania dokumentacji projektowej gazociągu Polska - Czechy w wysokości 17.234.000,00 zł netto (dla wariantu I) i w wysokości 17.175.000,00 zł netto (dla wariantu II). Wycena ta zawierała następujące części składowe:

- 1) tłocznia gazu - 11.610.000 zł netto,
- 2) stacja pomiarowa gazu - 1.130.000,00 zł netto,
- 3) gazociąg - 4.494.000,00 zł netto (I Wariant) i 4.435.000,00 zł netto (II Wariant),

przy czym kwoty te nie zawierały nadzorów autorskich.

Koncepcja ta stanowiła dla Zamawiającego podstawę do oszacowania wartości niniejszego zamówienia, które zostało ustalone na kwotę 13.897.600,00 złotych. Znamiennym jest, że na stronie 191 i 192 przedmiotowej Koncepcji Gazoprojekt S.A. stwierdza, że koszty opracowania dokumentacji technicznej, koszty nadzorów budowlanych i autorskich oszacowano w oparciu o obowiązujące przepisy oraz praktykę kosztorysową stosowaną w tym zakresie. I dalej Gazoprojekt S.A. stwierdza, że „**nakłady pośrednie nie będące kosztami obiektów, a związane z budową, zapreliminowano w oparciu o przewidywany zakres,**

11

obowiązujące przepisy oraz przewidywane ceny i stawki.”

Dowód: strona tytułowa oraz strony 1 9 1 - 1 9 4 Koncepcji Programowo - Przestrzennej Gazociągu Polska – Czechy

Przy tak dużej różnicy pomiędzy zaoferowaną ceną a ceną dokumentacji projektowej wskazaną w Koncepcji może to oznaczać, że albo Gazoprojekt S.A. celowo wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając zawyżone koszty wykonania dokumentacji projektowej i w oparciu o te koszty opracowując model finansowy tej inwestycji, albo w złożonej ofercie zastosował cenę dumpingową w celu wyeliminowania innych wykonawców z możliwości udziału w przedmiotowym postępowaniu. W związku z tym, że Odwołujący nie podejrzewa Gazoprojekt S.A. o celowe wprowadzenie w błąd Zamawiającego, Odwołujący domaga się uznania działania Gazoprojekt S.A. jako czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (czyнем nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców) i w konsekwencji odrzucenia oferty Gazoprojekt S.A. na podstawie art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy.

Zgodnie z ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji za czyn nieuczciwej konkurencji może zostać uznane utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż m.in. usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Odrzucenie oferty z powołaniem się na czyn nieuczciwej konkurencji wymaga więc ustalenia, że wykonawca celowo zaniżył cenę oferty poniżej rzeczywistych kosztów zakupu usług, zamierzając wyeliminować innych przedsiębiorców - Wyrok Zespołu Arbitrów przy UZP z dnia 19 lipca 2006 r., UZP/ZO/0-2057/06. Działania Gazoprojekt S.A. nie mogą zostać inaczej ocenione, gdyż wycena przygotowana dla Zamawiającego w

trzecim kwartale 2014 r. różni się od wyceny przedstawionej Zamawiającemu w ofercie z dnia 19 marca 2015 r. o około 13 milionów złotych. Skoro, jak twierdzi Gazoprojekt S.A., Koncepcja została opracowana na podstawie obowiązujących przepisów oraz w oparciu o przewidywane ceny i stawki, to niemożliwe jest, aby złożona pół roku później oferta została skalkulowana w sposób prawidłowy, jeżeli zaoferowana cena stanowi około jednej czwartej wartości zamówienia podanej w Koncepcji. Złożone przez Gazoprojekt S.A. wyjaśnienia w żaden sposób nie odnoszą się do opracowanej przez tego wykonawcę Koncepcji, w żaden też sposób nie wyjaśniają tak dużej rozbieżności w wycenie. W związku z tym, że szczegółowe wyjaśnienia Gazoprojekt S.A. zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, Odwołujący nie ma możliwości weryfikacji przedstawionej kalkulacji,

12

dlatego też wnosi do Krajowej Izby Odwoławczej o dokonanie oceny tych wyjaśnień, w szczególności biorąc pod uwagę różnice w wycenie prac projektowych dla poszczególnych zadań objętych przedmiotem zamówienia (tłocznia, stacja pomiarowa i gazociąg). W związku z powyższym, z ostrożności procesowej Odwołujący wnosi także o odrzucenie oferty Gazoprojekt S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) w związku z art. 90 ust. 3 ustawy, w sytuacji gdy ocena złożonych wyjaśnień, wraz z dostarczonymi dowodami, potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jako argument braku rażąco niskiej ceny w przedmiotowym postępowaniu nie może być także brane pod uwagę porównanie cen ofertowych w innych postępowaniach realizowanych dla Zamawiającego, gdyż Gazoprojekt S.A. przedstawia tylko te postępowania, które potwierdzają jego tezę, natomiast zapomina o innych postępowaniach, w których też uczestniczył. Wobec powyższego, zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie Gazoprojekt S.A. jest w pełni uzasadniony.

II.

W zakresie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Biuro Projektów „Nafta-Gaz” Sp. z o.o. (pełnomocnik) z siedzibą w Jaśle oraz Górnicze Biuro Projektów Pangaz Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej: Konsorcjum Nafta-Gaz)

Odwołujący, po dokonaniu wglądu do odtajnionej części wniosku wykonawcy Konsorcjum Nafta-Gaz, stwierdził brak wykazania spełniania wymogów w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, między innymi w zakresie osób zdolnych do pełnienia funkcji Projektanta Technologa A - Pani A. P., Projektanta Architekta - Pana P. P., Projektanta Konstruktora - Pani T. S., Projektanta Elektryka B - Pana J. K., Projektanta Automatyka - Pana A. J. .

A. W zakresie Projektant Technolog A - Pani A. P.

W odniesieniu do osoby wskazanej do pełnienia funkcji Projektanta Technologa A - Pani A. P. Odwołujący podniósł, że osoba ta nie spełnia wymogu określonego w sekcji III.2.3, pkt 2 lit b) ogłoszenia o zamówieniu, tj. posiadania doświadczenia zawodowego, w tym w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zdobyciu doświadczenia polegającego na: „pełnieniu funkcji Projektanta Technologa (lub Projektanta branży gazowej), przy realizacji co najmniej jednego zamówienia polegającego na opracowaniu dokumentacji projektowej, w tym projektu budowlanego i projektu wykonawczego, gazociągu o średnicy nominalnej co najmniej DN 500 i o ciśnieniu MOP przynajmniej 5,5 MPa i długości co najmniej 20 km, dla którego

13

uzyskano decyzję o pozwoleniu na budowę”.

Dowód: ogłoszenie o zamówieniu.

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku Wykonawca Konsorcjum Nafta-Gaz wskazał projekt gazociągu wysokiego ciśnienia DN700 MOP 8,4 MPa relacji Płoty - Karlino. Pani A. P. w ramach przedmiotowej inwestycji funkcję projektanta pełniła wyłącznie dla części obiektowej śluzy, a nie gazociągu.

Zgodnie z definicją gazociągu zawartą w § 2 pkt 6 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, ze zm.), gazociągiem jest „rurociąg wraz z wyposażeniem, ułożony na zewnątrz stacji gazowych, obiektów wydobywających, wytwarzających, magazynujących lub użytkujących gaz ziemny, służący do transportu gazu ziemnego”. Tymczasem elementy obiektowe zaprojektowane przez Panią P. nie wchodzą w zakres definicji gazociągu. Powyższe implikuje brak możliwości uznania doświadczenia Pani A. P. w projektowaniu „gazociągu”. Dodatkowo, należy podnieść, że postawiony w ogłoszeniu wymóg doświadczenia wskazywał określone wymogi co do tego gazociągu, tj. wymóg dotyczący określonej średnicy, ciśnienia i długości. Nie można zatem uznać, iż zaprojektowanie części obiektowej spełnia warunek zaprojektowania gazociągu o średnicy nominalnej co najmniej DN 500 i o ciśnieniu MOP przynajmniej 5,5 MPa i długości co najmniej 20 km.

Należy także zauważyć, że zgodnie z przedstawionym wyciągiem z projektu budowlanego dla przedmiotowej inwestycji projektantem branży technologicznej części liniowej, a więc właśnie gazociągu, był Pan P. P. . W tej części Pani A. P. była jedynie „sprawdzającym”. Skoro Pani P. pełniła funkcję sprawdzającego projekt, oczywistym jest, że nie mogła być jego projektantem. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 23 października 2014 r. (sygn. akt KIO 2080/14) „wymogi dotyczące doświadczenia w projektowaniu nie są spełnione, jeżeli dana osoba nie sporządzała projektu, a jedynie go sprawdzała”.

Dowód:

- wyciąg z formularza „Potencjał Kadrowy”, załączonego do wniosku Konsorcjum Nafta - Gaz,
- wyciąg z projektu budowlanego dla inwestycji - gazociąg wysokiego ciśnienia DN 700 MOP 8,4MPa relacji Płoty - Karlino.

B. W zakresie: Projektant Architekt - Pan P. P., Projektant Konstruktor - Pani T. S., Projektant Elektryk B - Pan J. K., Projektant Automatyk - Pan A. J.

14

W odniesieniu do wszystkich wskazanych powyżej osób Zamawiający wymagał spełnienia wymogu określonego w sekcji III.2.3, pkt 2 odpowiednio:

- a) Projektanta Architekta - lit d) ogłoszenia o zamówieniu, tj. posiadania doświadczenia zawodowego, w tym w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zdobyciu doświadczenia polegającego na: „*pełnieniu funkcji Projektanta Architekta (lub Projektanta w specjalności architektonicznej), przy realizacji co najmniej jednego zamówienia polegającego na opracowaniu projektu budowlanego tłoczni gazu o mocy nie mniejszej niż 5 MW (zawierającego zaprojektowanie co najmniej jednego agregatu sprężającego), dla którego uzyskano decyzję o pozwoleniu na budowę*”.

Dowód: ogłoszenie o zamówieniu.

Na stanowisko Projektanta Architekta został wskazany Pan P. P., dla którego na **fA** potwierdzenia spełnienia powyższego warunku wykonawca wskazał zadanie „Rozbudowa Podziemnego Magazynu Gazu Strachocina - część napowierzchniowa” z okresem realizacji 2009-2010.

Dowód: wyciąg z formularza „Potencjał Kadrowy”, załączonego do wniosku Konsorcjum Nafta - Gaz.

- b) Projektanta Konstruktora - lit e) ogłoszenia o zamówieniu, tj. posiadania doświadczenia zawodowego, w tym w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zdobyciu doświadczenia polegającego na: „*pełnieniu funkcji Projektanta Konstruktora (lub Projektanta branży konstrukcyjno - budowlanej), przy realizacji co najmniej jednego zamówienia polegającego na opracowaniu projektu budowlanego tłoczni gazu o mocy nie mniejszej niż 5 MW (zawierającego zaprojektowanie co najmniej jednego agregatu sprężającego), dla którego uzyskano decyzję o pozwoleniu na budowę*”.

Dowód: ogłoszenie o zamówieniu.

Na stanowisko Projektanta Konstruktora została wskazana Pani T. S., dla której na

potwierdzenia spełniania powyższego warunku wykonawca wskazał zadanie „Rozbudowa Podziemnego Magazynu Gazu Strachocina - część napowierzchniowa” z okresem realizacji 2009 - 2010.

Dowód: wyciąg z formularza „Potencjał Kadrowy”, załączonego do wniosku Konsorcjum Nafta - Gaz.

c) Projektanta Elektryka B - lit g) ogłoszenia o zamówieniu, tj. posiadania doświadczenia

15

zawodowego, w tym w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zdobyciu doświadczenia polegającego na: „*pełnieniu funkcji Projektanta Elektryka (lub Projektanta branży elektrycznej lub Projektanta branży elektroenergetycznej), przy realizacji co najmniej jednego zamówienia polegającego na opracowaniu projektu budowlanego tłoczni gazu o mocy nie mniejszej niż 5 MW (zawierającego zaprojektowanie co najmniej jednego agregatu sprężającego), dla którego uzyskano decyzję o pozwoleniu na budowę*”.

Dowód: ogłoszenie o zamówieniu.

Na stanowisko Projektanta Elektryka B został wskazany Pan J. K., dla którego na potwierdzenia spełniania powyższego warunku wykonawca wskazał zadanie „Rozbudowa Podziemnego Magazynu Gazu Strachocina - część napowierzchniowa” z okresem realizacji 2009-2010.

Dowód: wyciąg z formularza „Potencjał Kadrowy”, załączonego do wniosku Konsorcjum Nafta - Gaz.

d) Projektanta Automatyka - lit i) ogłoszenia o zamówieniu, tj. posiadania doświadczenia zawodowego, w tym w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zdobyciu doświadczenia polegającego na: „*zaprojektowaniu systemu automatyki i sterowania tłoczni gazu o mocy nie mniejszej niż 5 MW (zawierającego zaprojektowanie co najmniej jednego agregatu sprężającego)*”.

Dowód: ogłoszenie o zamówieniu.

Na stanowisko Projektanta Automatyka został wskazany Pan A. J., dla którego na potwierdzenia spełniania powyższego warunku wykonawca wskazał zadanie „Rozbudowa Podziemnego Magazynu Gazu Strachocina - część napowierzchniowa” z okresem realizacji 2009-2010.

Dowód: wyciąg z formularza „Potencjał Kadrowy”, załączonego do wniosku Konsorcjum Nafta - Gaz.

Odwołujący podniósł, że projekt budowlany wykonywany przez wskazane powyżej osoby w poszczególnych branżach dla zadania „Rozbudowa Podziemnego Magazynu Gazu Strachocina - część napowierzchniowa” nie może być uznany jako potwierdzający spełnianie warunku posiadanego przez te osoby doświadczenia, określonego w ogłoszeniu. Swoje stanowisko ILF wywodzi w fakcie, iż projekt budowlany dla przedmiotowej inwestycji został opracowany w listopadzie 2008 r., a zatem wcześniej niż w ciągu 5 lat przed upływem

16

terminu składania wniosków w przedmiotowym postępowaniu, czego wymagał Zamawiający. Na podstawie tego właśnie projektu budowlanego, dla wskazanej inwestycji w dniu 13 lutego 2009 r. zostało wydane pozwolenie na budowę.

Dowód: wyciąg z projektu budowlanego dla inwestycji - „Rozbudowa Podziemnego Magazynu Gazu Strachocina”,
- decyzja nr 8 z dnia 13 lutego 2009 r. - pozwolenie na budowę dla „Rozbudowy Podziemnego Magazynu Gazu Strachocina”.

Z powyższego wynika, że nie tylko projekt budowlany, ale i pozwolenie na budowę zostały wydane wcześniej niż 5 lat przed upływem terminu składania wniosków w przedmiotowym

postępowaniu. Nie ma zatem podstaw do uznania, iż Konsorcjum Nafta-Gaz wykazało spełnianie warunku określonego doświadczenia „(...) w ciągu 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zdobył doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji (...), przy realizacji co najmniej jednego zamówienia polegającego na opracowaniu projektu budowlanego tłoczni gazu o mocy nie mniejszej niż 5 MW (zawierającego zaprojektowanie co najmniej jednego agregatu sprężającego), dla którego uzyskano decyzję o pozwoleniu na budowę”.

Dodatkowo, na uwagę zasługuje również fakt, iż Konsorcjum NAFTA-GAZ wskazało okres realizacji dla przedmiotowego zadania, w tym wykonania projektu budowlanego, lata 2009 - 2010, a do wniosku została dołączona referencja z dnia 21 marca 2011 r., z której wynika, iż spółka Biuro Projektów „Nafta - Gaz” Sp. z o.o. w okresie 9.06.2009 r. - 31.12.2010 r. wykonała szereg opracowań projektowych, w tym „projekt budowlany”. Informacje te nie znajdują jednak potwierdzenia w dokumentach, które przedstawił Odwołujący w załączeniu do niniejszego odwołania.

Dowód: - list referencyjny z dnia 21 marca 2011 r. i wystawiony przez Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo SA, Oddział w Sanoku, dotyczący zadania inwestycyjnego „Rozbudowa PMG Strachocina - część napowierzchniowa”.

Odwołujący wskazał również na wątpliwości w zakresie wskazanej przez Konsorcjum Nafta - Gaz na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wskazane powyżej osoby mocy tłoczni gazu, gdyż zgodnie z uzyskanymi informacjami, moc ta jest mniejsza niż 5MW.

B.Sygn. akt KIO 674/15

Odwołujący na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U.

17

z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego dotyczących:

- 1) dokonania wyboru oferty Biura Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT S.A. z siedzibą we Wrocławiu (53-611) przy ul. Strzegomskiej 55A (dalej „Gazoprojekt”) pomimo, że powinna być odrzucona;
- 2) zaniechanie udostępnienia Odwołującemu w całości wyjaśnień Gazoprojekt dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
- 3) zaniechaniu odrzucenia oferty Gazoprojekt,
- 4) zaniechanie uzupełnienia oferty Gazoprojekt o pełnomocnictwo (z ostrożności),

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 i 8, art. 90 ust. 2 i 3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy, a także (z ostrożności) art. 26 ust. 3 ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) udostępnienia Odwołującemu w całości (wraz z załącznikami) wyjaśnień Gazoprojekt dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
- 3) odrzucenie oferty Gazoprojekt;
- 4) dokonania ponownej oceny ofert.

Odwołujący wskazał, że informację o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający przekazał Odwołującemu w dniu 3 kwietnia 2015 r., odwołanie zostało wniesione w terminie określonym w art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy. Odwołujący wskazał, że złożył w postępowaniu ofertę, która została sklasyfikowana na drugim miejscu, toteż uwzględnienie odwołania pozwoli mu wygrać przetarg i zawrzeć umowę z Zamawiającym.

Odwołujący następująco uzasadnił swoje stanowisko:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Gazociąg Kędzierzyn-Koźle - Granica RP (Polska-Czechy) wraz z tłocznią i stacją pomiarową - opracowanie dokumentacji projektowej wraz z nadzorem autorskim.

Oferty złożyło 4 wykonawców. Najtańszą ofertę złożył Gazoprojekt. Średnia arytmetyczna wszystkich ofert wynosi 9 425 429,98 zł przy szacunku wartości Zamówienia przez

Zamawiającego na poziomie 13 897 600 zł. Wszyscy wykonawcy, którzy zaoferowali ceny różniące się o co najmniej 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej zostali

18

wezvani do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W szczególności adresatem takiego wezwania był Gazoprojekt, który zaproponował 4 417 668 zł netto, co stanowi niespełna 32% wartości szacunkowej. Pismem z dnia 30.03.2015 r. Gazoprojekt złożył wyjaśnienia wskazując, że jego cena jest rynkowa i zapewnia mu godziwy zysk. Powyższe opatrzone uzasadnieniem, które częściowo (w zakresie załączników) zostało utajnione.

I.

Zaniechanie odrzucenia oferty Gazoprojekt jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów.

Oferta Gazoprojekt została podpisana przez członka zarządu i prokurenta, co jest niewłaściwym sposobem reprezentowania spółki akcyjnej. Zgodnie z art. 109 (4) §1 kc prokura może być udzielona kilku osobom łącznie (prokura łączna) lub oddzielnie. Oznacza to, że prokurent nie może działać wspólnie z członkiem zarządu. Powyższe wynika z uchwały 7 sędziów SN z 30 stycznia 2015 r. (III CZP 34/14). Idąc dalej, w ślad za wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 6 czerwca 2007 r. (I ACa 347/07) należy stwierdzić, że „naruszenie w wypadku jednej ze stron umowy zasady łącznej reprezentacji skutkuje na gruncie prawa polskiego bezwzględną nieważnością czynności prawnej w myśl art. 58 § 1 k.c.” Taki sam skutek odnosi się do oferty. Dlatego oferta Gazoprojekt powinna być odrzucona na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 8 PZP. Na wypadek uznania, iż osoby występujące w imieniu Gazoprojekt są jego pełnomocnikami Odwołujący podnosi, że nie został złożony wraz z ofertą dokument pełnomocnictwa, a zatem Zamawiający powinien był wezwać wykonawcę do jego uzupełnienia, a nie dokonywać wyboru Gazoprojekt.

II.

Zaniechanie udostępnienia Odwołującemu w całości wyjaśnień Gazoprojekt dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Gazoprojekt nieskutecznie zastrzegł wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny jako stanowiące jego tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy uznać, że powyższy obowiązek dotyczy każdorazowo utajniania jakichkolwiek informacji składanych w jawnym postępowaniu o zamówienie publiczne. Gazoprojekt chcąc ograniczyć dostęp do wyjaśnień dotyczących ceny miał

19

obowiązek wykazać, że stanowią jego tajemnicę w chwili, gdy taką wolę utajnienia wyjawiał Zamawiającemu. Co prawda w kilku zdaniach w ramach pisma z dnia 30.03.2015 r. Gazoprojekt podał, że zastrzegane dokumenty stanowią wartość gospodarczą, to jednak nie sposób uznać, że takie lakoniczne wytłumaczenie spełnia ustawowy wymóg „wykazania”. Przede wszystkim bowiem Gazoprojekt w ogóle nie wyjaśnił jakie starania poczynił celem utrzymania w tajemnicy poufnych danych oraz nie wykazał, iż nigdy nie zostały one powszechnie udostępnione (tym bardziej, że w utajnionym zestawie dokumentów umieszczono chociażby dane na temat pomocy publicznej, zakresu prac podwykonawców, itp.). Niezależnie od tego należy podkreślić, że nie mogły stanowić tajemnicy koszty pracy pracowników, skoro Gazoprojekt przyznał, że obliczone zostały według stawek minimalnych. Poprzez zapoznanie się z tabelą kosztów z tego tytułu inny przedsiębiorca nie uzyskałby jakichkolwiek informacji, które mógłby wykorzystać ze szkodą dla Gazoprojekt. Podobnie wygląda sprawa podwykonawców, opłat administracyjnych czy materiałów. W związku z powyższym Zamawiający bezprawnie odmówił dostępu do pełnej wersji wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny Gazoprojekt, naruszając tym art. 8 ust. 3 ustawy i art. 96 ust. 3 ustawy.

III.

Zaniechanie odrzucenia oferty Gazoprojekt w zw. z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Dopiero po uzyskaniu pełnej treści wyjaśnień Gazoprojekt Odwołujący będzie w stanie przedstawić wyczerpującą analizę możliwości wykonania zamówienia za cenę, którą zaferował ww. wykonawca. Niemniej już na bazie części wyjaśnień, które zostały udostępnione Odwołującemu można wywieść, że oferta Gazoprojekt zawiera rażąco niską cenę.

Mając na uwadze przedstawione przez Gazoprojekt argumenty Odwołujący stwierdza, że wykonawca ten nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 2 ustawy). Ponadto, powołując się na twierdzenia z pkt I uzasadnienia, Odwołujący podnosi, że wobec wadliwej reprezentacji uznać należy, że Gazoprojekt nie złożył wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a więc już z tego tylko powodu jego oferta powinna być odrzucona.

Gazoprojekt podaje, że skalkulował cenę uwzględniając koszty pracy na poziomie wynagrodzenia minimalnego (12,58 zł/h). Szczegółowe obliczenia zostały zastrzeżone i Odwołujący nie może się odnieść do założeń, zwłaszcza dotyczących nakładów pracy.

20

Jednak nawet bez tych informacji można stwierdzić, że wyjaśnienia w tym punkcie nie mogą uzasadniać wysokości ceny.

Po pierwsze, rzeczywiste wynagrodzenia projektantów i innych specjalistów branżowych, których trzeba zaangażować do wykonania przedmiotu zamówienia są istotnie wyższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę. Pamiętać należy, że Zamawiający wymagał od wykonawcy stworzenia zespołu projektantów o wysokich kwalifikacjach i doświadczeniu, co tym bardziej nakazuje uznać, że stawki przyjęte przez Gazoprojekt są nierealne.

Po drugie, Gazoprojekt nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu na okoliczność, że ma dostęp do tak tanich fachowców. Jakkolwiek trudno sobie wyobrazić projektantów z dorobkiem zawodowym pracujących za minimalne wynagrodzenie, to formalnie nie jest to wykluczone. Niemniej jest na tyle mało prawdopodobne, że aby powoływać się na takie okoliczności konieczne jest ich udowodnienie Zamawiającemu. Zatem jeśli Gazoprojekt ma tę wyjątkową cechę, że potrafił skupić wokół siebie grupę wysoko wykwalifikowanych projektantów z bogatym doświadczeniem pracujących na podstawie umowy o pracę za najniższą pensję, to powinien był to wykazać tą okoliczność stosownymi dokumentami. Zwłaszcza, że udowodnienie wysokości ponoszonych kosztów pracy jest wyjątkowo łatwe (umowy, listy płac itp.) Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że kluczowy element kosztotwórczy dla przedmiotowego zamówienia został przyjęty przez Gazoprojekt całkowicie nieadekwatnie to uwarunkowań rynkowych, a dodatkowo nie poparty został dowodami. Już ten fakt nie pozwala zaakceptować wyjaśnień.

Dodatkowo Odwołujący wskazuje, że nie mogą być zaakceptowane wyjaśnienia zakładające wykonanie zamówienia przy nakładzie znacząco mniejszym niż określona liczba roboczogodzin. Zakres prac objętych przedmiotem umowy jest bardzo szeroki, dokumentacja projektowa do opracowania jest wielobranżowa. Zamawiający określił precyzyjnie skład wymaganego zespołu projektowego na etapie publikacji treści Ogłoszenia o zamówieniu, zaś poszczególni Wykonawcy składając Załącznik nr 4 do Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu deklarowali, iż w realizacji Zamówienia wezmą udział specjaliści na następujących stanowiskach: Kierownik Zespołu Projektowego, Projektant Technolog A, Projektant Technolog B, Projektant Architekt, Projektant Konstruktor, Projektant Elektryk A, Projektant Elektryk B, Projektant branży drogowej, Projektant Automatyk, Koordynator zespołu ds. oceny oddziaływania na środowisko, Koordynator zespołu ds. inwentaryzacji i waloryzacji przyrodniczej. W związku z powyższym, kalkulując swoją cenę ofertową Wykonawcy winni określić niezbędną, minimalną ilość czasu pracy (godzin) ww. osób w projekcie.

Należy podkreślić, iż 4 Wykonawców w postępowaniu otrzymało wezwania do wyjaśnienia w zakresie złożonej oferty cenowej, w szczególności Zamawiający w swoim piśmie wezwał

21

do wyszczególnienia kosztów pracy dla poszczególnych osób biorących udział w projekcie wraz ze wskazaniem ilości godzin zaangażowania tych osób w projekcie. W związku z powyższym znaczne rozbieżności co do ilości godzin zaangażowania osób w projekcie wskazane przez Wykonawców którzy zostali wezwani do wyjaśnień, tj.: Odwołujący, MGGP S.A., OTS-IP Sp. z o.o., a Gazoprojekt, winny być przesłanką do potraktowania oferty Gazoprojekt jako nienależycie skalkulowanej. Również nieuwzględnienie w przedłożonej kalkulacji czasu pracy (liczby godzin) któregoś ze specjalistów wskazanych we Wniosku należy potraktować jako nienależyte skalkulowanie ceny ofertowej.

W dalszej kolejności Gazoprojekt wskazuje na niskie koszty usług nabywanych od podwykonawców. Tym razem odwołuje się do kilkunastu ofert podwykonawców. Odwołujący nie ma do nich dostępu, jednakże powyższe wskazuje, iż Gazoprojekt ma świadomość wagi dowodów uwiarygodniających wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Tym bardziej należy zatem krytycznie ocenić zaniechanie złożenia jakichkolwiek dowodów na okoliczność wynagrodzeń projektantów zaangażowanych przez Gazoprojekt. Natomiast jeśli chodzi o dostępność dla Gazoprojekt tanich usług podwykonawczych to dostrzec należy, że skoro za jakąś część zamówienia rutynowo odpowiadają podwykonawcy, to jest to tryb realizacji zamówienia dostępny dla wszystkich wykonawców i nie sposób zakładać, że nie uwzględnili tego w swoich ofertach. Zwłaszcza, że Gazoprojekt w żadnym miejscu nie powołał się na szczególne relacje handlowe, wypracowane rabaty, upusty, czy inne powody, dla których uzyskał warunki lepsze od pozostałych wykonawców.

W 3 punkcie Gazoprojekt przedkłada wyliczenia kosztów materiałów i opłat administracyjnych wskazując, że stanowią kwoty stałe, takie same dla wszystkich wykonawców. Zatem na tym elemencie nie można zaoszczędzić, tudzież zoptymalizować kosztów. Każdy wykonawca musi sfinansować określoną ilość działań/czynności/decyzji, nie mając żadnego wpływu na wynikające z tego wydatki.

Przedostatnia pozycja wyjaśnień obejmuje kwestie oprogramowania URBANO, które ma usprawniać procesy tworzenia dokumentacji. Przy czym Gazoprojekt akcentuje fakt wyposażenia tego oprogramowania w nakładki zapewniające dodatkowe funkcjonalności generujące oszczędności. Chodzi o łączenie profilu gazociągu z obliczeniami hydraulicznymi i GIS. Tyle że w stosunku do konieczności wykonania GIS w formularzu ofertowym Gazoprojekt zadeklarował, że podzleci ten element na zewnątrz (podwykonawcy). Natomiast obliczenia hydrauliczne nie wchodzą do zakresu projektu i nie trzeba ich wykonywać. W rezultacie z faktu dysponowania ww. programem oraz nakładkami nie wynikają żadne dodatkowe atuty w kontekście przedmiotu zamówienia i kosztów jego realizacji.

Podsumowując swoje wyjaśnienia Gazoprojekt raz jeszcze przekonuje, że jego kalkulacja, oparta na minimalnym wynagrodzeniu za pracę, kosztach podwykonawców oraz innych

kosztach zapewnia mu godziwy zysk. Zarazem zasłania się innymi zadaniami realizowanymi równolegle za podobną cenę. Tym głosom nie można dać wiary, zwłaszcza że obiektywna analiza, poparta zwykłym doświadczeniem życiowym, ich nie potwierdza. Różnica w stosunku do wartości zamówienia jest bardzo wysoka, a kalkulacja uwzględniająca najniższe wynagrodzenie za pracę całkowicie nie realna. Gazoprojekt nie będzie w stanie wykonać zadania z jakimkolwiek zyskiem, gdyż na tym kontrakcie nie jest możliwe wygenerowanie tak głębokich oszczędności, aby faktyczne koszty (oparte na faktycznie ponoszonych wydatkach) nie przekroczyły zaoferowanego przez Gazoprojekt wynagrodzenia umownego. Jednocześnie przypadki ofertowania realizacji podobnych zamówień za zbliżoną cenę zdarzały się sporadycznie i nie sposób na razie czynić ich punktem odniesienia (zwłaszcza, że niektóre z tych zamówień nie zostały jeszcze zakończone). Natomiast zdecydowana większość porównywalnych kontraktów jest lub była wykonywana po istotnie wyższej cenie. Dlatego uznać należy, że oferta Gazoprojekt powinna być odrzucona, gdyż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ponadto wykonawca ten nie wykazał, że jest odmiennie, w szczególności nie dostarczył wiarygodnych dowodów wskazujących na realność ceny.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestników postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestników

postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W zakresie obu odwołań o sygnaturach akt KIO 761/15 i KIO 764/15:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołań. Odwołania zostały złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowych terminach oraz zostały przekazane ustawowym terminie kopie odwołań Zamawiającemu, co potwierdził na posiedzeniu z udziałem Stron Zamawiający.

Izba ustaliła, że w przypadku każdego z odwołań, zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także

23

innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 761/15 tj.:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Biuro Projektów „Nafta-Gaz” Sp. z o.o. (pełnomocnik) z siedzibą w Jaśle przy ulicy Ducala 11, 38-200 Jasło oraz Górnicze Biuro Projektów Pangaz Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Lubicz 25, 31-503 Kraków (sygn. akt KIO 761/15) i
- wykonawcę Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT S.A. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Strzegomskiej 55a, 53-611 Wrocław (sygn. akt KIO 761/15).

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszających przystąpienie w sprawie o sygn. akt KIO 764/15 tj.:

- wykonawcę Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT S.A. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Strzegomskiej 55a, 53-611 Wrocław (sygn. akt KIO 761/15) po stronie Zamawiającego,
- wykonawcy ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Osmańskiej 12, 02-823 Warszawa (sygn. akt KIO 764/15) po stronie Odwołującego.

W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego* - przesłał wszystkim wykonawcom 14 kwietnia 2015 roku informację o wpłynięciu odwołań w sprawach sygn. akt KIO 761/15 oraz KIO 764/15; po drugie, że zgłoszenia przystąpień wpłynęły w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, zgłaszający przystąpienie wskazali Stronę, po której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosili przystąpienie. Zgłoszenie przystąpień doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony

24

postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie oraz

stanowiska i oświadczenia Stron i uczestników postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowód (dowód nr 1) zawnioskowany na rozprawie przez Zamawiającego do sprawy o sygn. akt KIO 761/15 i sygn. akt KIO 764/15 – tabela zatytułowana *Zestawienie cen z ofert – projektowanie – strategiczne gazociągi OGP Gaz-System S.A.* (opracowanie własne Zamawiającego na 1 stronie).

Izba dopuściła dowód (dowód nr 2) zawnioskowany przez uczestnika postępowania odwoławczego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Biuro Projektów „Nafta-Gaz” Sp. z o.o. (pełnomocnik) z siedzibą w Jaśle przy ulicy Ducala 11, 38-200 Jasło oraz Górnicze Biuro Projektów Pangaz Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Lubicz 25, 31-503 Kraków na rozprawie do sprawy o sygn. akt KIO 764/15 – oświadczenie PGNiG z dnia 15 kwietnia 2015 roku zatytułowane *Uzupełnienie listu referencyjnego*.

Odwołujący wykonawca ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Osmańskiej 12, 02-823 Warszawa (sygn. akt KIO 761/15) złożył do sprawy o sygn. akt KIO 761/15 i sygn. akt KIO 764/15 *Pismo procesowe* z dnia 27 kwietnia 2015 roku wraz z załączonymi dowodami - Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Odwołującego i załączone do ww. pisma.

Odwołujący wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie Biuro Projektów „Nafta-Gaz” Sp. z o.o. (pełnomocnik) z siedzibą w Jaśle przy ulicy Ducala 11, 38-200 Jasło oraz Górnicze Biuro Projektów Pangaz Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Lubicz 25, 31-503 Kraków (sygn. akt KIO 764/15) złożył do sprawy o sygn. akt KIO 764/15 *Pismo procesowe Odwołującego* z dnia 27 kwietnia 2015 roku wraz z załączonymi dowodami - Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Odwołującego i załączone do ww. pisma.

Uczestnik postępowania odwoławczego wykonawca Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT S.A. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Strzegomskiej 55a, 53-611 Wrocław w sprawie o sygn. akt KIO 761/15 złożył *Pismo Odwołującego do odwołania po stronie Zamawiającego* z dnia 24 kwietnia 2015 roku oraz w sprawie o sygn. akt KIO 764/15 złożył *Pismo Odwołującego do odwołania po stronie Zamawiającego* z dnia 24 kwietnia 2015.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć*

25

istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny zarzutów podniesionych w odwołaniach sygn. akt KIO 761/15 i sygn. akt KIO 764/15, biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie oraz dokumentację postępowania i zgłoszone dowody, uznała, że odwołania podlegają uwzględnieniu

Sygn. akt KIO 761/15

W zakresie wykonawcy Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT S.A. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: Gazoprojekt S.A.)

W zakresie wskazanego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 ustawy w związku z art. 3 ust. 1, w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności poprzez utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.* Podstawą odrzucenia oferty w oparciu o przytoczoną przesłankę jest naruszenie zasady konkurencji, które prowadzi do utrudnienia dostępu do rynku innym przedsiębiorcą.

Zarzut naruszenia przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia zasad konkurencji musi zostać skonkretyzowany i udowodniony przez Odwołującego.

Zgodnie z art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.* Zgodnie z

regulą zawartą w art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne*; przepis ten wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Tak więc, aby możliwe było odrzucenie ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, czyli uznaniu czynu związanego ze złożeniem oferty za czyn nieuczciwej konkurencji, niezbędne jest podanie na czym polega określone działanie wykonawcy, udowodnienie tego działania

26

oraz zakwalifikowanie tego działania jako konkretnego deliktu ujętego w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, że naruszony został art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji *Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta* oraz wskazała naruszenia art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji *Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcą dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców*.

Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma na celu udzielenie zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Niezmiennie, jedną z naczelnych zasad prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada uczciwej konkurencji. *Celem tej zasady jest chronienie sprawnie funkcjonującego rynku, „ma ona na celu zapobieżenie ograniczeniu swobody dostępu do rynku i przeciwdziałania wykorzystywaniu pozycji monopolistycznej na rynku, sprzyjające efektywnemu wydatkowaniu środków publicznych. Konkurencja realnie sprzyja tworzeniu warunków do wyboru przez zamawiającego najkorzystniejszej oferty i pobudza uczestników do wzajemnego konkurowania. Gwarantuje podmiotom działającym na rynku zamówień publicznych najszerszą z możliwych swobodę działania i dokonywani wyboru”.* (Przemysław Szustakiewicz *Zasady prawa zamówień publicznych* str. 135). Zarzut, jaki stawia Odwołujący, dopuszczenia się przez Gazoprojekt S.A. czynu nieuczciwej konkurencji powinien być udowodniony oraz uzasadniony, winien Odwołujący wykazać, że podnoszone przez niego utrudnienie dostępu do rynku przez Gzaoprojekt S.A. przez sprzedaż usług nastąpiła poniżej kosztów ich świadczenia a jej celem tego działania Gazporojektu S.A. była eliminacja Odwołującego z rynku. *Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga bowiem ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tejże ustawy* (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22.10.2002 r., II CKN 271/01, OSNC 2004, nr 2, poz. 26).

Przepis art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odróżnia sprzeczność z prawem (bezprawność w sensie ścisłym) od sprzeczności z dobrymi obyczajami. (...). Bezprawnymi w sensie szerszym są więc jedno i drugie czyny. Dla uznania konkretnego działania lub zaniechania za czyn nieuczciwej konkurencji wystarczy, jeżeli narusza on

27

prawo lub dobre obyczaje (...), jeżeli jednocześnie jest szkodliwy, tzn. zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców albo klienta lub klientów (Szwaja J., *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, 2006). Oznacza to więc, że postawienie takiego zarzutu bezwzględnie wymagało od Odwołującego wykazania konkretnego, powoływanego przez Odwołującego naruszenia dobrych obyczajów oraz wykazanie zagrożenia jakie to naruszenie rodzi w interesie innego przedsiębiorcy, a tych to okoliczności Odwołujący nie wykazał.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazał na informację znane z postępowania, tj. na cenę oferty Gazoprojekt S.A., wyliczenia poczynione przez Zamawiającego jak również treść

obowiązujących przepisów i cytował orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący wskazał również na wykonaną przez Gazoprojekt S.A. Koncepcję Programowo – Przestrzenną i przewidywaną kwotę przygotowania dokumentacji projektowej gazociągu. Jednakże, jak już wyżej zostało to wykazane aby można było mówić o czynnie nieuczciwej konkurencji niezbędne jest wykazanie konkretnego, powoływanego przez Odwołującego naruszenia prawa lub dobrych obyczajów oraz wykazanie zagrożenia jakie to naruszenie rodzi w interesie innego przedsiębiorcy, wykazanie, że działanie Gazoprojekt S.A. miało na celu eliminację Odwołującego z postępowania przetargowego. Odwołujący, w ocenie Izby, nie wykazał ani naruszenia prawa lub dobrych obyczajów jak również w złożonym odwołaniu nie wykazał, nie podjął nawet próby wykazania, że działanie Gazoprojekt S.A. miało na celu utrudnienie Odwołującemu dostępu do rynku przez sprzedaż usług przez Gzaoprojekt S.A. poniżej kosztów ich świadczenie, których celem była eliminacja Odwołującego z postępowania. Tym samym nie zaistniały przesłanki skutkujące odrzuceniem oferty Gzaoprojekt S.A. na podstawie art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy oraz nie doszło w tym zakresie do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców* i art. 7 ust. 3 – *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy* .

W zakresie wskazanego naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4) w związku z art. 90 ust. 1 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Gazoprojekt S.A., pomimo iż w obliczu posiadanych przez Zamawiającego informacji oferta ta powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz przepisu art. 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, której ocena złożonych wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę

28

w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby wyspecyfikowane przez Odwołującego na wstępie odwołania naruszenie przepisów ustawy nie znajduje uzasadnienia w treści odwołania. Izba wskazuje, że w ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy (analogicznie stanowi § 4 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań*), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Odwołanie powinno konkretyzować podniesione naruszenie przepisów, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna, szczególnie, że ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu żądania odwołania. 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

29

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."

Zaznaczyć zatem należy, że odwołanie nie może mieć charakteru ogólnego a powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań; wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów.

W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie w zakresie wskazanego na wstępie odwołania naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1 i 3 ustawy nie sposób mówić o zarzucie, bowiem nie zostało podniesione przez Odwołującego w odwołaniu uzasadnienie faktyczne naruszenia powołanego przepisu, w szczególności Odwołujący odnosząc się jedynie do informacji stanowiących stan faktyczny i do orzeczeń Izby i doktryny w żaden sposób nie wykazywał naruszenia powołanych przepisów.

II.

W zakresie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Biuro Projektów „Nafta-Gaz” Sp. z o.o. (pełnomocnik) z siedzibą w Jaśle oraz Górnicze Biuro Projektów Pangaz Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej: Konsorcjum Nafta-Gaz)

W zakresie podniesionych zarzutów naruszenia :

art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania* oraz art. 51 ust. 1 ustawy *Zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 5 i nie większej niż 20* i art. 51 ust 1a ustawy *O wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełnienia tych warunków zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu; art. 26 ust. 3 ustawy - Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające*

30

błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert oraz ust. 4 ustawy – *Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1; art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu; oraz art. 7 ustawy w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w zakresie pełnienia funkcji: Projektant Technolog A - Pani A. P. – Izba uznała za niezasadne.*

Izba ustaliła, zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu w sekcji III.2.3, pkt 2 lit b):

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: Dysponują lub będą dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadającymi niezbędne do jego wykonania kwalifikacje zawodowe, pełniącymi następujące funkcje: b) Projektantem Technologiem A posiadającym łącznie następujące kwalifikacje i doświadczenie (...) doświadczenie zawodowe, w tym w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zdobył doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji Projektanta Technologa (lub Projektanta branży gazowej), przy realizacji co najmniej jednego zamówienia polegającego na opracowaniu dokumentacji projektowej, w tym projektu budowlanego i projektu wykonawczego, gazociągu o średnicy nominalnej co najmniej DN 500 i o ciśnieniu MOP przynajmniej 5,5 MPa i długości co najmniej 20 km, dla którego uzyskano decyzję pozwoleniu na budowę.

Konsorcjum Nafta – Gaz wskazał jako Projektanta Technologa A Panią A. P. i projekt gazociągu wysokiego ciśnienia DN700 MOP 8,4 MPa relacji Płoty – Karlino.

Izba wskazuje, że Odwołujący nie kwestionował udziału Pani A. P. jako projektanta przy realizacji ww. inwestycji; więcej, sam Odwołujący wskazał w treści uzasadnienia odwołania, że Pani A. P. „, w ramach przedmiotowej inwestycji funkcję projektanta pełniła wyłącznie dla

31

części obiektowej śluzy, a nie gazociągu”

Izba wskazuje, że podany przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu warunek udziału w postępowaniu, którego spełnieniem muszą wykazać się wykonawcy był jednoznaczny i precyzyjny. W ocenie Izby z ww. wymagania Zamawiającego ukształtowanego w sekcji III.2.3, pkt 2 lit b) ogłoszenia o zamówieniu nie wynikało, że wskazana osoba na stanowisko Projektanta Technologa A miała pełnić funkcję Projektanta Technologa w zakresie projektowania gazociągu. Z ww. warunku wynikało bowiem, że osoba ta miała zdobyć doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji Projektanta Technologa (lub Projektanta branży gazowej), przy realizacji co najmniej jednego zamówienia, które to zamówienie dopiero miało polegać na opracowaniu dokumentacji projektowej, w tym projektu budowlanego i projektu wykonawczego, gazociągu o średnicy nominalnej co najmniej DN 500 i o ciśnieniu MOP przynajmniej 5,5 MPa i długości co najmniej 20 km, dla którego uzyskano decyzję o pozwoleniu na budowę. W ocenie Izby, uwzględniając powyższe wymagania jak i przyznany przez Odwołującego udział Pani A. P. pełniącej funkcję projektanta we wskazanym zamówieniu, tj. gazociąg relacji Płoty – Karlino nie sposób mówić o braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby nie doszło do naruszenia żadnego ze wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy.

W zakresie podniesionych zarzutów naruszenia:

art. 26 ust. 3 ustawy - *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert* oraz ust. 4 ustawy – *Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1* – W zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w zakresie pełnienia funkcji: Projektant Architekt - Pan P. P., Projektant Konstruktor - Pani T. S., Projektant Elektryk B -

Pan J. K., Projektant Automatyki - Pan A. J. – Izba uznała za zasadny.

Izba ustaliła, zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu w sekcji III.2.3, pkt 2 lit d), e), g), i):

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: Dysponują lub będą dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadającymi niezbędne do jego wykonania kwalifikacje zawodowe, pełniącymi następujące funkcje:

b) Projektantem Architektem posiadającym łącznie następujące kwalifikacje i doświadczenie:

e) Projektantem Konstruktorem posiadającym łącznie następujące kwalifikacje i doświadczenie

g) Projektantem Elektrykiem B posiadającym łącznie następujące kwalifikacje i doświadczenie

(...)doświadczenie zawodowe, w tym w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zdobył doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji ... (- odpowiedni: Projektanta Architekta, Projektanta Konstruktora, Projektanta Elektryka), przy realizacji co najmniej jednego zamówienia polegającego na opracowaniu projektu budowlanego tłoczni gazu o mocy nie mniejszej niż 5 MW (zawierającego zaprojektowanie co najmniej jednego agregatu sprężającego), dla którego uzyskano decyzję o pozwoleniu na budowę

i) Projektantem Automatykiem posiadającym doświadczenie zawodowe, w tym w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zdobył doświadczenie przy realizacji co najmniej jednego zamówienia polegającego na opracowaniu projektu sytemu automatyki i sterowania tłoczni gazu o mocy nie mniejszej niż 5 MW (zawierającego zaprojektowanie co najmniej jednego agregatu sprężającego)."

Zgodnie ze stanowiskiem przedstawionym przez Odwołującego w odwołaniu jak również w piśmie procesowym Odwołującego, wskazane przez Konsorcjum Nafta – Gaz osoby na ww. funkcje zdobyły doświadczenie przy realizacji zadania „Rozbudowa Podziemnego Magazynu Gazu Strachocina - część napowierzchniowa” z okresem realizacji 2009-2010. Zgodnie z przedstawionym przez Odwołującego dowodami załączonymi do Odwołania projekt budowlany dla ww. inwestycji został opracowany w listopadzie 2008 roku a pozwolenie na budowę wydane zostało w dniu 13 lutego 2009 roku a fakt ten nie był kwestionowany przez Konsorcjum Nafta – Gaz. Konsorcjum Nafta – Gaz wskazywało, odnosząc to do wykazanego doświadczenia, że realizacja zamówienia zgodnie z listem referencyjnym (co jak podkreślił nie jest sporne między stronami) zakończyła się 31 grudnia 2010 r. Wyjaśnił również, że

wykazanie się doświadczeniem w okresie ostatnich 5 lat zostało spełnione a zakończenie realizacji zamówienia następuje po jego całkowitym wykonaniu i przyjęciu przez Zamawiającego i nie ma znaczenia dla tego zakończenia zamówienia fakt częściowych realizacji poszczególnych zadań. Izba nie zgadza się z tym stanowiskiem Konsorcjum Nafta-Gaz, wskazać bowiem należy, że sama treść warunku określonego przez Zamawiającego odnosząc się do „zamówienie” wskazuje jednocześnie na czym owo zamówienie miało polegać i nie ma w tym zakresie znaczenia, czy stanowiło ono samodzielne odrębne zamówienie czy też, jak w przypadku wykazanym przez Konsorcjum Nafta – Gaz stanowiło ono jedno z zadań realizowanych w ramach danego przedsięwzięcia (zamówienia). Zarówno projekt jak i pozwolenie na budowę zostały wydane wcześniej niż 5 lat przed terminem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Dlatego też Zamawiający miał prawo wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy, uwzględniając informację zawartą w liście referencyjnym. Natomiast obowiązany był do wezwania Konsorcjum Nafta - Gaz do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

W zakresie argumentacji wskazanej przez Odwołującego a dotyczącej mocy tłoczni gazu, która stanowiła treść warunku określonego przez Zamawiającego Izba uznała, że w tym zakresie zarzut się nie potwierdził. Z przedstawionych zarówno przez Odwołującego jak

i Konsorcjum Nafta – Gaz (dowód nr 2) dokumentów wynika w sposób jednoznaczny, że dla inwestycji „Rozbudowa Podziemnego Magazynu Gazu Strachocina - część napowierzchniowa” została zaplanowana budowa centralnego ośrodka wyposażonego w następujące elementy i instalacje (pkt. I ppkt 1 Decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia z 17 marca 2008 roku): tłocznię gazu, składającą się z zespołu agregatów sprężarkowych gazu o łącznej mocy ok. 6MW. Wskazywane przez Odwołującego punkty ww. decyzji (pkt II ppkt 14 i 15) wynika informacja o emisji zanieczyszczeń jak również przybliżona moc silnika gazowego napędzającego pojedynczą sprężarkę. Natomiast w przedstawionym przez Konsorcjum Nafta - Gaz uzupełnieniu listu referencyjnego z 15 kwietnia 2015 roku wynika, że wybudowana została Tłocznia gazu ziemnego o następujących parametrach pracy: (podane istotne dla sprawy) ilość sprężarek: 3 sztuki w tym jedna jako rezerwowa, moc jednej sprężarki: 2,5 MW. Z dokumentów tych w ocenie Izby wynika, że spełniony został warunek w zakresie tłoczni gazu o mocy nie mniejszej niż 5MW.

W zakresie naruszenia przepisów art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy, art. 51 ust. 1 ustawy, art. 51 ust 1a ustawy – Izba uznała zarzuty za niezasadne.

34

Izba wskazuje, że zgodnie z wyjaśnieniem poczynionym na rozprawie przez Konsorcjum Nafta-Gaz realizacja zamówienia zgodnie z załączonym listem referencyjnym realizowana była w okresie od 09.06.2009 roku do 31.12.2010 roku. Konsorcjum Nafta – Gaz nie oświadczyło w wykazie nieprawdy, lecz wskazało okres realizacji kompleksowej dokumentacji projektowej inwestycji zawierającej różne opracowania, w tym projekt budowlany. Projekt realizacji wskazanego Niewątpliwie budowlany elementem zamówienia, - wymagań jednakże przez niezrozumienie Konsorcjum Nafta Gaz Zamawiającego co do określonego warunku udziału w postępowaniu skutkowało złożeniem tej informacji w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W zakresie naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy – Izba uznała zarzuty za niezasadne. Zarzut tej jest przedwczesny, bowiem dopiero nieuzupełnienie na wezwanie Zamawiającego, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy, dokumentów potwierdzających spełnienie określonych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu będzie skutkować wykluczeniem z postępowania.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ustawy Izba wskazuje, że doszło do naruszenia zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zostały naruszone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przepisy szczególne ustawy.

Sygn. akt KIO 764/15

W zakresie wykonawcy Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT S.A. z siedzibą we Wrocławiu (daje: Gazoprojekt S.A.)

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 i 8, art. 90 ust. 2 i 3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy, a także (z ostrożności) art. 26 ust. 3 ustawy.

I.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Gazoprojekt S.A. jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów* – Izba uznała zarzut za niezasadny.

35

Izba podziela argumentację przedstawioną na rozprawie przez Zamawiającego. Uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 30 stycznia 2015 roku (sygn. akt III CZP 34/14) nie ma mocy zasady prawnej, bowiem zgodnie z art. 61 § 6 ustawy z dnia 23 listopada 2002 roku o Sądzie Najwyższym (Dz. U. z 2002 roku nr 240 poz. 2052 ze zmianami) *Uchwały pełnego składu Sądu Najwyższego, składu połączonych izb oraz składu całej izby z chwilą ich podjęcia uzyskują moc zasad prawnych. Skład siedmiu sędziów może postanowić o nadaniu*

uchwale mocy zasady prawnej.

Zgodnie z dokumentacją, Pan L. K. uchwałą Zarządu spółki z dnia 26 lutego 2015 roku w sprawie udzielenia prokury reprezentowania firmy łącznie z jednym z członków zarządu, został na podstawie wniosku o zmianę wpisu w Krajowym Rejestrze Sądowym (dalej: KRS) z dnia 3 marca 2015 roku wpisany do KRS dnia 17 marca 2015 roku, a następnie w dniu 24 kwietnia 2015 roku został z KRS wykreślony. Prokurent, Pan L. K. został ujawniony w KRS, co wynika z dokumentu, który został dołączony do pisma Gazoprojekt S.A. z dnia 30 marca 2015 roku.

Odwołujący podnosił, że na dzień składania ofert tj. na dzień 20 marca 2015 roku prokurent, który podpisał ofertę nie był ujawniony w KRS, natomiast do oferty załączony został wniosek o zmianę wpisu w KRS z dnia 3 marca 2015 roku. Izba wskazuje, że obowiązek zgłaszania określonych informacji do rejestru spoczywa zgodnie z przepisami ustawy z dnia 15 września 2000 roku Kodeks spółek handlowych (tekst jednolity: Dz. U. 2013 poz. 1030 ze zmianami) na samych przedsiębiorcach. Wpisów w rejestrze (obejmujących zarówno wprowadzenie, jak i wykreślenie określonych informacji) dokonuje sąd rejestrowy (sąd rejonowy). Natomiast zakres danych podlegających ujawnieniu w rejestrze został określony w ustawie z 20 sierpnia 1997 roku o Krajowym Rejestrze Sądowym (tekst jednolity: Dz. U. 2013 poz. 1203 ze zmianami). Wpis w KRS dotyczący reprezentacji spółki ma charakter deklaratoryjny (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2005 r., sygn. akt. V CK 839/04) co oznacza, że służy jedynie potwierdzeniu powstania, zmiany lub ustania prawa bądź stosunku prawnego. W rozpoznawanej sprawie Gazoprojekt S.A. wykazał, że zgodnie z obowiązującymi regulacjami dokonał zmiany wpisu w KRS, złożył w odpowiednim terminie wniosek o dokonanie zmiany wpisu w KRS oraz taka zmiana wpisu w KRS nastąpiła.

Izba wskazuje, że czym inny jest natomiast aktualność dokumentów składanych wraz z ofertą. Zaznaczyć należy, że przepisy ustawy o KRS, ani rozporządzeń wykonawczych wydanych na jej podstawie nie posługują się pojęciem aktualności ani ważności odpisu z rejestru w czasie, zgodnie natomiast z ustawą Prawo zamówień publicznych oraz aktami wykonawczymi do ustawy tj. Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku (Dz. U. 2013 poz. 231) *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane*, §3 ust.1 pkt 2) wymagane jest, że odpis z

36

właściwego rejestru ma być aktualny wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed terminem składania ofert. Zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości z dnia 27 grudnia 2011 roku *w sprawie ustroju i organizacji Centralnej Informacji Krajowego Rejestru Sądowego oraz trybu i sposobu udzielania informacji z Krajowego Rejestru Sądowego i wydawania kopii dokumentów z katalogu, a także struktury udostępnianych informacji o podmiotach wpisanych do Rejestru oraz cech wydruków umożliwiających ich weryfikację z danymi w Rejestrze* (Dz. U. 297 poz. 1760) odpis aktualny to odpis, który zawiera aktualną treść wpisów w rejestrze pod danym numerem KRS (§ 6 ust. 2). Na dzień składania ofert tj. 20 marca 2017 roku prokurent był już ujawniony w KRS, co wynika z oświadczenia Gazoprojekt S.A. (wpisany do KRS dnia 17 marca 2015 roku), jednakże Odwołujący nie podnosił braku aktualności złożonego wraz z ofertą KRS.

W związku z nieuwzględnieniem zarzut opisanego powyżej, niezasadnym jest również zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy z uwagi na zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa.

II.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Gazoprojekt S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia*; art. 90 ust. 2 ustawy - *Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy*; art. 90 ust 3 ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia* – Izba uznała zarzut za zasadny.

Zamawiający wezwał za pismem z dnia 23 marca 2015 roku, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Gazoprojekt S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej w postępowaniu ceny oferty. W wezwaniu Zamawiający w sposób precyzyjny wskazał, że *zwraca się o udzielnie*

wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny ofert za wykonanie przedmiotowego zamówienia tj. 5 433 732,62 złotych (4 417 668,80 złotych netto). Jednocześnie Zamawiający w piśmie wskazał jak jest wartość średniej arytmetycznej cen złożonych ofert oraz odnosząc się do szacunkowej wartości zamówienia (13 897 600,00 zł) wskazał, jaka wartość netto stanowi 30% szacunkowej wartości zamówienia (9 728 320,00 zł). Zaznaczył, że cena oferty złożonej przez Gazoprojekt S.A. jest niższa o 30 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert jak również od wartości zamówienia netto. Zamawiający zwracając się o udzielnie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, wskazał w szczególności w jakim zakresie

37

powinien wyjaśnić wykonawca, tj: *kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny oferty nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę (...), kosztów usług, które zostaną zlecone podwykonawcom, pozostałych kosztów, w tym m.in.: kosztów materiałów, opłat administracyjnych itp., wysokości zysku, oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.*

W odpowiedzi na wezwanie Gazoprojekt S.A. za pismem z 30 marca 2015 roku złożył wyjaśnienia, jednocześnie wskazał, że załączniki do pisma stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Po pierwsze Izba odnosząc się do argumentacji przedstawionej przez Zamawiającego na rozprawie uwzględniając, że prawidłowość oszacowania przedmiotu zamówienia może mieć wpływ na ocenę prawidłowości zaoferowanych przez wykonawców cen za realizację przedmiotu zamówienia poddała analizie sposób oszacowania przez Zamawiającego wartości zamówienia. Zamawiający wskazując podstawy szacowania wartości zamówienia podał, że przyjął na potrzeby szacowania wartości szacunkowej tego zamówienia wskaźnik 8% wartości tłoczni i stacji pomiarowej oraz 120 000 zł /km dla gazociągu. Zamawiający wskazał, że oszacował przedmiot zamówienia na najwyższym możliwym poziomie. W ocenie Izby, uwzględniając rodzaj zamawianej usługi, jak również kwalifikacje personelu, jakie są niezbędne do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, przyjęcie przez Zamawiającego sposobu szacowania wartości zamówienia nie było nieprawidłowe. Warto również w tym miejscu zaznaczyć, że oszacowana przez Zamawiającego wartość zamówienia oscylowała w kwocie wynikającej z Koncepcji Programowo – Przestrzennej dla inwestycji Gazociąg Polska-Czechy. Także Odwołujący w złożonym piśmie wskazał na realizację zadania – projekt Gustorzyn-Odolanów DN 700 gdzie zaoferowana została cena 104 697,38 zł za km przez Gazoprojekt S.A.

Izba stwierdziła, że Gazoprojekt S.A., zobowiązany na podstawie art. 90 ust. 2 ustawy, w złożonych wyjaśnieniach z dnia 30 marca 2015 r. nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Izba wzięła pod uwagę charakter usługi, której wycena opiera się w zasadniczej mierze na kosztach personelu, a te mogą być zróżnicowane, jednak mając na uwadze wymagania wobec doświadczenia poszczególnych ekspertów ukształtowane przez Zamawiającego Izba stwierdziła, że tak znaczna różnica w cenach powinna znaleźć uzasadnienie, którego Gazoprojekt S.A nie przedstawił.

38

Izba podziela stanowisko zaprezentowane przez Odwołującego, wskazujące, że wystarczające dla wykazania rzeczywistych kosztów prac ponoszonych przy realizacji zamówienia było przedstawienie kalkulacji w oparciu o płace minimalne. Z obowiązującej regulacji prawnej wynika, że koszty pracy nie mogą zawierać stawek niższych niż minimalne wynagrodzenie, na co wskazywał w wezwaniu również Zamawiający, jednakże nie oznacza to, że mają być minimalne. Wykonawca obowiązany był do wykazania realnych kosztów pracy, natomiast w trakcie rozprawy pełnomocnik Gazoprojekt S.A. oświadczyła, że *przyjął minimalne wynagrodzenie zgodnie z tym co sobie przyjął zamawiający i wykazał w swoich wyjaśnieniach, że jest w stanie za tą kwotę zrealizować zamówienie.* W złożonych

wyjaśnieniach na stronie 3 wskazał, operując stawką godzinową (12,58 zł), że łączny koszt pracy został wyliczony w oparciu o minimalne wynagrodzenie. W ocenie Izby, uwzględniając wyjaśnienia Gazoprojekt S.A. jak również oświadczenie złożone na rozprawie jednoznacznie wynika z nich, że wykonawca ten nie uwzględnił realnych kosztów pracy w swojej kalkulacji przedstawionej Zamawiającemu a jedynie wskazał kalkulację, która przy założeniu wynagrodzenia na poziomie minimalnym pozwalała na wykazanie zysku, co dodatkowo potwierdza oświadczenie ze strony 4 wyjaśnień Gazoprojekt S.A. ponownie odnoszące się do założenia minimalnego wynagrodzenia za pracę. Izba uznała również za zasadną argumentację Odwołującego wskazującą, że realne, rzeczywiste koszty pracy są wyższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę przez odniesienie się do średniego wynagrodzenia w branży gazowniczej kształtującego się na poziomie 45,02 zł brutto na osobogodzinę pracy dla specjalistów oraz 23,81 zł dla asystentów (w oparciu o raport płacowy załączony do pisma procesowego Odwołującego) oraz uwzględniając informację z pisma procesowego, niekwestionowaną przez Gazoprojekt S.A. dotyczącą realnych wydatków Gazoprojekt S.A. z tytułu wynagrodzenia, które oscyluje na poziomie około siedmiu tysięcy złotych. Izba podziela również stanowisko zaprezentowane przez Odwołującego, że nie ma znaczenia przy wykazaniu realnych kosztów pracy realizacja innych zleceń w okresie realizacji przedmiotu zamówienia, bowiem liczba roboczogodzin koniecznych do wykonania pracy w ramach projektu wskazuje na faktyczne koszty pracy jak również inne faktyczne koszty ogólne obciążające firmę, takie jak koszty budynków, utrzymania infrastruktury, mediów, licencji na oprogramowanie, reklamy, finansowe, koszty zarządu i administracji itd. Izba wskazuje, że wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Zamawiający powinien badać nie tylko przez zsumowanie podanych w nim kwot (o ile takowe w ogóle są podane), ale i poprzez realność poczynionych założeń co do czasochłonności pracy, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia oraz do realnego kosztu czynności do zrealizowania celem osiągnięcia przedmiotu zamówienia. Wskazać również należy, że Zamawiający wymagał od wykonawcy złożenia wraz

z wyjaśnieniami dowodów, w zakresie kosztów pracy, które skalkulował Gazoprojekt S.A. na poziomie minimalnym brak jest dowodów potwierdzających realność wykazanych wartości.

W zakresie pozostałych elementów ceny Izba wskazuje, że Gazoprojekt S.A. nie odniósł się do żadnych szczególnych uwarunkowań, które wskazywałyby na specjalne rabaty, promocje czy też inne powiązania pomiędzy wykonawcą a podwykonawcami, które przekładałyby się na korzyści finansowe pozwalające na obniżenie ceny. Zaznaczyć należy również, że złożone w załączeniu do pisma, objęte tajemnicą przedsiębiorstwa dokumenty nie potwierdzają w żaden sposób stanowiska Gazoprojekt S.A., w ocenie Izby nie mają one w ogóle znaczenia dla wykazania realności zaoferowanej ceny, nie potwierdzają istnienia korzystnych warunków realizacji usług jak również nie odnoszą się do realizacji przedmiotowego zamówienia.

W zakresie kosztów materiałów oraz kosztów administracyjnych, jak słusznie zauważył Odwołujący, Gazoprojekt S.A. wskazał, że koszty administracyjne są stałe, takie same dla wszystkich wykonawców co niewątpliwie nie może mieć znaczenia dla obniżenia ceny oferty bowiem nie stanowi o oszczędnościach w stosunku do pozostałych ofert.

W zakresie informacji dotyczących zmniejszenia kosztów realizacji inwestycji Gazoprojekt S.A. w punkcie 5 wyjaśnień wskazał, że posługiwać się będzie specjalistycznym oprogramowaniem pn. URBANO. Izba wskazuje, że wykonawca, mimo załączenia umowy na wdrożenie programu nie wykazał w jaki sposób i jak faktycznie zastosowanie wymienionego wyżej oprogramowania wpływa na obniżenie kosztów przez usprawnienie i przyspieszenie procesu projektowania przez zmniejszenie ilości godzin niezbędnej do wykonania dokumentacji wykonawczej, o około 30% w porównaniu do ilości godzin, jakie byłyby potrzebne do wykonania takich samych prac bez wykorzystania tego oprogramowania. Jak słusznie zauważył Odwołujący, w wyjaśnieniach wskazane zostało, że *program ten łączy tworzenie profilu gazociągu, obliczeń hydraulicznych i integruje wyniki ze środowiskiem GIS* jednakże, w zakres projektu nie wchodzi obliczenia hydrauliczne oraz w ofercie wskazano, że w stosunku do GIS prace te zostaną zlecone na zewnątrz. Nie ma znaczenia w zakresie oceny złożonych wyjaśnień oświadczenie Gazoprojekt S.A. złożone na rozprawie, że samodzielnie, bez podwykonawcy będzie wykonywał prace w zakresie GIS,

bowiem na etapie wyjaśnień takiej informacji nie podał.

W ocenie Izby nie potwierdzają również realności ceny oferty oszczędności jakie Gazoprojekt S.A. uzyska w związku z posiadanym ubezpieczeniem. Obniżenie ceny oferty o kwotę jaka miałyby pokrywać koszt ubezpieczenia, choć realny, nie przesądza o realności ceny oferty.

Ze względu na objęcie załączników do wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa, bardziej

40

szczegółowe odniesienie się do treści wyjaśnień nie jest możliwe.

Izba wskazuje również, że powoływanie się na długoletnie doświadczenie firmy również nie stanowi uzasadnienia dla obniżenia ceny, bowiem doświadczenia nie można odmówić również innym wykonawcom ubiegającym się o przedmiotowe zamówienie, podobnie jak posiadania materiałów czy sprzętu niezbędnych do realizacji zamówienia, takich jak sprzęt komputerowy. Uzasadnienia dla wysokości zaoferowanej ceny nie mogą stanowić inne realizowane przez Gazoprojekt S.A. zamówienia, jako że za wyjątkiem charakteru usługi nie jest możliwe proste przełożenie cen zaoferowanych w innym postępowaniu na ofertę złożoną Zamawiającemu. Jednocześnie, jak wskazywał Odwołujący, powołane przez Gazoprojekt S.A. zadania projektowe, czego wykonawca nie kwestionował, dotyczyły wyłącznie gazociągu nie obejmowały natomiast swoim zakresem obiektu tłoczni gazu.

Wskazany sposób oceny wyjaśnień przez Zamawiającego a mianowicie: wyliczenie ceny za realizację jednego kilometra gazociągu przez Gazoprojekt S.A. w złożonej ofercie oraz porównanie jej z uśrednioną ceną za realizację 1 kilometra gazociągu w zamówieniach dotychczas realizowanych przez Zamawiającego (dowód nr 1) oraz zestawienie tych wyliczeń z wyjaśnieniami Gazoprojekt S.A. nie może być uznany za prawidłowy. To na Zamawiającym spoczywa ocena wyjaśnień, która będzie prowadzić do wniosku o realności zaoferowanej ceny.

W ocenie Izby Odwołujący, mimo, że nie znał całości wyjaśnień (załączniki zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa) w sposób analityczny i właściwy wykazał, że oferta Odwołującego, z uwzględnieniem złożonych wyjaśnień, nie zwiera wszystkich składników, które należało w cenie skalkulować jak również nie zaistniały przyczyny, które wskazywałyby na realność zaoferowanej ceny.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 190 ust. 1 a ustawy *Ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.* W rozpoznawanej sprawie Gazoprojekt S.A. jako uczestnik postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego oświadczył na rozprawie, że *nie będzie się odnosić szczegółowo do poszczególnych elementów uzasadnienia zarzutu odwołania* jednocześnie wyjaśniając, że z załączników do wyjaśnień zaoferowanej ceny wynika, że cena ta daje możliwość realizacji zamówienia. Niewątpliwie, w trakcie postępowania odwoławczego to na Gazoprojekt ciążył dowód wykazania, że oferta nie zwiera rażąco niskiej ceny, czego w ocenie Izby wykonawca ten nawet nie uprawdopodobnił.

W ocenie Izba działanie Zamawiającego w zakresie oceny oferty Gazoprojekt S.A. nie było

41

prawidłowe, było niezgodne z obowiązującymi przepisami co doprowadziło do naruszenia zasady zamówień publicznych, w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji określonych w art. 7 ust. 1 ustawy.

III.

W zakresie zarzutu zaniechania odtajnienie załączników do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Gazoprojekt S.A. tj. naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy – *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę*

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

Izba uznała zarzut ten za zasadny, jednakże z uwagi na uwzględnienie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Gazoprojekt S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Izba nie nakazywała odtajnienia dokumentów.

Izba wskazuje, że znowelizowany ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 roku o ziemie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2014 poz. 1232) art. 8 ust. 3 ustawy wprowadza istotną zmianę w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z obecnym brzmieniem przepisu wykonawca, który zastrzega informacje podane w ofercie jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa obowiązany jest wykazać jednocześnie, że zastrzeżone przez niego w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Utrzymane zostało w znowelizowanym przepisie odesłanie do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 nr 153, poz. 1503) w zakresie określenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Tajemnicą przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji są „nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.” Z

42

przytoczonej definicji wynika, że aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa niezbędne jest spełnienie dwóch warunków: po pierwsze spełnione muszą zostać przesłanki w zakresie charakteru informacji a po drugie muszą zostać przez przedsiębiorcę podjęte działania w celu ochrony danych. Ustawodawca jednoznacznie w ustawie (Prawo zamówień publicznych) określił termin na zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jak również na wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tj. wykonawca zobligowany jest dokonać tego *nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu*. Wynika z powyższego, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie.

Zamawiający obowiązany jest do badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach/wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu/ przy czym w stanie badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy obecnym prawnym przedsiębiorstwa uległ zmianie w stosunku do poprzednio obowiązującego stanu prawnego. To na wykonawcy obecnie ciąży obowiązek wykazania, że zastrzeżone przez niego w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, tym samym ukształtowany w ustawie (Prawo zamówień publicznych) obowiązek należy odczytywać jako podjęcie przez wykonawcę niezbędnych działań w celu utrzymania niejawności złożonych informacji, co stanowi również wymóg konieczny, zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, do uznania, że informację obie jęte tajemnicą przedsiębiorstwa taką tajemnicą stanowią. Pamiętać bowiem należy, że to na podmiocie zastrzegającym tajemnicę przedsiębiorstwa ciąży obowiązek do dbania o zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w każdym przypadku działalności tego podmiotu. Natomiast zaniedbanie przez wykonawcę obowiązku utrzymania poufności danych informacji uniemożliwia powoływanie się na ochronę wynikającą z przepisów. W efekcie w przypadku zaniedbania przez wykonawcę wykazania, że zastrzeżone przez niego w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa prowadzi do tego, że zastrzeżenie tajemnicy będzie nieskuteczne. Określony w ustawie termin na zastrzeżenie informacji złożonych w ofercie jak również wykazanie, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa – czyli spełnienie obu warunków ustawowych w określonym terminie – składa się na wykonanie po stronie zastrzegającego tajemnicę obowiązku powzięcia działań mających na celu zachowanie poufności przedstawionych informacji. Jeżeli wykonawca tego nie dokonał nie ma ustawowych podstaw

do wzywania go do składania oświadczenia zawierającego wykazanie przyczyn objęcia danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Jeżeli wykonawca nie wykonał ciążących na nim obowiązków zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy to brak uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy

43

przedsiębiorstwa w ofercie zwalnia Zamawiającego z obowiązku zachowania poufności wskazanych w ofercie informacji.

Powyższe wymagania w zakresie wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa niewątpliwie należy stosować do składanych przez wykonawców dokumentów w wyniku wezwania wykonawcy przez Zamawiającego.

W rozpoznawanej sprawie Odwołujący nie wykazał dlaczego objęte przez niego informacje stanowią tajemnicę. Ogólnikowe wyjaśnienia zawarte w piśmie z 30 marca 2015 roku wskazujące na to, co zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa dokumenty zawierają pomijają w zasadzie istotę, a mianowicie konieczność wykazania dlaczego te dokumenty wykonawca objął tajemnicą przedsiębiorstwa. Zaznaczyć należy, że to nie jakiegokolwiek wyjaśnienia poczynione przez wykonawcę stanowią podstawę do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz takie, którymi wykonawca wykazuje wypełnienie przesłanek, które warunkują skuteczność takiego zastrzeżenia. W tej sprawie Gazoprojekt S.A. nie dopełnił ciążących na nim obowiązków dbania o poufność zastrzeganych przez siebie informacji co skutkuje nieskutecznością poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zaznaczyć należy, że brak wykazania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, brak uzasadnienia tej czynności wykonawcy obciążą wykonawcę składającego ofertę i zwalnia zarazem Zamawiającego z utrzymania określonych i wskazanych w ofercie informacji w tajemnicy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 186 ust. 6, art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:
.....
.....

44