

WYROK

Warszawa, dnia 27.06.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 czerwca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 maja 2024 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WUPROHYD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni oraz INGEO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku

w postępowaniu w którym Zamawiającym jest Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni przy udziale wykonawcy „PROJMORS” Biuro Projektów Budownictwa Morskiego spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- 1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 1.2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym w jego toku odrzucenie oferty wykonawcy „PROJMORS” Biuro Projektów Budownictwa Morskiego spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b), art. 226 ust. 1 pkt 7 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę „PROJMORS” Biuro Projektów Budownictwa Morskiego spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku działającego w charakterze uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu i:

- a. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez Odwołującego tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 744 zł (słownie: trzysta osiemnaście złotych) poniesioną przez Odwołującego tytułem kosztów związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie i rozprawę oraz kwotę 34 zł (słownie: trzydzieści cztery złote) poniesioną przez Odwołującego tytułem opłat skarbowych od złożonych pełnomocnictw.
- b. zasądza od uczestnika wykonawcy „PROJMORS” Biuro Projektów Budownictwa Morskiego spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku na rzecz Odwołującego kwotę 19 378 zł (słownie: dziewiętnaście tysięcy trzysta siedemdziesiąt osiem złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie i rozprawę oraz innych uzasadnionych wydatków.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1866/24

Uzasadnienie

Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni zwany dalej „Zamawiającym”, prowadzi podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „PZP” lub „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Opracowanie wielobranżowej dokumentacji projektowej dla zadania pn. „Budowa Infrastruktury hydrotechnicznej na potrzeby inwestycji EJ1

w lokalizacji Lubiатовo-Kopalino” wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego (numer postępowania: ZP.371.2.2024.ASz) zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 stycznia 2024 r., numer ogłoszenia: 2024/S 00042282-2024.

Dnia 27 maja 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WUPROHYD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni oraz INGEO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku (dalej: „Odwołujący”) wnieśli odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie Zamówienia, polegających na nieprawidłowej ocenie oferty złożonej przez PROJMORS Biuro Projektów Budownictwa Morskiego Sp. z o.o. (dalej jako „PROJMORS Sp. z o.o.”), skutkującej zaniechaniem odrzucenia oferty PROJMORS Sp. z o.o. oraz wyborem tejże oferty jako najkorzystniejszej, pomimo, że oferta ta została złożona przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji oraz zawiera rażąco niską cenę za realizację zamówienia opisanego warunkami zamówienia.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy PROJMORS

Sp. z o.o., pomimo iż została złożona przez Wykonawcę (PROJMORS Sp. z o.o.) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu;

2) art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 14 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy PROJMORS Sp. z o.o., pomimo iż została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

3) art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust 5 i 6 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę PROJMORS Sp. z o.o., pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę za realizację zamówienia opisanego warunkami zamówienia wskazanymi w SWZ;

a w konsekwencji naruszenie:

1) Art. 239 PZP w zw. z art. 226 ust 1 pkt 2 lit. b) PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 226 ust 1 pkt 8 PZP poprzez wybór oferty Wykonawcy PROJMORS Sp. z o.o. i zaniechanie odrzucenia oferty tego Wykonawcy z uwagi na okoliczności przedstawione w niniejszym odwołaniu,

2) Art. 239 PZP poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, pomimo iż oferta ta jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie kryteriów oceny ofert wskazanych w SWZ;

3) Art. 16 pkt 1 i 2 PZP poprzez promowanie Wykonawcy, który składając ofertę wprowadził Zamawiającego w błąd co do spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz co do sposobu oceny oferty w kryterium doświadczenie geologa a także przedstawił nierzetelne wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny.

W związku z powyższym żądania, jakie postawił Odwołujący to uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy PROJMORS Sp. z o.o. dokonanego w dniu 17 maja 2024 roku oraz przeprowadzenie ponownego badania i oceny oferty PROJMORS Sp. z o.o. oraz odrzucenie oferty PROJMORS Sp. z o.o. z uwagi na fakt, że Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych w SWZ, oferta Wykonawcy PROJMORS Sp. z o.o. została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji oraz oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że kwestionowane przez niego zaniechanie podjęcia czynności odrzucenia oferty PROJMORS Sp. z o.o. oraz wadliwy wybór tej oferty, pomimo tego, iż została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, przez Wykonawcę w sposób oczywisty niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, który zaoferował rażąco niską cenę za realizację zamówienia, są niezgodne z prawem, co w konsekwencji prowadzi do uniemożliwienia Odwołującemu uzyskania zamówienia, pomimo iż jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą wg kryteriów oceny ofert i winna zostać wybrana. Gdyby nie sprzeczność z prawem objętych odwołaniem czynności Zamawiającego i zaniechań, Odwołujący uzyskałby zamówienie, a następnie należałoby zrealizować i uzyskać od Zamawiającego wynagrodzenie.

W uzasadnieniu odwołania w pierwszej kolejności Odwołujący wskazał Zamawiający prowadzi postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest:

- sporządzenie wielobranżowej dokumentacji projektowej obejmującej konstrukcję pomostu rozładunkowego MOLF (Marine Off-Loading Facility), do rozładunku niepodzielnych ładunków ponadnormatywnych oraz innych wielkogabarytowych materiałów i urządzeń niezbędnych do budowy i eksploatacji Elektrowni Jądrowej (EJ) wraz z torem podejściowym i obrotnicą oraz odcinkiem drogi technicznej o długości 20 m,
- pełnienie nadzoru autorskiego w trakcie realizacji robót budowlanych.

Zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia Wykonawca spełni określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli wykaże, m. in., że dysponuje co najmniej 1 (jedną) osobą posiadającą kwalifikacje w zawodzie geolog, posiadającą uprawnienia geologiczne kategorii VI zgodnie z rozporządzeniem Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 23 sierpnia 2023 r. w sprawie kwalifikacji w zakresie geologii (Dz. U. 2023.1756) oraz minimum 4 (cztery) lata doświadczenia (liczone od daty uzyskania uprawnień), w tym doświadczenie

zawodowe przy sporządzaniu minimum 2 (dwóch) dokumentacji geologiczno-inżynierskich dla inwestycji zlokalizowanych na obszarach morskich, z których zakres prac badawczych co najmniej jednego z nich obejmował odwierty o głębokości min. 15 m. a ogólny metraż wierceń/sondowań na zadaniu był nie mniejszy niż 150 mb (vide: SWZ III.5.1.4. pkt 3). Zamawiający oceni spełnianie warunków udziału w postępowaniu na podstawie informacji zawartej w oświadczeniach i dokumentach, z których treści musi wynikać jednoznacznie, że Wykonawca warunek spełnił. Ocena spełniania warunków wymaganych od Wykonawców nastąpi wg formuły: „spełnia-nie spełnia” (vide: SWZ III.5.2).

W pkt 3 Oferty PROJMORS Sp. z o.o. oświadczył, że Pan B.W. upr. geologiczne kat. VI – 0439, skierowany do realizacji usług jako Geolog, posiada wykształcenie i doświadczenie zawodowe zgodnie z zawartym tam wykazem oraz oświadczył, że geolog ten znajduje się w zasobach własnych PROJMORS Sp. z o.o. na podstawie umowy cywilno-prawnej.

PROJMORS Sp. z o.o. w Oświadczeniu ESPD dołączonym do Oferty (Cz. II pkt C) oświadczył, że nie polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych w części IV ESPD.

W celu potwierdzenia spełnienia opisanego powyżej warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwał PROJMORS Sp. z o.o., którego oferta została oceniona najwyżej, do złożenia w terminie nie krótszym niż 10 dni aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, tj. Wykazu osób, zgodnie ze wzorem określonym w Załączniku nr 9 do SWZ. Wykaz osób zgodnie z SWZ III.12.4.2) winien zawierać w szczególności informacje o osobach odpowiedzialnych za świadczenie usług wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Z treści przedłożonego przez PROJMORS Sp. z o.o. w dniu 13 maja 2024 r. Wykazu osób wynika, iż do realizacji zamówienia w zakresie realizacji usług Geologa skieruje p. B.W.. Wykonawca PROJMORS Sp. z o.o. wskazał równocześnie, iż p. B.W. na potrzeby realizacji zamówienia będzie dysponował samodzielnie na podstawie umowy cywilno-prawnej.

P. B.W. nie zawarł przed terminem składania ofert, jak też obecnie nie zamierza zawrzeć z PROJMORS Sp. z o.o. w jakiegokolwiek formie umowy, w tym umowy cywilno-prawnej obejmującej świadczenie usług Geologa na potrzeby realizacji zamówienia publicznego będącego przedmiotem odwołania. Wykonawca PROJMORS Sp. z o.o. nie jest uprawniona do skierowania p. B.W. do realizacji usług jako Geolog albowiem nie dysponuje tym zasobem, ani samodzielnie, ani też poprzez udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego.

/Dowód: Oświadczenie pisemne p. B.W. z dnia 27 maja 2024 r./

Wykonawca celowo fałszywie wskazał w Ofercie oraz załącznikach do Oferty (Wykaz osób), że będzie dysponował p. B.W. na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego w zakresie usług Geologa, co potwierdzają dowody – oświadczenia wskazane powyżej. Skierowanie do wykonania usług geologicznych osoby o określonych w SWZ III.5.1.14 pkt 3) uprawnieniach i doświadczenia jest zaś warunkiem udziału w postępowaniu. Tym samym PROJMORS Sp. z o.o. nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie, a jego oferta podlega odrzuceniu.

Zgodnie z przepisem art. 128 ust. 1 PZP jeżeli Wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Przepis ten znajduje zastosowanie w razie niezłożenia, złożenia niekompletnych lub zawierających błędy oświadczeniach i dokumentach w postaci JEDZ, podmiotowych środków dowodowych i oświadczeń składanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia, natomiast nie może być zastosowany w przypadku posłużenia się przez Wykonawcę informacjami nieprawdziwymi. Instytucja uzupełnienia/poprawienia dokumentu nie może być stosowana do zastępowania celowo przekazywanych przez Wykonawców fałszywych i wprowadzających Zamawiającego w błąd informacji i to niezależnie od tego, czy Zamawiający przewidział w dokumentach postępowania fakultatywną przesłankę wykluczenia Wykonawcy, o której mowa w przepisie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP.

Zgodnie z przepisem art. 123 PZP Wykonawca nie może po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. Równocześnie do przedmiotowej sytuacji nie będzie mógł znaleźć zastosowania ani przepis art. 122 PZP, zgodnie z którym jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, ani przepis art. 128 ust. 1 PZP. W wyroku z dnia 18 marca 2022 r.

(sygn. akt KIO 510/22) Izba potwierdziła, iż *Zakres polegania przez wykonawcę na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby musi zostać określony do upływu terminu składania ofert i nie może zostać następnie w toku postępowania o udzielenie zamówienia, na wezwanie wystosowane w trybie art. 128 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, rozszerzony*".

W świetle art. 56 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE należy zauważyć, że warunkiem dla wezwania do uzupełnienia, o którym mowa w tym przepisie jest, aby odbyło się ono przy pełnym poszanowaniu zasad równego traktowania i przejrzystości. Przedmiotem uzupełnień w rozumieniu tego przepisu dyrektywy nie są informacje nieprawdziwe celowo podane przez Wykonawcę w ofercie a wyłącznie „informacje lub dokumentacja która jest lub wydaje się niekompletna lub błędna lub gdy brakuje konkretnych dokumentów”. W analizowanym stanie faktycznym dokumentacja jest kompletna, gdyż wskazano osobę geologa skierowanego do wykonania zadania. Dokumentacja nie zawiera także błędów, gdyż Wykonawca konsekwentnie podaje, iż posiada/ będzie posiadał umowę cywilno-prawną ze wskazaną osobą. Informacja ta zatem jest fałszywa i nie może zostać w żadnym trybie zmieniona lub uzupełniona. W wyroku TSUE z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s. i inni v. Urad pre verejne obstaravanie wskazano „przy wykonywaniu uprawnień dyskrejonalnych, którymi dysponuje instytucja zamawiająca, ma ona obowiązek traktowania różnych kandydatów w sposób równy i lojalny, tak aby pod koniec procedury selekcji ofert i mając na uwadze jej wynik żądanie udzielenia wyjaśnień nie prowadziło do wrażenia, że w sposób nieuprawniony faworyzuje lub defaworyzuje kandydatów, do których to żądanie było kierowane”. Mając powyższe na uwadze, skierowanie do Wykonawcy PROJMORS Sp. z o.o. wezwania w trybie art. 128 ust. 1 w celu „podmiany” osoby geologa, która w sposób nieuprawniony została wymieniona w ofercie stałoby w sprzeczności z zasadą lojalności wobec wykonawców w postępowaniu. Umożliwienie Wykonawcy sanowania oferty, której treścią celowo wprowadził Zamawiającego w błąd co do spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu nie stanowi celu przytoczonego przepisu Dyrektywy, ani też unormowań krajowych, gdyż jest nie do pogodzenia z ogólnymi zasadami zamówień publicznych, przede wszystkim w zakresie konieczności prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców i przejrzystość. Dopuszczenie do eliminacji oczywistego kłamstwa Wykonawcy naruszyłoby te zasady w sposób oczywisty.

Wyżej przytoczone okoliczności niezbicie świadczą o tym, że Wykonawca PROJMORS Sp. z o.o. nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie w jakim nie dysponuje osobą geologa o stosownych uprawnieniach zawodowych i doświadczenia, a także nie ma możliwości uzupełnienia Oferty w tym zakresie.

W zakresie zarzutu dotyczącego złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji Odwołujący podniósł, że Wykonawca PROJMORS Sp. z o.o., jak wykazano powyżej, w celu uzyskania zamówienia publicznego, celowo nieprawdziwie oświadczył, iż do realizacji zadań w zakresie geologii kieruje p. B.W.. Takie działanie może być kwalifikowane nie tylko jako przestępstwo stypizowane w przepisie art. 305 § 2 Kodeksu Karnego¹, ale także jako czyn nieuczciwej konkurencji polegający na przedstawianiu nieprawdziwych informacji w celu doprowadzenia do uznania oferty Wykonawcy PROJMORS Sp. z o.o. za najkorzystniejszą i zawarcie umowy w postępowaniu. Przedstawienie w Wykazie osób (zał. do oferty Wykonawcy) p. B.W. jako zasób własny PROJMORS Sp. z o.o. (współpracownik w oparciu o umowę cywilno-prawną) należy zakwalifikować jako rozpowszechnianie informacji nieprawdziwych o przedsiębiorstwie PROJMORS Sp. z o.o., co miało na celu wykazanie warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji uzyskanie zamówienia publicznego i w konsekwencji uzyskanie korzyści dla PROJMORS Sp. z o.o. Działanie to jest nie tylko niezgodne z prawem, ale także z dobrymi obyczajami. Wykonawca PROJMORS Sp. z o.o. miał pełną świadomość, że nie dysponuje zasobem w postaci osoby geologa p. B.W. oraz że nie jest uprawniony do wykorzystania jego osobistych uprawnień i doświadczeń zawodowych w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. P. B.W. jako zatrudniony w innym podmiocie gospodarczym w charakterze Wiceprezesa Zarządu nie uzyskał bowiem zgody pracodawcy/Spółki na zwolnienie z zakazu konkurencji i nie mógł świadczyć usług objętych zakresem prac geologicznych na rzecz PROJMORS.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r., poz. 1233, dalej jako ZNKU) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Art. 9 ZNKU stanowi, iż przedsiębiorca wykonuje działalność gospodarczą na zasadach uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów oraz słusznym interesów konsumentów. Przy czym, jak wskazuje się w orzecznictwie KIO „Czyny nieuczciwej konkurencji przepisy ZNKU uznają za popełnione nie tylko w razie naruszenia interesów innego przedsiębiorcy, ale również w przypadku zagrożenia tych interesów” (zob. Uchwała KIO z dnia 6 maja 2016 r., sygn. akt KIO/KD 28/16).

W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie zastrzegł fakultatywnych przesłanek wykluczenia, o których mowa w przepisie art. 109 ust. 2 pkt 8 i 10 PZP, jednak jak wskazuje się w doktrynie brak określenia tych przesłanek nie oznacza, że w takim wypadku wykonawcy zwolnieni są z obowiązku przedstawiania rzetelnych, zgodnych ze stanem faktycznym informacji, a zamawiający zwolnieni są z obowiązku ich weryfikowania (tak: M. Jaworska, *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz.*, art. 226, wyd. 5, 2023). Analogiczne stanowisko wyraziła KIO w wyroku z dnia 23 maja 2023 r. (sygn. akt KIO 1287/23) wskazując: „Odrzucenie oferty z uwagi na jej złożenie w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji jest niezależne

od zaistnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy z powodu przedstawienia zamawiającemu nieprawdziwych informacji, a zakres stosowania tych przepisów nie jest identyczny. Nie sposób zaakceptować poglądu, że wykonawca popełniając czyn nieuczciwej konkurencji nie może zostać wyeliminowany z postępowania z tego powodu, że Zamawiający nie przewidział fakultatywnych przesłanek wykluczenia, mimo że działania wykonawcy wyczerpują znamiona czynu nieuczciwej konkurencji”.

W wyroku z dnia 17 września 2020 r. (sygn. akt KIO 2048/20) Izba stwierdziła, że „dobre obyczaje powinny wyrażać się w szacunku dla drugiej strony, uczciwości, rzetelności, zaufaniu, lojalności, szczerości, fachowości, poszanowaniu godności, prywatności, interesów drugiej strony, czy nie wprowadzaniu w błąd”. Z naruszeniem ogólnych zasad uczciwości kupieckiej rozumianej jak w zacytowanym powyżej zdaniu mamy do czynienia w niniejszej sprawie, w której przywołany geolog p. B.W. o swoim rzekomym udziale w zamówieniu publicznym poprzez wskazanie go w Ofercie Wykonawcy PROJMORS Sp. z o.o. dowiedział się od podmiotu trzeciego- Odwołującego. Co więcej PROJMORS Sp. z o.o. wskazując, iż będzie dysponował samodzielnie p. B.W. rozpowszechnił nieprawdziwe informacje tak na temat własnego przedsiębiorstwa (podając, iż nawiązał współpracę z p. Wolakiem), jak i przedsiębiorstwa, w którym zatrudniony jest p. B.W. (że wyraziło ono zgodę na nawiązanie przez jej pracownika współpracy z innym podmiotem, pomimo istnienia zakazu konkurencji). Takie działania Wykonawcy PROJMORS Sp. z o.o. w związku ze złożoną ofertą z całą pewnością nie zasługują na ochronę i winny zostać ocenione stosownie do okoliczności jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy.

W zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny Odwołujący w pierwszej kolejności odwołał się do kwestii dotyczącej kosztów geologa, wskazując, że zainteresowani Wykonawcy byli zobowiązani złożyć ofertę zgodnie z zapisami specyfikacji, tj. opisem przedmiotu zamówienia, wzoru umowy. Podstawą obliczenia ceny ofertowej powinna być dla Wykonawcy jego własna wycena oraz oparta na rachunku ekonomicznym kalkulacja. W ramach łącznej ceny ofertowej brutto Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, w tym sporządzenie kompletnej dokumentacji projektowej, pełnienie nadzoru autorskiego oraz zysk Wykonawcy oraz wszystkie składniki cenotwórcze, niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia.

Wykonawcy byli zobowiązani przedłożyć wypełniony Formularz Oferty z podaniem całkowitej ceny ryczałtowej brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SWZ) wraz z wyodrębnieniem ceny za sprawowanie nadzory autorskiego – z podziałem na cenę za każdy pobyt na budowie/radzie budowy oraz cenę za każdą godzinę prac projektowych.

W postępowaniu oferty złożyło 4 Wykonawców:

1	Konsorcjum: Wuprohyd Sp. z o.o. , Ingeo Sp. z o.o.	6 487 541 zł
2	Transprojekt Gdańsk Sp. z o.o.	9 065 100 zł
3	Industria Project Sp. z o.o.	11 992 500 zł
4	PROJMORS Biuro Projektów Budownictwa Morskiego Sp. z o.o.	4 213 980 zł

Zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 8 265 747,60 zł brutto.

Zamawiający pismem z dnia 19 marca 2024 r. wezwał Wykonawcę PROJMORS Sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. W szczególności Zamawiający oczekiwał wskazania, w jakim zakresie Wykonawca oparł się na pracy osób zatrudnionych przez siebie i w oparciu o jaki stosunek prawny – w odniesieniu do poszczególnych elementów (zakresu świadczeń) niezbędnych dla zrealizowania przedmiotu zamówienia określonych w OPZ oraz ujęcia w wyjaśnieniach i zwrócenia szczególnej uwagi na następujące elementy kosztowe:

W odpowiedzi na to pismo Wykonawca PROJMORS Sp. z o.o. wskazał m. in., że „*przedmiotowa Cena zawarta w ofercie Wykonawcy stanowi sumę wynagrodzeń dostawców usług wynikających z ich ofert oraz wynagrodzenia PROJMORS w zakresie prac wykonywanych przez PROJMORS*” Dalej w załączniku nr 1 do wyjaśnień z dnia 25 marca 2024 r. Wykonawca PROJMORS Sp. z o.o. wskazał: *Stosownie do pkt. 1 pisma Zamawiającego dotyczącego wykazania w jaki sposób Wykonawca obliczył cenę swojej oferty poniżej wykonawca przedstawia stosowne wyjaśnienia. Uprzejmię informujemy, iż przedmiotowy temat realizowany będzie przez osoby zatrudnione na umowę o pracę.*”

Powyższy cytat z Załącznika nr 1 do Wyjaśnień Wykonawcy PROJMORS Sp. z o.o. potwierdza, iż w kalkulacji ceny, w odniesieniu do elementów realizowanych bezpośrednio przez Wykonawcę PROJMORS nie uwzględniono kosztów pracy GEOLOGA, który, wedle oświadczenia Wykonawcy zawartego w Ofercie, miałby zostać zaangażowany w oparciu o umowę cywilno-prawną i stanowić zasób własny Wykonawcy PROJMORS Sp. z o.o. Gdyby osoba skierowana do realizacji zadań GEOLOGA rzeczywiście stanowiła zasób własny Wykonawcy, jego wynagrodzenie powinno było znaleźć się w szczegółowych wyliczeniach kosztów własnych ponoszonych przez PROJMORS w celu realizacji zamówienia – zacytowanych powyżej

Analiza treści załącznika nr 2 do Wyjaśnień Wykonawcy z dnia 17 marca 2024 r. (pn. „Tajemnica przedsiębiorstwa” Załącznik nr 2 Wyjaśnienia RNC Grupa HGS) wskazuje, iż usługi, które powinny być realizowane przez GEOLOGA skierowanego do realizacji umowy, o którym mowa w SWZ III.5.1.1.4 pkt 3) obejmuje oferta Podwykonawcy –

GRUPA HGS:

Dalej w ofercie Podwykonawcy HGS Group wskazano, że „Opracowanie Dokumentacji geologiczno-inżynierskiej – w cenie”. Równocześnie jednak brak w Ofercie i dalszej korespondencji jakiegokolwiek dokumentu (JEDZ, Oświadczenie o udostępnieniu zasobów), który wskazywałby, że którakolwiek z osób wymienionych w ofercie podwykonawcy HGS Group jako „geolodzy – projektanci biura projektowego” stanowi osobę, o której mowa w SWZ III.5.1.1.4. pkt 3) – jak już wskazano, PROJMORS Sp. z o.o. konsekwentnie oświadcza, iż spełnienie warunku w zakresie zatrudnienia geologa realizowane jest poprzez samodzielne dysponowanie p. B.W.. W konsekwencji należy uznać, że wyjaśnienia PROJMORS Sp. z o.o. w zakresie rażąco niskiej ceny są nierzetelne i nie uwzględniają w żadnym punkcie wynagrodzenia za realizację usług GEOLOGA – realizowanych zgodnie z treścią oferty przez p. B.W., co potwierdza równocześnie, iż Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej – w odniesieniu do osoby GEOLOGA.

W dniu 5 kwietnia 2024 r. Zamawiający skierował do PROJMORS Sp. z o.o. „Wezwanie do doprecyzowania udzielonych uprzednio wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny”, w piśmie tym jednak nie skierował jakichkolwiek dodatkowych pytań w odniesieniu do kwestii nieuwzględnienia w cenie oferty kosztów zatrudnienia GEOLOGA (w osobie p. B.W.). Wykonawca powtarza wyłącznie i przedstawia w rozbiciu na szczegóły koszty pracowników podwykonawcy HGS Group „geolodzy – projektanci w biurze projektowym”. Brak jakiegokolwiek powiązania tych osób z osobą GEOLOGA, o której mowa w SWZ III.5.1.1.4 pkt 3), co potwierdza tylko, iż koszt związany z dysponowaniem tym specjalistą nie został uwzględniony przez Wykonawcę PROJMORS Sp. z o.o. w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji nie został przyjęty do kalkulacji ceny ofertowej.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał na pozostałe koszty cenotwórcze, w tym koszty związane z wykorzystaniem jednostek pływających. W tym zakresie Odwołujący wskazał, że w Wezwaniu do udzielenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny z dnia 19 marca 2024 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę PROJMORS Sp. z o.o. do ujęcia w wyjaśnieniach i zwrócenia szczególnej uwagi na m. in. najem/koszt sprzętu pływającego wykorzystywanego do prac związanych z zakresem geologia. Wykonawca PROJMORS Sp. z o.o. w odpowiedzi wskazał na m. in. koszty cenotwórcze oferty związane z wykorzystaniem jednostek pływających, w tym jack-up wraz z załogą, holownik, etc. Dla potwierdzenia poziomu cen tego zakresu Wykonawca PROJMORS Sp. z o.o. przedstawił oferty z rynku i wyliczenia dla poszczególnych elementów wykorzystania jednostek pływających na potrzeby realizacji zamówienia, które kształtują się następująco:

Pozycja	Cena APOL	Liczba	Wartość
Imoros 24 h	14 320	50	716 000
Ponton	4 100	50	205 000
Mob	28 500	2	5 000
inspekcja	4 500	1	4 500
przygotowanie	7 500	2	15 000
obliczenia	16 500	1	16 500
SUMA			1 014 000

Równocześnie Wykonawca PROJMORS Sp. z o.o. wskazuje w swoich wyjaśnieniach (np. w Piśmie z dnia 12 kwietnia 2024 r., ad 6, str. 15/19), że będzie korzystał z „szybkiej łodzi motorowej”, której „częstotliwość kursowania zakłada się na min. 2 razy dziennie w obie strony w zależności od potrzeb”. Koszt wykorzystania przez PROJMORS Sp. z o.o. tej łodzi nie został uwzględniony w którejkolwiek części wyjaśnień Wykonawcy – tak w odniesieniu do pozyskania tego sprzętu (najem/zasób własny), jak też jego utrzymania i eksploatacji (np. koszt paliwa, uprawniona załoga). Należy także podkreślić, że w ofercie z dnia 5 marca 2024 r. (załącznik nr 11 do pisma PROJMOS Sp. z o.o. z dnia 25 marca 2024 r.) firma APOL wspomina o możliwości wynajęcia łodzi motorowej („jednostki do transportu pracowników”), jednak wskazuje, że w razie zainteresowania takim najmem „prosi o kontakt”. W samej treści oferty brak jest pozycji cenowej „najem łodzi motorowej”, jak też informacje na temat kosztu jej najmu nie zostały przedstawione w żadnym z pism Wykonawcy PROJMORS Sp. z o.o. zawierającym wyjaśnienia w odniesieniu do kalkulacji ceny oferty.

W odniesieniu do kosztów wykorzystania pontonu Wykonawca PROJMORS Sp. z o.o. wskazał, że będzie on wykorzystywany w trybie 24h – dwie zmiany po 12 godz. Karta Bezpieczeństwa (Zał. nr 3 do Pisma z dnia 12 kwietnia 2024 r.) KB Jack WWW.APOL.COM.PL wskazuje, że minimalna ilość załogi pontonu to 2 osoby. Oznacza to, że dla pracy dwuzmianowej w trybie pracy 24-godzinnej zatrudnione będą 4 osoby. Wskazane w Zał. nr 5 do Pisma Wykonawcy PROJMORS z dnia 12 kwietnia 2024 r. koszty pracy załogi pontonu zostały określone na poziomie 850 zł/dziennie. Oznacza to, że założona przez Wykonawcę PROJMORS Sp. z o.o. stawka godzinowa za pracę 1 członka załogi pontonu wynosi 17.70 zł ($850 / 4 = 212.50$, $212.5 / 12 = 17.70$). W konsekwencji należy przyjąć, że założone wynagrodzenie załogi pontonu jest niższe niż określone w Rozporządzeniu Rady Ministrów w sprawie minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości stawki godzinowej w 2024 r. Stawka godzinowa określona w/w. Rozporządzeniu wynosi aktualnie 27.70 zł, a od 1 lipca 2024 r. będzie wynosiła 28.10 zł, a zatem założona cena jest rażąco niska z powodu niezgodności z

przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonej na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207). Dodatkowo należy wskazać, że rynkowe stawki dla marynarzy lub osób z doświadczeniem morskim kształtują się na poziomie 600 – 800 zł za dzień pracy, co potwierdzają także wyjaśnienia Wykonawcy PROJMORS Sp. z o.o., który wskazuje, że koszty załogowe statku IMOROS to 5500 zł (netto), a minimalna ilość załogi to 3 osoby (stawka dzienna dla 1 osoby wynosi zatem ok. 1833 zł netto). Równocześnie należy podkreślić, iż załoga jednostki pływającej IMOROS nie może wymiennie, w tym samym czasie być załogą obsługującą

ponton, załoga IMOROSA nie będzie mogła opuścić holownika w czasie operacji morskiej i zająć się obsługą pontonu.

Dodatkowo Wykonawca PROJMORS Sp. z o.o. w wyjaśnieniach z dnia 25 marca 2024 r. (Załącznik nr 1, Szczegółowa kalkulacja ceny, ad 6, str. 15/19) wskazał, że „w ramach nagłej sytuacji cała załoga geologiczna wraz z załogą holownika i jack-upa może odpłynąć do portu schronienia holownikiem stacjonującym przy jack-up”, natomiast z tego samego pisma (str. 10/19) wynika, że „prace będą prowadzone przez ekipy badawcze 5 osób na zmianie (w porze dziennej 4+1 osoba geologa dozoru, w porze nocnej 4+1 dodatkowy pomocnik posiada wymagane uprawnienia geologa dozoru) +załoga jednostki jack-up/holownik oraz łódź motorowa (1 osoba na zmianę z załogi małego statku). Suma wskazanych osób wynosi 10. Tymczasem z Karty Bezpieczeństwa Holownika nr 35/GDY/2022 (załącznik do pisma Wykonawcy PROJMORS Sp. z o.o. z dnia 12 kwietnia 2024 r.) wynika, że maksymalna ilość osób załogi to 8 osób. Mając na uwadze powyższe Wykonawca PROJMORS Sp. z o.o. nie wykazał kosztu łodzi, która będzie służyła w przypadku nagłej sytuacji, jako transport dla wszystkich osób wykonujących czynności. Koszt ten (większej lub drugiej łodzi) nie został uwzględniony w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, a element ten nie został uwzględniony w cenie oferty. Nawet założenia, że druga osoba wymagana do obsługi pontonu (poza obligatoryjną osobą kapitana pontonu w stanowisku min. starszy marynarz) wykonywałaby jednocześnie prace wiertnicze, skutkowałaby przyjęciem, że suma osób do ewakuacji to 9 osób, a zatem jest to liczba zbyt duża niż maksymalna liczba pasażerów i załogi według przywołanej już powyżej Karty Bezpieczeństwa nr 35/GDY/2022.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, że w odniesieniu do prac na jack-up Wykonawca PROJMORS Sp. z o.o. zakłada wykonywanie równoległe badań (wiercenie i sondowanie w tym samym czasie) 4 – osobową ekipą terenową. W tym trybie zakłada, iż prace „na wodzie” wykona w 19 dni i zakłada 31 dni rezerwy pogodowej. Doświadczenie Odwołującego wskazuje, iż jednostki pływające przywołane w wyjaśnieniach z dnia 12 kwietnia 2024 r. nie są w stanie zapewnić wykonywania wiercenia i sondowania równoległe, a zatem przyjęte do kalkulacji ilości dni zapewnienia sprzętu są zaniżone o ok. 50 %. Odwołujący powołując się na własne doświadczenie z jednostką przywołaną w piśmie Wykonawcy PROJMORS Sp. z o.o. wskazuje, że także ten element kalkulacji ceny oferty jest znacznie zaniżony i w konsekwencji skutkuje koniecznością oceny zaproponowanej ceny jako rażąco niskiej.

Opisane powyżej elementy rażąco niskiej ceny istotnych elementów oferty są wystarczające do uznania, skutków rażąco niskiej ceny w odniesieniu do realizacji całego zamówienia. Ponadto, Zamawiający, dokonując oceny wyjaśnień PROJMORS Sp. z o.o. w przedmiocie rażąco niskiej ceny, pominął, że Wykonawca nie złożył rzetelnych wyjaśnień ani dowodów na ich potwierdzenie –. Te okoliczności powinny skutkować odrzuceniem oferty PROJMORS Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust 1 pkt 8 PZP oraz art. 224 ust.6 PZP jako wykonawcy, który zaoferował cenę rażąco niską, a jego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. PROJMORS Sp. z o.o. nie wykazał w szczególności ujęcia w zaoferowanej cenie całości kosztów wykonania usług – całkowicie pominął koszty zatrudnienia GEOLOGA, którego skierowanie do realizacji zamówienia jest obligatoryjne w świetle warunku udziału w postępowaniu, pominął również koszty łodzi motorowej, co do której oświadczył wielokrotnie, iż będzie ona wykorzystywana do realizacji umowy. Dodatkowo PROJMORS Sp. z o.o. – w zakresie ponoszenia kosztów obsługi pontonu wskazał, iż wynagrodzenie uprawnionej załogi założone w kalkulacji będą uiszczane w wysokości niższej stawki godzinowej niż stawka godzinowa wynikająca z przepisów prawa. Wyjaśnienia PROJMORS są zatem niepełne, niewiarygodne i nie wykazują, aby cena została prawidłowo skalkulowana i aby spełniała warunki zamówienia.

Utrwalona linia orzecznicza KIO w sposób jednoznaczny obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty Wykonawcy PROJMORS Sp. z o.o., wskazując chociażby w wyroku KIO z dnia 12 września 2022 r. KIO 2231/22, iż z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp wynika domniemanie, że wykonawca, od którego zamawiający zażądał wyjaśnień, o których mowa w art. 224 ust. 2, zaoferował cenę rażąco niską. W konsekwencji składane przez wykonawcę w wykonaniu takiego żądania wyjaśnienia i dowody na ich poparcie, muszą obalić owo domniemanie. Jeżeli wykonawca ciężaru obalenia domniemania rażąco niskiej ceny w postępowaniu przed zamawiającym nie udźwignie, to jego oferta podlega odrzuceniu. W sytuacji, gdy złożone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, odrzucenie oferty wykonawcy powinno nastąpić na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

W konsekwencji, w ocenie Odwołującego w zaistniałym stanie faktycznym i prawnym, mając na uwadze przytoczoną argumentację oraz przepisy PZP, należy uznać, że niniejsze odwołanie jest w pełni uzasadnione i konieczne i

wnosił o jego uwzględnienie.

W dniu 21 czerwca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, iż mając na uwadze treść zarzutów oraz załączone do odwołania dowody na ich poparcie, w związku z powzięciem nowej wiedzy w przedmiocie sposobu wykazania przez PROJMORS spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak również wątpliwościami w zakresie rażąco niskiej ceny:

-uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu opisanego jako: (...) *zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy PROJMORS Sp. z o.o., pomimo iż została złożona przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu;*

-uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu opisanego jako: (...) *zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy PROJMORS Sp. z o.o., pomimo iż została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;*

-uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu opisanego jako: (...) *zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę PROJMORS Sp. z o.o., pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę za realizację zamówienia opisanego warunkami zamówienia wskazanymi w SWZ.*

Z uwagi na fakt, że wskazane zarzuty stanowiły wszystkie zarzuty podniesione w odwołaniu, powyższe stanowisko Zamawiającego było równoznaczne z uwzględnieniem odwołania w całości.

Dnia 29 maja 2024 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca „PROJMORS” Biuro Projektów Budownictwa Morskiego spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku. Dodatkowo pismem z dnia 24 czerwca 2024 r. wykonawca ten złożył pismo procesowe, w którym w związku ze stanowiskiem Zamawiającego otrzymanym w dniu 21 czerwca 2024 r., złożył sprzeciw co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w Odwołaniu przez Zamawiającego i wnosił o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron postępowania odwoławczego ustaliła, co następuje.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę „PROJMORS” Biuro Projektów Budownictwa Morskiego spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba uznała, że Odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

Art. 16 ustawy pzp – *„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

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

Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu*

Art. 226 ust. 1 pkt 7 pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*

Art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności skład orzekający wskazuje, że zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 3 ZNKU oraz art. 14 ZNKU należy uznać za zasługujące na uwzględnienie. W zakresie okoliczności, czy w postępowaniu mamy do czynienia z naruszeniem wyżej cytowanego przepisu ustawy Pzp wskazać należy, iż ustawa w zakresie definicji czynu nieuczciwej konkurencji odsyła do przepisów ZNKU.

Stosownie do artykułu 3 ZNKU czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Za czyny

nieuczciwej konkurencji uważa się: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi.

Stosownie do art. 14 ust. 1 tejże ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody. Zgodnie z ust. 2 wiadomościami, o których mowa w ust. 1, są nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd informacje, w szczególności o: (1) osobach kierujących przedsiębiorstwem; (2) wytwarzanych towarach lub świadczonych usługach; (3) stosowanych cenach; (4) sytuacji gospodarczej lub prawnej. Z kolei w ust. 3 wskazano, że rozpowszechnianiem wiadomości, o których mowa w ust. 1, jest również posługiwanie się: (1) nieprzystługującymi lub nieścisłymi tytułami, stopniami albo innymi informacjami o kwalifikacjach pracowników; (2) nieprawdziwymi atestami; (3) nierzetelnymi wynikami badań; (4) nierzetelnymi informacjami o wyróżnieniach lub oznaczeniach produktów lub usług.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, dla zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji z art. 14 ZNKU, jest konieczne, aby działanie przedsiębiorcy spełniało łącznie następujące przesłanki: po pierwsze, działanie musi polegać na rozpowszechnianiu informacji; po drugie, informacje te mają być nieprawdziwe (fałszywe) lub wprowadzające w błąd; po trzecie, informacje muszą dotyczyć samego przedsiębiorcy, który je rozpowszechnia (naruszyciela), jego przedsiębiorstwa, towarów albo usług lub osoby innego przedsiębiorcy, jego przedsiębiorstwa, towarów lub usług; po czwarte, informacje mają być rozpowszechniane w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody. Wskazane przesłanki mają charakter kumulatywny. W konsekwencji, brak realizacji chociażby jednej z tych przesłanek uniemożliwia kwalifikację określonego działania jako czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 14 ZNKU. Nie oznacza to, że działanie takie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. W dalszym ciągu zachodzi bowiem w takim przypadku możliwość jego kwalifikacji jako takiego na podstawie innych przepisów ZNKU, dotyczących nazwanych czynów nieuczciwej konkurencji lub na podstawie klauzuli generalnej z art. 3 ust. 1 ZNKU).

Przenosząc powyższe na powyższe rozważania na kanwę rozpoznawanej sprawy, uznać należy, że działania Uczestnika obejmujące przekazanie informacji dot. dysponowania osobą p. B.W. na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia należy uznać za skutkujące uznaniem, że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że działanie to miało charakter rozpowszechniania informacji. Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z dnia 5 listopada 2014 r. (sygn. I ACa 1053/14) przez „rozpowszechnianie” na gruncie wymienionego przepisu należy przy tym rozumieć nie tylko udostępnianie informacji publicznie do nieoznaczonej grupy odbiorców, ale także jakiegokolwiek przekazanie go innym osobom, nawet jeśli jest to grupa zamknięta, składająca się z indywidualnie oznaczonych osób, a to z uwagi na specyfikę prowadzenia działalności gospodarczej, dla której rozpowszechnienie informacji nawet wśród wąskiej grupy odbiorców może mieć istotne znaczenie. Przekazanie określonej wiadomości o przedsiębiorcy nawet jednej osobie może w pewnych okolicznościach znacząco wpłynąć na odbiór takiego przedsiębiorcy przez innych uczestników tego konkretnego rynku. W świetle powyższego za rozpowszechnianie należy w ocenie składu orzekającego uznać przekazywanie informacji w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w ramach którego wykonawca przekazuje zamawiającemu informacje dotyczące swoich właściwości, potencjału czy doświadczenia w celu oceny tych informacji w kontekście postawionych w postępowaniu warunków udziału czy też kryteriów oceny ofert. W świetle zgromadzonej dokumentacji działanie Uczestnika należy uznać za zamierzone i celowe. Jak podkreślał sam Uczestnik jest on wieloletnim wykonawcą zamówień udzielanych przez podmioty publiczne, zatem należy przyjąć, iż miał pełną świadomość celu w jakim przekazuje Zamawiającemu informacje o dysponowaniu określoną osobą i zamiarze skierowania jej do realizacji zamówienia, tak wskazując ją w formularzu ofertowym na potrzeby oceny oferty pod kątem wskazanych w SWZ kryteriów, jak również w wykazie osób na potrzeby oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Co więcej, jak wynika z dokumentacji postępowania Uczestnik miał przy tym pełną świadomość różnic pomiędzy dysponowaniem określoną osobą jako zasobem własnym, a przedstawieniem takiej osoby jako zasobem podmiotu trzeciego na który powołuje się zgodnie z zapisami art. 118-123 ustawy Pzp. Świadczą o tym dowody wskazujące na negocjacje prowadzone z firmą Przedsiębiorstwo Geologiczne „Geoprojekt Szczecin” Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie (dalej „Geoprojekt”), w tym przekazanie temu podmiotowi załączników do SWZ wymaganych od podmiotu trzeciego na zasoby którego powołuje się wykonawca.

W dalszej kolejności należy wskazać, iż przekazane informacje o dysponowaniu przez Odwołującego osobą p. B.W. były nieprawdziwe. Świadczy o tym w pierwszej kolejności oświadczenie tej osoby zgodnie z którym nie zawarł on i nie zamierzał zawrzeć w jakiegokolwiek formie umowy, w tym cywilno-prawnej, z Odwołującym obejmującej realizację usług jako Geolog na rzecz tego podmiotu w ramach wykonywania przedmiotowego zamówienia publicznego, jak również nie składał

i nie zamierzał składać wobec Odwołującego żadnych oświadczeń, które obejmowałyby zgodę na skierowanie osobiście do realizacji w ramach w/w. zamówienia usług jako Geolog, a w konsekwencji na wykorzystanie osobistych uprawnień zawodowych oraz osobistego doświadczenia zawodowego dla potrzeb wykazania spełnienia warunków udziału Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie w/w. zamówienia publicznego, jak też w zakresie oceny ofert w kryterium „Doświadczenie Geologa”.

Powyższego oświadczenia nie podważają okoliczności i dowody przedłożone przez Uczestnika. Z treści złożonych przez Uczestnika dowodów wynika, iż rozmowy i negocjacje nie były prowadzone przez Odwołującego bezpośrednio i osobiście z p. B.W., lecz z firmą Geoprojekt

w której osoba ta jest zatrudniona i pełni funkcję członka zarządu. Ich treść, w szczególności treść korespondencji mailowej nie odnosi się tym samym do udziału w postępowaniu p. B.W. osobiście jako zasobu Odwołującego, lecz w całości dotyczy udziału tej osoby jako zasobu podmiotu trzeciego, który miałby zostać Odwołującemu udostępniony w ramach postępowania przez firmę Geoprojekt i udział tej osoby stanowił element oferty firmy Geoprojekt złożonej Odwołującemu.

Również udział w postępowaniu w charakterze zasobu podmiotu trzeciego dotyczyły przekazane na pewnym etapie korespondencji dokumenty odnoszące się do osoby p. B.W.. Ostatecznie pomiędzy Odwołującym oraz firmą Geoprojekt nie doszło do zawarcia porozumienia, a w konsekwencji Odwołujący nie powołał się w treści oferty na zasoby firmy Geoprojekt jako podmiotu trzeciego.

Nie sposób jednak uznać, że fakt prowadzenia takich negocjacji dawały jakiegokolwiek podstawy Odwołującego do uznania, iż jest on upoważniony do wskazania osoby p. B.W. jako zasobu własnego, którym Odwołujący dysponuje osobiście jak zostało to ujęte w dokumentach przekazanych Zamawiającemu. Negocjacje z konkretną osobą w celu podjęcia współpracy i przedstawienia takiej osoby jako zasób własny oraz negocjacje z określonym podmiotem mające na celu udostępnienie danej osoby w charakterze zasobu podmiotu trzeciego stanowią bowiem dwie odrębnie regulowane przez ustawę instytucje i sposoby potwierdzania warunków udziału w postępowaniu.

Potwierdzenie faktu, iż nie prowadzono jakichkolwiek rozmów czy negocjacji osobiście z p. B.W. stanowi również dowód przedłożony przez Uczestnika w postaci oświadczenia pracownika Uczestnika z którego jednoznacznie wynika, że wszelkie ustalenia oraz negocjacje były prowadzone z firmą Geoprojekt, jak również deklaracje składane w toku tych negocjacji odnosiły się do udziału tego podmiotu w postępowaniu.

Za nieuzasadnione w świetle powyższego należy zatem uznać twierdzenie Uczestnika, iż oświadczenie p. B.W. jest dla Uczestnika zaskakujące i w jego ocenie wskazuje na fakt, że osoba ta zmieniła zdanie i zrezygnowała ze swojego udziału w realizacji przedmiotu zamówienia.

Raz jeszcze należy bowiem podkreślić, iż jedyną wynikającą ze złożonych dowodów sytuacją w której osoba ta miała wziąć udział w postępowaniu, było udostępnienie zasobów przez firmę Geoprojekt w której jest ona zatrudniona, do którego to udostępnienia ostatecznie nie doszło.

Potwierdzenia w przywoływanych dowodach nie znajduje również twierdzenie Uczestnika, iż osoba wyznaczona do kontaktu ze strony Geoprojekt wyraziła zgodę, żeby Uczestnik wskazał Pana B.W., jako geologa skierowanego do realizacji zadań jako zasób własny. Po pierwsze, brak w dowodach jakichkolwiek oświadczeń czy deklaracji ze strony upoważnionych przedstawicieli firmy Geoprojekt, zaś twierdzenia oparte są na oświadczeniach pracownika Uczestnika. Po drugie zaś i co istotniejsze – również w tych dowodach brak jakiegokolwiek deklaracji ze strony p. B.W. odnośnie jego udziału w postępowaniu i zgody na posłużenie się jego uprawnieniami i doświadczeniem w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu i oceny pod kątem kryteriów oceny ofert.

O wyrażeniu takiej, choćby dorozumianej zgody nie świadczy również przywoływany przez Uczestnika fakt, iż firma Geoprojekt pomimo dostępnej wiedzy o udziale Uczestnika w postępowaniu i złożeniu przez niego oferty, nie zgłaszała zastrzeżeń co do faktu, że Pan B.W. został wskazany w ofercie Przystępującego. Żaden z przedstawionych przez Uczestnika dowodów nie wskazuje bowiem, aby firma Geoprojekt dysponowała wiedzą, iż p. B.W. został wskazany w ofercie Uczestnika, a tym bardziej iż został wskazany jako zasób własny.

Tym samym mając na uwadze wszystkie przywołane powyżej okoliczności należy uznać, iż informacja przekazana przez Uczestnika Zamawiającemu dotycząca dysponowania osobą Pana B.W. jako zasobu własnego Uczestnika była informacją nieprawdziwą. Co więcej, w świetle przywołanych powyżej okoliczności oraz

dowodów uznać należy, iż nie zaistniały jakiejkolwiek okoliczności, które mogłyby dawać podstawy do przyjęcia, iż Uczestnik pozostawał w błędnym przekonaniu odnośnie prawdziwości przedstawianej Zamawiającemu informacji.

Przekazane informacje bezspornie dotyczyły przedsiębiorcy, który je rozpowszechniał tj. Uczestnika, jego przedsiębiorstwa oraz usług. Informacje te miały bowiem na celu przedstawienie Zamawiającemu zasobów Uczestnika, a tym samym jego potencjału i możliwości realizacji przedmiotu zamówienia.

Ostatecznie wskazać należy, że informacje były rozpowszechniane w celu przysporzenia Uczestnikowi korzyści. Bez wątpienia bowiem i co w oczywisty sposób wynika z przebiegu procedury postępowania o udzielenie zamówienia, celem przedkładania oświadczeń i informacji w zakresie dysponowania określonymi zasobami jest uznanie wykonawcy za spełniającego warunki udziału w postępowaniu, a w konsekwencji wybór złożonej oferty jako najkorzystniejszej i uzyskanie zamówienia publicznego. Bezsprzecznie zatem przekazane informacje odnośnie dysponowania p. B.W. miały na celu przysporzenie Uczestnikowi konkretnych korzyści.

Tym samym stwierdzić należy, iż potwierdził się zarzut odwołania zgodnie z którym przedstawienie w wykazie osób p. B.W. jako zasób własny Uczestnika należy zakwalifikować jako rozpowszechnianie informacji nieprawdziwych o przedsiębiorstwie Uczestnika co miało na celu wykazanie warunków udziału w postępowaniu i uzyskanie zamówienia publicznego, w konsekwencji uzyskanie korzyści dla Uczestnika. Mając powyższe na uwadze Izba uwzględniła zarzut podniesiony w pkt I.2 *petitum* odwołania.

W konsekwencji powyższego uwzględniony został również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp. Z uwagi na wskazane wcześniej ustalenia należy stwierdzić, iż przekazane na wezwanie podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają spełniania przez Uczestnika warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale 5 ust. 1 pkt 1.4 ppkt 3 SWZ tj. dysponowania co najmniej 1 (jedną) osobą posiadającą kwalifikacje w zawodzie geolog, posiadającą uprawnienia geologiczne kategorii VI zgodnie z rozporządzeniem Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 23 sierpnia 2023 r. w sprawie kwalifikacji w zakresie geologii (Dz. U. 2023.1756) oraz minimum 4 (cztery) lata doświadczenia (liczone od daty uzyskania uprawnień), w tym doświadczenie zawodowe przy sporządzaniu minimum 2 (dwóch) dokumentacji geologiczno-inżynierskich dla inwestycji zlokalizowanych na obszarach morskich, z których zakres prac badawczych co najmniej jednego z nich obejmował odwierty o głębokości min. 15m a ogólny metraż wierceń / sondowań na zadaniu był nie mniejszy niż 150 mb. Jednocześnie z uwagi na okoliczności faktyczne wskazujące, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp nie znajduje zastosowania procedura dodatkowego wezwania o dokumenty zgodnie z brzmieniem art. 128 ust. 1 pkt 1 Pzp. Tym samym oferta Uczestnika podlega odrzuceniu również w oparciu o przesłankę wskazaną w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp.

W ocenie Izby na uwzględnienie zasługiwał również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust 5 i 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Uczestnika, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę za realizację zamówienia opisanego warunkami zamówienia wskazanymi w SWZ.

Jeśli chodzi o możliwość wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp., Izba wskazuje, że z przytoczonym przepisem, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z wyjaśnień, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Stosownie do ust. 5, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Użyte w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. sformułowanie „budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia” wskazuje na wrażenie zamawiającego charakteryzujące się dużym stopniem subiektywności. Przepisy ustawy Pzp. w tym zakresie nie wskazują żadnych przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Zamawiający może powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju usług, znajomość cen obowiązujących na rynku, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu itp.

Podkreślenia wymaga, że w wezwaniu z dnia 19 marca 2024 r. Zamawiający sprecyzował, #x200ez czego wynikają jego wątpliwości w zakresie możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną przez odwołującego, wskazując m. in.: Zamawiający oczekuje wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny i (...) 2) *ujęcia w wyjaśnieniach i zwrócenia szczególnej uwagi na następujące elementy kosztowe:*

1)geologia (wg wiedzy Zamawiającego i obserwacji rynku, stawki za badania geologiczne uległy w ostatnim okresie istotnemu wzrostowi (...))

Wyjaśnienia powinny być kompletne i konkretne, tj. odnosić się do elementów kosztotwórczych i wszystkich elementów świadczenia Wykonawcy składających się na przedmiot zamówienia, zawierać wyliczenie w formie tabelarycznej z odniesieniem do załączonych dowodów oraz tam, gdzie opiera się na pracy personelu, zawierać szacowanie czasochłonności, jak również zawierać wskazanie zysku.

Należy zatem uznać, że Zamawiający skonkretyzował, które elementy budzą jego wątpliwość oraz w jakim zakresie oczekuje wyjaśnień od Uczestnika.

W odpowiedzi na powyższe Uczestnik w wyjaśnieniach z dnia 25 marca 2024 r. odesłał w tym zakresie do oferty i wyjaśnień przedstawionych przez podwykonawcę. Również wskazana w stanowiącej załącznik nr 1 Szczegółowej kalkulacji ceny całości tematu wartość dla pozycji Badania geologiczne odwołuje się do ceny z oferty podwykonawcy. Jednocześnie jak słusznie podnosił Odwołujący Uczestnik konsekwentnie oświadcza, iż spełnienie warunku w zakresie zatrudnienia geologa realizowane jest poprzez samodzielne dysponowanie tą osobą na podstawie umowy cywilnoprawnej. W konsekwencji należy zgodzić się z Odwołującym, że wyjaśnienia Uczestnika w zakresie rażąco niskiej ceny są nie odpowiadają w tym zakresie na wezwanie skierowane przez Zamawiającego, w szczególności nie uwzględniają elementu kosztotwórczego w postaci wynagrodzenia za realizację usług geologa wraz ze wskazaniem czasochłonności tego członka personelu Uczestnika. Należy przy tym podkreślić, iż z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia oraz specjalistyczny charakter usług, które będą świadczone przez osobę geologa, jak również znaczenie tych usług dla prawidłowości wykonania zamówienia, nie sposób uznać tego elementu przedmiotu zamówienia za nieistotny.

Tym samym wyjaśnienia udzielone w tym zakresie nie obaliły domniemania wynikającego z wezwania dot. możliwości wykonania zamówienia przez Uczestnika za cenę przedstawioną w ofercie, a w konsekwencji potwierdził się zarzut stawiany w tym zakresie przez Odwołującego.

Nie potwierdziły się natomiast zarzuty Odwołującego odnoszące się do kosztów związanych z wykorzystaniem jednostek pływających. W pierwszej kolejności należy wskazać że nieprawdziwe jest twierdzenie, jakoby w ofercie z dnia 5 marca 2024 r. firma APOL jedynie wspomina o możliwości wynajęcia łodzi motorowej („jednostki do transportu pracowników”). Jak wynika wprost z treści oferty jednostkę tę wyceniono, wskazując jednocześnie na nieobowiązkowy charakter tego elementu oferty.

W pozostałym zakresie związanym z wykorzystaniem jednostek pływających twierdzenia Odwołującego opierają się wyłącznie na kwestionowaniu zakładanej przez Uczestnika organizacji sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, co w zasadniczej mierze Odwołujący opierał o własne doświadczenie w tym zakresie. Należy podkreślić, że każda wycena zamówienia jest hipotetyczną analizą kosztów realizacji prac, dokonaną w oparciu o indywidualne doświadczenie i uwarunkowania wykonawcy. Zdaniem Izby, Odwołujący nie wykazał, że wycena wskazana przez Uczestnika kosztów realizacji zamówienia w tym zakresie jest nierynkowa czy nierealna, czy też aby nie zawierała któregośkolwiek z obligatoryjnie wymaganych w dokumentach zamówienia elementów kosztotwórczych.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 575 ustawy Pzp Strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Biorąc pod uwagę powyższe, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 7 ust. 1 pkt rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: