

WYROK
z dnia 27 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow
Członkowie: Emil Kawa
Daniel Konicz
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 marca 2015 r.** w Warszawie odwołania z dnia **9 marca 2015 r.** wniesionego przez wykonawcę **Tractebel Engineering S.A z siedzibą w Katowicach, ul. Dulęby 5, 40-833 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **TAURON Wytwarzanie S.A z siedzibą w Katowicach,**

przy udziale

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ECM Group Polska S.A z siedzibą w Warszawie, SGS Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **OTS-IP Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, K. Ć. „Complex Euro World” Firma Remontowo-Budowlana Produkcyjno Handlowa, ul. Juliusza Lea 112, 30-133 Kraków** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Tractebel Engineering S.A z siedzibą w Katowicach

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Tractebel Engineering S.A z siedzibą w Katowicach** tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez odwołującego **Tractebel Engineering S.A z siedzibą w Katowicach, ul. Dulęby 5, 40-833 Katowice** na rzecz zamawiającego **TAURON Wytwarzanie S.A z siedzibą w Katowicach** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811 i 915) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach.**

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający TAURON Wytwarzanie S.A z siedzibą w Katowicach, ul. Lwowska 23, 40-389 Katowice wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą

»Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla potrzeb realizacji projektu „Budowa bloku gazowo-parowego klasy 413 MWt z członem ciepłowniczym o mocy ok. 250 MWt oraz kotłami szczytowo-rezerwowymi o mocy ok. 60 MWt wraz z infrastrukturą pomocniczą i infrastrukturą towarzyszącą w TAURON Wytwarzanie Spółka Akcyjna Oddział Elektrownia Łagisza”«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **05.09.2014 r.** pod nrem **2014/S 170-302355**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811 i 915) zwanej dalej w skrócie „Pzp” lub „ustawą” bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **26.02.2015 r.** o wyborze najkorzystniejszej oferty **wykonawcy OTS-IP**.

Wykonawca Tractebel Engineering S.A z siedzibą w Katowicach, ul. Dulęby 5, 40-833 Katowice, zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp**, wniósł **09.03.2015 r.** do Prezesa KIO odwołanie na czynność **zamawiającego** wyboru najkorzystniejszej oferty i:

- 1) zaniechania dokonania oceny skuteczności, względnie uznania za prawidłowe, zastrzeżeń tytułem tajemnicy przedsiębiorstwa części informacji zawartych w ofertach wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:
 - a) [1] OTS-IP sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie [pełnomocnik] oraz [2] K. Ć. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K.Ć. „Complex Euro World” Firma Remontowo-Budowlana Produkcyjno-Handlowa (dalej zwanych „wykonawca **OTS-IP**”),
 - b) [1] Biuro Projektów „NAFTA-GAZ” sp. z o.o. z siedzibą w Jaśle [pełnomocnik], [2] Górnicze Biuro Projektów PANGAZ sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz ZEM Technika sp. z o.o. z siedzibą w Iwierzycach (dalej zwanych „wykonawca **NAFTA-GAZ**”),

3

-
- c) [1] ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie [pełnomocnik] oraz [2] SGS Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej zwanych „wykonawca **ECM**”)

– oraz wyjaśnień złożonych w toku postępowania przez **wykonawcę OTS-IP**, **wykonawcę NAFTA-GAZ** i **wykonawcę ECM**;

- 2) zaniechania wezwania do uzupełnienia wymaganych dokumentów **wykonawcy OTS-IP** oraz **wykonawcy ECM**, w tym dokumentów zaświadczających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, w tym m.in. wezwania do uzupełnienia dokumentu dotyczącego **wykonawcy OTS-IP**, poświadczającego zakres umocowania pana IF, mimo że w ofercie znajduje się jedynie tłumaczenie tego dokumentu na język angielski, jak również uzupełnienia względnie wyjaśnienia treści pełnomocnictwa udzielonego przez wykonawcę OTS-IP sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie panu JJ w sytuacji, gdy z treści pełnomocnictwa nie wynika, w którego imieniu członka konsorcjum OTS-IP sp. z o.o. udziela pełnomocnictwa oraz faktu, że nie może skutecznie udzielić takiego pełnomocnictwa „w imieniu konsorcjum”, jak również zaniechania zwrócenia się przez **zamawiającego** z wnioskiem o wyjaśnienie treści złożonych przez **wykonawcę ECM** dokumentów;
- 3) zaniechania wykluczenia **wykonawcy ECM**, mimo że złożył on nieprawdziwe informacje, które mają wpływ na wynik postępowania;
- 4) zaniechania odrzucenia ofert **wykonawcy OTS-IP** i **wykonawcy NAFTA-GAZ**, mimo że zakres świadczenia wymagany przez **zamawiającego** obiektywnie nie jest możliwy do wykonania za zaoferowane przez nich wynagrodzenie, innymi słowy zaoferowana cena wypełnia znamiona definicji „rażąco niskiej ceny” i w konsekwencji powinna była doprowadzić do odrzucenia ofert **wykonawcy OTS-IP** i **wykonawcy NAFTA-GAZ**

Czynnościom i zaniechaniom **zamawiającego odwołującego** zarzucił naruszenie:

- 1) **art. 7 ust. 1 Pzp** – przez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego w sposób, który zapewnia równe traktowanie wszystkich wykonawców;

- 2) **art 8 ust. 1 Pzp** – przez jego niezastosowanie i bezpodstawne uznanie, że w ofertach **wykonawcy OTS-IP, wykonawcy NAFTA-GAZ i wykonawcy ECM** znajdują się takie informacje, które uzasadniałyby odstępstwo od podstawowej zasady udzielania zamówień publicznych, tj. zasady jawności postępowania;
- 3) **art. 8 ust. 2 Pzp** – przez przyjęcie, że wyjaśnienia **wykonawcy OTS-IP, wykonawcy NAFTA-GAZ i wykonawcy ECM** są uzasadnione w kontekście uznania, że zastrzeżone tytułem tajemnicy przedsiębiorstwa przez tych wykonawców informacje

4

wypełniają w rzeczywistości znamiona definicji „tajemnicy przedsiębiorstwa” i jako takie mogły zostać utajnione, co w konsekwencji doprowadziło do bezpodstawnego zatajenia dokumentów **wykonawcy OTS-IP, wykonawcy NAFTA-GAZ i wykonawcy ECM** oraz naruszenia zasady jawności postępowania;

- 4) **art. 8 ust. 3 Pzp** w zw. z **art. 11 ust. 4 ustawy** z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) w zw. z **art. 7 ust. 1 Pzp** – przez zaniechanie dokonania oceny skuteczności zastrzeżenia przez **wykonawcę OTS-IP, wykonawcę NAFTA-GAZ i wykonawcę ECM** jako tajemnicy przedsiębiorstwa części dokumentów złożonych wraz z ofertami tych wykonawców, dołączonych do wyjaśnień złożonych tytułem uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a nawet samych wyjaśnień uzasadniających fakt zastrzeżenia tych informacji przez tych wykonawców, względnie – nieuzasadnione przyjęcie przez **Zamawiającego**, że informacje zastrzeżone przez **wykonawcę OTS-IP, wykonawcę NAFTA-GAZ i wykonawcę ECM** rzeczywiście wypełniają znamiona definicji „tajemnicy przedsiębiorstwa”, w sytuacji gdy wszystkie informacje odnoszące się zarówno do wykazywanych przez tych wykonawców usług (referencji), jak i doświadczenia osób, którymi się zamierzają posłużyć mają charakter informacji publicznych;
- 5) **art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp** – przez jego niezastosowanie, a w rezultacie uznanie, że wobec **wykonawcy ECM** nie zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania, mimo że **zamawiający** miał obowiązek wykluczyć **wykonawcę ECM** z postępowania na skutek złożenia przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji w zakresie, w jakim **wykonawca ECM**:
 - a) dokonał tłumaczenia referencji odnoszących się do projektu „Budowa Gazociągu wysokiego ciśnienia Bergara-Irun/Hiszpania o długości 90 km”, z którego to dokumentu wynika, że IDOM pełnił funkcję inżyniera kontraktu i nadzoru inwestorskiego, pomimo że z referencji wystawionych w języku angielskim wynika, że zakres zadań ograniczył się jedynie do pełnienia funkcji nadzoru inwestorskiego,
 - b) intencjonalnie wprowadził w błąd **zamawiającego** przez sporządzenie tłumaczenia referencji odnoszących się do projektu Budowy nowego bloku kogeneracyjnego wraz z kotłami gazowymi o mocy 40 MW w rafinerii San Roque w Hiszpanii dla CEPESA, w taki sposób, aby wynikało z nich, że wykonawca tego zadania inwestycyjnego zarządzał projektem, podczas gdy z referencji wystawionych w języku angielskim nic takiego nie wynika,
 - c) w referencjach odnoszących się do wymogu wykonania w okresie ostatnich 10 lat przed dniem upływu terminu składania ofert co najmniej jednej usługi

5

polegającej na pełnieniu nadzoru nad realizacją i zarządzaniu zadaniem inwestycyjnym w postaci budowy bloku energetycznego gazowo-parowego o mocy elektrycznej co najmniej 200 MWe netto i mocy cieplnej co najmniej 150 MWt, pomimo że żadna z usług, które wykazał **wykonawca ECM** tytułem spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu tego warunku nie spełnia;

- 6) **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp** – przez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie wykluczenia **wykonawcy ECM** z powodu niespełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, mimo uprzedniego wezwania **wykonawcy ECM** do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w zakresie, w jakim złożył

on m.in. dokumenty potwierdzające, że wykonał on:

- a) w okresie ostatnich 10 lat przed dniem upływu terminu składania ofert co najmniej jedną usługę polegającą na pełnieniu nadzoru nad realizacją i zarządzaniu zadaniem inwestycyjnym w postaci budowy bloku energetycznego gazowo-parowego o mocy elektrycznej co najmniej 200 MWe netto i mocy cieplnej co najmniej 150 MWt, pomimo że żadna z usług, które wykazał **wykonawca ECM** tytułem spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu tego warunku nie spełnia,
 - b) w okresie ostatnich 3 lat przed dniem upływu terminu składania ofert co najmniej jedną usługę polegającą na pełnieniu nadzoru nad realizacją i zarządzaniu zadaniem inwestycyjnym polegającym na budowie kotłów gazowo-olejowych, gazowych lub olejowych o łącznej mocy kotłów min. 20 MWt wraz z infrastrukturą konieczną do wyprowadzenia mocy cieplnej, doprowadzeniem mediów i paliw, podczas gdy zakres tej usługi nie odpowiada wymaganemu przez **zamawiającego** warunkowi udziału w postępowaniu;
- 7) **art. 26 ust. 3 Pzp** – przez jego niezastosowanie, a w konsekwencji przyjęcie, że dokumenty złożone przez **wykonawcę OTS-IP** potwierdzają warunki udziału w postępowaniu lub odpowiadają wymaganiom **zamawiającego**, w sytuacji gdy **wykonawca OTS-IP** dołączył do oferty tłumaczenie fragmentu protokołu z posiedzenia zarządu greckiej spółki, z którego to protokołu wynika, że jednej z osób wymienionej w tym tłumaczeniu udzielono umocowania, mimo że **wykonawca OTS-IP** obowiązany był złożyć oryginał protokołu z posiedzenia zarządu greckiej spółki względnie kopię protokołu wraz jego tłumaczeniem;
- 8) **art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp** – przez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia ofert **wykonawcy OTS-IP** i **wykonawcy NAFTA-GAZ**, w sytuacji gdy rzetelna analiza stanu faktycznego oraz posiadana przez **zamawiającego** wiedza i wyjaśnienia, prowadzą do wniosku, że przedmiot zamówienia obiektywnie nie jest możliwy do wykonania za cenę zaoferowaną przez

6

wykonawcę OTS-IP i **wykonawcę NAFTA-GAZ**, co w konsekwencji powinno skutkować odrzuceniem ofert powyższych wykonawców ze względu na zaoferowanie przez nich rażąco niskiej ceny;

- 9) **art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 2 Pzp** – przez jego bezpodstawne zastosowanie i przyjęcie, że **wykonawca OTS-IP** i **wykonawca NAFTA-GAZ** złożyli wystarczające wyjaśnienia do obalenia domniemania, że zaoferowana przez nich cena nie ma charakteru ceny rażąco niskiej, niewspółmiernej do rynkowej (obiektywnej) wartości **zamawianych** przez **zamawiającego** usług, w sytuacji gdy obiektywne czynniki związane z kalkulacją zaoferowanej ceny wskazują, że nie jest możliwe zaproponowanie aż tak niskich cen za wymagany przez **zamawiającego** zakres usług oraz sposób ich wykonania.

Odwolujący wniósł o:

- 1) merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie;
- 2) unieważnienie czynności **zamawiającego** w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 3) nakazanie **zamawiającemu** odtajnienie dokumentów bezpodstawnie zastrzeżonych przez **wykonawcę OTS-IP**, **wykonawcę NAFTA-GAZ** i **wykonawcę ECM**;
- 4) wykluczenie z postępowania **wykonawcy ECM**;
- 5) odrzucenie ofert **wykonawcy OTS-IP** i **wykonawcy NAFTA-GAZ**;
- 6) nakazanie **zamawiającemu** dokonania ponownej czynności badania i oceny złożonych ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, złożonych przez wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania.

Argumentacja **odwołującego**

Warunki udziału w postępowaniu zostały opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ” lub „specyfikacja” bez bliższego określenia) w Rozdziale 3 Warunki udziału w postępowaniu. Stosownie do postanowień specyfikacji, wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia powinni byli wykazać się stosownym

doświadczeniem, posiadać odpowiedni personel zdolny do wykonania zamówienia, posiadać wymaganą przez **zamawiającego** kondycję finansową na odpowiednim poziomie. **Zamawiający** dopuścił możliwość korzystania z potencjału podmiotów trzecich pod warunkiem wykazania możliwości rzeczywistego wykorzystania ich potencjału oraz wykazania tego faktu.

W odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, **zamawiający** otrzymał 5 ofert, w tym ofertę **odwołującego** oraz **wykonawcy OTS-IP, wykonawcy NAFTA-GAZ i wykonawcy ECM**.

7

W swoich ofertach **wykonawca OTS-IP, wykonawca NAFTA-GAZ i wykonawca ECM** zastrzegli jawność znacznej części dokumentów tytułem „tajemnicy przedsiębiorstwa”.

Zamawiający zwrócił się do **wykonawcy OTS-IP, wykonawcy NAFTA-GAZ i wykonawcy ECM** o wyjaśnienia i o uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a w przypadku **wykonawcy OTS-IP i wykonawcy NAFTA-GAZ** również z wnioskiem o złożenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Wykonawca OTS-IP, wykonawca NAFTA-GAZ i wykonawca ECM złożyli swoje wyjaśnienia, utajniając zarówno treść dołączonych do wyjaśnień dokumentów, jak i samo uzasadnienie zastrzeżenia jawności dokumentów tytułem tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający przyjął wyjaśnienia **wykonawcy OTS-IP, wykonawcy NAFTA-GAZ i wykonawcy ECM** oraz w oparciu o złożone oferty i wyjaśnienia wykonawców, dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, nie odrzucając żadnej oferty i nie wykluczając z postępowania żadnego z wykonawców.

Zdaniem **odwołującego** rozstrzygnięcie **zamawiającego** jest nietrafne i dokonane z rażącym naruszeniem przepisów prawa, co uzasadnia wnioszek **odwołującego** o unieważnienie czynności **zamawiającego**.

Uzasadnienie zarzutów

Zarzut naruszenia zasady jawności postępowania oraz zaniechania odtajnienia dokumentów odnoszący się do wykonawcy OTS-IP, wykonawcy NAFTA-GAZ i wykonawcy ECM

Zgodnie z treścią **art. 8 ust. 1 Pzp** postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne, a zgodnie z **art. 8 ust. 2 Pzp** **zamawiający** może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem tylko w przypadkach określonych w ustawie. Jediną przesłanką odmowy ujawnienia informacji, poza przepisami innych ustaw, która uregulowana została w **art. 8 ust. 3 Pzp**, jest tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z tym zastrzeżeniem, że wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł brak możliwości ich ujawniania. Zachowanie w toku postępowania **zamawiającego** wskazuje, że **zamawiający** jedynie tę przesłankę wziął pod uwagę, odmawiając wglądu do utajnionych dokumentów pozostałych wykonawców.

Zamawiający w sposób bezkrytyczny przyjął wyjaśnienia **wykonawcy OTS-IP, wykonawcy NAFTA-GAZ i wykonawcy ECM** tytułem tajemnicy przedsiębiorstwa i odstąpił od weryfikacji zasadności i prawidłowości tych wyjaśnień. Przemawiać może za powyższą konstatacją fakt zastrzeżenia przez **wykonawcę OTS-IP** uzasadnienia przez tego

8

wykonawcę dokonanego zastrzeżenia. Tego typu praktyki nie stanowią żadnej wartości handlowej, organizacyjnej czy technologicznej (technicznej).

Zarzut zaniechania uzupełnienia dokumentu ze względu na jego niedołączenie do oferty odnoszący się do wykonawcy OTS-IP

Stosownie do postanowień specyfikacji, **zamawiający** wymagał, by wykonawcy, którym swojego potencjału używają podmioty trzecie, udowodnili **zamawiającemu**, że będą dysponowali zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Celem wykazania, że **wykonawca OTS-IP** będzie dysponował odnośnym potencjałem

użyczonym **wykonawcy OTS-IP** przez grecką spółkę Asprofos Engineering SA z siedzibą w Atenach (Grecja), **wykonawca OTS-IP** dołączył do oferty zobowiązanie greckiej spółki podpisane przez pana IF. Jednocześnie celem wykazania umocowania pana IF do zaciągania zobowiązań w imieniu spółki, **wykonawca OTS-IP** złożył sporządzone przez greckiego prawnika tłumaczenie protokołu z posiedzenia zarządu spółki Asprofos Engineering S.A.

Odwolujący stwierdza, że niezależnie od tego, jakie uprawnienia przysługują prawnikom w Republice Greckiej, **wykonawca OTS-IP** nie złożył dokumentu, z którego wynikałoby umocowanie pana IF do działania w imieniu Asprofos Engineering S.A., a jedynie sporządzone w języku angielskim tłumaczenie tego dokumentu.

Odwolujący podnosi, że **wykonawca OTS-IP** nie dołączył do oferty żadnych dokumentów, które wykazywałyby, że pan IF może zaciągać zobowiązania w imieniu Asprofos Engineering S.A., a tym samym, że **wykonawca OTS-IP** skutecznie wykazał, że będzie mógł korzystać z zasobów podmiotu trzeciego.

Zamawiający obowiązany był do wezwania **wykonawcy OTS-IP** do uzupełnienia dokumentów (wraz z ich tłumaczeniami na język polski), z których wynikałoby, że osoba, która złożyła podpis na oświadczeniu o udostępnieniu swoich zasobów **wykonawcy OTS-IP**, może skutecznie oraz samodzielnie działać w imieniu tego podmiotu.

Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny odnoszący się do wykonawcy OTS-IP i wykonawcy NAFTA-GAZ

Stosownie do treści **art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający** ma obowiązek odrzucenia oferty zawierającej „rażąco niską cenę”. Ustawodawca nie zdefiniował, co należy rozumieć pod terminem „rażąco niska cena”.

9

W interpretacji terminu „rażąco niska cena” Urząd Zamówień Publicznych wskazał, że za „rażąco niską cenę” można uznać cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień.

W orzeczeniu SO w Katowicach z wskazano, że „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych”.

Ceny zaoferowane przez **wykonawcę OTS-IP** oraz **wykonawcę NAFTA-GAZ** są cenami rażąco niskimi.

Zaoferowana przez **wykonawcę OTS-IP** cena jest o 56% niższa od średniej arytmetycznej ofert niepodlegających odrzuceniu w postępowaniu oraz o 47% niższa od kwoty jaka zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Z kolei w przypadku oferty złożonej przez **wykonawcę NAFTA-GAZ** liczby te wynoszą odpowiednio 46% i 36%.

Odnosząc natomiast cenę zaoferowaną przez wykonawców do innych podobnych projektów i bez uwzględnienia wskaźników inflacji, przyjmując jako miarodajne wynagrodzenie miesięczne należy zauważyć, że cena oferty **wykonawcy OTS-IP** oraz **wykonawcy NAFTA-GAZ** odbiega w sposób znaczący od ceny oferowanych przez innych wykonawców w podobnych postępowaniach.

Zamawiający nie mógł uznać wyjaśnień **wykonawcy OTS-IP** i **wykonawcy NAFTA-GAZ** za uzasadniające niezaoferowania przez tych wykonawców rażąco niskiej ceny. Jakkolwiek byłyby te wyjaśnienia.

Zarzuty dotyczące wykonawcy ECM

Złożenie nieprawdziwych informacji przez wykonawcę ECM

Stosownie do przepisu **art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, zamawiający** zobowiązani są do wykluczenia z postępowania wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć na wynik postępowania.

W ugruntowanej linii orzeczniczej sądów wskazuje się, że wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu może nastąpić tylko wtedy, gdy podanie nieprawdziwych informacji wynika z winy umyślnej. W tym celu **zamawiający** powinien stwierdzić, że doszło do celowego, zawinonego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji, w celu wprowadzenia **zamawiającego** w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Ponadto **zamawiający** musi wykazać, że nieprawdziwe informacje miały wpływ na wynik postępowania (np. wyrok

Wykonawca ECM intencjonalnie wprowadza **zamawiającego** w błąd przez podawanie nieprawdziwych informacji. Po pierwsze mając świadomość tego, że nie wszystkie wskazane przez tego wykonawcę tytułem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu usługi (referencje) spełniają warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, wykonawca ten świadomie przedstawia te usługi, jako usługi spełniające ten warunek. Po drugie **wykonawca ECM** dokonuje przekłamań w dołączonych przez siebie tłumaczeniach referencji przez dopisywanie treści, które nie istnieją w oryginałach dokumentów. Referencje odnoszące się do projektu prowadzonego pod nazwą „Budowa Gazociągu wysokiego ciśnienia Bergara-Irun/Hiszpania o długości 90 km”, z którego to dokumentu wynika, że podmiot IDOM pełnił funkcję inżyniera kontraktu i nadzoru inwestorskiego, pomimo że z referencji wystawionych w języku angielskim wynika, że zakres zadań ograniczył się jedynie do pełnienia funkcji nadzoru nad pracami budowlanymi. Ponadto **wykonawca ECM** intencjonalnie wprowadził w błąd **zamawiającego** przez sporządzenie tłumaczenia referencji odnoszących się do projektu Budowy nowego bloku kogeneracyjnego wraz z kotłami gazowymi o mocy 40 MW w rafinerii San Roque w Hiszpanii dla CE PSA, w taki sposób, aby wynikało z nich, że wykonawca tego zadania inwestycyjnego zarządzał projektem, podczas gdy z referencji wystawionych w języku angielskim nic takiego nie wynika.

Tłumaczenie tych drugich referencji jest na tyle niestaranne (świadczy co najmniej o rażącym niedbalstwie **wykonawcy ECM**), że **wykonawca ECM** pominął fakt wystawienia tych referencji na inny podmiot, tj. **IDOM Internacjonal S.A** niż ten, który zobowiązał się do udzielenia **wykonawcy ECM** swojego potencjału. W sporządzonym przez **wykonawcę ECM** tłumaczeniu, wykonawca ten ograniczył się do przetłumaczenia referencji jedynie do wskazania, że referencje dotyczą spółki IDOM. Powyższe spostrzeżenie ma o tyle znaczenie, że w dokumentach odnoszących się do podmiotu trzeciego występuje kilka (co najmniej 3) spółki posługujące się firmą „IDOM” zatem w ocenie **odwoływającego** istniała potrzeba dochowania należytej staranności w precyzji tłumaczenia dokumentów, odnoszącej się nie tylko do zakresu wykonanych przez te podmioty usług, ale również tego, kto te usługi wykonał.

Tylko z tych powodów **wykonawca ECM** powinien być zostać wykluczony z postępowania bez wzywania tego wykonawcy do składania jakichkolwiek wyjaśnień lub uzupełniania dokumentów.

Brak spełnienia przez wykonawcę ECM warunków udziału w postępowaniu

Żadna z usług wykazanych przez **wykonawcę ECM** tytułem spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie w jakim wykonawca ten w okresie ostatnich 10 lat przed dniem upływu terminu składania ofert wykonał co najmniej jedną usługę polegającą na pełnieniu

11

nadzoru nad realizacją i zarządzaniu zadaniem inwestycyjnym w postaci budowy bloku energetycznego gazowo-parowego o mocy elektrycznej co najmniej 200 MWe netto i mocy cieplnej co najmniej 150 MWt, pomimo że żadna z usług, które wykazał **wykonawca ECM** tytułem spełnienia powyższego warunku udziału w postępowaniu tego warunku nie spełnia.

Co najmniej dwie z tych usług wykonane zostały na rzecz **wykonawcy**, a nie **inwestora**, co oznacza, że bezpodstawne jest twierdzenie, że były to usługi odnoszące się do świadczenia usługi inżyniera kontraktu. Zakres tych usług był zupełnie odmienny niż ten, o których zapewnia **wykonawca ECM** tytułem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Z kolei w przypadku usługi trzeciej, wykonanej przez podmiot trzeci na rzecz spółki gasNATURAL s.a. istnieje prawdopodobieństwo, graniczące z pewnością, że usługa ta wykonana została wcześniej niż w dziesięcioletnim, wymaganym przez **zamawiającego**, okresie poprzedzającym złożenie ofert oraz nie odpowiada warunkowi stawianemu przez **zamawiającego**.

Wykonawca ECM nie wykazał również spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie obowiązku wykonania w okresie ostatnich 3 lat przed dniem upływu terminu składania ofert co najmniej jednej usługi polegającej na pełnieniu nadzoru nad realizacją i zarządzaniu zadaniem inwestycyjnym polegającym na budowie kotłów gazowo-olejowych lub

gazowych lub olejowych o łącznej mocy kotłów minimum 20 MWt wraz z infrastrukturą konieczną do wyprowadzenia mocy cieplnej, doprowadzeniem mediów i paliw z uwagi na fakt, że zakres tej usługi, co wynika z dołączonych referencji, nie odpowiada wymaganemu przez **zamawiającego** warunkowi udziału w postępowaniu.

Zarzucone fakty – zdaniem **odwołującego** – powinny skutkować wykluczeniem **wykonawcy ECM** z postępowania ze względu na niewykazanie przez **wykonawcę ECM** spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zarówno dokumentami dołączonymi do złożonej oferty, jak i uzupełnionymi po uprzednim wezwaniu tego wykonawcy w trybie **art. 26 ust. 3 Pzp**.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu 09.03.2015 r.**

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **10.03.2015 r.** (art. 185 ust. 1 Pzp).

13.03.2015 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia [1] **OTS-IP** sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie [pełnomocnik] oraz [2] K. Ć. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K. Ć. „Complex Euro World” Firma Remontowo-Budowlana Produkcyjno-Handlowa złożyli (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) **zamawiającego** i (3)

12

odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie **zamawiającego** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

13.03.2015 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia [1] **ECM** Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie [pełnomocnik] oraz [2] SGS Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie złożyli (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) **zamawiającego** i (3) **odwołującego**, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie **zamawiającego** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

20.03.2015 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. **Zamawiający** wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w **art. 179 ust. 1 Pzp**, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez **odwołującego**.

Zamawiający podniósł w odpowiedzi na odwołanie, że cena oferty **odwołującego** przekracza kwotę, którą **zamawiający** zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i którą to kwotę **zamawiający** podał bezpośrednio przed otwarciem ofert, zgodnie z **art. 86 ust. 3 Pzp**, który brzmi »Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia«. Jednak **zamawiający** nie dowiódł, że w ewentualnym przypadku wyboru oferty **odwołującego zamawiający** będzie musiał unieważnić postępowanie na podstawie **art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp**, który brzmi »Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli [...] cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty«. **Zamawiający** nie wykazał, że nie będzie mógł zwiększyć kwoty, którą może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny wybranej oferty. Rozpatrzenie możliwości sfinansowania zamówienia przez **zamawiającego** w zasadzie może wystąpić dopiero po wyborze oferty i rozpoznaniu konkretnych okoliczności związanych z kondycją finansową **zamawiającego**. Sytuację tę

13

musi w zasadzie zawsze ocenić **zamawiający** dopiero po dokonaniu wyboru

najkorzystniejszej oferty i tak też stanowi przepis przewidując ewentualność możliwości zwiększenia kwoty po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty.

Dodatkowo Izba stwierdza, że stany faktyczne przytoczonych przez **zamawiającego** wyroków zbyt daleko odbiegają od stanu faktycznego rozpoznawanego postępowania, aby można się było kierować wskazaniami tych wyroków.

W związku z tym Izba była zobowiązana oddalić wnioski **zamawiającego** i rozpoznać odwołanie wykonawcy, który zaoferował kwotę większą niż kwota, którą podał **zamawiający** przed otwarciem ofert, którą to kwotę **zamawiający** zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez **zamawiającego**, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie Izby, zarzut **naruszenia zasady jawności postępowania oraz zaniechania odtajnienia dokumentów odnoszący się do wykonawcy OTS-IP, wykonawcy NAFTA-GAZ i wykonawcy ECM** – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zdaniem **odwołującego zamawiającego** w sposób bezkrytyczny przyjął wyjaśnienia **wykonawcy OTS-IP, wykonawcy NAFTA-GAZ i wykonawcy ECM** tytułem tajemnicy przedsiębiorstwa i odstąpił od weryfikacji zasadności i prawidłowości tych wyjaśnień. Dodatkowo **odwołujący** wskazał na fakt zastrzeżenia przez **wykonawcę OTS-IP** uzasadnienia przez tego **wykonawcę** dokonanego zastrzeżenia.

Izba ustaliła, a strony i uczestnicy postępowania potwierdzili to na posiedzeniu do protokołu, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811 i 915), a więc zgodnie z przepisami obowiązującymi przed wejściem w życie ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232).

Zamawiający 09.12.2014 r. i 29.01.2015 r. wezwał do złożenia wyjaśnień wszystkich **wykonawców** zastrzegających informacje zawarte w ofercie jako tajemnicę przedsiębiorstwa, zgodnie z **art. 8 ust. 3 Pzp** w brzmieniu obowiązującym w momencie wszczęcia postępowania. Przepis **art. 8 ust. 3 Pzp** obowiązujący w postępowaniu brzmi »Nie

14

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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Do konkursu przepis stosuje się odpowiednio.

Zamawiający, po analizie wyjaśnień wykonawców, uwzględnił zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w większości informacji, choć w pewnym zakresie informacji przedstawionych przez **wykonawcę NAFTA-GAZ** nie uwzględnił zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności Izba ustaliła, że zastrzeżenia i wyjaśnienia **wykonawcy OTS-IP** są zasadne i zamawiający zasadnie uwzględnił zastrzeżenia tego wykonawcy dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa. Z tego względu Izba musi oddalić odwołanie w zakresie naruszenia zasady jawności w stosunku do oferty **wykonawcy OTS-IP**.

Natomiast odwołujący nie wykazał, że ewentualne naruszenie przepisów dotyczących zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez **wykonawcę NAFTA-GAZ i wykonawcę ECM** miały wpływ na wynik postępowania. W związku z tym Izba nie może uwzględnić odwołania w pozostałym zakresie zarzutu naruszenia zasady jawności, zgodnie z **art. 192 ust. 2 Pzp**, który brzmi »Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia«.

Z wyżej przedstawionych powodów Izba oddala zarzut naruszenia zasady jawności postępowania oraz zaniechania odtajnienia dokumentów.

W ocenie Izby, zarzut **zaniechania uzupełnienia dokumentu ze względu na jego niedołączenie do oferty odnoszący się do wykonawcy OTS-IP** – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwolujący stwierdził, że **wykonawca OTS-IP** będzie dysponował potencjałem uzyskanym przez spółkę Asprofos Engineering SA z siedzibą w Atenach (Grecja). Aby to wykazać **wykonawca OTS-IP** dołączył do oferty zobowiązanie spółki Asprofos podpisane przez pana IF. Jednocześnie celem wykazania umocowania pana IF do zaciągania zobowiązań w imieniu greckiej spółki, **wykonawca OTS-IP** złożył sporządzone przez greckiego prawnika tłumaczenie protokołu z posiedzenia zarządu spółki Asprofos Engineering S.A.

Jednak Izba stwierdza, że z dokumentów złożonych przez **wykonawcę OTS-IP** wynika umocowanie pana IF do zaciągania zobowiązań w imieniu podmiotu z Aten. Wynika to z dokumentu złożonego na str. 82 oferty (tłumaczenie str. 84). Dołączanie dodatkowych

15

dokumentów nie było wymagane postanowieniami specyfikacji, nie jest wymagane przez przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych ani przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231).

Wobec tego Izba oddala odwołanie w zakresie zarzutu **zaniechania uzupełnienia dokumentu**.

W ocenie Izby, zarzut **dotyczący rażąco niskiej ceny odnoszący się do wykonawcy OTS-IP i wykonawcy NAFTA-GAZ** – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza (jak i wyżej), że ze względu na termin wszczęcia postępowania (05.09.2014 r.) w postępowaniu nie obowiązują znowelizowane przepisy. Dotyczy to w szczególności **art. 90 ust. 1 Pzp**. Dlatego zamawiający natykając się na ceny ofertowe, które wzbudziły jego wątpliwości stosował się do **art. 90 ust. 1 i 2 Pzp** w brzmieniu »1. Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. 2. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności metody wybrane oszczędność wykonania zamówienia, rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów«.

Zamawiający 09.12.2014 r. zwrócił się do **wykonawcy OTS-IP i wykonawcy NAFTA-GAZ** o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i uzyskał w żądanym terminie te wyjaśnienia. Przy czym obaj wykonawcy zastrzegli swoje wyjaśnienia jako tajemnicę przedsiębiorstwa. **Wykonawca OTS-IP** złożył wyjaśnienia ze szczegółowym omówieniem obiektywnych czynników mających wpływ na cenę ofertową oraz dowody na potwierdzenie tezy, że cena ofertowa nie jest rażąco niska. Dlatego zamawiający mógł dokonać weryfikacji tych wyjaśnień i stwierdzić, że oferta **wykonawcy OTS-IP** nie podlega odrzuceniu na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 4 ani art. 90 ust. 3 Pzp**. Przepis **art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp** brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia«, a przepis art. 90 ust. 3 Pzp brzmi »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«.

16

Z tych względów **zamawiający** nie mógł odrzucić oferty **wykonawcy OTS-IP**, a więc Izba jest obowiązana stwierdzić, że zarzut **dotyczący rażąco niskiej ceny zaofiarowanej przez wykonawcę OTS-IP** – nie zasługuje na uwzględnienie.

Ponadto odwołujący nie wykazał, że ewentualne naruszenie przepisów dotyczących złożenia oferty z rażąco niską ceną przez **wykonawcę NAFTA-GAZ** miało wpływ na wynik postępowania. W związku z tym Izba nie może uwzględnić odwołania w pozostałym zakresie

zarzutu naruszenia zasady jawności, zgodnie z **art. 192 ust. 2 Pzp**.

W związku z tym Izba nie może uwzględnić odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego **rażąco niskiej ceny złożonej w ofercie wykonawcy NAFTA-GAZ**

Z wyżej przedstawionych powodów Izba oddala zarzut **dotyczący zaoferowania rażąco niskiej ceny odnoszący się do wykonawcy OTS-IP i wykonawcy NAFTA-GAZ**

W ocenie Izby, zarzut **złożenia nieprawdziwych informacji przez wykonawcę ECM** oraz zarzut **braku spełnienia przez wykonawcę ECM warunków udziału w postępowaniu** – nie mogą zostać uwzględnione.

Odwołujący nie wykazał, że ewentualne naruszenie przepisów dotyczących zarzutu **złożenia nieprawdziwych informacji przez wykonawcę ECM** oraz zarzutu **braku spełnienia przez wykonawcę ECM warunków udziału w postępowaniu** miały wpływ na wynik postępowania.

W postępowaniu **zamawiający** wybrał ofertę **wykonawcy OTS-IP** jako ofertę najkorzystniejszą. Oferta **wykonawcy ECM** znalazła się w rankingu ofert na dalszym miejscu. Ze względu na niepodważenie wyboru oferty **wykonawcy OTS-IP** zarzuty do **wykonawcy ECM** nie mogą mieć wpływu na wynik postępowania. W związku z tym Izba nie może uwzględnić odwołania w zakresie zarzutów dotyczących **wykonawcy ECM** złożenia nieprawdziwych informacji oraz dotyczących braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z **art. 192 ust. 2 Pzp**.

Z tych powodów Izba oddala zarzuty dotyczące **wykonawcy ECM** złożenia nieprawdziwych informacji oraz dotyczące braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Z powyżej przedstawionych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości

17

i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

18