

WYROK
z dnia 19 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 grudnia 2014 r.** w Warszawie odwołania z dnia **4 grudnia 2014 r.** wniesionego przez wykonawcę **Getinsa Ingenieria S.L. z siedzibą w Madrycie (Hiszpania), Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madrid, Hiszpania** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Inko Consulting Sp. z o.o., Euroconsult S.A., MP-Mosty Sp. z o.o., ul. Dworcowa 18/6, 43-200 Pszczyna** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

1

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Getinsa Ingenieria S.L. z siedzibą w Madrycie (Hiszpania), Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madrid, Hiszpania 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 **Getinsa Ingenieria S.L. z siedzibą w Madrycie (Hiszpania), Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madrid, Hiszpania**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez odwołującego **Getinsa Ingenieria S.L. z siedzibą w Madrycie (Hiszpania), Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madrid, Hiszpania** na rzecz zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** 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) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Pełnienie nadzoru nad realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Kontynuacja budowy autostrady A4 na odcinku Rzeszów (węzeł Wschodni)-Jarosław (węzeł Wierzbna) od km 581+263,44 do km 622+463,44 wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, budowlami i urządzeniami budowlanymi»«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej **06.05.2014 r.** pod nrem **2014/S 087-152724**.

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) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **24.11.2014 r.** o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie [pełnomocnik], [2] EUROCONSULT SA z siedzibą w Madrycie, [3] MP Mosty Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.**

I. Wykonawca Getinsa Ingenieria S.L. z siedzibą w Madrycie (Hiszpania), Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madrid, Hiszpania, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł odwołanie 04.12.2014 r. do Prezesa KIO odwołanie od:

- 1) zaniechania czynności wykluczenia wykonawcy **INKO Consulting Sp. z o.o., EUROCONSULT SA i MP-MOSTY Sp. z o.o. (dalej Konsorcjum INKO)** na podstawie przepisu **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp** ze względu na fakt, że **Konsorcjum INKO** nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 2) zaniechania czynności wykluczenia na podstawie **art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp Konsorcjum INKO**, pomimo że **Konsorcjum INKO** nie przedłużyło okresu związania ofertą;
- 3) zaniechania czynności odrzucenia ofert na podstawie przepisu **art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp** w zw. z **art. 90 ust. 3 Pzp** ze względu na fakt, że oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum INKO** zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

3

4) zaniechania czynności oceny złożonych przez **Konsorcjum INKO** na podstawie **art. 90 ust. 1 Pzp** wyjaśnień zgodnie z przepisami Ustawy;

5) zaniechania czynności odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia **odwołującemu** zastrzeżonych przez **Konsorcjum INKO** jako niejawnych złożonych na podstawie **art. 90 ust. 1 Pzp** wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo że informacje zawarte w tych wyjaśnieniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

6) zaniechania czynności odrzucenia ofert na podstawie przepisu **art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp** w związku z **art. 3 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji** (dalej „uoznk”) ze względu na fakt, że złożenie oferty przez **Konsorcjum INKO** stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

7) zaniechania czynności odrzucenia ofert na podstawie przepisu **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** ze względu na fakt, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

8) zaniechania czynności odrzucenia ofert na podstawie przepisu **art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp** w związku z **art. 23 ust. 2 Pzp** ze względu na fakt, że oferta jest niezgodna z ustawą.

II. Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie:

1) przepisu **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp** przez zaniechanie wykluczenia z postępowania **Konsorcjum INKO**, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;

2) przepisu **art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp**, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania **Konsorcjum INKO**, pomimo że wykonawca ten nie przedłużył okresu związania ofertą i przepisów ustawy przez czynność **zamawiającego** polegającą na wyborze oferty **Konsorcjum INKO** jako oferty najkorzystniejszej;

3) przepisu **art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp** w związku z **art. 7 ust. 1 Pzp** przez zaniechanie odrzucenia oferty **Konsorcjum INKO**, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a **Konsorcjum INKO** nie złożyło wyjaśnień spełniających wymagania określone w **art. 90 ust. 2 i 3 Pzp**;

4) przepisu **art. 7 ust. 1 Pzp** w związku z naruszeniem **art. 8 ust. 1-3 Pzp** w związku z naruszeniem **art. 96 ust. 3 zdanie drugie Pzp** przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia **odwołującemu** zastrzeżonych przez wykonawcę **Konsorcjum INKO** wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, pomimo że

informacje zawarte w tych wyjaśnieniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

5) przepisu **art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp** w związku z **art. 3 i art. 15 ust. 1 pkt 1 UoZNK** przez zaniechanie odrzucenia oferty **Konsorcjum INKO**, pomimo że złożenie oferty przez

4

Konsorcjum INKO stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

6) przepisu **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** przez zaniechanie odrzucenia oferty **Konsorcjum INKO**, pomimo że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

7) przepisu **art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp** w związku z **art. 23 ust. 2 Pzp** przez zaniechanie odrzucenia oferty **Konsorcjum INKO**, pomimo że oferta ta jest niezgodna z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

III. Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert;
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) dokonania ponownej oceny ofert;
- 4) odtajnienia dokumentów wskazanych w odwołaniu;
- 5) wykluczenia z postępowania **Konsorcjum INKO**;
- 6) odrzucenia oferty złożonej przez **Konsorcjum INKO**;
- 7) dokonanie wyboru oferty **odwołującego** jako oferty najkorzystniejszej.

IV. Żądania odwołującego od zamawiającego

W przypadku uwzględnienia przez **zamawiającego** w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. **186 ust. 2 Pzp**) **odwołujący** żąda od **zamawiającego**: dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem odwołania.

V. Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu **art. 179 ust 1 Pzp** oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez **zamawiającego** wskazanych przepisów **ustawy**. **Odwołujący** jest wykonawcą w rozumieniu **art. 2 pkt 11 Pzp** i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniku bezprawnych czynności **zamawiającego** wskazanych powyżej **odwołujący** został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Oferta **odwołującego** jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu. Ponadto – w wyniku ww. naruszeń przepisów Ustawy może dojść do następczego unieważnienia postępowania – co także naraziłoby **odwołującego** na poniesienie szkody.

VI. Formalne przesłanki wniesienia odwołania

Odwołujący został poinformowany o czynnościach i zaniechaniach **zamawiającego** **24 listopada 2014 r.**, a zatem odwołanie wniesione jest z zachowaniem 10 dniowego terminu

5

przewidzianego w Ustawie. **Odwołujący** przekazał kopię odwołania **zamawiającemu** przed upływem terminu do wniesienia odwołania – dowód w załączeniu.

UZASADNIENIE

I. Zarzut niewykazania spełniania warunków w postępowaniu

14 listopada 2014 r. zamawiający wezwał **Konsorcjum INKO** do uzupełnienia oferty przez wskazanie osoby proponowanej do pełnienia funkcji Inspektora ds. rozliczeń. Zgodnie z **pkt 6.2.3.b.5 IDW** (Instrukcja Dla Wykonawców) w ofercie należało wskazać dwie osoby na tę funkcję, zaś oferta **Konsorcjum INKO** w **Formularzu 3.3** zawierała tylko jedną taką osobę. Zgodnie z wezwaniem **zamawiającego** odpowiednie uzupełnienie miało zostać złożone w oryginale w siedzibie **zamawiającego** w Rzeszowie do **21.11.2014 r.**

W dokumentacji postępowania znajduje się pismo **Konsorcjum INKO** datowane „Pszczyna, **19.11.2014 r.**”, na którym znajduje się pieczęć wpływu do **zamawiającego** **20.11.2014 r.** Zdaniem **odwołującego** nie jest to pismo złożone w oryginale, gdyż nie znajdują się na nim oryginalne podpisy osób uprawnionych do reprezentacji wszystkich

członków **Konsorcjum INKO**. Skoro zaś uzupełnienie nie zostało złożone w oryginale, należy je potraktować jakby nie zostało złożone.

Wykonawca Euroconsult SA (członek **Konsorcjum INKO**) 10.10.2014 r. złożył oświadczenie o odwołaniu pełnomocnictwa z 04.06.2014 r. Jednocześnie po tej dacie nie udzielono żadnego innego pełnomocnictwa dla wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w szczególności – po 04.06.2014 r. **Konsorcjum INKO** nie posiada (z naruszeniem art. 23 ust. 2 Pzp) pełnomocnika do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Skutkiem powyższego jest okoliczność, że od 04.06.2014 r. **Konsorcjum INKO** nie posiada pełnomocnika w rozumieniu art. 23 ust. 2 Pzp. Zatem jakiegokolwiek oświadczenia w imieniu **Konsorcjum INKO** mogą składać łącznie tylko wszyscy członkowie **Konsorcjum INKO**. Aby przedmiotowe uzupełnienie było skutecznie złożone w imieniu **Konsorcjum INKO** – musiałyby znajdować się na nim podpisy osób uprawnionych do reprezentacji wszystkich członków Zarządu. Tymczasem zdaniem **odwołującego** Pan X. A. T. nie złożył na uzupełnieniu oryginalnego podpisu.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na podpisy, jakie znajdują się pod pismami podpisanymi przez Pana X. A. T. z 10.10.2014 r. i 07.11.2014 r. i porównać je z podpisem pod przedmiotowym uzupełnieniem. Są to z całą pewnością całkiem różne podpisy, złożone przez różne osoby.

Co więcej – także podpis Pani E. R. pod wykazem „Potencjał kadrowy” nie jest prawidłowy, gdyż zostało złożone przez osobę nieuprawnioną do składania oświadczeń w imieniu **Konsorcjum INKO**. Wykaz ten jest opatrzony datą 16.06.2014 r., ale został sporządzony później, już po otrzymaniu wezwania od **zamawiającego** 14.11.2014 r. Zaś po

6

14.11.2014 r. Pani E. R. nie była uprawniona do składania oświadczeń w imieniu **Konsorcjum INKO**. Aby przedmiotowy wykaz był oświadczeniem złożonym w imieniu **Konsorcjum INKO** musiałyby znajdować się na nim podpisy osób reprezentujących wszystkich członków **Konsorcjum INKO**.

Dodatkowo **odwołujący** wskazuje, że **Konsorcjum INKO** w dniu uzupełnienia oferty (ani w dniu złożenia oferty) nie dysponowało osobami, które zostały wskazane w wykazie „Potencjał kadrowy”. A tym samym – zarówno nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak i – poświadczyło nieprawdę w tym wykazie. A zatem – **Konsorcjum INKO** powinno zostać wykluczone z postępowania także na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp – gdyż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Informacją taką jest podanie nieprawdziwych informacji odnośnie dysponowania osobami wskazanymi w wykazie „Potencjał kadrowy” podczas, gdy osobami tymi nie dysponowali, w szczególności nie posiadali na dzień złożenia oferty podpisanych umów zlecenia.

II. Zarzut braku ważnego i skutecznego oświadczenia o przedłużeniu okresu związania ofertą

W aktach postępowania znajdują się 2 pisma od **Konsorcjum INKO**, w którym **Konsorcjum INKO** przedłuża okres związania ofertą. Pismo z 10.10.2014 r., które wpłynęło do **zamawiającego** 13.10.2014 r. – przy czym pismo to zostało podpisane przez Panią E. R., koordynatora. Mając na uwadze wskazany w punkcie I uzasadnienia odwołania fakt braku pełnomocnika **Konsorcjum INKO** – Pani E. R. nie była uprawniona po 10.10.2014 r. do składania jakiegokolwiek oświadczeń w imieniu **Konsorcjum INKO**.

Kolejne pismo od **Konsorcjum INKO** dotyczące przedłużenia okresu związania ofertą ma datę 31.10.2014 r., zaś zostało doręczone do **zamawiającego** 03.11.2014 r. Na piśmie tym widnieją podpisy osób uprawnionych do reprezentacji wszystkich członków **Konsorcjum INKO**. Jednak zdaniem **odwołującego** także to pismo nie zostało złożone w oryginale.

Tymczasem pierwotny okres związania ofertą upłynął 14.10.2014 r. Zatem pismo z 31.10.2014 r., dostarczone do **zamawiającego** 03.11.2014 r. i podpisane przez wszystkich członków **Konsorcjum INKO** – nie stanowi skutecznego przedłużenia ważności oferty, gdyż zostało złożone po upływie okresu związania ofertą. **Zamawiający** powinien wykluczyć **Konsorcjum INKO**.

III. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty, pomimo że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

Zamawiający dokonał oceny 7 ofert. Jedyne kryterium oceny ofert była cena. Budżet postępowania wynosił 12.195.018,15 złotych brutto. Ceny brutto wszystkich ofert w tym

Miejsce po Wykonawca Cena brutto w PLN Procent budżetu złożeniu ofert

- 1 **Konsorcjum INKO** 5.984.503,50 48,07% 2 Promost Consulting 6.922.095,60 56,76%
3 *Getinsa* 7.847.338,50 64,35% 4 ECMG GmbH 8.883.718,05 72,84%
5 ZBM Inwestor 8.939.172,60 73,30% 6 MGGP S.A. 9.162.270,00 75,13%
7 URS Polska Sp. z o.o. 9.552.330,18 78,33%

Już samo porównanie cen złożonych ofert wskazuje, że cena oferty **Konsorcjum INKO** jest ceną rażąco niską, gdyż jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych – a taka właśnie definicja rażąco niskiej ceny przyjęta jest w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Cena oferty **Konsorcjum INKO** znacząco i rażąco odbiega od kwoty, jaką **zamawiający** przewidział na realizację zamówienia, cena ta stanowi mniej niż 50% wartości szacunkowej zamówienia. A niewątpliwie **zamawiający** szacując budżet postępowania oparł się na ekspertyzach biegłych oraz dokonał dokładnego rozpoznania rynku.

Także w przypadku cen rynkowych – cena oferty **Konsorcjum INKO** jest ceną rażąco niską. Za cenę rynkową z całą pewnością można uznać średnią cenę wszystkich złożonych ofert, tymczasem cena oferty **Konsorcjum INKO** jest aż o 26,88% niższa od takiej średniej dla przedmiotowego postępowania.

Odwolujący – nie znając treści złożonych przez **Konsorcjum INKO** wyjaśnień – uważa, że wyjaśnienia te nie zawierają żadnych obiektywnych czynników uzasadniających zaoferowanie tak niskiej ceny, które to czynniki nie istnieją w stosunku do wszystkich pozostałych wykonawców. Należy bowiem podkreślić, że wszystkie firmy startujące w przedmiotowym postępowaniu świadczą swoje usługi w oparciu o te same, stosowane na całym świecie metodyki i zasady, oferują swoim pracownikom czy podwykonawcom analogiczne wynagrodzenia oraz stosują te same rozwiązania techniczne. Zdaniem **odwołującego** w przedmiotowych wyjaśnieniach **Konsorcjum INKO** nie wskazało żadnych czynników, które są specyficzne tylko i wyłącznie dla tych wykonawców.

Zdaniem **odwołującego** **Konsorcjum INKO** nie ujęło w swojej ofercie, a następnie nie wykazało w wyjaśnieniach składanych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wszystkich elementów przedmiotu zamówienia, w szczególności **Konsorcjum INKO** nie uwzględniło w cenie oferty następujących składników cenowych:

- Zgodnie z postanowieniami pkt 4.2 OPZ wykonawca jest zobowiązany do uwzględniania kosztów zakwaterowania i delegacji,
- Zgodnie z postanowieniami pkt 4.2 OPZ wykonawca jest zobowiązany do zapewniania każdemu z personelu środków transportu i łączności,

– Zgodnie z postanowieniami pkt 4.4 OPZ wykonawca jest zobowiązany do uwzględniania kosztów wynagrodzenia wraz z narzutami,

– Zgodnie z postanowieniami pkt 2.4.4 OPZ wykonawca jest zobowiązany do uwzględniania kosztów organizacji wizyt studyjnych.

Zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu, to wykonawca wezwany w trybie art. 90 ust. 1 Pzp⁵ do złożenia wyjaśnień zobowiązany jest do wykazania, że zaoferowana przez niego cena – nie jest ceną rażąco niską, że obejmuje wszystkie elementy przedmiotu zamówienia oraz nie gwarantuje należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Zdaniem **odwołującego** **Konsorcjum INKO** nie sprostало ciężącemu na nim obowiązкови wykazania wszystkich tych elementów. Zaś złożone wyjaśnienia są nieprecyzyjne, niekonkretne i ogólnikowe.

IV. Zarzut zaniechania odtajnienia złożonych przez Konsorcjum INKO wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo że informacje zawarte w tych wyjaśnieniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Odwolujący wskazuje, że objęcie wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa jest możliwe jedynie w przypadku wykazania przez wykonawcę, który dokonuje takiego zastrzeżenia łącznego ziszczenia się przesłanek określonych w przepisie art. 11 ust. 4 ustawy o

zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. wykazania, że dana informacja:

- 1) ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa;
- 2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej;
- 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odnosnie warunku pierwszego powszechnie przyjmuje się, że przepis ten wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa.

Odnosnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną.

Odnosnie zaś warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) – należy zaznaczyć, że podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

9

W ocenie **odwołującego** dokonane przez **Konsorcjum INKO** zastrzeżenie wyjaśnień składanych w trybie **art. 90 ust. 1 Pzp** jako tajemnicy przedsiębiorstwa było i jest bezpodstawne. Zawarte w tych wyjaśnieniach informacje nie realizują bowiem łącznie ww. przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. (sygn. akt: III CZP 74/05) **zamawiający** powinien odtajnić zastrzeżone informacje, czego jednak nie uczynił. **Zamawiający** naruszył więc przepisy ustawy, w szczególności zasadę jawności postępowania jak i wyrażone w **art. 7 ust. 1 Pzp** zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji.

Zdaniem **odwołującego** w stosunku do przedmiotowych zastrzeżonych informacji nie zostały spełnione co najmniej przesłanki nieujawnienia do informacji publicznej oraz posiadania charakteru technicznego, technologicznego, handlowego lub organizacyjnego przedsiębiorstwa.

Także trzecia przesłanka ustawowa tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest spełniona. Wykonawcy w wyjaśnieniach tajemnicy przedsiębiorstwa składanych na żądanie **zamawiającego** nie wykazali, że podjęli w stosunku do tych informacji niezbędne działania w celu zachowania poufności. Wobec braku wykazania spełniania tej przesłanki w wyjaśnieniach – informacje nie mogą, zgodnie z definicją legalną, zostać potraktowane jako skutecznie zastrzeżona tajemnica przedsiębiorstwa. Samo zaś objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa danej informacji nie jest wystarczające dla wykazania spełnienia tej przesłanki – tak też Krajowa Izba Odwoławcza w wyr. z 4 czerwca 2012 r., KIO 1016/12: *„Zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w celu uniemożliwienia innym wykonawcom wglądu do dokumentów składanych w ofercie, nie stanowi podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności i narusza podstawową zasadę jawności obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”*.

Odwołujący uważa, że faktycznym powodem zastrzeżenia ww. dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie była konieczność ochrony informacji stanowiących tajemnicę, lecz wyłącznie chęć utrudnienia konkurencji, przez uniemożliwienie konkurentom (w tym **Odwołującemu**) weryfikacji ofert ww. wykonawców pod kątem zgodności z SIWZ i Ustawą. Warto zacytować fragment uzasadnienia orzeczenia o sygn. akt: KIO 2040/10: „Izba stoi na stanowisku, że działanie przystępującego polegające na utajnieniu wykazu usług jak też referencji wskazanych usług zmierzało nie do ochrony faktycznie tajemnicy przedsiębiorstwa a do uniemożliwienia innym wykonawcom ewentualnej weryfikacji oświadczeń przystępującego”.

Co więcej – **zamawiający** nie udostępnił całości złożonych wyjaśnień, nawet strony tytułowej czy strony z podpisami, nie wiadomo, jak obszerny jest to dokument. Tymczasem graniczy z nieprawdopodobieństwem, aby dokładnie cała treść przedmiotowych wyjaśnień

10

spełniała przesłanki ustawowe definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa. **Zamawiający** zupełnie bezkrytycznie podszedł do faktu złożenia oświadczeń o objęciu tajemnicą wyjaśnień rażąco niskiej ceny – zamiast pochylić się nad tymi dokumentami i dokonać realnej ich oceny oraz ewentualnej zawartej w nich tajemnicy. Na nieprawidłowość zastrzegania całości dokumentów wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyr. z 18 marca 2011 r., sygn. akt KIO 452/12; „Nie jest uzasadnione zastrzeganie ujawnienia całości dokumentów wówczas, gdy tylko w części tego dokumentu znajduje się informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Ponadto – jeśli **Konsorcjum INKO** nie wykazało **zamawiającemu** spełnienia się wszystkich trzech przesłanek, to także w takiej sytuacji **zamawiający** powinien dokument ten udostępnić. **Odwołujący** uważa, że do takiego wykazania nie doszło. Na wadliwość takiego zastrzeżenia, bez wykazania spełnienia przesłanek definicji legalnej, wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyr. z 8 października 2012 r., sygn. akt KIO 2036/12: „Wyjaśnienia złożone przez wykonawców, uzasadniające zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa powinny być precyzyjne i jasne, bowiem tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątku od zasady jawności postępowania nie można domniemywać. W rozpatrywanym stanie faktycznym złożone przez przystępującego, w wyniku wezwania **zamawiającego**, wyjaśnienia nie potwierdzają konieczności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa zastrzeżeń poczynionych we wniosku o dopuszczenie do udziału w zakresie oświadczenia podmiotu trzeciego o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia oraz dokumentów, potwierdzających należyte wykonanie zamówień”. czy też w wyr. z 4 listopada 2011 r., sygn. akt KIO 2294/11: „Przystępujący nie wskazał przykładowo, czy i jakie stosuje polityki bezpieczeństwa, czy i w jaki sposób ograniczył krąg osób mających dostęp do informacji, czy zastrzeżono klauzule poufności w umowach ze swoimi pracownikami. Z omawianych względów Izba nakazała **zamawiającemu** odtajnienie zastrzeżonego przez przystępującego opisu oferowanego rozwiązania”.

Powyższa kwestia precyzyjnego wykazania ziszczenia się przesłanek definicji legalnej jest powiązana z kwestią ciężaru dowodu. Otóż ciężar dowodu w zakresie zasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ciąży na tym wykonawcy, który taką tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegł. Pogląd ten **odwołujący** opiera zarówno na zasadzie zdrowego rozsądku – tylko ten, kto zastrzega tajemnicę przedsiębiorstwa wie, jakie są podstawy tego zastrzeżenia – jak na dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W sytuacji takiej jak rozpoznawana **odwołujący** nie może przedstawić dowodów, że jakieś wyjaśnienia zostały bezzasadnie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż **odwołujący** – nie znając ich treści – nie może wskazać żadnych argumentów czy też dowodów. Może powoływać się wyłącznie na ogólne zasady – co też uczynił w odwołaniu. Odnośnie ciężaru dowodu w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa Krajowa Izba Odwoławcza wypowiadała się wielokrotnie, przykładowo:

11

– w wyr. z dnia 8 października 2010 r., sygn. akt: KIO 2079/10: „Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę **przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje**. Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego, że ciężar ten spoczywa wykonawcy, który zarzut nieskutecznego zastrzeżenia podniósł w odwołaniu. Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez **zamawiającego** pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać, że podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji”;

– w wyr. z 4 listopada 2011 r., sygn. akt: KIO 2294/11: „Zdaniem Izby, ciężar udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywał na podmiocie, który z tego działania wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne, a więc na przystępującym a w konsekwencji także na **zamawiającym**, który nie zdecydował się na odtajnienie informacji zastrzeżonych przez przystępującego”;

– w wyr. z 7 listopada 2011 r., sygn. akt: KIO 2255/11, KIO 2260/11, KIO 2283/11: „Zdaniem Izby, ciężar udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na podmiocie, który z tego działania wyciąga korzystne dla siebie skutki prawne, w tym przypadku spoczywa on na przystępujących Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., CompuGroup Medical Polska Sp. z o.o. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem przystępujących, że **odwołujący**, który nie ma możliwości zapoznania się z

treścią zastrzeżonych przez wykonawców dokumentów, winien przedstawić dowody na bezskuteczność zastrzeżeń ujętych we wnioskach o dopuszczenie do udziału”;

– w wyr. z 21 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 457/12: „Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy; który takiego zastrzeżenia dokonuje. Nie można przyjąć, by ciężar ten spoczywał na wykonawcy, który zarzut nieskutecznego zastrzeżenia podnosi w odwołaniu. Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez **zamawiającego** pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać, że podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji”;

– w wyr. z 5 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 331/12 i KIO 33/12: „Pokreślenia wymaga, że ciężar udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na podmiocie, który z tego działania wyciąga korzystne dla siebie skutki prawne, w tym przypadku spoczywał on na wykonawcach, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego”;

– w wyr. z 20 czerwca 2011 r., sygn. akt: KIO 1172/11: „Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy zastrzegającym tajemnicę przedsiębiorstwa. Skoro bowiem wykonawca dokonuje takiego

12

zastrzeżenia i wymaga, aby **zamawiający** je respektował musi równocześnie wykazać, że spełnione zostały wszystkie przesłanki dla przyjęcia, że w istocie zastrzeżenie dotyczy tajemnicy przedsiębiorstwa, a nie jest np. czynione w celu ograniczenia konkurentom wglądu do oferty i jej weryfikacji”;

– w wyr. z 8 października 2012 r., sygn. akt: KIO 2036/12: „Zdaniem Izby, ciężar udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na podmiocie, który z tego działania wyciąga korzystne dla siebie skutki prawne. W tym przypadku spoczywa on na przystępującym [...], który zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa część wniosku o dopuszczenie do udziału. W konsekwencji także, ciężar udowodnienia co do skuteczności poczynionego zastrzeżenia obciąża samego **zamawiającego**, który nie zdecydował się na udostępnienie informacji zastrzeżonych przez wykonawcę. „Podobnie w wyroku z 7 listopada 2011 r., sygn. akt KIO 2255/11, KIO 2260/11, KIO 2283/11 oraz w wyroku z 4 listopada 2011 r., sygn. akt KIO 2294/11.

Na zakończenie **odwołujący** pragnie także zwrócić uwagę, że przy rozpatrywaniu możliwości objęcia danych informacji oferty tajemnicą przedsiębiorstwa należy wziąć pod uwagę fakt, że zasada jest jawność postępowania, zaś zastrzeganie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów stanowiących dokumentację postępowania – jest wyjątkiem od tej zasady. Stanowisko takie jest ugruntowane w linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej, na potwierdzenie czego wskazujemy kilka przykładowych orzeczeń:

– wyrok KIO/UZP 338/09: „zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy, gdyż zasada jest jawność postępowania o zamówienie publiczne i jawność ofert. Oznacza to, że **zamawiający** nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz żądać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony”;

– wyrok KIO 1080/11: „Zasada jawności w postępowaniu jest zasadą nadrzędną i wyjątki od niej, zarówno w kontekście faktów, jak i prawa, nie mogą być interpretowane tak, aby prowadziło to do jej ograniczenia”;

– wyrok KIO 2294/11: jednakże tajemnicy przedsiębiorstwa jako wyjątku od zasady jawności nie można domniemywać, albowiem jego przesłanki należy rozpatrywać ściśle”;

– wyrok KIO 776/12: „W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na przywołany przepis **art. 8 ust. 1 Pzp**, który stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne. Przepis ten kształtuje **istotną zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego**. Odczytując tę zasadę łącznie z dyspozycją **art. 96 ust 3 Pzp**, który to przepis stanowi, że oferty w postępowaniu udostępnia się wykonawcom od otwarcia ofert, stwierdzić należy, że ustawodawca wypełnienie tej zasady znalazł także w udostępnianiu dokumentacji z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. (...) Na

13

marginesie Izba zwraca uwagę na to, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokumentacja z postępowania ma charakter jawny. Jej utajnienie (zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa) musi mieć charakter wyjątkowy, choćby wynikający z tego, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania. Dokumenty przedkładane przez wykonawców w postępowaniu, w szczególności na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, także powinny być z zasady jawne. Jeśli wykonawca zastrzega te informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa powinien w tym zakresie działać z należytą starannością wyłącznie w celu ochrony swoich informacji technicznych, technologicznych, czy organizacyjnych, czy posiadających wartość gospodarczą, które nie zostały w żaden sposób ujawnione do wiadomości publicznej i podjęto w stosunku do nich konieczne i niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, a nie tylko w celu nieudostępniania tych informacji innym wykonawcom ubiegającym się o dane zamówienie w celu ograniczenia możliwości weryfikacji, w trybie środków ochrony prawnej, oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu opisanych przez **zamawiającego**”;

– wyrok KIO 1016/12: „Tym samym zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w celu uniemożliwienia innym wykonawcom wglądu do dokumentów składanych w ofercie, nie stanowi – także zdaniem Izby – podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności i narusza podstawową zasadę jawności obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”;

– wyrok KIO 457/12: „Izba wskazuje, że pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazać w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczający w reżim oparty na zasadzie jawności, powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa”;

– wyrok KIO 223/12, KIO 248/12 i KIO 261/12: „Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób, a powyższe mieści się w charakterze obowiązków, a nie uprawnień **zamawiającego**” (podobnie wyrok KIO 1409/12 i KIO 1428/12).

Skoro zatem objęcie części ofert tajemnicą przedsiębiorstwa jest wyjątkiem od podstawowej zasady zamówień publicznych – to należy w tym zakresie stosować zasadę

14

exceptiones non sunt extendendae – czyli zasadę zakazu wykładni rozszerzającej wyjątków. Tym samym każde odejście od zasady jawności postępowań o udzielenie zamówienia powinno być traktowane bardzo wąsko, z koniecznością przedstawienia przez podmiot zastrzegający jawność oferty szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego spełnienia 3 przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie może być mowy o żadnym „domniemaniu” tajemnicy, czy też przyjęciu przez **zamawiającego** „na słowo”, że przesłanki są spełnione. Jeśli dany wykonawca obejmujący jakąś część dokumentacji postępowania tajemnicą przedsiębiorstwa nie wykazał spełniania przesłanek oraz nie przedstawił dowodów – to **zamawiający** (w trakcie oceny ofert) powinien udostępnić takie dokumenty pozostałym wykonawcom lub też Krajowa Izba Odwoławcza (na etapie postępowania odwoławczego) powinna nakazać **zamawiającemu** takie odtajnienie i udostępnienie. Zdaniem **odwołującego** – ww. wykonawcy nie wykazali zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa ww. dokumentów oraz nie uzasadnili faktu nie zastosowania fundamentalnej zasady jawności postępowania.

V. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum INKO, pomimo że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Przepis **art. 15 ust. 1 UoZNK** wskazuje, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Z

taką też sytuacją mamy do czynienia w postępowaniu. **Konsorcjum INKO** zaoferowało **zamawiającemu** usługi świadczone przez niektórych specjalistów znacznie poniżej ceny świadczenia tych usług. Jak wynika z oferty **Konsorcjum INKO** szereg specjalistów miałoby świadczyć usługi na rzecz **zamawiającego** za cenę wynoszącą 65 złotych za jeden dzień. Mając na uwadze, że miesiąc zawiera średnio 20 dni roboczych – to wynagrodzenie dla takich specjalistów wyniosłoby 1.300 (jeden tysiąc trzysta złotych) miesięcznie. Jest to kwota poniżej minimalnej pensji określonej przez przepisy prawa, nie mówiąc już, że stanowi zaledwie ułamek średniego wynagrodzenia dla specjalistów wskazanych w IDW. Zatem oczywiste jest, że usługi te są oferowane poniżej kosztów świadczenia usług, gdyż zgodnie z prawem nikt nie może nawet świadczyć usług za 1.300 złotych miesięcznie.

Z kolei zaoferowanie usług po tak niskich cenach miało na celu wyeliminowanie innych wykonawców, składających oferty w tym postępowaniu. Ostatnio można zauważyć w szeregu postępowań prowadzonych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad oferowanie przez wykonawców podobnych stawek. Oferowanie takich cen ma na celu eliminację konkurencji przez pozyskanie kontraktów, w okresie przejściowym nawet poniżej

15

kosztów świadczenia usług, ale za to w perspektywie długoterminowej ma to służyć zmonopolizowaniu rynku, wyeliminowaniu innych firm.

Co więcej – zdaniem **odwołującego** oferowanie tak niskich cen w zakresie niektórych specjalistów ma na celu wyłącznie pozyskanie zamówienia. A właśnie takie pozyskanie danego zamówienia jest eliminacją konkurencji.

Tak też orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyr. z 21 lutego 2103 r., KIO 267/13: „Natomiast sam **odwołujący** odpowiadając na wezwanie **zamawiającego** do wyjaśnienia zastosowanych cen w pozycjach z Tabeli 1, nie wyjaśnia szczegółowych elementów kalkulacji, która spowodowała podanie cen w oznaczonej wysokości w jego ofercie. Natomiast **odwołujący** jednoznacznie w swoich wyjaśnieniach stwierdza, że jeżeli chodzi o wycenę zastosowanych cen w Tabeli nr 1a to przyczyną takich a nie innych cen był system punktacji ustalony w SIWZ **zamawiającego** służący wyborowi najkorzystniejszej oferty. Z powyższego wyjaśnienia wynika, że **odwołujący** przyznaje, że nie dokonywał kalkulacji podanych cen w tabeli 1 a pod kątem ich realności kosztów czyli możliwości za podane ceny wykonania zamówienia tylko pod kątem wygrania przetargu. W ocenie Izby takie postępowanie **odwołującego** wręcz potwierdza praktykę nieuczciwej konkurencji wobec pozostałych wykonawców. **Odwołujący** sam przyznaje, że jego cennik nie ma na celu realności ceny, za jaką można wykonać zamówienie tylko stanowi element walki konkurencyjnej, mającej służyć wygraniu przetargu w kontekście ustalonych w SIWZ kryteriów oceny ofert przez **zamawiającego**”.

VI. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum INKO, pomimo że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia

Zamawiający w specyfikacji w tomie III „Opis przedmiotu zamówienia” w punkcie 4.2 wskazał, aby dla każdej ze wskazanych w ofercie osób ujęto koszty:

- 1) wynagrodzenia wraz z narzutami;
- 2) urządzenia stanowiska pracy;
- 3) szkolenia personelu nadzoru;
- 4) zakwaterowania i delegacji;
- 5) wyposażenia BHP;
- 6) transportu i łączności;
- 7) urlopów i zwolnień;
- 8) wszelkie inne związane z zatrudnieniem i pracą tych osób.

Przy zastosowanej stawce 65 złotych za jeden dzień oraz średniej liczbie 20 dni roboczych w danym miesiącu – kwota, jaką otrzyma **Konsorcjum INKO** od **zamawiającego** dla pokrycia wymienionych kosztów to 1.300 zł miesięcznie. Kwota ta nie pokrywa nawet

16

wynagrodzenia wraz z narzutami, a tym samym nie ujęto w przedmiotowej stawce pozostałych kosztów. Tym samym oferta **Konsorcjum INKO** jest sprzeczną z treścią

specyfikacji – gdyż **Konsorcjum INKO** nie ujęło w przedmiotowej stawce wszystkich wymaganych przez **zamawiającego** kosztów.

VII. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum INKO, pomimo że oferta jest niezgodna z Ustawą

Przepis **art. 23 ust. 2 Pzp** nakłada na wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia bezwzględny obowiązek ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania wykonawców w postępowaniu albo do reprezentowania wykonawców w postępowaniu i zawarcia umowy. Przepis ten nie pozostawia żadnej dowolności wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia, w tym nie pozostawia możliwości, aby wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia uznali, że taki pełnomocnik nie jest im potrzebny.

Konsorcjum INKO początkowo posiadał takiego pełnomocnika, jednak od **10.10.2014 r.** **Konsorcjum INKO** nie posiada tego pełnomocnika. Członek konsorcjum Euroconsult SA odwołał stosowne pełnomocnictwo, zaś zgodnie z dokumentacją postępowania – nie został wyznaczony inny pełnomocnik ani też dotychczasowemu (już odwołanemu) nie udzielono kolejnego pełnomocnictwa. Tym samym od **10.10.2014 r.** oferta **Konsorcjum INKO** jest sprzeczna z Ustawą – gdyż jest sprzeczna z przepisem **art. 23 ust. 2 Pzp.** **Konsorcjum INKO** nie posiada bowiem pełnomocnika.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu 04.12.2014 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **05.12.2014 r.** (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

08.12.2014 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **[1] INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Pszczynie [pełnomocnik], [2] EUROCONSULT SA z siedzibą w Madrycie, [3] MP Mosty Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** 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).

17

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez odwołującego:

1) (dowód nr 1) wyciągi z analiz GUS, z których odwołujący wywodzi zawarcie w ofercie przystępującego rażąco niskiej ceny
– **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Skład orzekający Izby stwierdził, 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.

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 składu orzekającego Izby, zarzut pierwszy – naruszenia przepisu **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp** przez zaniechanie wykluczenia z postępowania **Konsorcjum INKO [zwanego dalej przystępującym]**, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu – nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp brzmi »Z postępowania o udzielenie zamówienia

wyklucza się również wykonawców, którzy [...] nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu».

Odwolujący podniósł, że od **10.10.2014 r. do 08.12.2014 r.**, kiedy, zdaniem odwołującego, było w mocy wypowiedzenie pełnomocnictwa – **przystępujący** nie posiadał pełnomocnika. Jak to stwierdził sam odwołujący skutkiem wypowiedzenia pełnomocnictwa z **10.10.2014 r.** było to, że konsorcjum dalej istniało, ale nie miało pełnomocnika i nie mogło być reprezentowane przez dotychczasowego pełnomocnika, a powinno być reprezentowane przez wszystkich członków konsorcjum działających łącznie. Dalej **odwołujący** zarzucił, że jeden z podpisów – pełnomocnika członka **konsorcjum** z Hiszpanii – nie mógł być w autentyczny zwłaszcza ze względu na trudności komunikacyjne między Madrytem (siedziba

18

jednego z członków **konsorcjum**), Pszczyną (siedziba pełnomocnika **konsorcjum**) i Rzeszowem (siedziba oddziału **zamawiającego**).

W związku z tymi trudnościami komunikacyjnymi – zdaniem odwołującego – nie mogło nastąpić przekazywanie dokumentów z oryginalnymi podpisami członków konsorcjum, a zwłaszcza uzupełnienie dokumentów zażądane przez zamawiającego zgodnie z **art. 26 ust. 3 Pzp**, który brzmi »Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert«.

Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że odwołujący nie wziął pod uwagę, co wskazał przystępujący, że uprawnieni przedstawiciele członków konsorcjum mogli w danych dniach przebywać w jednym miejscu np. w Warszawie. W takim przypadku złożenie odpowiednich dokumentów z właściwymi podpisami nie stanowiłoby żadnego problemu. **Odwolujący** nie wykazał ani nie uprawdopodobnił, że do takiej sytuacji nie doszło lub nie mogło dojść.

Ponadto na okazany – Izbie i odwołującemu przez zamawiającego podczas rozprawy – dokument, do którego odwołujący miał obiekcje, że nie został on podpisany przez właściwą osobę – odwołujący cyt. »stwierdził możliwość podpisu innej osoby na pieczęcie pana [...] – przedstawiciela jednego z członków konsorcjum INKO«.

Odwolujący dokonał tego stwierdzenia po kilkusekundowych oględzinach i nie uzasadnił niczym swojego stanowiska. Z doświadczenia życiowego Izba stwierdza, że nie można wiarygodnie i podstawnie po chwilowym oglądzie podpisów pod dokumentami wysnuwać takich wniosków, że kilka podpisów na pieczęcie jednej osoby pod różnymi dokumentami mogło zostać złożone nie przez jedną osobę.

Z tego względu zarzut pierwszy – naruszenia przepisu **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp** – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzuty drugi – naruszenia przepisu **art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp**, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania **przystępującego**, pomimo że wykonawca ten nie przedłużył okresu związania ofertą i innych przepisów ustawy przez

19

czynność **zamawiającego** polegającą na wyborze oferty **przystępującego** jako oferty najkorzystniejszej – nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp brzmi »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy [...] nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą«.

Przepis **art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp** nakazuje zamawiającemu wykluczyć wykonawcę, który

nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą. Do wykluczenia na tej podstawie prawnej konieczne jest, aby zamawiający najpierw zwrócił się do wykonawcy o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na podstawie **art. 85 ust. 2 Pzp**, który brzmi »Wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni«.

W rozpoznawanej sprawie odwołujący nie dowiódł, że zamawiający zwrócił się do **przystępującego** o przedłużenie terminu związania ofertą, a przystępujący nie zgodził się na przedłużenie terminu związania ofertą. Wobec braku wykazania, że zamawiający zwrócił się do wykonawcy o przedłużenie terminu związania ofertą i wykonawca ten nie zgodził się na przedłużenie terminu związania ofertą, skład orzekający Izby nie może przychylić się do zarzutu drugiego, bo nie zostało wykazane zaistnienie przesłanki koniecznej do wykluczenia wykonawcy na podstawie **art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp**. Jednocześnie odwołujący podniósł tylko, że wykonawca nie przedłużył terminu związania ofertą ze względu na podejrzenie, że podpisy wykonawcy pod dokumentem o przedłużeniu terminu związania ofertą nie były właściwe, podobnie jak to zostało przeanalizowane w zarzucie pierwszym. Wobec tego, że skład orzekający Izby stwierdził, że wykonawca przedłużył termin związania ofertą w odpowiednim terminie dokumentem właściwie podpisanym zarzut drugi nie może być uwzględniony.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut trzeci – naruszenia przepisu **art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp** w związku z **art. 7 ust. 1 Pzp** przez zaniechanie odrzucenia oferty **przystępującego**, pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a **przystępujący** nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w **art. 90 ust. 2 i 3 Pzp** – nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepis **art. 7 ust. 1 Pzp** brzmi »Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców«.

20

Przepis **art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp** brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia«.

Przepisy **art. 90 ust. 2 i 3 Pzp** brzmią »[2.] Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. [3.] 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«.

Odwołujący na podstawie porównania cen wszystkich siedmiu ofert stwierdził, że oferta **przystępującego** jest ceną rażąco niską, gdyż jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Tymczasem cena tej oferty wynosząca prawie 5 985 000 zł stanowi około 73% średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert wynoszącą w zaokrągleniu 8 185 000 zł czyli jest o około 27% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert ($100\% - 73\% = 27\%$).

Skład orzekający Izby nie może nie brać pod uwagę nowych przepisów, które obowiązują w postępowaniach w sprawach zamówień publicznych od **19.10.2014 r.**, chociaż nie mają zastosowania do rozpoznawanego postępowania, gdyż zostało ono wszczęte przed tą datą (**06.05.2014 r.**). Nawet zgodnie z tymi, bardziej jednoznacznymi przepisami, w zakresie dotyczącym cen ofertowych, zamawiający nie miałby obowiązku zwrócić się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień dotyczących zaofferowanej ceny. Przepis 90 ust. 1 in initio Pzp obowiązującej od **19.10.2014 r.** brzmi »Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności **jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert**, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących

elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny [...]». Zamawiający ani Izba nie może brać pod uwagę pełnej treści przepisu dotyczącej również wartości zamówienia określonej przez zamawiającego, gdyż przepis został uchwalony znacznie później niż zostało wszczęte rozpoznawane postępowanie. Pod rządami przepisów mających zastosowanie do rozpoznawanego zamówienia – zamawiający nie miał obowiązku wnosić o udzielenie wyjaśnień. Przepis **art. 90 ust. 1 Pzp** w brzmieniu obowiązującym w rozpoznawanym zamówieniu brzmi »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«.

21

Mimo to zamawiający zwrócił się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień i wyjaśnienia wykonawca rozwiązała wątpliwości zamawiającego odnośnie zaoferowanej ceny.

Zdaniem **odwołującego, przystępującego** nie wykazał wszystkich elementów ceny, które wpływały na wysokość ceny, konieczne do oceny wyjaśnień przez zamawiającego, zgodnie z **art. 90 ust. 2 Pzp**, który brzmi »Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów«. Ponadto zdaniem odwołującego złożone wyjaśnienia są nieprecyzyjne, niekonkretne i ogólnikowe.

Skład orzekający Izby stwierdza, że przy nie tak znacznych różnicach cen ofert (różnica między najtańszą, kwestionowaną ofertą a średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert mniejsza niż 30%) zamawiający mógł przyjąć wyjaśnienia **przystępującego** bez tak szczegółowej analizy, jaka byłaby wymagana przy znacznie większych różnicach między cenami ofert. Przy takich różnicach cen, jakie zaistniały w rozpoznawanym postępowaniu nie byłoby nawet obecnie obowiązku zwracania się o udzielenie wyjaśnień do wykonawcy (różnica mniejsza niż 30%).

Nie może również mieć decydującego znaczenia przytoczenie – w dowodzie załączonym do pisma odwołującego – szczegółowych wyliczeń i analiz GUS związanych z płacami niektórych z fachowców, którzy powinni brać udział w wykonaniu zamówienia, gdyż zamawiający zgodnie z **art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp** ma obowiązek odrzucić ofertę zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie w stosunku do jakichś szczegółowych elementów.

W związku z tym skład orzekający Izby nie może przychylić się do zarzutu trzeciego naruszenia przepisu **art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp** w związku z **art. 7 ust. 1 Pzp** i **art. 90 ust. 2 i 3 Pzp**.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut czwarty – naruszenia przepisu **art. 7 ust. 1 Pzp** w związku z naruszeniem **art. 8 ust. 1-3 Pzp** w związku z naruszeniem **art. 96 ust. 3 zdanie drugie Pzp** przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia **odwołującemu** zastrzeżonych przez wykonawcę **Konsorcjum INKO** wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, pomimo że informacje zawarte w tych wyjaśnieniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepisy **art. 8 ust. 1-3 Pzp** brzmią »[1.] Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. [2.] Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. [3.] Nie ujawnia się

22

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«.

Przepis **art. 96 ust. 3 zdanie drugie Pzp** brzmi »Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o

wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu».

Odwolujący nie wykazał, że wnosił do zamawiającego o odtajnienie treści wyjaśnień **przystępującego**. **Odwolujący** jedynie wnosił o udostępnienie całości dokumentacji i odnośnie części utajnionej **odwołujący** nie występował o jej odtajnienie. Wobec tego zamawiający, który nie otrzymał wniosku o ujawnienie zastrzeżonych informacji, nie mógł wszcząć procedury ujawnienia zastrzeżonych informacji. Dlatego czwarty zarzut zaniechania odtajnienia (ujawnienia) przez zamawiającego i udostępnienia **odwołującemu** zastrzeżonych przez **przystępującego** informacji nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut piąty – naruszenia przepisu **art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp** w związku z **art. 3 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy** z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z 2004 r. Nr 96, poz. 959, Nr 162, poz. 1693, Nr 172, poz. 1804, z 2005 r. Nr 10, poz. 68, z 2007 r. Nr 171, poz. 1206, z 2009 r. Nr 201, poz. 1540) (dalej w skrócie **uoznk**) przez zaniechanie odrzucenia oferty **przystępującego**, pomimo że złożenie oferty przez **przystępującego** stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepis **art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp** brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji«.

Przepis **art. 3 uoznk** brzmi »[1.] Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. [2.] Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: 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 pełniące funkcję publiczną, a także

23

nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym«.

Przepis **art. 15 ust. 1 pkt 1 uoznk** brzmi »Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez [...] sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców«.

Skład orzekający Izby stwierdza, że **odwołujący** nie wykazał, iż złożenie oferty przez **przystępującego** stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. **Odwolujący** wskazał na to w sytuacji, gdy cena jego oferty jest wyższa o około 25% od ceny oferty **przystępującego** ($5\,985\,000 : 7\,850\,000 = 76,2\%$ i $100\% - 76,2\% = 23,8\% \approx 25\%$). Taka różnica cen nie obliuguje zamawiającego nawet wg nowych przepisów (w zakresie cen ofertowych) do wszczynania procedury wyjaśniania zaferowania rażąco niskiej ceny ze względu na poziom cen ofertowych. Natomiast zgodnie z przepisami obowiązującymi w rozpoznawanym postępowaniu zamawiający tym bardziej nie ma takiego obowiązku.

Wobec powyższego zarzut piąty nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut szósty – naruszenia przepisu **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** przez zaniechanie odrzucenia oferty **przystępującego**, pomimo że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwolujący wskazał, że w szczególności w podanej przez **przystępującego** stawce 65 zł za jeden dzień dla wysokiej klasy fachowca musi pokrywać np. koszty dojazdu i pokonywania kilkudziesięciu kilometrów tras, które musi pokonywać codziennie ten pracownik podczas wykonywania czynności zawodowych. Zdaniem **odwołującego** kwota 65 zł dziennie nie pokrywa nawet wynagrodzenia wraz z narzutami, a tym bardziej innych kosztów, a więc tym samym nie ujęto w przedmiotowej stawce pozostałych kosztów.

Skład orzekający Izby stwierdza, że **odwołujący** nie wykazał, że **przystępujący** nie objął wszystkich wymaganych elementów kosztowych (pkt 4.2 tom III „Opis przedmiotu zamówienia”). **Przystępujący** wskazał, że podał wymagane przez zamawiającego wartości w sposób zryczałtowany i obejmują one wszystkie wymagane przez zamawiającego

elementy. Ponadto pokonywanie kilkudziesięciu kilometrów dziennie przez fachowców może odbywać się np. na rowerze czy za pomocą środków transportu, niebędących własnością wykonujących usługę pracowników, czyli za przemieszczanie się po terenie budowy pracownicy mogą nie ponosić kosztów. Zawarcie niektórych kosztów w zryczałtowanych kosztach nie może stanowić o tym, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji w sytuacji, gdy zamawiający nie wymagał specjalnego wykazania tych kosztów w ofercie.

24

Wobec powyższego skład orzekający Izby nie może przychylić się do zarzutów odwołującego.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut siódmy – naruszenia przepisu **art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp** w związku z **art. 23 ust. 2 Pzp** przez zaniechanie odrzucenia oferty **przystępującego**, pomimo że oferta ta jest niezgodna z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych – nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepis **art. 23 ust. 2 Pzp** brzmi »W przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego«.

Przepis **art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp** brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jest niezgodna z ustawą«.

Odwołujący wskazał, że od **10.10.2014 r. przystępujący** nie posiada pełnomocnika, gdyż jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Euroconsult SA – odwołał stosowne pełnomocnictwo i nie został wyznaczony inny pełnomocnik ani też dotychczasowemu (już odwołanemu) nie udzielono kolejnego pełnomocnictwa.

Skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie wykazał, że oferta przystępującego podlega odrzuceniu, przez sam fakt, że jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia cofnął pełnomocnictwo po upływie terminu składania ofert. Pełnomocnictwo do złożenia oferty nie było kwestionowane przez **odwołującego**. Natomiast wszystkie pisma składane po terminie cofnięcia pełnomocnictwa były opatrywane podpisami wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący nie wykazał, że w przypadku, gdy po terminie składania ofert zabraknie pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – zamawiający obowiązany jest odrzucić ofertę takich wykonawców.

Skład orzekający Izby stwierdza, że oferta złożona we właściwym czasie z właściwym pełnomocnictwem nie traci cechy ważności, jeżeli po terminie składania ofert pełnomocnictwo zostanie cofnięte.

Ponadto skład orzekający Izby jest obowiązany stwierdzić, że w rozpoznawanej sprawie bez znaczenia była możliwość albo brak możliwości wypowiedzenia pełnomocnictwa, co podnosili **zamawiający i przystępujący**. Na uwypuklenie zasługuje treść **art. 23 ust. 4 Pzp**, który brzmi »Jeżeli oferta wykonawców, o których mowa w ust. 1, została wybrana, zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego umowy regulującej współpracę tych wykonawców«. Na podstawie tego przepisu **zamawiający** może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego umowy regulującej współpracę tych wykonawców. Przepis daje takie uprawnienie

25

zamawiającemu, ale jednoznacznie dopiero przed zawarciem umowy, a nie w każdym momencie postępowania. **Odwołujący** zdaje się nie brać tego przepisu pod uwagę.

Wobec powyższego skład orzekający Izby nie może przychylić się również do zarzutu siódmego.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych 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 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: