

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 20 czerwca 2016 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:   Dagmara Gałczewska - Romek**

**Marek Koleśnikow**

**Aneta Młacka**

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 20 czerwca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 3 czerwca 2016 r. przez **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo Obrót Detaliczny sp. z o.o., ul. M. Kasprzaka 25c, 01-224 Warszawa**

przy udziale **Inforsys S.A., Jana Pawła II 24, 05-250 Radzymin** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

**1. odrzuca odwołanie.**

2. kosztami postępowania obciąża **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** na rzecz **Polskiego Górnictwa Naftowego i Gazownictwa Obrót Detaliczny sp. z o.o., ul. M. Kasprzaka 25c, 01-224 Warszawa** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo Obrót Detaliczny sp. z o.o. - prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wizualizowanie, drukowanie i kopertowanie dokumentów oraz przekazywanie korespondencji do operatora pocztowego w latach 2016 - 2018. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 marca 2016 roku pod poz. 2016/S 061-106053. Ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15 kwietnia 2016 roku pod poz. 2016/S 69-121203.

W dniu 3 czerwca 2016 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Orange Polska S.A., w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 ustawy Pzp przez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu wykraczającego poza katalog określony w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp,
2. art. 7 ust. 1 oraz art. 48 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp oraz art. 22 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie zamieszczenia w ogłoszeniu o zamówieniu warunku udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku.
3. art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 4 i 5 ustawy Pzp przez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz nie mający na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia,
4. art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zawarcie w siwz postanowień mających na celu naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku.

Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do:

- a. wykreślenia z treści Formularza ofertowego oświadczenia zawartego w pkt 2 (część formularza rozpoczynająca się od „Oświadczamy, że”)

oraz

- b. wykreślenia ust. 4 w § 3 istotnych postanowień umowy alternatywnie w przypadku nie uwzględnienia żądania nr 2:

c. modyfikacji treści ust. 4 § 3 istotnych postanowień umowy i nadanie mu brzmienia:

„Wykonawca oświadcza, że od dnia zawarcia Umowy nie wykorzysta informacji uzyskanych w związku z realizacją Umowy związanych z dostępem do dokumentów zawierających informację o klientach Zamawiającego do prowadzonej przez siebie działalności w obszarze handlu paliwami gazowymi lub handlu energią elektryczną. Jednocześnie Wykonawca oświadcza, że Podwykonawca, któremu zgodnie z § 19 Umowy Wykonawca powierzy realizację przedmiotu Umowy w zakresie związanym z dostępem do dokumentów zawierających informację o klientach Zamawiającego, nie wykorzysta tych informacji do prowadzonej przez siebie działalności w obszarze handlu paliwami gazowymi lub handlu energią elektryczną”.

Odwołujący, wskazując na interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody podniósł, że zawarte w treści siwz postanowienia zobowiązujące wykonawców do zaprzestania prowadzenia działalności konkurencyjnej w okresie realizacji umowy oraz przez 10 lat po zakończeniu realizacji umowy, naruszają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców z uwagi na wprowadzenie zakazu prowadzenia przez wykonawcę działalności konkurencyjnej w zakresie dalece wykraczającym poza uzasadniony interes Zamawiającego.

**W oparciu o przekazaną przez Zamawiającego dokumentację postępowania o zamówienie publiczne, Izba ustaliła następujące okoliczności:**

W ogłoszonym w dniu 15 kwietnia 2016 roku sprostowaniu ogłoszenia o zamówienie publiczne Zamawiający poinformował, iż cyt. „uwzględniając zakres przedmiotowy niniejszego zamówienia, który związany jest z przekazywaniem przyszłemu Wykonawcy dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Zamawiającego, do umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej w wyniku przeprowadzenia niniejszego postępowania, wprowadzone zostaną postanowienia służące zabezpieczeniu uzasadnionego interesu PGNiG Obrót Detaliczny sp. z o.o. regulujące zakaz prowadzenia Działalności Konkurencyjnej przez Wykonawcę. W przypadku nie przestrzegania przez Wykonawcę postanowień wskazanych w zdaniu poprzedzającym Zamawiający zastrzega na swoją rzecz w szczególności prawo do odstąpienia od umowy oraz obowiązek zapłaty kar umownych przez Wykonawcę.

Przez Działalność Konkurencyjną należy rozumieć działalność konkurencyjną w stosunku do działalności prowadzonej przez Zamawiającego w obszarze:

- a handlu paliwami gazowymi,
- b. handlu energią elektryczną.

W dniu 25 maja 2016 roku Zamawiający przekazał wykonawcom zaproszenie do składania ofert wraz z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W § 3 ust. 4 istotnych postanowień umowy zamieszczono postanowienie o treści „Wykonawca oświadcza, że na dzień zawarcia umowy nie prowadzi Działalności Konkurencyjnej oraz że Podwykonawca, któremu zgodnie z § 19 Umowy Wykonawca powierzył realizację Przedmiotu Umowy w zakresie związanym z dostępem do dokumentów zawierających informacje o Klientach Zamawiającego, nie prowadzi Działalności Konkurencyjnej. W § 4 ust. 1.18 istotnych postanowień umowy Zamawiający wskazał: „przez okres obowiązywania Umowy jak i 10 lat po jej zakończeniu, zarówno Wykonawca jak i Podwykonawca, któremu zgodnie z § 19 Umowy Wykonawca powierzył realizację Przedmiotu Umowy w zakresie związanym z dostępem do dokumentów zawierających informacje o Klientach Zamawiającego, nie będzie prowadzić Działalności Konkurencyjnej, w szczególności nie będzie zawierać umów w obszarze dotyczącym Działalności Konkurencyjnej z Klientami Zamawiającego w posiadanie danych których Wykonawca lub Podwykonawca wszedł w związku z realizacją Umowy”.

W pkt 2 Formularza Ofertowego zamieszczono następujące oświadczenie „nie prowadzimy działalności konkurencyjnej, o której mowa w opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 kwietnia 2016 roku pod nr 2016/S 074-130131 ogłoszeniu o sprostowaniu działalność konkurencyjna, w stosunku do działalności prowadzonej przez Zamawiającego w obszarze handlu paliwami gazowymi lub handlu energią elektryczną/zaprzestaniemy prowadzenia działalności konkurencyjnej, o której mowa w opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 kwietnia 2016 roku pod nr 2016/ S 074-13-131 ogłoszeniu o sprostowaniu działalność konkurencyjna, w stosunku do działalności prowadzonej przez Zamawiającego w obszarze handlu paliwami gazowymi lub handlu energią elektryczną przez okres obowiązywania umowy, jak i 10 lat po jej zakończeniu.

W dniu 17 czerwca 2016 roku Zamawiający poinformował o dokonanej modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym m.in. w zakresie pkt 2 Formularza Ofertowego, któremu nadał brzmienie: „oświadczamy, że nie prowadzimy działalności konkurencyjnej, o której mowa w opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 kwietnia 2016 roku pod nr 2016/S 074-130131 ogłoszeniu o sprostowaniu działalność konkurencyjna, w stosunku do działalności prowadzonej przez Zamawiającego w obszarze handlu paliwami gazowymi lub handlu energią elektryczną/zaprzestaniemy prowadzenia działalności konkurencyjnej, o której mowa w opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 kwietnia 2016 roku pod nr 2016/ S 074-13-131 ogłoszeniu o sprostowaniu działalność konkurencyjna, w stosunku do działalności

prowadzonej przez Zamawiającego w obszarze handlu paliwami gazowymi lub handlu energią elektryczną przez okres obowiązywania umowy”

Zamawiający dokonał także zmiany w zakresie § 4 ust. 1.18 istotnych postanowień umowy i nadał mu brzmienie: „przez okres obowiązywania Umowy, zarówno Wykonawca jak i Podwykonawca, któremu zgodnie z § 19 Umowy Wykonawca powierzył realizację Przedmiotu Umowy w zakresie związanym z dostępem do dokumentów zawierających informacje o Klientach Zamawiającego, nie będzie prowadzić Działalności Konkurencyjnej , w szczególności nie będzie zawierać umów w obszarze dotyczącym Działalności Konkurencyjnej z Klientami Zamawiającego w posiadanie danych których Wykonawca lub Podwykonawca wszedł w związku z realizacją Umowy.

**Biorąc pod uwagę powyższe, Izba zważyła co następuje:**

Po przeprowadzeniu posiedzenia z udziałem stron i uczestnika postępowania, Izba stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu art. 189 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na to, że odwołanie zostało wniesione z uchybieniem 10 - dniowego terminu określonego w ustawie na wniesienie odwołania.

Izba stwierdziła, że zarzut dotyczący treści postanowień o zakazie prowadzenia działalności konkurencyjnej, który został ujęty w Istotnych Postanowieniach Umowy oraz w Formularzu Ofertowym, jest zarzutem spóźnionym. Postanowienia zawarte w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej opublikowanego dnia 15 kwietnia 2016 r. informujące, o tym, że Zamawiający w przyszłej umowie o zamówienie publiczne wprowadzi regulacje dotyczące zakazu prowadzenia Działalności Konkurencyjnej w obszarze handlu paliwami gazowymi i energią elektryczną były jasne i precyzyjne. W ocenie Izby już tego dnia tj. 15 kwietnia 2016 roku wykonawcy zostali poinformowani o zamiarze wprowadzenia zakazu konkurencji i jego zakresie w tym postępowaniu o zamówienie publiczne. Okoliczność ta powoduje, że 10 - dniowy termin na wniesienie odwołania co do kwestionowanych postanowień dotyczących zakazu prowadzenia Działalności Konkurencyjnej należy liczyć od dnia publikacji sprostowania treści ogłoszenia o zamówieniu tj. od dnia 15 kwietnia 2016. W ocenie Izby postanowienia dotyczące zakazu konkurencji, zawarte w pkt 2 Formularza Ofertowego oraz w Istotnych Postanowieniach Umowy są w swej treści zbieżne z postanowieniem ujętym uprzednio w sprostowaniu ogłoszenia o zamówienie publiczne z dnia 15 kwietnia 2016. W postanowieniu z pkt 2 Formularza Ofertowego Zamawiający odwołał się wprost do definicji Działalności Konkurencyjnej, którą zamieścił w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15 kwietnia 2016 r.

Zakaz prowadzenia działalności konkurencyjnej w obszarze handlu paliwami gazowymi i energią elektryczną wynikał wprost z treści sprostowania ogłoszenia o zamówieniu z dnia 15 kwietnia 2016 roku i został on konsekwentnie powielony w treści pkt 2 Formularza Ofertowego oraz w § 3 Istotnych Postanowień Umowy, przekazanych wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert dnia 25 maja 2016 roku. Różnica w analizowanych postanowieniach dotyczyła jedynie czasookresu trwania zakazu konkurencji: w pkt 2 Formularza Ofertowego Zamawiający wymagał złożenia oświadczenia o nie prowadzeniu alternatywnie o zaprzestaniu prowadzenia działalności konkurencyjnej przez okres obowiązywania umowy (treść po modyfikacji z dnia 17 czerwca 2016r.), w projekcie umowy wymagał natomiast złożenia oświadczenia, że na dzień zawarcia umowy wykonawca jak i podwykonawca nie prowadzi działalności konkurencyjnej i nie będzie jej prowadził przez okres trwania umowy. Jednak wprowadzenie zakazu działalności konkurencyjnej we wskazanych zakresie, Zamawiający zapowiedział już w sprostowaniu ogłoszenia o zamówieniu publicznym.

Podsumowując, w ocenie Izby, złożenie odwołania, w którym Odwołujący kwestionuje wprowadzony zakaz prowadzenia działalności konkurencyjnej we wskazanym obszarze działalności dopiero na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sytuacji, gdy w treści ogłoszenia o zamówieniu informacja o zakazie prowadzenia działalności konkurencyjnej była znana wykonawcom, należy uznać za wniesione z uchybieniem 10-dniowego terminu. Termin na wniesienie odwołania ma charakter zawity a jego upływ powoduje wygaśnięcie prawa do skorzystania ze środka ochrony prawnej jakim jest odwołanie.

Wobec konieczności odrzucenia odwołania na posiedzeniu Izby, zarzuty zgłoszone w treści odwołania nie podlegają merytorycznemu rozpatrzeniu

Zarzut dotyczący wprowadzenia zakazu działalności konkurencyjnej dodatkowo w 10- letnim okresie po zakończeniu umowy, z uwagi na dokonaną w dniu 17 czerwca 2016 roku modyfikację treści pkt 2 Formularza Ofertowego, został przez Odwołującego jako bezprzedmiotowy wycofany w toku posiedzenia przed Izbą.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono stosowanie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 ustawy Pzp a także w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....

.....

.....