

**WYROK**  
**z dnia 8 października 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 października 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 września 2015 r. przez wykonawcę **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A.** z siedzibą w Warszawie,

przy udziale wykonawcy **Biuro Studiów i Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT S.A.** z siedzibą we Wrocławiu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A.** z siedzibą w Warszawie kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

### **Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp] w trybie przetargu ograniczonego przez Zamawiającego - Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie, którego przedmiotem jest "Budowa międzysystemowego gazociągu stanowiącego połączenie systemów przesyłowych Rzeczypospolitej Polskiej i Rep. Słowackiej wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi, tj. budowa Tłoczni Strachocina - dokumentacja, PFU i nadzór autorski." Wnoszący odwołanie wykonawca - ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o. z Warszawy [Odwołujący] zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Gazoprojekt S.A., która to oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Gazoprojekt SA., albowiem ocena złożonych wyjaśnień, wraz z dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. art. 96 ust 3 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie udostępnienia wyjaśnień Gazoprojekt S.A., dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
4. art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp z uwagi na nieuprawnione utajnienie całości wyjaśnień Gazoprojekt S.A., dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
5. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na niezachowanie zasad równego traktowania wykonawców i nie zastosowanie tych samych kryteriów przy badaniu czy cena może zawierać rażąco niską cenę wobec wszystkich wykonawców;
6. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania wykonawcy Nafta-Gaz do wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny, pomimo że cena oferty tego wykonawcy jest niższa od wartości zamówienia o więcej niż 30%.

Wskazując na powyższe wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Gazoprojekt S.A.,
- 2) udostępnienie Odwołującemu wyjaśnień Gazoprojekt S.A. dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
- 3) odrzucenia oferty złożonej przez Gazoprojekt S.A., jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

- 4) wezwanie Nafta-Gaz do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
- 5) dokonania ponownej oceny ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący stwierdził, że wskazane czynności naruszają interes wykonawcy, albowiem Zamawiający w sposób naruszający przepisy prawa, w tym ustawy Pzp, dopuścił do udziału w postępowaniu wykonawcę, którego oferta powinna zostać odrzucona oraz wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, co narusza zasady uczciwej konkurencji w ubieganiu się o zamówienie publiczne przez Odwołującego.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania w szczególności podał, że w postępowaniu oferty złożył Odwołujący, a także wykonawcy: (1) Biuro Studiów Projektów Gazownictwa GAZOPROJEKT S.A., oraz (2) Biuro Projektów „NAFTA-GAZ” Sp. z o.o. Pismem z dnia 15 września 2015 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Gazoprojekt S.A, jako oferty najkorzystniejszej. Odwołujący w dniu 16 września 2015 r. zwrócił się do z wnioskiem o udostępnienie dokumentacji przetargowej, w tym wyjaśnień Gazoprojekt S.A., dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający, w odpowiedzi mailem z dnia 17 września 2015 r. poinformował, że wyjaśnienia wykonawcy Gazoprojekt S.A. zostały zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa w całości i udostępnił Odwołującemu jedynie uzasadnienie tego zastrzeżenia. Zdaniem wykonawcy Gazoprojekt S.A. w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp, a w szczególności w sposób sprzeczny z zasadą jawności postępowania wynikającą z art. 8 ust. 1 tej ustawy dokonał zastrzeżenia jako, tajemnica przedsiębiorstwa całości wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej w przedmiotowym postępowaniu. W związku z tym Odwołujący nie ma dostępu do treści tych wyjaśnień, i Krajowej Izbie Odwoławczej pozostawił ocenę, czy rzeczywiście zastrzeżenie, jako tajemnica przedsiębiorstwa całości wyjaśnień Gazoprojekt SA jest uzasadnione i, czy rzeczywiście całość tych wyjaśnień, a więc wszystkie wskazane tam okoliczności, mające wpływ na wysokość ceny, można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu 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.). Dodatkowo, Krajowej Izbie Odwoławczej wykonawca pozostawił ocenę, czy rzeczywiście wyjaśnienia przedłożone przez Gazoprojekt S.A. są na tyle inne i szczególne w porównaniu do wyjaśnień składanych dotychczas przez tego wykonawcę w innych postępowaniach, że trzeba było dokonać ich utajnienia w całości. Jest to o tyle istotne, że zasada jawności postępowania jest jedną z naczelných zasad prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne i nieujawnianie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, jako wyjątek od zasady jawności postępowania, musi być interpretowane ściśle i tym samym podlegać kontroli (tak wyrok

Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 czerwca 2013 r. KIO 1262/13). Biorąc pod uwagę lakoniczność wyjaśnień Gazoprojekt S.A., co do uzasadnienia zastrzeżenia, jako tajemnica przedsiębiorstwa całości wyjaśnień, Odwołujący ma wątpliwości, czy Zamawiający dokonał prawidłowej oceny, czy dokonane przez Gazoprojekt S.A. zastrzeżenie jest zasadne. Obowiązkiem Zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie, czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej „Zamawiający przede wszystkim powinien dokonać oceny, jaki charakter ma zastrzeżona informacja. Następnie powinien ustalić, czy informacje zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznane ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca ma wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnych odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji” (wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2012 r. KIO 2710/12). Z treści art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wynika wprost, że ciężar wykazania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy. Brak takiego wykazania, ale także wykazanie ogólnikowe, lakoniczne oraz powołujące się jedynie na podstawę prawną możliwości zastrzeżenia informacji, jako tajemnica przedsiębiorstwa na orzecznictwo i poglądy doktryny jest, zdaniem Odwołującego, niewystarczające do uznania zastrzeżonych informacji, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Uzasadnienie zasadności zastrzeżenia informacji powinno, w sposób szczegółowy i wyczerpujący, wykazywać łączne wystąpienie trzech warunków niezbędnych do uznania, iż określone informacje rzeczywiście stanowią tajemnicą przedsiębiorstwa. I tak, informacje te:

- a) muszą mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadać wartość gospodarczą, b) nie mogą zostać ujawnione do wiadomości publicznej, c) przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Zatem, informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa wyłącznie wtedy, gdy zostaną łącznie spełnione wszystkie powyżej wymienione przesłanki. Wobec powyższego, wykonawca zobligowany jest do wskazania konkretnych faktów, które uzasadniają owe utajnienie, jak choćby szkoda, jaką poniesie, czy też inne konsekwencje udostępnienia tych informacji do publicznej wiadomości. Gazoprojekt S.A. w swych wyjaśnieniach podał tylko, że „Wykonawca ujawnia nie tylko szczegóły dotyczące budowania ofert, ale również tak wrażliwe dane jak planowany zysk. Nie może budzić wątpliwości, iż na skutek ich ewentualnego odtajnienia Wykonawca może zostać narażony na poniesienie znacznej szkody (np. w kontekście uczestnictwa w innych przetargach, gdzie wobec upowszechnienia tego typu informacji pozycja Wykonawcy zostałaby osłabiona”. Zdaniem Odwołującego takie uzasadnienie jest tylko pozornym uzasadnieniem, bez wskazania żadnych konkretnych skutków ujemnych dla

Gazoprojekt S.A. Stwierdzenie, że pozycja tego wykonawcy mogłaby zostać osłabiona jest pojęciem bardzo enigmatycznym, niewskazującym na aktualną (ewentualnie) „pozycję” Gazoprojekt S.A. w innych przetargach. Zaznaczył również, że nie jest tak, że Gazoprojekt S.A. ale też i każdy inny wykonawca posiada jakąś „pozycję” w przetargach. Zastanawiające jest także, w jaki sposób planowany zysk w tym konkretnym postępowaniu przekłada się na „pozycję” Gazoprojekt S.A. w innych przetargach. Jego zdaniem wyjaśnienia Gazoprojekt S.A. w tym zakresie są lakoniczne, ogólnikowe, a nawet są wewnątrznie sprzeczne i stanowią jedynie niczym niedowiedzione twierdzenia. W zakresie stwierdzenia Gazoprojekt S.A., iż „w treści niniejszego pisma ujęte zostały informacje mające szczególnie istotną wartość gospodarczą” również nie spełnia ustawowych wymogów wykazania tej wartości. W dalszej części uzasadnienia Gazoprojekt S.A. pisze, że „prowadzi konsekwentną politykę w zakresie utajniania tego typu Informacji”, co zdaniem Odwołującego nie ma miejsca, bowiem po pierwsze - po raz pierwszy została zastrzeżona treść całych wyjaśnień a nie tylko załączniki, jak np. oferty podwykonawców, a po drugie - polityka ta jest do tej pory wysoce nieefektywna z uwagi na fakt, że zastrzeżenia okazywały się nieskuteczne, co miało miejsce choćby w ramach postępowania odwoławczego sygn. akt. 761/15 I KIO 764/15. Informacje objęte zastrzeżeniem, jako tajemnica przedsiębiorstwa stanowią niezwykle wrażliwą kwestię dla każdego wykonawcy, a zatem należy oczekiwać, że doloży on wszelkich starań celem ochrony poufności takich informacji. Dyspozycja art. 8 ust 3 ustawy Pzp zmusza wręcz wykonawców do wykazania aktywności w tym zakresie. Reasumując wykonawca stwierdził, że Gazoprojekt S.A. nie wykazał w żaden konkretny, wyczerpujący i szczegółowy sposób, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a zatem Zamawiający bezprawnie nie dokonał odtajnienia tych informacji i ograniczył Odwołującemu do nich dostęp.

Odnosnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Gazoprojekt S.A., pomimo że zawiera rażąco niską cenę wykonawca podał, że dokonując oceny oferty tego wykonawcy Zamawiający powziął wątpliwość, co do wysokości zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny i w konsekwencji pismem z dnia 26 sierpnia 2015 r. wezwał Gazoprojekt SA do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (wraz ze złożeniem dowodów). W piśmie tym Zamawiający wskazał także, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę wynosi 1.512.900,00 zł brutto, a wartość zamówienia wyliczona przez Zamawiającego wynosi 3.690.000,00 zł brutto. Odwołujący domniemuje, że Gazoprojekt S.A. przedstawił odpowiedź na wskazane powyżej wezwanie i, że prawdopodobnie wyjaśnienia ceny zawarte są w piśmie Gazoprojekt SA, którego jedynie dwiema ostatnimi stronami dysponuje Odwołujący z uwagi na dokonane zastrzeżenie całych wyjaśnień, jako tajemnica przedsiębiorstwa przez

tego wykonawcę. Dowód: strony 9-10 pisma Gazoprojekt S.A. Dalej podał, że Zamawiający zgodnie ze znowelizowanym w 2014 r. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest zobligowany do zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym przedłożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w sytuacji, gdy cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami lub wynikającymi z odrębnych przepisów, a w szczególności w sytuacji, gdy cena jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Wykonując ten obowiązek Zamawiający wezwał Gazoprojekt S.A. do przedłożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ale prawdopodobnie nie dokonał ich rzetelnej analizy, skoro uznał, że za cenę zaproponowaną przez Gazoprojekt możliwe jest prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego oferta spółki Gazoprojekt zawiera cenę nierealną i spekulacyjną, co w konsekwencji zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty spółki niesie za sobą ryzyko nienależytego i niestarannego wykonywania zamówienia. Intencją ustawodawcy przy tworzeniu regulacji dotyczącej rażąco niskiej ceny jest właśnie ochrona Zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówień, co potwierdzają liczne orzeczenia, w których przykładowo stwierdza się, między innymi: „Celem art. 90 p.z.p. jest ochrona zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości, wspieranie zasady uczciwej konkurencji w postępowaniach o zamówienie publiczne i dbałość o to, aby środki publiczne były wydatkowane efektywnie. Chęć złożenia konkurencyjnej oferty nie zwalnia wykonawcy od obowiązku rzetelnej kalkulacji ceny oraz wskazania, na żądanie zamawiającego, istotnych, obiektywnych i weryfikowalnych elementów, które legły u podstaw dokonanej wyceny”. Podobnie, w innym orzeczeniu KIO wyjaśnia: „Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 maja 2010r. KIO/UZP 704/10). W przedmiotowym postępowaniu Gazoprojekt S.A. zaoferował wykonanie zamówienia za cenę 1.512.900 zł brutto, co stanowi jedynie 41% budżetu określonego przez Zamawiającego na poziomie 3.690.000,00 zł brutto. Na wskazaną powyżej cenę oferty Gazoprojekt S.A. składa się wynagrodzenie za wykonanie dokumentacji projektowej w wysokości 1.361.610,00 zł brutto oraz wynagrodzenie za sprawowanie nadzorów autorskich w wysokości 151.290,00 zł brutto. W związku z tym, że wyjaśnienia zaoferowanej przez Gazoprojekt S.A. ceny zostały zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa w całości, Odwołujący nie ma możliwości ich weryfikacji, dlatego też wnosi do Krajowej Izby Odwoławczej o dokonanie oceny tych wyjaśnień, w szczególności biorąc pod uwagę treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz wyjaśnienia przedstawione przez tego wykonawcę w innym postępowaniu obejmującym także projektowanie tłoczni. Dowód:

wyjaśnienia Gazoprojekt S.A. z dnia 30 marca 2015 r. przedłożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na Gazociąg Kędzierzyn - Koźle - Granica RP (Polska-Czechy). Odwołujący podejrzewa, że informacje zawarte w wyjaśnieniach Gazoprojekt S.A. złożonych w niniejszym postępowaniu są analogiczne i podobnie nie zawierają szczegółowych i wystarczających wyjaśnień odnośnie zaoferowanej ceny, jak w wyjaśnieniach z dnia 30 marca 2015 r. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o odrzucenie oferty Gazoprojekt S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 tej ustawy, w sytuacji, gdy ocena złożonych wyjaśnień, wraz z dostarczonymi dowodami, potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący wniósł o dokonanie analizy przedstawionych przez Gazoprojekt S.A. wyjaśnień w szczególności w zakresie:

1. kosztów pracy, (których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę) - czy Gazoprojekt S.A. podał w wyjaśnieniach szczegółowe wyszczególnienie kosztów pracy dla poszczególnych osób biorących udział w realizacji zamówienia ze wskazaniem liczby godzin zaangażowania tych osób w projekcie,
2. kosztów usług, które zostaną zlecone podwykonawcom - i jak te koszty rzutują na zaoferowaną przez Gazoprojekt S.A. cenę,
3. pozostałych kosztów, w tym m.in.: koszty materiałów, opłat administracyjnych itp.,
4. wysokości zysku podanego przez Gazoprojekt S.A. - czy rzeczywiście Gazoprojekt S.A. wykazał, że jest w stanie wygenerować zysk przy tak niskiej cenie ofertowej,
5. oszczędności metody wykonania zamówienia - czy rzeczywiście przedstawione przez Gazoprojekt S.A. wyjaśnienia pozwalają stwierdzić, że jego metoda wykonania przedmiotowego zamówienia pozwala na znaczne zaoszczędzenie kosztów, biorąc zwłaszcza pod uwagę zakres tego zamówienia oraz wymogi, co do minimalnego składu zespołu osobowego,
6. wybranych rozwiązań technicznych - czy rzeczywiście przedstawione przez Gazoprojekt S.A. informacje pozwalają stwierdzić, że wykonawca ten dysponuje innymi niż inne firmy projektowe rozwiązaniami technicznymi pozwalającymi na znaczne zaoszczędzenie kosztów realizacji tego zamówienia,
7. wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla tego wykonawcy - czy Gazoprojekt S.A. wykazał, że faktycznie dysponuje tymi wyjątkowo sprzyjającymi warunkami, co pozwala mu zaoferować cenę za realizację przedmiotowego zamówienia na tak niskim poziomie,
8. oryginalności projektu wykonawcy - czy Gazoprojekt S.A. wskazał w swoich wyjaśnieniach, że jego projekt jest tak oryginalny i tak odrębny i inny od tego, co oferują inni wykonawcy, że pozwala mu to na tak niską kalkulację ceny ofertowej.

9. pomocy publicznej udzielonej na podstawie innych przepisów.

Wobec utajnienia całości wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, Odwołujący stwierdził, że dopiero po ich ujawnieniu będzie w stanie szczegółowo wykazać nierealność wykonania przedmiotowego zamówienia za zaoferowaną przez Gazoprojekt S.A. cenę.

Odnosnie braku wezwania Nafta-Gaz do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny Odwołujący podniósł, że zgodnie z treścią pisma z dnia 16 września 2015 r. zwrócił się do Zamawiającego o przekazanie kopii wezwań do wyjaśnień lub uzupełnień ofert, kierowanych do pozostałych wykonawców, biorących udział w przedmiotowym postępowaniu oraz odpowiedzi, jakie wykonawcy złożyli w odpowiedzi na wezwania. W odpowiedzi na powyższe, Zamawiający przekazał ILF kopię wezwania do wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp skierowaną jedynie do ILF oraz Gazoprojekt S.A., co oznacza, że Zamawiający nie wzywał do wyjaśnień trzeciego uczestnika niniejszego postępowania - spółki Nafta-Gaz. Zdaniem Odwołującego, takie postępowanie narusza jedną z podstawowych zasad prowadzenia postępowania w trybie ustawy Pzp - równego traktowania wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Ponownie wskazał na art. 90 ust 1 ustawy Pzp oraz na podaną na otwarciu ofert kwotę 3.690.000,00 zł brutto, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia oraz, że zaoferowane przez wykonawców ceny kształtują się następująco: 1. Gazoprojekt S.A.: 1.512.900,00 zł brutto; tj. 41% budżetu Zamawiającego, 2. ILF: 2.076.240,00 zł brutto; tj. 56,27% budżetu Zamawiającego, oraz 3. Nafta-Gaz: 2.577.096,00 zł brutto; tj. 69,84 % budżetu Zamawiającego. Z powyższego, przy zastosowaniu przez Zamawiającego tego właśnie kryterium przy badaniu, czy ceny ofert zawierają rażąco niską cenę, wszyscy wykonawcy powinni zostać wezwani do złożenia stosownych wyjaśnień, a nie, jak uznał Zamawiający tylko ILF i Gazoprojekt S.A. Z kolei średnia arytmetyczna cen wszystkich ofert złożonych w niniejszym postępowaniu wynosi 2.055.412,00 zł brutto. I tak, cena oferty: 1. Gazoprojekt S.A.: stanowi 73,61% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, 2. ILF stanowi 101% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zaś 3. Nafta-Gaz: 125,38% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Przy zastosowaniu tego kryterium, Zamawiający nie powinien wzywać żadnego z wykonawców do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Jak jednak wynika z treści wezwania z dnia 26 sierpnia 2015 r., skierowanego zarówno do ILF jak i Gazoprojekt S.A., powodem wezwań było zaoferowanie przez Wykonawców „wykonania zamówienia za cenę, która jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia”, a zatem Zamawiający stosując to kryterium powinien wezwać wszystkich trzech wykonawców do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w tym wykonawcę Nafta-Gaz. Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 26 sierpnia 2015 r.



**Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego** przystąpił wykonawca Gazoprojekt S.A z siedzibą w Warszawie, który wniósł o oddalenie odwołania, podnosząc niezasadność wniesionego odwołania. W piśmie procesowym, złożonym na posiedzeniu w szczególności wniósł także, powołując się na art. 189 ust.6 ustawy Pzp o „wyłączenie jawności rozprawy w stosunku do Odwołującego w części dotyczącej oceny szczegółowych wyjaśnień przedstawionych Zamawiającemu przez Przystępującego w dniu 7 września 2015 r., dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej w Postępowaniu ze względu na fakt, iż przy rozpoznaniu zarzutu dotyczącego oceny w/w wyjaśnień zostaną ujawnione informacje stanowiące tajemnicę ustawowo chronioną, tj. tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego.”

### **Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

#### **Odwołanie podlega oddaleniu.**

Odnosnie wniosku Przystępującego o wyłączenie jawności rozprawy w stosunku do Odwołującego w części oceny złożonych przez Przystępującego szczegółowych wyjaśnień, dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, Izba uznała, że brak jest podstaw formalno-prawnych do jego uwzględnienia. W szczególności Izba wskazała, że na gruncie powoływanego we wniosku art. 189 ust.6 Pzp uprawnionymi do wnioskowania o wyłączenie jawności rozprawy są strony postępowania oraz, że w przypadku uwzględnienia takiego wniosku uprawnionymi do uczestniczenia w rozprawie byłyby tylko Odwołujący i Zamawiający [strony postępowania odwoławczego], a nie Przystępujący, o co wnioskował wykonawca.

Rozstrzygając w przedmiocie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp i uznając jego niezasadność Izba stwierdza, że zarówno Przystępujący, jak i wnoszący odwołanie zostali na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwani do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. W wezwaniu tym Zamawiający wskazał, że wartość zamówienia została ustalona na kwotę 3.690.000,00 złotych (brutto), a cena ofertowa jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia i podał, że wyjaśnienia oraz dowody dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny mają w szczególności dotyczyć: (1) kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10

października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314), z wyszczególnieniem kosztów pracy dla poszczególnych osób biorących udział w projekcie wraz ze wskazaniem ilości godzin zaangażowania tych osób w projekcie, (2) kosztów usług, które zostaną zlecone podwykonawcom, (3) pozostałych kosztów, w tym m.in.: koszty materiałów, opłat administracyjnych itp., (4) wysokości zysku, (5) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, a także (6) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Odwołujący odnosząc się w części opisowej do wymaganego w wezwaniu zakresu stwierdził, że przy realizacji zamówienia niemal w całym zakresie planuje wykorzystanie własnego potencjału kadrowego, a tylko w nieznaczej części zamierza skorzystać z udziału podwykonawców, co znacząco zmniejsza – jego zdaniem - koszty zamówienia. Przy omawianiu zasad planowania kosztów personelu, w części opisowej wyjaśnień, nie posłużono się skonkretyzowanymi wielkościami. Odwołujący wskazał tylko, że kalkulując cenę określił minimalną niezbędną ilość godzin osób przewidzianych do realizacji zamówienia w tym wymaganych specjalistów. Także wskazując na wynagrodzenie personelu powołał się na doświadczenie personelu w realizacji podobnych zamówień i ich długotrwałe zatrudnienie w jego firmie oraz na wieloletnie doświadczenie wykonawcy. Także, co do pozostałych pozycji, w części opisowej wyjaśnień, zastosował ogólne argumenty. W załącznikach do części opisowej wyjaśnień, przedstawił kalkulację ceny ofertowej oraz oferty podwykonawców, które to załączniki zastrzegł na podstawie art. 8 ust. 3, jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Z kolei Przystępujący, składając wyjaśnienia zastosował inną metodologię prezentacji, zastrzegając na podstawie art. 8 ust.3 ustawy Pzp w całości wyjaśnienia zarówno w ich części opisowej, jak i przedłożone załączniki, w tym te odnoszące się do kalkulacji ceny ofertowej oraz oferty podwykonawców. W tym przypadku Izba stwierdza, że, w części opisowej Przystępujący omówił wskazywane w tabelach wielkości, wraz z podaniem głównych wartości kosztowych przyjętych dla kalkulacji ceny. Odniósł te omówienia także do średnich cen na które powołała się Izba w wyroku KIO 764/15, wskazując na wartości przyjęte w procesie kalkulacji ceny. Izba stwierdza zatem, że uzasadnienia poczynione przez wykonawców dla uwiarygodnienia dokonanych zastrzeżeń w trybie art. 8 ust.3 ustawy Pzp są podobne. Obaj wykonawcy używają podobnych sformułowań, w konkluzji stwierdzając, że uzasadnieniem dla tego zastrzeżenia jest ochrona interesu firmy. Te ustalenia faktyczne nie pozwalają zatem uznać, zasadności zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, albowiem zastrzeżenie w ofercie Przystępującego także w części opisowej dotyczyło elementów oferty mających wpływ na wysokość oferowanej ceny. Oczywiście powoływane przez Przystępującego w wyjaśnieniach orzecznictwo oraz interpretacja własna wykonawcy, jak i zamieszczone w załącznikach dane

z innych przetargów jawne ze swej natury nie mogą korzystać z ochrony, o której mowa w art. 8 ust.3 Pzp, jednakże te okoliczności – w niniejszej sprawie - pozostają bez wpływu na rozstrzygnięcie Izby w zakresie pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniu, a także bez wpływu na wynik tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnośnie zarzutów naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2, i ust.3 ustawy Pzp, Izba także uznając ich niezasadność w pierwszej kolejności stwierdza, że powoływane przez Odwołującego orzeczenia dotyczą innych stanów faktycznych. Przede wszystkim Izba zauważa, że uwzględnienie tych odwołań było wynikiem niezłożenia wyjaśnień w zakresie żądanym, a do czego Przystępujący Gazoprojekt był zobowiązany w wezwaniach na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, co z kolei skutkowało uznaniem braku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Izba w tych rozstrzygnięciach zwracała uwagę na ogólnikowość wyjaśnień oraz ich nieadekwatność do wezwania zamawiającego, w szczególności na brak kalkulacji ceny, która chociażby w minimalnym stopniu gwarantowałaby wykonanie zamówienia. W stanie faktycznym tej sprawy Przystępujący odniósł się szczegółowo do zagadnień wskazanych w wezwaniu i opisał elementy, które składały się na cenę jego oferty, w tym planowany zysk, przedstawiając szczegółową kalkulację dla ceny ofertowej oraz załączając oferty podwykonawców, zawierających ceny przyjęte dla wyliczenia wartości poszczególnych pozycji, składających się na cenę całkowitą. Wbrew zatem twierdzeniom Odwołującego wyjaśnienia złożone w tym postępowaniu w odpowiedzi na wezwanie są adekwatne do tego wezwania, w przeciwieństwie do wyjaśnień składanych w innych postępowaniach, na które powołał się Odwołujący. Tym samym podnoszone w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 90 ust. 2, jak i ust.3 ustawy Pzp i konsekwentnie art. 89 ust.1 pkt 4 tej ustawy nie zasługują na uwzględnienie.

Odnośnie ostatniego z zarzutów, dotyczącego naruszenia art. 90 ust.1 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania wykonawcy Biuro Projektów Nafta-Gaz sp. z o. {Nafta-Gaz} do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, Odwołujący – w okolicznościach tej sprawy – niewątpliwie nie ma interesu w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp w podnoszeniu tego zarzutu. Oferta bowiem wykonawcy Nafta-Gaz sklasyfikowana została na trzeciej (ostatniej) pozycji w rankingu ofert, a zatem zaniechanie zobowiązania tego wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień nie wywierało żadnego powodującego szkodę skutku względem Odwołującego. W przypadku hipotetycznego odrzucenia oferty Przystępującego, za najkorzystniejszą mogła zostać uznana oferta Odwołującego. Ponadto ta okoliczność pozostaje bez wpływu na wynik tego postępowania, o której to przesłance stanowi art. 192 ust.2 ustawy Pzp, a w myśl którego ustawa dla uwzględnienia odwołania wymaga wykazania, że naruszenie przepisów ustawy Pzp, chociażby mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Ponadto, dla

oceny tego zarzutu, Izba za uzasadnione uznała uwzględnienie argumentacji przedstawionej przez Zamawiającego na rozprawie związanej z podstawami szacowania wartości dla przedmiotu zamówienia, co z kolei związane było z wpływem na ocenę realności zaofferowanych przez wykonawców cen za realizację przedmiotu zamówienia. Tak jak podał Zamawiający, na potrzeby szacowania wartości tego zamówienia przyjął najwyższe normatywy, które nie były wiążące dla wykonawców. Uwzględniając zatem w powiązaniu z rynkowymi uwarunkowaniami rodzaj zamawianej usługi, oraz podstawy szacowania wartości zamówienia, odchylenie ceny w ofercie Nafta – Gaz w stosunku do wartości zamówienia o 30,14 %, przy zróżnicowanych wskaźnikach z innych ofert [w ofercie Odwołującego 43,76 %, a Przystępującego – 59 %] i jednocześnie, gdy ta cena – na co wskazano także w odwołaniu - nie była niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych oferty w stosunku do wartości zamówienia, [cena oferty Przystępującego – 73,61 %, Odwołującego – 101 %, i Nafto – Gaz - 125,38 %] - nie musiało a' priori wywoływać wątpliwości Zamawiającego, o których stanowi art. 90 ust.1 ustawy Pzp, co do możliwości wykonania zamówienia za oferowaną cenę przez tego wykonawcę, skutkujących zastosowaniem do oferty tego wykonawcy procedury z powołanego art. 90 ust.1 ustawy Pzp, celem wyjaśnienia rzetelności oferowanej ceny.

Mając powyższe na względzie orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając także § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....